

La figura del “arrepentido” o colaborador eficaz en nuestra legislación, en el derecho comparado y su tensión constitucional: eficacia de la investigación vs. garantías constitucionales.

Autor: Dino Minoggio

Índice

- I. Planteo inicial: página 2;
- II. Desarrollo:
 - A- Abordaje etimológico e histórico de la figura del arrepentido: páginas 3 a 7;
 - B- Análisis de la normativa vigente en Argentina sobre la figura del informante o delator: páginas 7 a 13 ;
 - C- La figura del delator en el Derecho Comparado: páginas 13 a 19;
- III. Conclusión: páginas 19 a 20;
- IV. Bibliografía: página 21.

I. Planteo inicial

En el presente trabajo, abordaré el tratamiento del instituto del “arrepentido”, también conocido como delación premiada, tanto desde la óptica de la legislación argentina como desde el derecho comparado, poniendo la mira en legislaciones europeas y en derecho norteamericano.

En primer lugar, realizaré un abordaje histórico del instituto, repasando la forma en qué ha sido regulado desde épocas remotas: desde la Grecia Antigua al Código de Napoleón de 1808.

Posteriormente, analizaré la regulación de la figura del informante en nuestro derecho positivo, mediante la ley 27.304 sancionada por el Congreso Nacional de nuestro país el 19 de octubre del 2016 para, luego, referirme a alguna legislaciones del Derecho Comparado que, desde antaño, ya prevén regulaciones específicas sobre el instituto en cuestión.

Para finalizar, intentaré dar respuesta a las preguntas que me han guiado durante la confección de este trabajo, que atraviesan los textos de ilustrados autores a los que he recurrido y que hacen a la tensión entre la eficiencia de la investigación y las garantías constitucionales: ¿Cómo puede conciliarse la colaboración del “testigo de la corona” (alguien que declara en favor del Rey y que, por esto, se lo bonifica) con su derecho a no autoincriminarse y con el apego a un sistema acusatorio respetuoso de la garantía de la defensa en juicio y del principio de inocencia? ¿Es posible compatibilizar la esencia del instituto con las garantías que se erigen como escudos protectores del acusado en un proceso penal dentro del marco del Estado de Derecho?

II. Desarrollo

A- Abordaje histórico de la figura del arrepentido

Comúnmente, al instituto que aquí trataré, se lo ha llamado "...“testigo de la corona” (expresión propia del derecho alemán), “arrepentido” (expresión propia del derecho italiano) o también “informador” o “delator” (la primera es la denominación de Enrique Arce y Elizabeth Marum...; y la restante, la de Julián Ercolini...)”¹.

El término “arrepentimiento”², según la Real Academia Española, refiere al que manifiesta el reo en actos encaminados a disminuir o reparar el daño de un delito, o a facilitar su castigo, debido al sentir o pesar por haber hecho o haber dejado de hacer algo.

El objetivo propio de la figura -y que ha sido un patrón desde su génesis, tal como lo veremos- implica la necesidad de una “confesión” a cambio de lo que (en los modelos de enjuiciamientos penales de la actualidad) se traduce en una reducción o eximición de pena. La lógica de la figura, parte de suponer que quien se encuentra investigado por un hecho criminal puede, libremente, acordar con quien lleva adelante su acusación (y en igualdad de condiciones), un beneficio que surge del propio quebrantamiento de su voluntad. En esta simple descripción, vemos que la esencia del instituto conlleva una tensión innegable entre el derecho a declarar libremente sin autoincriminarse y su derecho de defensa en juicio -como garantías esenciales del reo- y, por otra lado, esa necesaria confesión inculpativa.

Asimismo, entiendo que el instituto se construye sobre una ficción y, de ahí, su flaqueza: las partes que deben acordar, en modo alguno se encuentran en igualdad de condiciones, toda vez que quien lleva adelante la acusación, tiene para sí el poder del estado y, además en nuestro país, se encuentra obligado a perseguirlo. Ello, conforme a la vigencia en el derecho positivo argentino del principio de legalidad: prácticamente, no queda espacio para la aplicación de criterios de oportunidad. Aclaro ello, ya que, en otras legislaciones, como las del derecho anglosajón, la persecución tiene un carácter privado y priman criterios de disponibilidad.

¹ Sancinetti; Marcelo A., “Observaciones Críticas sobre el Proyecto de Ley de Tratamiento privilegiado al “Testigo de la Corona” (¿“arrepentido”?)”; Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad Hoc, Año III, Número 7, 1997, pág. 791.

² Diccionario de la Real Academia Española; <http://dle.rae.es/?id=3jV7dzf>

Respecto de esto último, Leopoldo Schiffrin al referirse a las bases históricas de la figura del delator y del juicio abreviado, afirmó que "...el origen remoto de esta institución, se halla en el plea bargaining del Derecho anglosajón. Recordemos a este respecto, que en este proceso sobreviven formas muy arcaicas derivadas del proceso acusatorio puramente privado de los pueblos germánicos. Uno de esos residuos está constituido por el *not guilty plea*, o sea, que el acusado niegue la acusación, no se declare culpable, con lo cual nace la controversia que es requisito indispensable de la actuación jurisdiccional. Si no hay *not guilty plea* y, en cambio, hay *guilty plea*, el reconocimiento de la culpabilidad lleva directamente a la sentencia. Pero si el acusado no quería manifestarse ni en un sentido ni en otro, para evitar la impunidad, el common law escogió la *peine forte et dure* que era, originalmente, un encarcelamiento en condiciones durísimas que después desembocó en la aplicación de torturas que conducían a la muerte... Mucho tardó el Derecho inglés, en equiparar la negativa con el *not guilty*.

Sobre esta base bárbara, se llegó en el Derecho anglosajón, al sistema de la negociación entre el fiscal (que no está sometido al principio de legalidad, sino al de oportunidad), y el imputado y su defensa, que conduce normalmente a la disminución de los cargos y de la consiguiente pena, a cambio de la colaboración del imputado, ya para descubrir a sus partícipes, o para simplificar la tarea de investigación..."³.

Enseña Hendler, que "...El desenvolvimiento del Derecho Penal tuvo lugar como un proceso de centralización y consolidación de las cortes monárquicas que se basó, principalmente, en el pretexto de consolidar la "paz del rey", expresión que empezó designando una esfera muy limitada de ciertos privilegios para concluir en la jurisdicción sobre toda clase de delitos. Fue en ese entorno en el que surgió la práctica del denominado "*approver*": el imputado de un delito que admitía su culpabilidad y delataba a sus cómplices. Se lo conocía también como "prueba del rey", y era atribución del monarca suprimirle el castigo y acordarle la gracia de por vida...

En el antiguo derecho penal inglés se utilizaba el procedimiento por vía de "*appeal*", expresión que si bien se traduce al castellano como apelación, quería

³Schiffrin, Leopoldo H., "Corsi e ricorsi de las garantías procesales penales en la Argentina (a propósito del juicio abreviado y del arrepentido)", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad Hoc, Año IV, Número 8 A, 1998, pág. 484.

decir denuncia o acusación privada, y podía tener lugar por dos vías o "*wages*": "*wager of battle*" y "*wager of law*". Esta última era el mecanismo del juramento por compurgadores en tanto que la primera desembocaba, muchas veces, en combates caballerescos o duelos judiciales entre denunciante y denunciados. Al parecer, en algunos casos se requería que un delator, para ser perdonado, venciese en no menos de cinco combates y, aún así, había veces en que igualmente era ahorcado. Con la difusión del juicio por jurados fueron desapareciendo los procesos por vía de "*appeal*" y, con ellos, los duelos judiciales, pero la regla que permitía "apostarse el cuerpo" no fue derogada sino varios siglos después, en 1819..."⁴.

Por otra parte, el gran jurista Luigi Ferrajoli aclara que las técnicas del interrogatorio dentro del marco de modelos inquisitivos que tenían por fin buscar la confesión del encausado con el correspondiente correlato en la reducción de la pena que se le impusiera, provienen de épocas realmente remotas y las define como "una tentación" que se ha repetido a lo largo de la historia.

Al tratar "La formulación de la acusación y el interrogatorio del imputado"⁵, el autor italiano sostiene que en la forma en que se realizan, radica la diferencia entre un sistema inquisitivo y otro acusatorio, toda vez que en el primero "...el interrogatorio del imputado representaba «el comienzo de la guerra forense», es decir, el primer ataque del fiscal contra el reo para obtener de él, por cualquier medio, la confesión... (mientras que) en el modelo garantista del proceso acusatorio, informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse..."⁶.

Ya en la Grecia de Arcadio y Honorio, el 4 de septiembre del 397 se estableció el premio de la impunidad para la denuncia de los cómplices de una conspiración. Pero en el año 423, Honorio y Teodosio, dictaron una norma exactamente opuesta, advirtiendo a los reos de no esperar indulgencia por la denuncia de los cómplices y llegando hasta a prohibir que el reo confeso fuera interrogado sobre los delitos cometidos por otros. La institución del premio para los reos delatores se

⁴ Hendler, Edmundo; "La figura del arrepentido"; http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=74

⁵ Ferrajoli, Luigi; "Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal", Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 606 a 610.

⁶ Ferrajoli, op. cit. Pág. 607/608.

desarrolló sin freno, sin embargo, incluso más allá de los delitos de subversión y traición.

Con posterioridad, la impunidad para los cómplices delatores se introdujo sólo para los delitos contra la seguridad del Estado en el artículo 108 del Código Napoleónico de 1810: *“...Estarán exentos de las penas previstas contra los autores de conspiraciones o de otros crímenes que atenten contra la seguridad interior o exterior del Estado, aquellos culpables que, antes de toda ejecución o tentativa de estas conspiraciones o de estos crímenes, y antes de que se hayan iniciado su persecución, hayan sido los primeros en dar a conocer tales conspiraciones o crímenes y sus autores o cómplices a las autoridades mencionadas en el art. 103, o aquellos que, incluso después del comienzo de las actuaciones, haya procurado el arresto de dichos autores o cómplices. Los culpables que hayan aportado estos conocimientos o procurado esos arrestos, podrán sin embargo ser condenados a permanecer de por vida o por un tiempo bajo vigilancia especial de la policía superior...”*. Por su parte, el artículo 101 del mismo código disponía, además, que *“...no se impondrá ninguna pena por hecho de sedición contra los que, habiendo formado parte de estas bandas sin ejercer en ellas ningún mando y sin desempeñar en ellas ningún empleo ni función, se hayan retirado a la primera advertencia de las autoridades civiles o militares, o incluso después, cuando hayan sido prendidos fuera de los lugares de la reunión sediciosa, sin oponer resistencia y sin armas...”*⁷.

Por otra parte, “...en la Roma antigua, se valoraba éticamente la confesión como una retribución a la verdad objetiva, a tal punto que era tomada como un presupuesto de concesión de una especie de premio.

Como sucede en la actualidad, en aquellos delitos cuya estructura normativa recepta la forma tentada, el órgano juzgador debía tener en cuenta el cambio de decisión del agente en los casos de desistimiento voluntario o arrepentimiento activo, lógicamente *ante delictum*. Pero en los delitos políticos en particular... se prevía, además en el Derecho Romano, la concesión de una importante atenuación de la pena o incluso la impunidad para el colaborador de la justicia - arrepentimiento post delictum- en el supuesto de que el partícipe arrepentido se

⁷Ver Nota 306, Ferrajoli, op. cit. Pág. 682.

hubiese disociado del complot o asociación criminal ayudando a los órganos del Estado en la reconstrucción histórica de los hechos...”⁸.

Es decir, queda claro que la figura del arrepentido o informante, lejos de ser una novedad, ha sido históricamente utilizada, principalmente para delitos políticos o delitos contra la seguridad pública, como un método que siempre ha caminado por la delgada línea de vulnerar derechos que hoy, encuentran reparo en la normativa que emana de nuestro bloque de constitucionalidad federal y sobre lo que volveré más adelante.

B- Análisis de la normativa vigente en Argentina sobre la figura del arrepentido

El 2 de noviembre del año 2016, fue publicada en el Boletín Oficial, la ley 27.304 o “Ley del Arrepentido”, sancionada por el Congreso Federal el 19 de octubre del mismo año.

En su artículo primero, sustituye al artículo 41 ter del ordenamiento sustancial y dispone que “...Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles. ...”.

Cabe destacar, que esta nueva ley, amplió los delitos en los que podía existir “arrepentimiento” a cambio de una en la reacción estatal disminuida. La legislación anterior que regulaba la materia, determinaba que solo regía el instituto para los casos de terrorismo, lavado de dinero, secuestro extorsivo, privación ilegítima de la libertad y los vinculados al narcotráfico. Pero, con la ley 27.304, se amplió su objeto a los delitos contra la administración pública (en lo que respecta al cohecho, tráfico de influencias, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito, malversación de caudales públicos, prevaricato y negociaciones incompatibles con la función pública), a los delitos económicos y financiero (para los delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero), a la corrupción de menores, promoción o explotación de la prostitución, producción o tenencia de pornografía infantil, a la trata de personas y a la asociación ilícita.

⁸ Fernández Gustavo Ariel, “El testimonio de un imputado como prueba de cargo, Análisis de la figura del arrepentido en casos de corrupción”, Revista de Derecho Procesal Penal, Dirigida por Donna, Edgardo. y Ledesma, Ángela, Volumen 2, Año 2016, Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 443/444.

Con lo dicho, queda claro que el cambio de la voluntad política reflejado en el Congreso al comenzar una nueva administración pública, fue determinante para la ampliación del objeto que hace a este instituto, principalmente, entiendo, por el avance y su correspondiente mediatización, de las causas de corrupción.

Asimismo, en el mismo artículo primero, la ley determina cuándo es procedente el arrepentimiento y qué es lo que se requiere para que pueda tener el resultado esperado: "...para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada 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 estos hechos investigados 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 el presente artículo...".

Entonces, siempre que la información que fuera brindada se encuadre dentro de alguno de los supuestos del párrafo anterior, habrá reducción a la tentativa para el delator aunque la misma no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa y, si el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta quince años de prisión.

Pero, además, la ley pone como requisito para poder apegarse a esta figura, que "...el acuerdo con el imputado arrepentido deberá realizarse antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente..." y que la información que se aporte se refiriera "...únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido..." (Artículo 3).

Es decir, establece un claro límite en cuanto al grado responsabilidad de quien declara bajo esta figura, ya que se entiende que el objeto de la ley es poder llegar a la cúspide de aquellas estructuras poderosas destinadas a cometer delitos

complejos: si pudieran “arrepentirse” los jefes de esas organizaciones criminales, la normativa perdería sentido.

En ese orden de ideas, deja en claro que no podrán celebrar acuerdos de colaboración los funcionarios que hayan ejercido o estén ejerciendo cargos susceptibles del proceso de juicio político de acuerdo a lo establecido por la Constitución Nacional y que no será aplicable en procesos en los que se investiguen delitos de lesa humanidad.

Cabe destacar, que toda la información que se brindara en los términos de esta ley a fin de evaluar la aplicación o no del beneficio de la reducción, deberá ser merituada a la luz de una serie de principios: “...a) El tipo y el alcance de la información brindada; b) La utilidad de la información aportada para alcanzar las finalidades previstas; c) El momento procesal en el que el imputado brinda la colaboración; d) La gravedad de los delitos que el imputado ha contribuido a esclarecer o impedir; e) La gravedad de los hechos que se le atribuyen y la responsabilidad que le corresponde por ellos. Se beneficiará especialmente a quien se arrepintiere en primer término...” (Artículo 5).

Ahora bien, entiendo que la esencia de esta ley y su posible eficacia, depende, definitivamente, de la utilización de los propios medios de coerción que surgen del mismo articulado, toda vez que se premiará a quién delate primero y se evaluara, para otorgar o no la reducción, “el momento” en que el imputado se quiebre: cuánto más rápido, más eficaz el proceso. De obtenerse esos resultados, se permite, a su vez, reforzar la “confianza” de la sociedad en los órganos judiciales, que en nuestro país se hallan deslegitimados por su propio accionar (o, lo que es mejor, por su lento o nulo accionar).

Pero, si lo dicho se aduna a lo prescripto en el artículo cuarto de la ley sobre la que vengo trabajando, todo encaja perfectamente: “...Cuando la reducción de la escala penal prevista por el artículo 41 ter del Código Penal aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación o de la exención de prisión, de acuerdo a las normas procesales comunes...”. Es decir, el criterio utilitarista de esta normativa -en los términos de Jeremy Bentham-, toma sentido si es que el imputado se halla ya privado de su libertad: si se le muestran los medios de tortura para coaccionarlo a confesar (como en las prácticas más oscuras de la

Inquisición), de arrepentirse, de quebrarse en su voluntad, podrá gozar del proceso libre en su persona. De ahí, la perversidad de la figura.

Por otra parte y en cuanto a su aspecto procesal, el artículo 7 de la ley, establece que "...El acuerdo de colaboración se celebrará por escrito, y deberá consignar con claridad y precisión lo siguiente:

a) La determinación de los hechos atribuidos, el grado de participación que se le atribuyere al imputado arrepentido y las pruebas en las que se funde la imputación;

b) El tipo de información a proporcionar por el imputado arrepentido: nombre de otros coautores o partícipes; precisiones de tiempo, modo y lugar de los hechos por los cuales se brindare colaboración; teléfonos u otros datos de comunicación con coautores o partícipes; cuentas bancarias u otra información financiera e identificación de sociedades u otras entidades utilizadas para colocar, disimular o transferir los fondos ilícitos utilizados o el producto o provecho del delito; toda otra documentación o cualquier otro dato que se reputare valioso para el avance de la investigación o el esclarecimiento de los hechos por los que se brindare la colaboración;

c) El beneficio que se otorgará por la colaboración prestada por el imputado arrepentido..."

Dicho acuerdo, se presentará ante el juez de la causa para su homologación, quien aprobará o rechazará el acuerdo presentado en una audiencia convocada al efecto con la presencia del imputado arrepentido, su defensor y el fiscal de la causa, asegurándose que el imputado arrepentido tenga debido conocimiento de los alcances y las consecuencias del acuerdo suscripto y que el imputado hubiera actuado voluntariamente y que se hubieran cumplido los demás requisitos previstos (artículo 10). El rechazo judicial del acuerdo será apelable por ambas partes y si la homologación fuera rechazada finalmente, las actuaciones deberán quedar reservadas y las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido no podrán valorarse en su contra ni en perjuicio de terceros, al igual que en el instituto previsto por el artículo 431 bis del ordenamiento ritual.

Ahora bien, cabe preguntarse -toda vez que no surge de la letra de la ley- : ¿con qué certeza cuenta el imputado de que podrá, por ejemplo, controlar las

medidas que surjan de sus dichos que, en definitiva, permitirán materializar la reducción? ¿Qué sucede si una vez homologado el acuerdo, el Tribunal de Juicio no comparte la utilidad del mismo para disminuir la medida de la pena y que ya ha sido convalidado por el magistrado de primera instancia? El margen de discrecionalidad por parte del órgano jurisdiccional, pareciera ser mucho mayor que la certeza que pudiera tener el encausado de recibir una pena reducida si es que decidiera brindar información.

Asimismo, la ley establece que “...el órgano judicial no podrá dictar sentencia condenatoria fundada únicamente en las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido. Para la asignación de responsabilidad penal sobre la base de estos elementos, el órgano judicial deberá indicar de manera precisa y fundada la correlación existente entre esas manifestaciones y las restantes pruebas en que se sustenta la condena. La materialidad de un hecho delictivo no podrá probarse únicamente sobre la base de esas manifestaciones...” (Artículo 15).

A este respecto, la incorporación de este último artículo citado ya que no deja margen de dudas respecto de cómo debe valorarse la declaración del encausado: debe ser corroborada con otras pruebas. En igual sentido, se ha manifestado la jurisprudencia internacional. Puntualmente, la sala II en lo Penal del Tribunal Supremo Español, afirmó que “...Las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia como plena prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otros datos externos...”⁹. Es decir, que la prueba de cargo -y a la que, entiendo, debe acceder en su control de manera irrestricta el encausado y su defensa-, no es en sí su declaración autoincriminante, sino todo lo que se derive en consecuencia que, en definitiva, es lo que permitirá corroborar su aporte y, de ese modo, habilitar la reducción a la hora de la mensuración de la pena.

Para finalizar con el análisis de la ley en cuestión, entiendo que no puedo pasar por alto, lo normado en el artículo segundo de la misma y que, considero, dará lugar a una infinidad de debates. Allí, se crea un nuevo tipo penal: “...Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogándose al beneficio del artículo 41 ter,

⁹Sentencia 849/2015 del TSE, Sala II en lo Penal, 01/12/2015, <http://supremo.vlex.es/vid/592822542>.

proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos...” (Artículo 276 bis del ordenamiento de fondo).

Con la creación de esta figura “imputado-testigo”, puedo afirmar sin temeridad, que se arrasa con dos principios irrenunciables en todo Estado de Derecho: el derecho de defensa en juicio y el principio de inocencia, no solo regulados el artículo 18 de nuestra Carta Magna (que asegura la inviolabilidad del primero y consagra el segundo) sino en Instrumentos de Derechos Humanos de igual jerarquía (arts. 8.1, 8.2.G y 8.3 de la CADH, art. 14 del PIDCyP, art. 75 inc. 22 CN).

En primer lugar, cabe formular el primer interrogante: si el imputado desea acogerse a la figura de la ley 27.304, previo a tomarle declaración, ¿debe tomársele juramento en los términos del artículo 117 del ordenamiento de forma? Entiendo que esta pregunta aún no tiene respuesta, toda vez la ley no establece taxativamente tal circunstancia pero, por otro lado, se la incorpora como un caso de falso testimonio (¿agravado?), razón por la que si no se le impone tal juramento, difícilmente pueda penársele por haber proporcionado “maliciosamente” información falsa o datos inexactos.

De este modo, entiendo que no resulta posible conciliar la declaración de un imputado bajo las formalidades que exige la declaración de un testigo, este es, bajo juramento de decir verdad, ya que, de ese modo, la declaración en el proceso del imputado dejará de ser considerada como un acto de defensa perdiendo, así, el sentido de la misma (ello dicho, sin perjuicio de que como estrategia de defensa y libremente, el encausado puede decidir reconocer su participación en el hecho).

Sobre el punto, se ha dicho jurisprudencialmente que “...es requisito para mantener la calidad de testigo, la ajenidad que con el juicio debe guardar el deponente, de modo que no corresponde considerar testigo en sentido propio a quienes deponen sobre hechos respecto de los cuales ellos mismos son actores y que pueden traerle aparejado algún perjuicio, razón por la cual las falsedades en

que hubieran eventualmente incurrido en tales circunstancias no configuran el delito de falso testimonio...”¹⁰.

Es decir, que si el imputado no es ni testigo, ni perito ni intérprete (sino acusado) y difícilmente pueda tomársele un juramento de decir verdad, bajo pena de poner en riesgo la garantía de defensa en juicio y su principio de inocencia tal como se dijera, realmente resulta inconcebible la creación del tipo penal que la ley realiza fijando una escala penal absolutamente desproporcionada: de 4 a 10 años de prisión. En todo caso, y a mi humilde entender, de probarse el dolo directo del imputado de proporcionar de datos inexactos o falsos, la única reacción estatal posible sería la de impedirle acceder a la reducción de pena que es en sí, lo que da sentido a la ley. Cualquier otra respuesta, resultaría incompatible con los principios aludidos, razón por la que entiendo que, dada la redacción del artículo 276 bis del Código Penal, no queda otra alternativa que la declaración de última ratio en los términos de nuestro Máximo Tribunal: debe ser tachado de inconstitucional.

C- La figura del delator en el Derecho Comparado

La autora española Isabel Sánchez García de Paz¹¹, afirma en un texto de gran utilidad para el presente trabajo, que en las legislaciones europeas, existen dos modelos en cuanto a la figura en cuestión: uno que refiere al arrepentido como “testigo” y otro que lo define como “colaborador”, marcándose entre ellos una leve diferencia.

De acuerdo con el primer modelo (testigo), el arrepentido entra en escena como testigo en el juicio oral y está obligado a declarar en el mismo como condición para obtener algún tipo de inmunidad que le permite dejar de ser imputado (grant of immunity). Está entonces expuesto a una situación de peligro especial, por lo cual se le otorga la condición de testigo protegido. Así lo solemos encontrar en los países anglosajones, como Estados Unidos y Gran Bretaña.

Conforme al segundo modelo, el arrepentido interviene fundamentalmente en la fase de instrucción del procedimiento, colaborando con

¹⁰ Pérez, Nadia A. y Marazzo Matias I., “Algunas consideraciones en torno de la figura prevista y reprimida en el artículo 276 bis del Código Penal. ¿Falso testimonio agravado?”, Revista de Derecho Penal, Volumen 2, año 2016, Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 524, citando fallo “Kovalsky, Daniel”, CNCCorr., 13/06/2006.

¹¹ Sánchez García de Paz, Isabel; “El coimputado que colabora con la justicia penal”; Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>

las autoridades de persecución penal en el esclarecimiento de los hechos y el descubrimiento de los culpables, conducta premiada generalmente de modo facultativo para el juez con una rebaja o incluso una exclusión de la pena. Como no tiene necesariamente que aparecer ante el tribunal como testigo no tiene por qué preverse siempre un programa de protección de testigos para él. Este es el modelo propio de Alemania, Suiza, Austria y Holanda; y también del Derecho español, mientras que elementos de ambas categorías encontramos en la regulación italiana¹².

“...En el **Derecho italiano** encontramos previstos incentivos de estas características con relación a los delitos de tráfico de drogas y asociación dirigida a la comisión de este delito... También para la asociación terrorista, donde se recogen causas de exclusión de la punibilidad ligadas al arrepentimiento activo eficaz respecto del delito proyectado y la colaboración en el proceso... Y, finalmente, con relación a la asociación de tipo mafioso.... La colaboración, según las hipótesis, puede tener diferentes efectos que van desde una reducción de la pena -la exclusión sólo se prevé para el arrepentimiento activo eficaz que impide el delito proyectado-, a la revocación o sustitución de la medida de custodia cautelar o a la concesión de beneficios penitenciarios...

En el **Derecho francés** se prevé con relación al delito de pertenencia a una asociación de malhechores del artículo 450.1 del Código Penal una excusa absolutoria para las hipótesis de arrepentimiento y colaboración activa: cuando el autor antes del inicio de la persecución penal revela el grupo a las autoridades competentes y permite la identificación de otros partícipes (artículo 450.2). También la encontramos para los delitos de terrorismo en el artículo 422.1 del Código Penal. Y, finalmente, para los delitos de tráfico de estupefacientes...se contempla una reducción significativa de la pena -de la mitad en unos casos, de la reclusión perpetua a los 20 años en otro- para tales hipótesis.

En el **Código Penal alemán** (Strafgesetzbuch, StGB), el §129 que regula el delito de pertenencia a asociación criminal permite que el juez atenúe la pena según su criterio o incluso prescinda de ella siempre que el autor...: 1. Se esfuerce voluntaria y sinceramente en impedir la continuación de la asociación o la comisión

¹² Sánchez García de Paz, Isabel, op. cit. Págs. 3 a 4.

de alguno de los delitos que constituyen su objeto o 2. Revele voluntaria y puntualmente delitos cuya planificación conozca y que aún puedan ser evitados. También puede el juez prescindir de la pena para el partícipe cuando presente una culpabilidad menor y su intervención en el hecho haya sido de segundo rango (& 129. n° 5). Cuando el autor alcance su objetivo de impedir la continuación de la asociación (arrepentimiento activo eficaz) o ello sea alcanzado sin sus esfuerzos, no será castigado. Iguales disposiciones se contemplan para la asociación terrorista del & 129 a. n° 1 y la figura agravada de la asociación criminal por la orientación a la comisión de delitos de particular gravedad del & 129 a. n° 2 en el & 129 a. n° 6 y 7... Existen también previsiones específicas para los arrepentidos en materia de tráfico de drogas en la Betäubungsmittelgesetz de 28 de marzo 1981 (BtMG)18, && 31 y 31 a, que facultan al juez para discrecionalmente atenuar la pena e incluso declarar su remisión total a favor del colaborador con la justicia.... Y también con respecto al blanqueo de capitales... que permite al juez reducir la pena o eximir de ella al culpable que contribuya esencialmente al descubrimiento del hecho propio o de otro revelando voluntariamente lo que conozca.

En el **Derecho austríaco** todas las figuras de asociación criminal... incluida la de organización criminal... prevén una excusa absolutoria para los casos de arrepentimiento activo eficaz... Es preciso que revele lo que conoce del hecho y que ese conocimiento contribuya decisivamente a: a. Eliminar o disminuir notablemente el peligro procedente de tal acuerdo, asociación u organización o b. promover el esclarecimiento de la conducta punible y contribución a la misma, c. o de la persona que ha tomado parte en el acuerdo como dirigente o como tal ha actuado en la asociación u organización.

El **Derecho suizo** no contempla la exención de responsabilidad de los testigos que colaboran con la justicia con relación al delito de pertenencia a organización criminal, aunque sí la posible atenuación de la pena. En caso de arrepentimiento activo del autor (cuando éste se esfuerza por impedir la continuación de la actividad criminal de la organización) puede el juez únicamente,

según su criterio, atenuar la pena, dispone el artículo 260 ter.2 del Código Penal...”¹³.

Por otra parte y en lo que hace al derecho norteamericano, el catedrático Hendler repasa la problemática que se ha suscitado en aquel país, respecto de la tensión entre la obligación de declarar que se le impone al imputado a cambio de inmunidad o reducción de pena y el derecho a la no autoincriminación. Tal conflicto ha llegado a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, toda vez que, como afirmara la autora española antes citada, quien decide “delatar” -en el marco del derecho anglosajón- lo hace directamente en calidad de testigo. De igual modo, lo regula la ley argentina tal como se lo tratara precedentemente, bajo pena de acusar al encausado por la comisión de un nuevo delito: falso testimonio.

Puntualmente, Hendler afirmar que “...La cuestión que se suscita... con las confesiones de un inculpado que sirven de prueba contra otro, se encuentra planteada como un conflicto entre las atribuciones del fiscal, de obligar a alguien a prestar declaración como testigo de cargo, y la garantía -o el privilegio según lo llaman los americanos de no ser obligado a declarar contra sí mismo-. El principio, generalmente aceptado, es que el otorgamiento de inmunidad hace desaparecer el privilegio y permite obligar a declarar. Lo que suele ser discutido es el alcance que debe tener el otorgamiento para que produzca esa consecuencia. La cuestión tiene algunos matices polémicos y puede estar contemplada de manera distinta en los diferentes estados y en el orden federal. Lo que se discute es si hay necesidad de una inmunidad que abarque el hecho sobre el que versa la declaración, lo que se llama, traduciendo literalmente la expresión inglesa, una "inmunidad de transacción", (El vocablo empleado en inglés: transaction se traduce cómodamente al castellano como transacción. Es necesario, sin embargo, alguna aclaración: una de sus acepciones en inglés alude a una acción o actividad comunicativa que involucra a dos partes que afectan o influyen recíprocamente una a la otra (Conf. Merriam Webster's Collegiate Dictionary, 10ma. Edición, 1994, p. 1252) o si, en cambio, basta con que se asegure

¹³ Sánchez García de Paz, Isabel; op. cit.; págs. 4 a 8 (allí se especifican los artículos de las legislaciones a las que se hizo referencia y que no han sido transcritos, para otorgar más claridad al tratamiento de la cuestión).

que lo declarado no será utilizado, lo que se llama una "inmunidad de uso". En el orden federal la cuestión está legislada ya desde el siglo XIX. En 1892 se registra un importante precedente interpretativo de la Corte Suprema en el que se consideró inconstitucional la ley que obligaba a declarar pero no aseguraba más que la prohibición de utilizar lo declarado en una acusación posterior. Se entendió que era necesario para poder imponer una obligación semejante frente a la garantía constitucional contra la autoincriminación, una inmunidad de mayor alcance ("Counselman v. Hitchcock" 142 U.S. 547).

El criterio amplio, es decir el de la inmunidad de transacción, que muchos entendieron consagrado en ese precedente, resultó finalmente modificado con un fallo de la Corte Suprema de 1972 que vino a zanjar la cuestión de una manera que podríamos llamar mixta. En "Kastigar v. United States" (406 U.S. 441; 92 S.Ct. 1653, 32 L.Ed.2d 212) quedó consagrado el criterio que se puede denominar de la "inmunidad de uso derivativo" según el cual, aunque no es necesario una inmunidad de transacción, se requiere la seguridad de que lo declarado no pueda utilizarse y de que tampoco pueda utilizarse ninguna prueba derivada de la misma declaración. Eso significa que la persona favorecida por el otorgamiento de la inmunidad únicamente puede ser acusada por el hecho al que se refiere su declaración cuando la acusación demuestre que la prueba de cargo ha sido obtenida de una fuente totalmente independiente.

A todo esto las leyes de los distintos estados pueden ser, y de hecho en muchos casos lo son, más amplias que la que rige en el orden federal. La interpretación de la constitución federal en el ya mencionado caso "Kastigar v. United States", estableciendo que es válida la inmunidad que alcance al uso derivado de la declaración pero que no es necesaria una inmunidad total del hecho, se limita a fijar el recaudo mínimo imprescindible para resguardar la garantía de no ser obligado a declarar contra uno mismo. El criterio prevaleciente se inclina por establecer la inmunidad "de transacción". Es lo que ocurre, por ejemplo, con las Reglas Uniformes de Procedimiento Criminal (Se trata de un proyecto para unificar la legislación de los estados que no tiene vigencia en si mismo pero que goza de autoridad como fuente doctrinal. Sus disposiciones son

seguidas en muchos casos en las leyes en vigencia) y equivale, en la práctica, a que algunos delitos puedan confesarse con una inmunidad total..."¹⁴.

En nuestra legislación y trazando un paralelo con los fallos citados de la Corte Suprema norteamericana, entiendo que lo que adquiere el delator, de corroborarse la información que fuere proporcionada, no es ni "inmunidad de uso", ni "inmunidad de uso derivativo" ni "inmunidad de transacción".

Ello, toda vez que, en primer lugar, técnicamente su participación no queda inmune, es decir, "exento de ciertos oficios, cargos, gravámenes o pena"¹⁵, sino que, en todo caso, puede llegar a verse reducida a la tentativa o a quince años, si se trata de un hecho penado con prisión perpetua.

En segundo lugar, porque no es estrictamente cierto que sus dichos no pueden ser valorados en su contra para condenarlo, en caso de que el órgano jurisdiccional no homologue el acuerdo entre el acusador público y la defensa del imputado: si bien no podrá basarse en su dichos para hacerlo en el marco de esa investigación -y en lo que hace a su participación criminal-, el juzgador, de probar la malicia en la proporción de datos falsos o inexactos por parte del encausado, puede, ahora sí, condenarlo por ese nuevo hecho tipificado en la aludida figura artículo 276 bis del Código Penal. Es decir, que la garantía de la no autoincriminación si bien parece ser formalmente resguardada, podría resultar a todas luces arrasada violándose, así, el derecho de defensa en juicio del encausado (me remito a los argumentos ya expuesto en el apartado B-, *in fine*). En este sentido, me permito afirmar que nuestra legislación, al incorporar esa figura *sui generis* del falso testimonio, desnaturaliza la esencia misma del "testigo de la corona": "...En el entorno de un sistema procesal inspirado en la idea de una batalla que... debe lucharse con espadas y no con floretes, la inmunidad acordada al arrepentido es meramente una regla de lealtad entre los contendientes. La concesión de uno de ellos que resigna el uso de su escudo protector (el privilegio contra la autoincriminación) torna equitativo y de "fair play"

¹⁴ Hendler, Edmundo; op. cit.

¹⁵ Diccionario de la Real Academia Española, <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=inmune>

que se lo resguarde de las heridas que hubiera podido evitar con ese escudo...”¹⁶.

Tal resguardo, en el derecho argentino, pareciera desvanecerse.

III. Conclusión

Llegado al momento de concluir el presente trabajo, me permitiré afirmar que la figura del delator es inconciliable con el apego irrestricto a derechos irrenunciables y de raigambre constitucional como la garantía de defensa en juicio y el principio de inocencia. Doy razones:

En primer lugar, porque el instituto parte de suponer que el imputado y el acusador, se encuentran en igual de condiciones para poder pactar, libremente, la entrega de información del primero a cambio de una reducción de pena, prometida por el segundo. Afirmar que dicho acuerdo puede realizarse sin sometimientos, implica desconocer cómo se realizan en la práctica judicial estos “acuerdos”: la figura del juicio abreviado, es el claro ejemplo de que la “negociación”, habitualmente no surge de un deliberado y pacífico pacto entre las partes, sino que, por el contrario, es producto de una solapada amenaza: la de solicitar la imposición de una pena más gravosa, de realizarse un juicio oral y público.

Dicha relación de poder, resulta innegable ya desde los roles que cumplen las partes en el proceso: acusador y acusado. Es así que, en el marco de un Estado de Derecho, entiendo, no pueden legitimarse este tipo de atropellos, promoviéndose, desde la legislación, “pactos” que no son tales y que requieren necesariamente, el quebrantamiento de la voluntad de quien se encuentra resguardado constitucionalmente: “...Contaban los griegos que en cierta oportunidad, Zeus se enamoró perdidamente de una giganta. Intentó seducirla para que ésta accediera a tener contacto con él. Pero la giganta era excesivamente virtuosa y bajo ninguna súplica accedía a sus ruegos. El dios lo intentó todo, desde el engaño (adoptando distintas formas de naturaleza) hasta las más variadas promesas. Sin embargo, la giganta se mantenía inmovible. Fue entonces cuando el más importante de los dioses desnudó todo su poder. Amenazó a la giganta virtuosa con nublarle el raciocinio si no consentía sus intenciones (y recordemos que para los griegos la locura era incluso más grave que la muerte). Es así que la giganta llegó a un

¹⁶ Hendler, Edmundo; op. cit.

acuerdo con el dios. Algo terrible le hubiera ocurrido de no hacerlo... La amenaza es un excelente medio de negociación cuando se ejerce una relación de poder ventajosa...”¹⁷.

Por otra parte, cabe preguntarse: ¿Acaso, la coerción a la que se somete al acusado ya no resulta indiscutible desde que se premia a aquel que delate primero? En ese caso, ¿la igualdad ante la ley que pregona el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional, no se ve arrasada por tal condición, al favorecerse a quien “se quiebre” rápidamente en perjuicio del que decidió ampararse en la prohibición de no declarar contra sí mismo? La reminiscencia a las épocas del oscurantismo de la Edad Media, resultan imposibles de negar.

En este sentido, propongo que se sigan las sabias palabras del ilustrado jurista Ferrajoli, que, sin lugar a ambigüedades y a fin de evitar que las “colaboraciones” se obtengan de cualquier modo, afirma que: “...La única forma de erradicarla sería la absoluta prohibición legal de atribuir alguna relevancia penal al comportamiento procesal del imputado, incluso a los fines de la determinación judicial de la pena dentro de los límites legales, prohibición que, a largo plazo, acabaría por convertirse en una regla de deontología profesional de los magistrados...”¹⁸. Para que tal regla deontológica, se erija como una guía central de los órganos jurisdiccionales a la hora de realizar su labor, aún queda mucho camino por recorrer.

¹⁷ Anitua, Gabriel Ignacio, “En defensa del juicio, Comentarios sobre el juicio penal abreviado y el “arrepentido””, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad Hoc, Año IV, Número 8 A, 1998, pág. 543.

¹⁸ Ferrajoli, op. cit. Pág. 609/610.

IV. Bibliografía

- **Anitua, Gabriel Ignacio**, “En defensa del juicio, Comentarios sobre el juicio penal abreviado y el “arrepentido””, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad Hoc, Año IV, Número 8 A, 1998.
- Diccionario de la Real Academia Española: <http://dle.rae.es/>
- **Fernández Gustavo Ariel**, “El testimonio de un imputado como prueba de cargo, Análisis de la figura del arrepentido en casos de corrupción”, Revista de Derecho Procesal Penal, Dirigida por Donna, Edgardo. y Ledesma, Ángela, Volumen 2, Año 2016, Rubinzal – Culzoni Editores.
- **Ferrajoli, Luigi**; “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”, Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- **Hendler, Edmundo**; “La figura del arrepentido”; http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=74
- **Pérez, Nadia A. y Marazzo Matias I.**, “Algunas consideraciones en torno de la figura prevista y reprimida en el artículo 276 bis del Código Penal. ¿Falso testimonio agravado?”, Revista de Derecho Penal, Volumen 2, año 2016, Rubinzal – Culzoni Editores
- **Sánchez García de Paz, Isabel**; “El coimputado que colabora con la justicia penal”; Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>
- **Sancinetti, Marcelo A.**, “Observaciones Críticas sobre el Proyecto de Ley de Tratamiento privilegiado al “Testigo de la Corona” (¿”arrepentido”?)”; Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad Hoc, Año III, Número 7, 1997.
- **Schiffrin, Leopoldo H.**, “Corsi e ricorsi de las garantías procesales penales en la Argentina (a propósito del juicio abreviado y del arrepentido)”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad Hoc, Año IV, Número 8 A, 1998

Jurisprudencia

- Sentencia 849/2015 del TSE, Sala II en lo Penal, 01/12/2015, <http://supremo.vlex.es/vid/592822542>.