

El arrepentido o colaborador premiado

Ariana Jael Calderón¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Concepto y definición de arrepentido; III.- Análisis histórico; IV.- Derecho comparado; V.-El arrepentido en Argentina; VI.- Conclusiones; VII.- Bibliografía.

RESUMEN: El tema de investigación desarrollado en el presente trabajo, es de gran importancia, en virtud de la vigencia que la figura del "arrepentido" ha tomado en los días que corren; ello porque actualmente las organizaciones criminales son más complejas y cuentan con un poder inconmensurable, haciendo que la tarea del Estado en cuanto investigador, sea cada vez más ardua y con escasos resultados. A lo largo del mismo se tratarán los aspectos centrales del tema, se dará un pantallazo de sus denominaciones, orígenes, evolución histórica y su recepción en el derecho comparado. Del mismo modo, se navegará por las discusiones constitucionales que se han suscitado y que actualmente se suscitan alrededor del delator premiado, teniendo en cuenta especialmente los principios "nemo tenetur", principio de igualdad y de culpabilidad. Se desarrollarán las cuestiones más relevantes de la nueva Ley 27.304, y se hará referencia a la antigua legislación. En cuanto a la citada Ley 27.304, se abordará la aplicación de la ley en el tiempo, la vigencia de la misma en las jurisdicciones provinciales, centrándose sobre todo en el análisis de la calidad de la información brindada por el colaborador eficaz, en la forma en que se documenta tal información y su posterior incorporación al proceso. Por último, se

¹ Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Mediadora egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Abierta Interamericana de Rosario, Especialista para la Magistratura egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina y Adscripta de la materia Derecho Penal I de la Facultad de Derecho UNR - contacto: e mail- arianacalderon@hotmail.com

le dedica unas líneas al nuevo delito de suministro de información falsa o inexacta, y a ciertas cuestiones controvertidas de la denominada ley del arrepentido.²

I.- Introducción

El objetivo de este trabajo es desarrollar los aspectos más importantes del denominado "arrepentido" sobretodo y en base a la nueva Ley 27.304 sancionada por el Congreso Nacional en nuestro país el 19 de Octubre de 2016, pero que está cobrando importancia por estos días.

He decidido investigar dicho tema por estar en boga en la actualidad, por la relevancia que puede tener en los procesos penales, dando lugar a nuevas formas de combatir el crimen, novedosas formas de investigación sobretodo en delitos complejos, donde el éxito de condena hoy es casi nulo.

Incluso el tema ha tomado la atención de la opinión pública, no solo de la prensa sino de la sociedad en su conjunto, que descrea en la justicia por la baja o nula respuesta que tiene de hogaño; por la gran crisis de legitimidad que atraviesan hoy en día las instituciones judiciales y políticas.

Si bien la figura del arrepentido, colaborador eficaz o delación premiada ya se encontraba legislada en nuestro país, era más restrictiva y solo se refería a delitos de índole federal.

La ley 27.304 amplió el catalogo de delitos en los que se puede canjear información por reducción de pena y también estableció un procedimiento para su aplicación.

Seguidamente voy a desarrollar la figura de la delación premiada, su concepto, análisis histórico. Me remontaré a los orígenes de la figura y su uso; así como también a su aplicación en el derecho comparado, es decir cómo funciona este instituto en otros países.

También me avocaré a su aplicación en nuestro país, su evolución histórica, la discusión en cuanto a la conculcación de principios y garantías constitucionales y a el análisis de la ley 27.304 en particular del análisis de la calidad de la información brindada por el arrepentido, la forma en que se documenta tal información, su

² El presente trabajo fue realizado como trabajo monográfico final en el marco de la adscripción de la materia de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario

incorporación en un momento posterior al proceso y la sanción penal que acarrea la falaz información aportada de modo malicioso por el delator. Todo ello, aspirando o pretendiendo hacer un aporte en la temática y en el derecho penal.

II.- Concepto y definición de arrepentido

El término "arrepentido", según la Real Academia Española refiere a "Dicho de un delincuente: Que colabora con la justicia, generalmente mediante delación, a cambio de beneficios penales."³, y el término arrepentimiento hace alusión al que manifiesta el reo en actos encaminados a disminuir o repara el daño de un delito, o a facilitar su castigo, debido al sentir o pesar por haber hecho o haber dejado de hacer algo.

Se han utilizado diversas denominaciones para nombrar a la figura que aquí desarrollamos como ser, "testigo de la corona" (utilizado en Alemania), "pentito" (en el derecho italiano), "informador", "delator" o "colaborador eficaz", entre otras.

Hairabedián define al arrepentido como "la persona que ha intervenido en un delito previsto por ley, que -independientemente de la motivación íntima-voluntariamente decide declarar colaborando mediante el aporte de información útil para lo fines del proceso, con el interés de obtener un beneficio penal, procesal o económico".⁴

Moscato ("El agente encubierto", p. 2, Ed. La Ley, Bs. As., 2000) lo ha definido como aquella persona a la que se le imputa un delito y que brinda a la autoridad judicial información significativa sobre la identidad de los autores, coautores, partícipes o encubridores, para beneficiarse en la reducción o en la eximición de la pena.

Para Montoya ("Informantes y técnicas de investigación encubiertas", p. 202, Ed. Ad Hoc., Bs. As., 1998) el concepto se circunscribe a los favores procesales que se le acuerdan a quienes colaboran con la investigación para cierto tipo de delitos. A poco que analicemos la evolución etimológica del vocablo fácil es inferir que "el arrepentido" encuentra su fuente en la expresión italiana "pentito" y está relacionada con beneficios procesales que se les conceden a quienes brinden su colaboración con las pesquisas judiciales. Es

³ Diccionario Real Academia Española, <https://dle.rae.es/arrepentido?m=form>

⁴ Hairabedián; Maximiliano, "Régimen penal y procesal del arrepentido y la delación premiada", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2º Edición 2019, p. 16.

decir, que el Estado -a cambio de dichos favores- obtiene información que permite luchar contra el crimen organizado. Este instituto tuvo su simiente en la necesidad de aquél de contar con una herramienta que le permitiera muñirse de información vinculada con delitos llevados adelante por agrupaciones mafiosas y sobre los datos filiatorios de sus integrantes (Báez, Julio C. - Cohen, Jessica, "El delator judicial", La Ley, 2000-C, 1125; Montoya, Mario Daniel, ob.cit., p. 202).

En opinión de Neira ("Arrepentido y agente encubierto", La Ley, 1997-B, 1431) el arrepentido se erige en circunstancias atenuantes para la graduación de la pena, la cual trasunta a que el delator abandone las actividades peligrosas que lleva a cabo y ayude a las investigaciones criminales.⁵

Para Borzi Cirilli el llamado 'arrepentido' es, a grandes rasgos, aquel sujeto que se encuentra imputado, generalmente detenido o en prisión preventiva en el marco de un proceso penal seguido respecto de delitos de considerable gravedad, que "decide" brindar información y datos relativos al desarrollo de los hechos investigados y de sus copartícipes a cambio de beneficios tales como la obtención de la libertad, o bien la reducción o, en su caso, eximición de pena para sí mismo.⁶

En torno a la denominación de "arrepentido" se han generado diversas discusiones por considerar que no es el término adecuado para referirse a quien está sindicado o imputado en una investigación penal, que ha participado en un delito y decide colaborar voluntariamente mediante el aporte de información útil al proceso, pero con miras de obtener un beneficio (procesal, penal-reducción o eximición de la pena- económico); sobre todo cuando la ley no exige ninguna motivación interna especial para acogerse a esta figura.

Lo que sucede es que tenemos la mala costumbre de no llamar las cosas por su nombre, es decir, querer adornar o embellecer situaciones pensando que de ese modo será mirado con otros ojos. Inclusive lo atinente al nombre que con el cual iba a denominar a la figura aquí estudiada fue una de las cuestiones más discutidas, tanto en el seno de la comisión parlamentaria como en las cámaras legislativas.

⁵ Baez, Julio C; "El Arrepentido" publicado en Revista Jurídica On Line La Ley, 21/08/2003, https://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/Secuestros/Capacitacion/atenuantes/41ter/Baez_Julio.pdf.

⁶ Borzi Cirilli, Federico A., "La figura del Arrepentido frente a casos de corrupción", .

Así Díaz Cantón ha sostenido que hemos comenzado mal al no llamar a las cosas por su nombre o llamarlas con un nombre equivocado o insuficiente para definir el dispositivo normativo que se quiere consagrar y regular. Sigue manifestando que *“Es irrelevante si la persona se somete al régimen que establece esta ley porque un incontenible impulso de contrición lo impele a hacerlo o porque desea mejorar su situación procesal, o porque le sobrevino un deseo justiciero contra la organización criminal a la que pertenecía o el de protegerse a sí mismo y a su familia por alguna traición a la organización criminal, o el que sea. y lo define como un pacto, no un arrepentimiento. Dice que si realmente hubiera un arrepentimiento, entonces lo que correspondería sería que el imputado golpeará las puertas de la Justicia, se confesara y brindara los datos necesarios para el esclarecimiento del hecho y la individualización de los responsables sin pedir nada a cambio”*.⁷

Incluso dicho autor cita dos ejemplos de arrepentidos (declaración en el Maxi Proceso de Palermo, el acusado Tomasso Buscetta⁸ y de Antonio Calderone⁹) donde se pone de manifiesto los diferentes motivos que los llevaron a declarar, sosteniendo finalmente que la razón por la cual el imputado colabora es irrelevante.¹⁰

Hairabedián también ha expresado que el nombre de arrepentido que se le asigna a la figura no es el adecuado, que lo correcto sería denominarlo delator (ya que delatar, según la Real Academia española significa: revelar a la autoridad un delito, designando al autor para que sea castigado. También es descubrir, poner de manifiesto algo oculto, y por lo común reprochable). Debido a que "quienes se acogen al beneficio lo hacen para lograr una ventaja en el proceso, y no porque se encuentren bajo un cuadro de autocrítica o genuino arrepentimiento moral. Mayormente será el de recibir un beneficio penal, pero también puede ser lograr un ventaja en las condiciones de detención, vengarse de otros, buscar seguridad, etc."¹¹

En esta misma línea se enrola Maia Nieto quien denomina al instituto que

⁷ Díaz Cantón, Fernando; Breves notas críticas sobre la figura del "arrepentido"; Pensar en Derecho, p 20-21.

⁸ Tomasso Buscetta antes de declarar en el maxi proceso de Palermo aclaró previamente "Yo no soy arrepentido porque no tengo nada de qué arrepentirme. Lo que yo era permanece en mí. Yo no apoyo más aquella estructura de la que yo era parte. Por eso no soy un arrepentido".

⁹ Calderone Antonio a su turno declaró "No me molesta ser definido arrepentido porque estoy verdaderamente arrepentido de lo que he hecho... yo soy verdaderamente un arrepentido".

¹⁰ Díaz Cantón, op.cit , p 21.

¹¹ Hairabedián, op.cit, p 18

aquí estudiamos como "delación premiada", aportando por su parte el significado de delatar "... confesar, demostrar su propio comportamiento, transmitir informaciones personales a la autoridad; así como revelar la conducta ilícita de terceros (coautores). Quien confiesa el propio acto criminal y al mismo tiempo también indica a otro como coautor o partícipe de tal hecho punible, es un delator."¹²

Consecuentemente con ello define a la delación premiada como un acuerdo alcanzado por el investigado (acusado o condenado) por la comisión de un delito y el Estado, titular del ius puniendi, a través del Ministerio Fiscal, en el que, a cambio de la confesión o la prestación de información relevante, se ofrecen al presunto delincuente determinados beneficios, que pueden consistir en la rebaja de la pena, o incluso su remisión total en los casos de colaboración especialmente importante, y también en la retirada de la acusación, con el consiguiente sobreseimiento de la causa, o, previamente, en la decisión de no acusar al delator.

III.- Análisis histórico

a. Origen de la figura, su desarrollo y uso

La existencia del delator en el mundo es de antaño, si bien no se la conocía con los alcances que tiene hoy en día, su origen es antiquísimo.

Durante la antigüedad era común la existencia de los "soplones" personas éstas que se infiltraban en los ejércitos y obtenían información del enemigo, la cual le era arrimada a su cuerpo de origen.

En este orden de ideas, relata Hairabedián que la historia de los delatores es tan antigua como la civilización. "Que nadie tenga que sufrir como asesino, ladrón, malhechor o delator" consta en la biblia (Pedro 4:15).¹³

En Grecia, en el Siglo V A.C. se conocía como "sicofante" a quienes denunciaban a otros por dinero, lo que daba lugar a muchas acusaciones falsas. En Roma, el término también se usó en un tiempo para referirse a los que hacían

¹²Furtado Maia Neto, Candido y ot., "La delación (colaboración) premiada y los derechos humanos", en UCA Law Review, 2017.

¹³ Hairabedián, Maximiliano; "Nueva legislación sobre arrepentidos que no se arrepienten", Ed. Albrematica SA, Buenos Aires, publicado en Biblioteca Jurídica On line elDial.com C222D,15/11/2016

espionaje externo, como los oficiales enviados a Grecia; en este caso era de connotación neutra (no despectiva), pero sobre todo a partir de la descripción que hace Tacitus de Caepio Crispinus ya surge la categoría social negativa del arquetípico delator, como feroz oportunista, inescrupuloso, ambicioso, etc. El odio o desprecio popular hacia los delatores no reconoció épocas ni civilizaciones.

En el proceso de la inquisición tenían particular inserción los llamados “familiares del Santo Oficio”, suerte de espías secretos que cobraban por las delaciones y obtenían otros beneficios como prebendas, “limpieza de sangre”, impunidad por sus delitos, todo desde el anonimato total, cuadro suficiente como para que nos imaginemos el grado de su sinceridad. Vemos que tampoco es novedosa la delación a cambio de dinero.

Haciendo un análisis más profundo de sus orígenes debemos remontarnos como precedentemente he dicho, al derecho penal romano, donde ya preveía la posibilidad de eximir de pena al delator por vía de la amnistía que disponía el Senado.

Siguiendo a Riquert, quien refiere a Sánchez García de Paz, con remisión a Cuerda Arnau, lo concreta a propósito de los delitos de lesa majestad en la «Lex Cornelia de sicarios et veneficiis», que pasa luego como otras formas de derecho premial al derecho canónico y común medieval.¹⁴

Continuando con su exposición Riquert menciona que la distinción, como puntualizaba Vélez Mariconde, surgió primero como una necesidad de defender los intereses de la Iglesia y sustraer a los clérigos de la jurisdicción secular, pero a este fundamento religioso siguió uno político, cual fue la intención de los propios monarcas de fomentar el poder de la Iglesia con la esperanza de que las armas espirituales del Papa sujetaran a los nobles y favorecieran su estabilidad y predominio¹⁵. No obstante, Vázquez Rossi apunta que los métodos adoptados en el primero fueron paulatinamente confundiendo con los de la justicia secular, apareciendo, de hecho, como un idéntico procedimiento realizativo que marcó lo

¹⁴ Sánchez García de Paz, *El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las leyes orgánicas 7 y 15/2003*, en “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, n° 7/05, may. 2005, sección “Artículos”, p. 05:2; www.criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf . citado por Riquert, Marcelo A; "El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p.22

¹⁵ Vélez Mariconde, *Estudios de derecho procesal penal*, ed. 1956, t. 1, p. 80. citado por Riquert, Marcelo A; "El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p.22

que se conoce como proceso inquisitivo¹⁶.

Como sabemos, el proceso inquisitivo se extendió por mucho tiempo, arraigándose en nuestra cultura, y en tantas otras, abarcando el período de tiempo comprendido entre el siglo XIII en que comienza a enraizarse, hasta el siglo XVIII en que decae.

Este sistema procesal tenía como eje central la búsqueda de la confesión, vinculándola con necesidad de compurgar o expiar culpas, generada por la acción disvaliosa cometida. En aras de ello todo el sistema se erigía en torno a un procedimiento que variaba de acuerdo a la gravedad de la infracción, pero siempre en busca de la confesión.

Recordemos que durante largo tiempo la Iglesia Católica se arrogó el monopolio de la investigación y la sanción de los crímenes, como por ej. la herejía, aceptando el uso de las ordalías (juicios de Dios) medio de prueba que consistía en someter al imputado a un sufrimiento físico y extraer de sus reacciones conclusiones acerca de su inocencia o culpabilidad; naciendo de este modo lo que se conoce como "Santa Inquisición", con procedimientos secretos, carentes de garantías para el imputado y aceptando la tortura como medio de investigación.

El sistema inquisitivo se extendió a lo largo y a lo ancho del mundo, desconociendo cualquier límite.

Así, por ejemplo en Alemania, la persecución despiadada de las brujas comenzó en 1233 con el inquisidor General Konrad von Marburg, alcanzando su florecimiento máximo a partir del siglo XV. La bula del Papa Inocencio VIII del 5 de septiembre de 1484, «*Summis desiderantes affectibus*» que, aun cuando limitada al ámbito germánico, tuvo trascendencia general, junto al «*Malleus maleficarum*», publicado tres años después por los monjes dominicos Henricus Institoris (Krämer) y Jacobus Sprenger país donde los últimos procesos por brujería se celebraron en Würzburg (1749) y en Kempten (1775).¹⁷

¹⁶Vázquez Rossi, *Derecho procesal penal*, t. I, "Conceptos generales", ed. 1995, ps. 124 y 125. citado por Riquert, Marcelo A; "El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p.22

¹⁷ Barbero Santos, "La represión de la brujería en Alemania en los siglos XVI y XVII", en AA.VV., *Memorias de la Real Academia de Extremadura de las Letras y de las Artes*, ed. 1992, vol. II, ps. 88 y 89; y en www.cienciaspenales.net, sección "Áreas temáticas Criminología y fundamentos de las ciencias penales - Historia del derecho penal y de las ciencias penales", donde informa que

En España, según recuerda Maier, bajo el reinado de los reyes católicos el sistema inquisitivo adquirió inusitado vigor mediante dos organizaciones judiciales, una laica (la “Santa Hermandad”, en Castilla en 1498, competente para juzgar delitos contra la propiedad o las personas cometidos en despoblado o con violencia), y la otra religiosa (el “Tribunal del Santo Oficio o de la Inquisición”, creado en 1480 y abolido en 1820), de triste fama por la crueldad de sus procedimientos y penas. La instalación de este último en América fue por Cédulas de Felipe II, firmadas a principios de 1569 y mediados de 1570. Aquí, tuvo tres grandes centros, México, Lima (del que dependía Buenos Aires) y Cartagena, donde fueron juzgados unos 1.500 casos.¹⁸

De tal suerte, no puede soslayarse que la delación fue ampliamente favorecida en la manualística de los inquisidores para el tratamiento de los herejes.

Tal como podemos observar la delación premiada adquirió inusitada importancia en la persecución de los herejes; de hecho fue el medio más usual para iniciar el procedimiento, valiéndose los inquisidores, en excomulgar a quienes no los delataran.

Marques sintetiza el proceso penal inquisitorial recordando que, básicamente, radicaba en:

- a) Edicto de gracia: abría un período para que el hereje confesara para evitar la condena a muerte, la cadena perpetua y la confiscación (el reo, al ser detenido, permanecía incomunicado durante tres días en las cárceles secretas de la Inquisición y recién luego se le concedía la primera audiencia, donde se le exhortaba a autoinculparse y denunciar a otras personas, investigando su linaje y conocimiento de artículos de fe, pero sin que supiera la causa por la que estaba en tal condición).

la última ejecutada por decapitación fue Annemarie Schwängelin. *citado por* Riquert, Marcelo A; "El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p.22

¹⁸ Conforme Marques, *Delación: derecho penal premial*, sección “Doctrina”, *elDial-DCCC1*, pto. “La Inquisición en América”, donde con cita a José T. Medina, detalla que tales causas fueron: 243 por judaizantes, 5 por moriscos, 65 por protestantes, 298 por bigamos, 40 por aberraciones sexuales, 140 por herejía, 97 por blasfemia y 172 por brujería.. *citado por* Riquert, Marcelo A; "El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p.22

- b) Edicto de fe: llamado a todos los fieles a que denuncien a los herejes bajo pena de excomunión.
- c) Delación: convirtiendo a todos los cristianos en colaboradores del tribunal.
- d) Detención: incluyendo secuestro de los bienes.
- e) Investigación: secreta, lo que favorecía al delator, siendo la confesión plena prueba.
- f) Juicio: donde el reo era increpado por el abogado defensor.
- g) Absolución o condena.
- h) Auto de fe: manifestación pública en busca de ejemplaridad con procesión, ceremonia religiosa, lectura de las penas y reconciliación de los herejes, siendo la pena máxima la muerte en la hoguera¹⁹.

Avanzando en la línea témporo-espacial, podemos afirmar que evolucionan, tanto el sistema jurídico inglés como el norteamericano, donde las prácticas de negociación, son moneda corriente, y que incluso la colaboración procesal del imputado es una institución típica del sistema del common law, en que la concesión de beneficios es uno de sus componentes básicos²⁰.

Volviendo al marco continental europeo, no sólo en la persecución de herejes se admitió la delación. Hendler, con cita a Tomás y Valiente, recuerda en España una pragmática de Felipe IV, de 1636, de acuerdo con la cual se permitía que actuase como delator el cómplice o el autor del delito, premiándolo con una parte de la condena pecuniaria y una disminución y hasta una eximición total de la pena que le hubiera correspondido²¹. Arce y Marum, por su parte, aportan la mención, como otro de los antecedentes (que guardaría correlación histórica con nuestro

¹⁹ Marques, *Delación: derecho penal premial*, sección “Doctrina”, *elDial-DCCC1*, pto. “Panorama inquisitorial”. citado por Riquert, Marcelo A; “El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?”, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p.22

²⁰ Conforme Valdez Pereira, *Valor probatório da colaboraçã processual (delação premiada)*, en “Revista CEJ”, n° 44, jan./mar. 2009, p. 26, citado por Riquert, Marcelo A; “El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?”, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p.27

²¹ Hendler, *La figura del arrepentido*, en http://catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=74 , citado por Riquert, Marcelo A; “El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?”, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p.26.

Código Tejedor, agregamos), del art. 39 del viejo Código Penal Portugués de 1886, que incluía como circunstancia atenuante de responsabilidad criminal el descubrimiento de otros agentes, de los instrumentos del crimen o del cuerpo del delito, siendo la revelación verdadera y provechosa para la acción de la justicia²².

En cuanto a su historia moderna, resaltan Frondizi y Daudet que en Italia ingresa a principios de los años '80, "en ocasión del maxi-proceso de Palermo y de la conclusión del primer ciclo de proceso a los carteles mafiosos de la Compañía reunidos bajo las siglas N.C.O. (Nuova Criminalità Organizzata), y Nuova Famiglia, cuando aparecieron los así llamados 'arrepentidos históricos' cuyas declaraciones fueron el fundamento sustancial de la acusación y de las condenas"²³. En Italia realmente el instituto del colaborador eficaz - o mejor denominado por ellos pentito- fue un instrumento esencial para lograr las condenas en tales casos, y permitir así penetrar en el mundo de las mafias, conocer sus estructuras, integrantes, etc.

Además del uso de la técnica de los pentiti en Italia, Arce y Marum recuerdan que también en Alemania y en España desde la misma época se han sucedido varias legislaciones referentes al fenómeno del terrorismo en la que se recogió este instituto²⁴

Incluso con la entrada en vigencia del actual Código Penal Español, Gómez de Liaño Fonseca-Herrero indica que, al margen de los atenuantes genéricos del art. 21 (números 4 y 5) del digesto sustantivo español, se ha previsto el arrepentimiento en los delitos de tráfico de estupefacientes y terrorismo (arts. 376 y 579 bis.3 del CP español, respectivamente), conllevando una atenuación de pena en

²² Arce - Marum, *La figura del informador incorporada por la ley 24.424 a la ley 23.737 —art. 29 ter—*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", n° 6, ago. 1997, p. 332, *citado por* Riquert, Marcelo A; "El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p.27.

²³ Frondizi - Daudet, *Garantías y eficiencia en la prueba penal*, ed. 2000, p. 115, *citado por* Riquert, Marcelo A; "El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p.29.

²⁴ Arce - Marum, *La figura del informador incorporada por la ley 24.424 a la ley 23.737 —art. 29 ter—*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", n° 6, ago. 1997, ps. 232 y 233, *citado por* Riquert, Marcelo A; "El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p.28.

uno o dos grados a la señalada en la ley²⁵. La reciente y profunda reforma del Código Penal Español no ha cambiado demasiado la línea en lo que a nuestro tema concierne.

Siguiendo dentro del ámbito del derecho español, podemos decir que la posibilidad exención de pena para el imputado por acogerse a la figura en estudio, se da en los casos del denominado "arrepentimiento eficaz", delitos contra la hacienda pública y el fraude de subvenciones (arts. 307.3 y 308.4 respectivamente) cuando media regularización de la deuda, voluntaria y espontánea, con la Tesorería General (similar al art. 16 de nuestra ley 24.769), delitos de corrupción (arts. 419 a 421 en relación a los arts. 423 y 425 a 427), para el particular que cometió cohecho siempre y cuando haya sido ocasional la solicitud de dádivas, que el acto corruptor lo haya iniciado el funcionario público y que la denuncia se haga en el plazo de diez días desde el acuerdo entre ambos, sin que se haya iniciado procedimiento judicial (refiriendo a que no se haya llamado al particular a declarar).

En nuestro país algunos autores señalan que la consagración del arrepentido vio la luz con el proyecto de ley remitido por el ex presidente Menem a la Cámara Alta para modificar la ley 23.737. Aunque, tal afirmación, no es del todo cierta habida cuenta que la norma que ulteriormente fuera la modificatoria del art. 29 ter de la ley 23.737 reconoce su fuente en el proyecto del diputado Hernández. Posteriormente, el arrepentido amplía su marco de actuación, ya que la ley 25.521 la prevé para los actos de terrorismo allí descritos, maguer de lo cual, ésta fue introducida en nuestro país como medida excepcional para esclarecer los atentados contra las sedes judías (Báez, Julio C. - Cohen Jessica, ob. cit) y también en la flamante ley 25.742 -conocida en la jerga judicial como "ley antisequestro" que la adopta -aunque con modalidades propias- para la represión de este tipo de

²⁵Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, ed. 2004, p. 155. En el derecho español, como sintetiza Zafra Espinosa de los Monteros, el estatus de arrepentido conlleva la concurrencia de los siguientes requisitos: el abandono voluntario de las actividades delictivas y de la organización (esto implica que es el arrepentido el que acude a las autoridades), la confesión de los delitos que haya cometido mientras era miembro activo de la organización y, por último, la colaboración activa con las autoridades penales encargadas de la prevención y represión del delito (*Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, ed. 2004, ps. 116 y 117); citado por Riquert, Marcelo A; "El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p.28.

injustos²⁶.

Así podemos colegir que la delación premiada ha retornado con más fuerza, ya no en el ámbito de un proceso inquisitivo, oscuro y sin límites, sino en sistemas de democrática legitimación popular, tanto en regímenes de organización presidencialista como parlamentarios, dentro de un Estado de Derecho y respetuoso de las garantías y principios constitucionales.

IV.- Derecho comparado

a. Su aplicación en otros países.

Ahora haré una breve reseña de los diversos países que han acogido la figura del arrepentido en sus legislaciones, destacado entre ellos a Alemania, Italia, España, Colombia, Costa Rica, Portugal, Francia, Bolivia, Paraguay, de entre otras.

Debido a la gran extensión del tema, me avocaré a efectuar una breve mención de ellos, y analizar más en profundidad los países de Italia, Alemania, Estados Unidos y Brasil.

Citando a la autora española Isabel Sánchez García de Paz²⁷, debemos distinguir 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.

El arrepentido como "testigo" participa en el juicio oral como tal, y tiene la obligación de declarar, esto como condición para obtener algún tipo de inmunidad que le saque el mote de imputado (grant of immunity- otorga inmunidad-). Debido a su obligación de participar activamente del proceso, se encuentra en una situación especial de peligro, es por ello que se lo considera testigo protegido, y se le brinda protección. Generalmente esta figura está así legislada en los países anglosajones, como Estados Unidos y Gran Bretaña.

De acuerdo al segundo modelo, denominado como "colaborador" por la autora citada, el arrepentido interviene esencialmente en la etapa de

²⁶ Baez, Julio C; "El Arrepentido" publicado en Revista Jurídica On Line La Ley, 21/08/2003, https://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/Secuestros/Capacitacion/atenuantes/41ter/Baez_Julio.pdf

²⁷ Sánchez García de Paz, Isabel; “El coimputado que colabora con la justicia penal”; Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

investigación/instrucción del proceso, colaborando con las autoridades en la persecución e investigación penal para esclarecer los hechos y lograr el descubrimiento de los culpables, premiándose de modo facultativo para el juez con una reducción o exención de pena.

Como observamos, aquí no es condición esencial su participación en el proceso, es por ello que no siempre se prevé su protección conforme el sistema de testigos protegidos. Este modelo es adoptado por Alemania, Suiza, Austria, Holanda y España, mientras que elementos de ambas categorías podemos observar en la regulación italiana²⁸.

“...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...”

Como vemos, el "pentito" en el derecho italiano tiene gran relevancia, ya que allí podemos situar su origen moderno. El legislador ha puesto la mirada en esta figura, sobre todo para lograr el desbaratamiento de las mafias, premiando - con beneficios procesales o exención de prisión - a aquellos arrepentidos que brindaran información relevante respecto de su organización, miembros, etc.

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, donde 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.

²⁸ Sánchez García de Paz, Isabel, op. cit. Págs. 3 a 4.

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...²⁹.

Yendo a **España**, la aún vigente ley orgánica 3/1998 -que reforma el art. 57 del C.P. -sobre terrorismo regula la disminución de pena a cambio que el delator brinde información y desista en las actividades que lleva a cabo.

En dicho país también está regulado, tal como lo mencionara Gascón Inchausti -en "Infiltración policial y agente encubierto- para los delitos de organizaciones criminales, terrorismo y tráfico de drogas; y citando jurisprudencia del Tribunal Supremo Español "... ha expandido a cualquier delincuente arrepentido que colabore con la justicia a través de la facilitación de información a las autoridades, el incentivo previsto en la atenuante analógica del apartado 7º del art. 21 CP, en relación con la confesión del apartado 4º, por considerar que debe fomentarse, bajo fundamentos de política criminal referidos a la utilidad de las investigaciones, aquellas actitudes de colaboración útil en la investigación de los hechos en función de su utilidad para facilitar la investigación, ayudar al esclarecimiento de los hechos investigados y, en suma, ahorrar coste a la Administración de Justicia" (Sala Penal, sents. 21/10/2003 y 7/02/2005, cits. por Ortiz Juan Carlos: "La delación premiada en España: instrumentos para le fomentos de la colaboración con la justicia" Revista Brasileira de Direito

²⁹Sánchez 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 transcriptos, para otorgar más claridad al tratamiento de la cuestión).

Processual Penal, vol. 3 n° 7, 2017, p 55).³⁰

Sin embargo respecto de esta jurisprudencia vale aclarar que, el C.P.E. regula varias circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, entre las cuales establece "haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción ante las autoridades"; y "cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores" (arts. 21, incs 4° y 7°). Consecuentemente podemos colegir que la admisión jurisprudencial española de extensiones de la atenuación punitiva tiene como sustento normas penales que no están presentes en nuestro ordenamiento.

En el derecho alemán, el arrepentido fue introducido en la legislación antiterrorismo contemplando penas atenuadas para tal delito cometido. Así como también para los casos en que el partícipe de una asociación criminal con su aporte impida la subsistencia de aquella (art. 129, IV y 129 a, V, Stgb). A su hora el art. 31 establece que el juez puede según su discrecionalidad, atenuar la pena o abstenerse de pena si el partícipe ha revelado al funcionario sus conocimientos acerca del delito para que éste sea descubierto.

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 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

³⁰Hairabedián; Maximiliano, "Régimen penal y procesal del arrepentido y la delación premiada", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2° Edición 2019, p. 23.

ella al culpable que contribuya esencialmente al descubrimiento del hecho propio o de otro revelando voluntariamente lo que conozca.

Me atreveré a adentrarme aún más en el Código Penal Alemán (StGB), tomando de la obra de Sancinetti³¹ la transcripción del artículo actual, el artículo 46b que regula el instituto en tratamiento: § 46b, StGB, ayuda para esclarecer o evitar hechos punibles graves.

a Si el autor de un hecho punible conminado con pena privativa de libertad de mínimo aumentado o con pena perpetua,

1. °) mediante manifestaciones voluntarias de su conocimiento ha contribuido de modo esencial a que pueda ser descubierto un hecho, según el § 100a, párr. 2, del Ordenamiento Procesal Penal que esté relacionado con su hecho; o bien

2. °) manifieste voluntariamente su conocimiento ante una oficina pública competente, tan a tiempo como para que un hecho, según el § 100a, párr. 2, del Ordenamiento Procesal Penal, que esté relacionado con su hecho y de cuyo planeamiento él sepa, pueda ser aún evitado, el tribunal podrá atenuar la pena según el § 49, párr. 1, en cuyo caso, en lugar de pena perpetua que esté conminada en forma exclusiva, cabrá pena privativa de libertad no inferior a diez años.

Para la clasificación como hecho punible que esté conminado con pena privativa de libertad aumentada en su mínimo, sólo serán consideradas las agravantes para hechos especialmente graves y no las atenuantes. Si el autor ha participado en el hecho, tendrá que extender su contribución al esclarecimiento según el párrafo 1, n.° 1, más allá de su propio aporte al hecho. En lugar de la disminución de la pena, el tribunal podrá prescindir [eximir] de pena, si el hecho punible está conminado exclusivamente con pena privativa de libertad temporal y el autor no ha incurrido en una pena mayor a tres años de prisión.

b En la resolución según el párrafo 1, el tribunal tendrá que considerar especialmente:

1. °) la naturaleza y la magnitud de los hechos manifestados y su significación para el esclarecimiento o para la evitación del hecho, el momento de la manifestación, la medida del apoyo a las autoridades de persecución penal por parte del autor y la gravedad del hecho al que se refieren sus aportes de datos, así como

³¹Sancinetti, Marcelo Alberto; "Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de 'Arrepentido' y de 'Extinción de Dominio'" (Explicaciones complementarias a la intervención del 3/8/2016 a disposición del H. Senado en versión taquigráfica de esa fecha) pág. 19, publicado en <https://docplayer.es/69943339-Marcelo-alberto-sancinetti-dictamen-sobre-proyectos-de-leyes-asi-llamados-de-arrepentido-y-de-extincion-de-dominio.html> .

2.º) *la relación de las circunstancias mencionadas en el número 1 respecto de la gravedad del hecho punible y la culpabilidad del autor.*

c Una atenuación, al igual que una eximición de pena según el párrafo 1, quedan excluidas, si el autor revela su conocimiento recién después de que haya sido resuelta la apertura del juicio principal (§ 207 del Ordenamiento Procesal Penal).

La comprensión cabal de esta disposición requeriría muchas explicaciones adicionales, que exceden el marco de este trabajo, por lo que solo me limitare a mencionar que en el primer párrafo, n.º 1, prevé el llamado “testigo de la corona” (negociación de la escala penal a cambio de informaciones procesales), mientras que el n.º 2 de ese mismo párrafo, prevé una disposición sobre un comportamiento posterior al hecho de cierta “analogía con un desistimiento tardío”, es decir, una acción *en pos de la protección del bien jurídico*.

El **derecho penal brasileño** también regula la figura de la colaboración premiada, y ha echado mano a la misma para casos de corrupción; especialmente para el conocido caso como "Operación Lava Jato" el cual tomo una dimensión extraordinaria, sobre todo por los resultados obtenidos, donde se logró dismantelar una red enorme de corrupción, entre los cuales estaba quien fuera presidente del país vecino (Lula Da Silva) y la petrolera "Petrobras".

Las pautas que rigen al instituto del arrepentido se encuentran reglamentadas en la ley 12.850 del 2/08/2013, que define los elementos que tipifican las asociaciones ilícitas, establece las penas y los procedimientos aplicables para su juzgamiento y en este último aspecto sistematiza ciertos institutos que facilitan la obtención de elementos probatorios en supuestos de crimen organizado.

Específicamente la Ley 12.850 sobre “Organizaciones Criminales “*DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA*” (De la investigación y los medios de prueba) en su artículo 3 hace referencia a la “*colaboración premiada*”; en el artículo 4 *se regula el “perdón judicial, reducir hasta en 2/3 (dos tercios) la pena privativa de libertad o sustituirla por otras restrictivas de derechos de aquel que haya colaborado efectiva y voluntariamente con la investigación*”; y en el artículo 5 - se establecen “*derechos del colaborador*”. En Brasil, para la concesión del beneficio siempre se tomará en cuenta la personalidad del colaborador, la naturaleza, las circunstancias, la gravedad y la repercusión social del hecho criminal y la eficacia de

la colaboración.³²

En cuanto al acuerdo que se celebra por la colaboración, el mismo no es público y solo debe contener informaciones que apenas permitan identificar al colaborador y su objeto. Dicho acuerdo puede ser presentado ante el juez en cualquier momento del proceso, aun antes de formalizada la denuncia, la cual puede ser postergada por seis meses hasta que se verifiquen las condiciones pactadas, suspendiéndose durante ese plazo, el término de la prescripción de la acción penal. La colaboración incluso puede ser posterior al dictado de la sentencia, y ahí la pena podrá ser reducida hasta la mitad o bien se pueden admitir regímenes progresivos de cumplimiento de la pena.

Siguiendo en esta línea, regula que el juez no puede participar de las negociaciones entre las partes, que incluso en la etapa de investigación el acuerdo puede ser concretado por la policía; debiendo estar siempre presente la persona investigada con su defensor, y tener la anuencia del Ministerio Público.

Consecuentemente con ello, establece que el juez al homologarlo solo se limitará a controlar las cuestiones formales de su celebración, y constatar de manera fehaciente la libre voluntad del investigado, para la cual se podrá celebrar una audiencia. Claro está, que el mismo no podrá rechazarlo por cuestiones de oportunidad, mérito, conveniencia o política criminal.

En cuanto al modo de plasmar el acuerdo, la ley brasileña establece que debe ser registrado – siempre con la presencia de su defensor- en la medida de lo posible por cualquier procedimiento técnico que posibilite la mayor fidelidad de la información aportada; además que el colaborador debe renunciar a su derecho a permanecer en silencio y está sujeto al compromiso legal de decir la verdad, e incluso puede retractarse si de sus dichos solo surgen datos exclusivamente aplicados en su contra.

Dicha legislación prevé también que el nombre del colaborador, su imagen, y demás datos permanezcan preservados del público y de los medios de comunicación, y consecuentemente con ello que su juicio tramite en forma separada a los demás coautores o partícipes y que cumpla su pena en establecimiento carcelario distinto al resto de los otros implicados. El colaborador beneficiado por el perdón judicial o no denunciado puede ser oído durante el juicio

³² Candido Furtado Maia Nieto op.cit, p

a requerimiento de las partes o por iniciativa de la autoridad judicial y los términos del acuerdo y su eficacia deben ser valorados a dictarse la sentencia definitiva.

Finalmente la ley expresamente prevé que ninguna sentencia condenatoria puede ser dictada con fundamento exclusivo en las declaraciones del agente colaborador.³³

En dicho país, el instituto de la delación premiada no ha quedado libre de críticas, ya que la doctrina brasileña ha formulado innumerables cuestionamientos, tanto desde su constitucionalidad, como desde el plano ético.

Pero sí cabe poner de relieve, tal como lo he manifestado antes, que ha tenido una utilidad inconmensurable, sobretodo en el mencionado juicio “operación lava jato” donde a pocos años de su inicio se logró aplicar condenas de efectivo cumplimiento y recuperar parte de los activos desviados. Claro está que ello no hubiera sido posible utilizando las mismas herramientas procesales que se emplean para investigar los denominados “delitos comunes”.

En cuanto al cuestionamiento que se efectuara en dicho país respecto de la prisión preventiva en el marco de un proceso donde se echó mano a la figura del arrepentido, el Supremo Tribunal Federal dentro de la operación lava jato efectuó una reseña de los criterios, que conforme a su jurisprudencia mayoritaria y en la aplicación de las pautas del art. 312 del Código Procesal Penal legitiman a imposición de una prisión preventiva. Así, en primer lugar debe verificarse la existencia de prueba que acredite la materialidad del delito e indicios suficientes de su autoría, aunque en este sentido, el cúmulo probatorio y la gravedad del hecho son presupuestos que, por sí solos, son insuficientes para justificar el encierro preventivo. A ellos debe venir agregado necesariamente, por lo menos unos o más de los siguientes fundamentos, indicativos de la razón determinante de la medida cautelar que puede ordenarse para: a) garantizar el orden público b) garantizar el orden económico, c) garantizar el normal desarrollo de la investigación penal (riesgo de entorpecimiento), d) garantizar la aplicación de la ley penal (riesgo de fuga).

La Suprema Corte brasileña además sostuvo que la prisión preventiva solamente deviene legítima en situaciones en las que resulte el único medio eficiente para preservar los valores jurídicos que la ley penal procura expresamente

³³ Gonzalez Da Silva, Gabriel; “Consideraciones sobre la operación “Lava Jato”. Régimen legal del arrepentido, prisión preventiva e “impeachment” en el Brasil.

en su protección, de modo que resulta indispensable que quede demostrado que, en el caso concreto ninguna medida cautelar alternativa a aquella resulta para atender de manera eficaz los mismo fines (conf. arts. 286, 6 y 319 CPP)³⁴

En cuanto a este tópico se crítica que será usado por el MPA como medio extorsivo, para lograr acuerdos con "arrepentidos"; pero la verdad es que si bien la prisión preventiva puede ser utilizada indebidamente como un elemento para compeler al imputado a firmar un acuerdo de colaboración, la experiencia del país limítrofe - ya citada hasta el hartazgo- ha demostrado que dicho riesgo se neutraliza cuando el imputado sabe que la eventual sanción que le puede llegar a corresponder en caso de recaer condena, lo mismo resultará de efectivo cumplimiento con la suscripción de este, al igual que las consecuencias económicas que en uno u otro caso debe afrontarlas. Así su acceso a celebrar el compromiso constituirá una estrategia que deberá evaluar con su defensor, y en la que deberá ponderar el cúmulo de pruebas que reviste en su contra, así como los eventuales beneficios que podría obtener en el futuro, el momento de dictarse sentencia.

Por otra parte en el **derecho anglosajón** está fuertemente asociada la figura del arrepentido con el margen de discreción que tienen los fiscales para disponer de la acción, una de cuyas facetas es la posibilidad de dividir subjetivamente la pretensión penal (seleccionando a quienes perseguir), sumado a que los imputados pueden declarar como testigos de la Fiscalía todo lo cual desemboca previsiblemente en acuerdos de colaboración. Sobre esta evolución, se ha citado Schiffrin, quien ilustra: *"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 el requisito indispensable de la actuación jurisdiccional. Si no hay not guilty plea y, en cambio, hay guilty plea, el reconocimiento de 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 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*

³⁴ Gonzalez Da Silva op. cit, pag 208 y 209.

consiguiente pena, a cambio de la colaboración del imputado, ya para descubrir a sus partícipes, o para simplificar la tarea de la investigación...".³⁵

Y en lo que hace específicamente al **derecho norteamericano**, me avocaré a mencionar la problemática que se ha suscitado en el país, citando al catedrático Hendler, 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, quien decide acogerse a la figura del colaborador eficaz lo hace directamente en calidad de testigo, y por lo tanto bajo pena de acusar al encausado por la comisión de delito de falso testimonio.

Puntualmente, Hendler afirma que "...La cuestión que se suscita... con las confesiones de un inculpaado 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.

Dicha 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 o si, en cambio, basta con que se asegure 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

³⁵ Schiffrin, Leopoldo H; "Corsi e ricorsi de las garantías procesales penales en la Argentina, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, n° 8-A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p.484 citado por Minoggio, Dino; "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"; en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/03/doctrina46375.pdf> .

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...³⁶.

V.- El arrepentido en Argentina

Finalidad de la reforma

Debemos situarnos en la sanción de la ley 27.304 que introduce tal cual hoy la conocemos a la figura del "arrepentido".

³⁶ Hendler, Edmundo; op. cit.

La principal finalidad de la reforma de dicha ley, fue ampliar el margen de actuación, permitiendo que se aplicara dicho instituto también para los delitos de corrupción; lo que además permitió legislar la figura del delator premiado en un único cuerpo, unificado el régimen en el art. 41 ter del Código Penal.

En opinión de Atienza, el resultado de la ley es el producto que se quiso sancionar como objetivo explícito, pero la finalidad última es bajar -o prevenir- los niveles de impunidad en los casos de corrupción pública.³⁷

Aquí se refiere a las finalidades inmediatas que surgen del art. 41 ter, es decir, la información brindada por el arrepentido tiene que ser útil para:

- *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;*

La misma ley, es la que reconoce en su articulado en forma expresa la existencia de diversas finalidades; precisamente a los efectos de valorar la eficacia de los datos aportados por el arrepentido como criterio para la adjudicación de los beneficios, el inc. “d” del art. 5 de la ley habla de “la utilidad de la información aportada para alcanzar las finalidades previstas”.

- *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;*
- *indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo” (el 41 ter).*

Reitero que fundamentalmente y como base de todo ello, la finalidad última se relaciona más bien con la lucha contra la corrupción en general³⁸.

Además la ley vino a uniformar la figura del arrepentido, lo cual se evidencia con la modificación y derogación de otras leyes. Es decir, antes de la sanción de la

³⁷ Simone, Ariel Hernan; “Análisis político-criminal de la ley del arrepentido. Reflexiones en torno a la finalidad e implicancias sociales y políticos criminales de la reforma de la ley del arrepentido para su aplicación en casos de corrupción pública (Ley 27.304- Art 41 ter C.P.) “ Revista Intercambios n° 18 de la Especialización en Derecho Penal UNLP 2019, pag 54.

³⁸ Simone, Ariel Hernan;op. cit, pag 53 y ss.

Ley 27.304 había diversas legislaciones que contemplaban el instituto aquí estudiado para distintos delitos; pero hoy en día se encuentra todo concentrado en el art. mencionado (41 ter C.P.) e incluso se ha regulado el procedimiento a seguir.

Con lo expuesto respecto de la finalidad de la ley, no podemos dejar de mencionar que el fin principal de la misma fue legislar una herramienta para intentar dar pelea a la corrupción, problema profundamente arraigado en nuestra sociedad. Y consecuentemente con ello debemos tener presente que uno de los objetivos de la política criminal debe ser sin lugar a dudas construir un derecho penal eficaz para la protección de todos sus aspectos (RICHI:15). En efecto, la figura del arrepentido es una de las herramientas que se estimulan como instrumento político-criminal para bajar los niveles de impunidad en los hechos contra la administración pública (DOMENECH,2016:152).

Además, la ley del arrepentido es parte de un conjunto de iniciativas que el P.E.N. mandó al congreso para su aprobación, junto a las figuras de la citada ley 27.319 y la modificación del procedimiento para los casos de flagrancia mediante ley 27.272, entre otras (GONZÁLEZ DA SILVA,2017:25).

También forman parte de este paquete la *ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas* y la ley de extinción del dominio.³⁹

Incluso del informe emitido por las comisiones legislativas surge que la finalidad es permitir la *atenuación o exención de pena en aquellas personas incursoas en hechos de corrupción que suministraren información útil que permita avanzar con la investigación posibilitando la detención de mayores responsables involucrados en la actividad. Así las cosas, resulta de vital importancia la adopción de dicha figura con la finalidad de dotar de eficacia a la prevención y lucha contra los delitos de que se trata y de fortalecer las instituciones democráticas evitando el desgaste, menoscabo y desconfianza moral de la sociedad*".

Por otro lado, en los fundamentos del proyecto de la diputada Graciela Camaño, específicamente destinado a implementar la figura del arrepentido en los casos de corrupción, se había dicho que justamente ello era necesario para combatir eficazmente la corrupción, considerada como una plaga.⁴⁰

³⁹ Simone, Ariel Hernan;op. cit, pag 55 y ss

⁴⁰ Ibidem, , pag 55 y ss

Evolución histórica de la ley en Argentina

Me avocaré a hacer una breve reseña de los antecedentes legislativos del art. 41 ter del CP y de la ley 27.304 que consagró definitivamente la figura del arrepentido, ya que los mismos debe ser analizados en el marco de las reformas y actualizaciones. Es decir, hacer un repaso por la evolución histórica de la ley en Argentina.

El Anteproyecto de Código Penal de 2014, si bien tenía en mente derogar gran parte de la legislación complementaria, no contenía una previsión específica sobre la figura del arrepentido. Es más, el proyecto se basaba en un sistema donde ciertas situaciones se reputaban como atenuantes genéricos de la pena en el art. 6, donde estaba ausente esta posibilidad.⁴¹

Así, el 41 ter se incorpora en 2003 mediante la ley 25.742, se modifica en 2008 a través de la ley 26.364 y se sustituye finalmente en 2016 mediante la ley 27.304.

Conforme cita Julio Baez "...Hay algunos autores que señalan que la consagración normativa del instituto en estudio vio la luz con el proyecto de ley remitido por el ex presidente Menem a la Cámara Alta para modificar la ley 23.737. Aunque, tal afirmación, no es del todo cierta habida cuenta que la norma que ulteriormente fuera la modificatoria del art. 29 ter de la ley 23.737 reconoce su fuente en el proyecto del diputado Hernández"⁴².

Del mismo modo, en el Senado se han presentado proyectos de ley, teniendo en miras a la figura del arrepentido como mecanismo para luchar contra la impunidad, como por ejemplo el del senador Antonio Cafiero y el de Jorge Villaverde.

El Proyecto del primero de los nombrados consiste en incorporar en primer término como inc. 3º al art. 41 del Cód. Penal dos disposiciones: a) Admisión plena y completa de la responsabilidad en la comisión de los hechos investigados. b) La contribución efectiva al progreso de la investigación mediante el aporte de información veraz y decisiva para la determinación de autores, partícipes,

⁴¹ Ibidem, pag 88 y ss " El art. 6 de Anteproyecto 2014 traía prevista la disminución de penas (entre la mitad del mínimo y del máximo), para los casos de imputabilidad disminuida, error "vencible", exceso en la legítima defensa y legítima defensa incompleta, entre otros...".

⁴² Baez, Julio C; "El Arrepentido" publicado en Revista Jurídica On Line La Ley, 21/08/2003, https://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/Secuestros/Capacitacion/atenuantes/41ter/Baez_Julio.pdf

encubridores y víctimas. En cuanto la pena a aplicar, será la reducida de la tentativa que fija el art. 44 del Cód. Penal teniendo en cuenta la opinión que brinde el fiscal de la causa en cuanto a que la contribución ha sido eficaz para el desarrollo de las investigaciones. En segundo término amplía la represión de la asociación ilícita incorporando también en la parte general -- art. 41 bis-- sobre graduación de la pena una valoración de eficacia en cuanto a la conducta del arrepentido.

Los puntos de partida de la reforma propuesta por el senador Cafiero podrían sintetizarse en que: El proyecto procura la reforma del Código Penal mediante modificaciones en la Parte General que incorpora, en el art. 2º, otro dispositivo al art. 41 bis del Cód. Penal, que permite una reducción de la pena en un supuesto nuevo que propone de asociación ilícita. Este art. 2º del Proyecto Cafiero permite la ampliación de la figura del arrepentido para cualquier otro delito propio de la asociación ilícita (art. 210, Cód. Penal) con la limitación de que la contribución haya sido eficaz y decisiva para el desarrollo de la investigación y que cuente con dictamen fiscal favorable.

En síntesis, en este Proyecto se acepta la atenuación de la pena, pero no se admite que "el arrepentido" logre beneficiarse con la exención de la pena. Tampoco se admite que el Estado renuncie al enjuiciamiento o castigo o que se estimule "la delación" mediante el pago de sumas de dinero a quien participó o encubrió el delito

En cuanto a proyecto de ley del senador Villaverde en su art. 1º incorpora un apartado (o inciso) más al art. 41 del Cód. Penal. Es el N.º 3 que establece las pautas para valorar el índice de menor peligrosidad del inculpado, a tal fin el autor menciona; a) Que el imputado admita su propia intervención en el delito motivo del juzgamiento, b) Que el aporte de datos tenga relevancia tal que permitan progresar en la individualización de los restantes partícipes o identificar a las víctimas. Así como también incautar los instrumentos del delito o recuperar los efectos obtenidos por el ilícito.

El Proyecto Villaverde además incorpora a través de su art. 2º el nuevo art. 41 bis al Cód. Penal (al igual que el Proyecto Cafiero). Este art. 41 bis determina el grado de participación disminuida para el autor y que remite a las pautas que fija el art. 44 del Cód. Penal (tentativa). El coimputado -como lo denomina el Proyecto comentado-, debe demostrar fehacientemente que lo revelado o el aporte de información fue efectivo para establecer la identidad de autores, encubridores y que permiten un avance significativo en la investigación.

Asimismo contiene una especial reducción de la pena al mínimo legal y aún más, el arrepentido podrá eximirse si la información brindada permitió desbaratar una asociación o tipo de banda integrada por tres o más personas que teniendo ramificaciones nacionales o internacionales tengan como fin el tráfico ilícito de bienes o cosas o que tengan como objetivo la perpetración de los delitos previstos en título X, esto es, los actos ilícitos llevados a cabo contra los poderes públicos y el orden constitucional. Finalmente, este proyecto a través de su art. 4º incorpora el art. 41 quater del Cód. Penal, estableciendo que, no se podrá beneficiar al arrepentido por más de una vez.⁴³

La figura del arrepentido estuvo legislada en diferentes leyes, a saber:

- **Ley 24.424 (1995):** Incorpora en el art. 29 ter de la ley 23.737 la figura del arrepentido para los casos de tráfico de estupefacientes y contrabando.
- **Ley 25.241 (2000):** Establece la figura del colaborador eficaz para los hechos de **terrorismo** del art. 213 ter del Código Penal.
- **Ley 25.246 (2000):** Reforma el régimen de los delitos de "Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo" (Capítulo XIII del Título XI).
- **Ley 25.742 (2003):** Incluye el art 41 ter al Código Penal: figura del arrepentido para los delitos de los arts. 142 bis (privación ilegítima de la libertad) y 170 (secuestro extorsivo).⁴⁴
- **Ley 26.364 (2008):** Ley de protección contra la trata de personas: Reforma el art. 41 ter del Código Penal. Amplía la aplicación de la figura del arrepentido a los casos de trata de personas, de modo que queda alcanzado a la figuras de los arts. 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170.

⁴³ Caballero, José Severo; "La figura del arrepentido en los proyectos legislativos para la reforma del Código Penal Argentino", Publicado en: LA LEY 1997-E , 1507, <https://www.senado.gob.ar/upload/18800.pdf>

⁴⁴ Aboso "Comentario de la ley 25.742 para la prevención del secuestro de personas", La Ley, 2003/07/01, p. 1..."mediante el dec. 1651/02 (Adla, LXII-D, 4124) el Poder Ejecutivo Nacional creó una comisión asesora para la prevención del secuestro de personas integradas por jueces, fiscales, abogados legisladores y especialistas de nuestro foro a la que se le asignó la delicada misión de analizar la problemática de la privación ilegítima de la libertad y proponer los paliativos necesarios para contener esta modalidad delictiva que en nuestros días alcanza ribetes de auténtica criminalidad organizada.

- **Ley 26.683 (2011):** Reforma la ley 25.246, incorpora el Título XIII al Código Penal “Delitos contra el orden económico y financiero”. Establece en el art. 31 de la ley 25.246 la figura del arrepentido para los delitos financieros, remitiendo al procedimiento establecido en la ley 25.241

Finalmente la Ley 27.304 legisla la figura para los actos de corrupción, unificando a la vez los supuestos de arrepentido en el art. 41 ter y derogando art. 29 de la ley 23.737, la ley 25.241 y el art. 31 de la ley 25.246.

A su vez, el mismo artículo 41 ter que no constaba en la redacción originaria del Código y que luego es incluido, ya había sido reformado en tres oportunidades: en el 2003 con la ley 25.742, luego en el 2008 con la ley 26.364 y posteriormente en el 2016 por la ley en tratamiento.

Tal como he ilustrado, vemos que fueron varias las modificaciones que hubo en relación al "colaborador eficaz", hasta llegar a la regulación unificada de hoy en día.

V.1. Discusión constitucional

Como la figura del arrepentido no es nueva en la legislación argentina, la discusión sobre su legitimidad ya se ha suscitado. La práctica judicial y la jurisprudencia han respaldado esta figura, pero en la doctrina se advierten mayores contrapuntos.

Riquert ⁴⁵cita a Ziffer para quien la valoración de la conducta procesal para agravar la pena “debe constituir un tabú” en la medida en que se pretenda

⁴⁵Riquert, Marcelo, “El delator (“¿arrepentido?”) en el derecho penal argentino”, *El Dial*, DC13DF, 10/9/2010, citando a Ziffer, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, 1996, ps. 171, 173 y 175. También agrega la autora citada que impedir la valoración negativa pero crear un sistema de premios para facilitar una investigación más efectiva de los delitos (con figuras como el arrepentido o el testigo de la corona), ofrece una “armonía aparente” o bien “pagada a un alto costo para la garantía de defensa” porque “hacerle saber al imputado que su confesión posiblemente lo libere de una pena grave reduce su libertad de decisión considerablemente”, por lo que “la restricción del derecho de defensa sólo puede ser evitada mediante la prohibición de valorar la conducta procesal en cualquiera de sus formas, pues sólo esto elimina el riesgo de que los jueces caigan en la tentación de valorar negativamente, de manera explícita o velada, que el imputado se haya negado a declarar”, citado por Hairabedián, Maximiliano; "Nueva legislación sobre arrepentidos que no se arrepienten", Ed. Albrematica SA, Buenos Aires, publicado en Biblioteca Jurídica On line *elDial.com* C222D,15/11/2016, pag 8.

garantizar ampliamente el derecho de defensa del imputado, lo que provoca el rechazo casi unánime de la pretensión de agravar la condena por el silencio o por negar el hecho, aunque “la cuestión parece no ser tan clara cuando se trata de premiar la colaboración durante el proceso con una rebaja de pena”. También señala que las principales preguntas que plantea la autora son acerca de la legitimidad de premiar una confesión con una atenuación de la pena, porque esto deriva indirectamente en un agravamiento para quien hace uso del derecho a negarse a declarar, y además, si hacerlo (premiar) no es, en última instancia, una forma de coaccionar la confesión.

Asimismo Riquert cita a Terragni para quien la denominación de “arrepentido” importa un “torcido uso del lenguaje, procura disimular la inmoralidad intrínseca de la figura”; y que para Maier lo más curioso es que esta compra de impunidad por una persona que no está arrepentida de nada, sino que negocia desde una situación de inferioridad, obtiene más ventajas cuando es más inmoral.

Sancinetti por su parte señala que se encubre una perfidia, ya que no se estaba frente a un sujeto que se condolía de su pasado y que por eso colaboraba con la investigación, sino ante el autor de un delito que obtenía un beneficio a cambio de traicionar la confianza de los copartícipes⁴⁶.

Respecto de ello, caber recordar que aproximadamente en agosto de 1997, la Cámara de Diputados de la Nación había aprobado un proyecto que acogía el beneficio de la disminución de la escala penal, para casos de testigo a la corona. Como consecuencia de ello, el Senado abrió una consulta de diversos juristas, para que expresaran su parecer al respecto.

En aquel momento Marcelo Sancinetti, era asesor del senador Quinzio, e hizo una exposición, que es la postura que mantiene hasta el día de hoy,⁴⁷ la cual se

⁴⁶Riquert, Marcelo, “El delator (“¿arrepentido?”) en derecho penal argentino”, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100831_01.pdf, p. 10, y citado por Hairabedián, Maximiliano; “Nueva legislación sobre arrepentidos que no se arrepienten”, Ed. Albrematica SA, Buenos Aires, publicado en Biblioteca Jurídica On line elDial.com C222D,15/11/2016, pag 9.

⁴⁷Sancinetti, *Observaciones críticas sobre el proyecto de ley de tratamiento privilegiado al “testigo de la corona” (¿“arrepentido”?) - Ponencia ante el Senado de la Nación*, publ. en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, año III, N° 7, pp. 791/818 (ponencia ante la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios del H. Senado de la Nación, el 2/9/1997), citado por Sancinetti, Marcelo Alberto; “Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de ‘Arrepentido’

basaba en los autores de la Ilustración, y en la recepción más moderna y elaborada de aquel patrimonio cultural liberal del Estado de Derecho, que reformuló, en una obra monumental, el autor italiano Luigi Ferrajoli⁴⁸.

Asimismo sostiene que no se trata de la opinión solitaria de él, sino que es la prevalente entre los juristas penales de *tradición humanista*. Reconoce que estos institutos, han ido invadiendo los regímenes jurídicos de muchos países de tradición europea continental –como la República Federal de Alemania–, pero que igualmente la opinión entre los juristas se mantiene predominantemente *en contra* de este instituto, en lo que denomina “testigo de la corona”, pero no se opone a las situaciones de protección del bien jurídico, como la interrupción de la comisión de un delito o la recomposición entre víctima y autor, etc.

Siguiendo con la cita de Sancinetti, expone que en Alemania, en el comentario al Código Penal alemán (Schönke / Schröder), el comentarista Kinzig ofrece una introducción en la que reseña todas las objeciones que se alzan contra la figura del arrepentido. En ese panorama se destaca la opinión del criminólogo y jurista alemán Peter Alexis Albrecht, quien fue el primer orador en la consulta –similar a la que hizo el Senado el pasado 3/8/2016– del 25/3/2009, ante el *Bundestag* alemán (el paralelo de nuestro Congreso de la Nación).

Tales objeciones pueden ser resumidas en: la violación del principio "nemo tenetur", violación al principio de igualdad y culpabilidad, y que en base a ello lleva a un trato discriminatorio del co-imputado que no se acogió a la figura (sea por no tener información o por no querer aportarla).

Seguidamente desarrollaré en forma breve los cuestionamientos mencionados:

V.1. a. Principio "nemo tenetur" (nadie está obligado a declarar contra sí mismo) ⁴⁹

y de 'Extinción de Dominio'" (Explicaciones complementarias a la intervención del 3/8/2016 a disposición del H. Senado en versión taquigráfica de esa fecha), publicado en <https://docplayer.es/69943339-Marcelo-alberto-sancinetti-dictamen-sobre-proyectos-de-leyes-asi-llamados-de-arrepentido-y-de-extincion-de-dominio.html> , pag 5.

⁴⁸ Ferrajoli, Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, trad. de Ibáñez y otros, ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 608 s., 680 ss., notas 299, 300, 301, 306, y pássim, citado por Sancinetti, Marcelo; op. Cit, pag 5

⁴⁹ Explicación del principio: “*Nemo tenetur armare adversarium contra se*: nadie está obligado a darle armas a su adversario contra sí mismo. V. Baldo, com. 1, según Cód. Justiniano, 2, 1, 4^o”. Más específico aun: *Nemo tenetur se ipsum prodere*. Nadie está obligado a traicionarse. Ni tiene que

El doctrinario Sancinetti sostiene que se afecta este principio básico del Estado de Derecho, debido a que nadie tiene por qué traicionarse, ni darle armas a su adversario contra sí mismo, ni acusarse a sí mismo, ni detenerse a sí mismo (art. 18, CN: "... nadie está obligado a declarar contra sí mismo"). Que por la influencia del cristianismo se cree que la confesión es un mérito moral, y por lo tanto no hacerlo, una "falta adicional", pero que esta visión vale solo para la moral privada; el hecho que de la palabra confesión coincida con la denominación del sacramento católico, genera la idea *difusa* y *fuelle de malentendidos* de que, ante el Estado, uno tendría una "obligación paralela" de reconocerse culpable (si es que lo es).

Según su punto de vista, se trata de una idea errónea y muy difundida en los medios de comunicación, donde hoy, el tema ha tomado gran auge, incluso critica haber escuchado de boca de periodistas la pregunta: "¿Va a 'colaborar' con la investigación su defendido?", desconociendo que el imputado no tiene obligación de "colaborar" con su propia persecución, y que en su opinión es *moralmente reprobable* que el Estado secular se base en las palabras del propio imputado para condenarlo (así fuese que éste hubiera reconocido su culpabilidad "sin presiones" del Estado).

Sigue expresando que el juez, a diferencia del sacerdote (que debe guardar secreto- y por ello lo distingue de la confesión religiosa-) publica el reconocimiento de la culpa en su propia sentencia, por lo que no está en juego un acto privado de contrición interior, sino la reacción del Estado ante el hecho punible, ante el quebrantamiento de una norma cuyo fortalecimiento es fundamental para la existencia de la sociedad.

También dice que no es posible que tanto el autor como el partícipe de un delito concurran "voluntariamente" a reconocer su hecho, y que consecuentemente con ello no se lesione el art. 18 CN, debido a que prever la disminución de la pena para quien confiesa, implica - en términos comparativos- que para el que no reconoce su culpabilidad hay un *incremento* de su punición, y como saldo, se lo presiona a declarar contra sí mismo so pena de ser incrementada su punición por

denunciarse, ni inculparse en una declaración, sea como inculpado o como testigo. V. decreto de Graciano, 2, 33, 3, 87, invocando a [San] Juan Crisóstomo". Tomo ambas transcripciones de la recopilación de Detlef Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtsprüche* [*Aforismos y reglas jurídicas latinas*], Darmstadt, 5ª ed., 1982, ps. 134 y s. (reglas 79-81). Con frecuencia, el principio es formulado también bajo el modo: *nemo tenetur se ipsum accusare*: así, entre otros, Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal argentino, Fundamentos*, t. 1 b, Buenos Aires, 1989, p. 434., citado por Sancinetti, Marcelo; op cit. Pag 6.

no declararse “voluntariamente” culpable. Por consiguiente, todo estímulo a la auto-incriminación implica una lesión al art. 18, CN (“principio *nemo tenetur*”).⁵⁰

En esta misma línea se enrola Dino Minoggio y Julio Baez quien afirma que la figura del arrepentido colisiona con el art. 18 de C.N. en cuanto a que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y que el proceso termina no con una sentencia condenatoria que destruye el estado de inocencia, sino que concluye con una negociación -delación por medio- que le da finiquito a éste. Es decir, que el imputado pasa a ser objeto de prueba y el mismo no reivindica su posición frente a la sociedad sino que el proceso culmina en forma "oscura" mediante un cambio de favores.

En cuanto a este tópico también se ha cuestionado que el punto más débil se da cuando se abusa de la herramienta presionando a un imputado para que declare como arrepentido, bajo amenaza de un privación de libertad improcedente o indebida (detención o prisión preventiva que no hubiese correspondido dictar o en modo de ejecución más severo e inhabitual). Al respecto se ha alertado sobre "la conversión de la 'pena anticipada' en la que se podría convertir la petición de prisión preventiva para 'provocar' la delación; con lo cual, la prevención pierde su carácter meramente cautelar"⁵¹

Refutando ello, Furtado Maia Neto afirma que el canje de información por beneficios procesales también es una realidad que puede darse en causas por delitos comunes y corrientes. "Se ha observado que para este tipo de "incentivos procesales" sin necesidad de una reforma legal explícita que incorpore concretos tipos atenuados o eximentes penales...basta con una interpretación 'dulcificada' de los requisitos y presupuestos procesales para el ejercicio de la acusación o para la adopción o modificación de las medidas de investigación y medidas cautelares que puedan adoptarse contra el investigado en función de su grado de colaboración".⁵²

V.1.b. Principio de Igualdad

Sancinetti sostiene que el instituto del colaborador eficaz viola el principio de igualdad consagrado en el art. 16, CN; y en el art. 24, CADH, pues si la pena a ser aplicada en concreto está influida por el comportamiento “procesal” se produce un

⁵⁰ Sancinetti, Marcelo; op. cit., pag 7

⁵¹ Hairabedián; Maximiliano, "Régimen penal y procesal del arrepentido y la delación premiada", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2º Edición 2019, pag 47.

⁵² Furtado Maia Neto, Candido y ot., "La delación (colaboración) premiada y los derechos humanos", en UCA Law Review, 2017.

trato desigualitario y discriminatorio contra aquel que quizá no tenga ninguna información especial sobre el hecho en el cual participó; e incluso sucedería en el caso de las organizaciones criminales complejas que el denominado "perejil" no tenga ninguna información, y uno de los sujetos de mayor envergadura sí, y acceda - a través de este instituto- a la rebaja de pena pese a su mayor ilícito y mayor culpabilidad. Vemos que el "perejil" sería penado más gravemente que aquel (pese a su menor ilícito y culpabilidad), alterando así el principio de igualdad ante la ley, el que se traduce, en que cada uno responda según su contenido de ilícito y culpabilidad.

Siguiendo la misma postura encontramos a Julio Baez, quien sostiene que el instituto en estudio quiebra el principio de igualdad ante la ley, debido a que el monto de la pena subyace como medida de la culpabilidad y no con la revelación de datos que vierte el delincuente.⁵³

Por su parte, Sancinetti también refiere al gran campo de manipulabilidad que abren instituciones de esta índole, permitiría que se le colgara el mote de "persona más importante para la punición" a quien el poder político quisiera perseguir en particular. De modo que la apertura a la discriminación y la arbitrariedad no podrían ser evitadas en la aplicación concreta de la disposición.

V.1.c. El "principio de culpabilidad"

En el derecho procesal penal es bien conocido el "principio de inocencia", lo que significa que toda persona goza de la presunción de inocencia, en tanto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no la declare culpable de la comisión de un delito. Pero, en el derecho penal material, se entiende por "principio de culpabilidad" que una pena sólo puede ser aplicada si el sujeto es culpable, en el sentido de que estuvo en condiciones personales de motivar su comportamiento conforme a la norma y, a pesar de ello, la quebrantó. Pero la culpabilidad no es sólo un "requisito" de la pena, sino que también marca la medida de la pena justa.

Sancinetti sostiene que prever disminuciones de la escala penal por la "conducta procesal" viola el principio de culpabilidad debido a que intervienen comportamientos posteriores al hecho que no se refieren ya a la protección

⁵³ Baez, Julio C; "El Arrepentido" publicado en Revista Jurídica On Line La Ley, 21/08/2003, pag 8, https://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/Secuestros/Capacitacion/atenuantes/41ter/Baez_Julio.pdf

posterior del bien jurídico ni a la reparación del daño causado por el delito, sino que, la pena se fundaría, al menos también, en los “aportes de ocasión” –o en las faltas de aportes– que cada uno pueda hacer para esclarecer el hecho. Es en esta medida que la pena dejaría de tener una referencia a la culpabilidad personal en el hecho cometido.⁵⁴

El autor citado concluye que estas objeciones son las que puede formular un partícipe del hecho que no fue beneficiado con la disminución de la pena, y si lo fue otro co-imputado, por no haber aportado información (por no tenerla o porque no quiso); e incluso podría alegar trato discriminatorio.

Asimismo se ha cuestionado a la figura del delator premiado por ser incompatible con los fines de la pena; ya que si se la concibe con funciones de prevención general o especial, los beneficios penales parecen difíciles de conciliar porque conspirarían contra aquellas metas de la punición; no siendo así en otros sistemas donde el carácter retributivo tiene mayor peso, resultando más sencilla su justificación.

Julio Baez también lo crítica desde el punto de vista ético, afirmando que la figura del delator judicial, contradice los principios superiores de la política criminal de Estado toda vez que en la delación, los beneficios del Estado se ponderan como un sistema de "toma y daca" y no guardan relación con la seriedad que debe guiar la labor estatal. Por otra parte, no está bien visto que el Estado pacte con los delincuentes a cambio de favores a los mismos.⁵⁵

En el lado opuesto a las críticas efectuadas a la figura del delator premiado, y enrolados en la defensa de la misma nos encontramos a importantes doctrinarios, como ser Spolansky, Hairabedián, Yacobucci, la senadora Crexell, el constitucionalista Gargarella, Luciani, etc.

Así Hairabedián afirma que a pesar de las críticas, hay buenas razones para admitir la figura del arrepentido, debido a que la existencia de puntos conflictivos no implica per se su inconstitucionalidad.⁵⁶

⁵⁴ Sancinetti, Marcelo; op cit, pag 8

⁵⁵ Baez, Julio; op. cit., pag 10

⁵⁶ "No advierto que el recurrente, para sustentar que en el caso concreto se encuentra comprometida la ética del Estado, haya dirigido su crítica a la validez constitucional de alguna norma en concreto" (CFCP, Sala III, reg.2052, 30/10/2013, "Salgan", citado por Hairabedián; Maximiliano, "Régimen penal y procesal del arrepentido y la delación premiada", Ed. Ad Hoc,

Dice que "...hay que tener en cuenta los siguientes motivos:

- a) Las dificultades probatorias propias de los delitos de criminalidad organizada o cuello blanco o cometidos en aparatos organizados de poder;
- b) la relativa eficacia demostrada por la práctica nacional (hay condenas por narcotráfico que comenzaron con la declaración de un arrepentido) y comparada (p. ej., los procesos italianos contra la corrupción y la mafia)⁵⁷;
- c) La ausencia de afectación al derecho a declarar involuntariamente⁵⁸ puesto que quien decide sumarse a esta opción lo hace para beneficiarse, y por ende no se puede invocar un derecho establecido a su favor para perjudicarlo. Un ejemplo ilustra lo que digo. Supongamos que un imputado pacta con el fiscal declarar como arrepentido sindicando a los jefes de una organización del narcotráfico en la cual él sólo es una "mula" o "camello", indicando donde se encuentran las pruebas y la droga. Se acuerda una reducción de su pena. Acusador y acusado están felices, cada uno por sus motivos distintos. Pero ocurre que el juez es tan celoso guardián del derecho del imputado a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo, que declara inconstitucional la ley del arrepentido. El mensaje del magistrado sería: "Lo lamento, en

Buenos Aires, 2º Edición 2019, pag 49 Y por el mismo autor en "Nueva legislación sobre arrepentidos que no se arrepienten", Ed. Albrematica SA, Buenos Aires, publicado en Biblioteca Jurídica On line elDial.com C222D,15/11/2016

⁵⁷En el debate parlamentario, la senadora Crexell señalaba: "... A nivel internacional, son muchos los ejemplos en que la aplicación de esta figura ha sido exitosa en relación al descubrimiento de delitos de investigación compleja. A modo de ejemplo, podemos mencionar los recientes casos, de público conocimiento, de Brasil, Italia, Estados Unidos y FIFA, entre muchos otros, en que esta figura fue determinante en la investigación de complejos entramados delictivos. En Brasil... fue utilizada en el conocido "mega fraude de Petrobras"', citado por Hairabedián, op. Cit., pag 9 en nota al pie.

⁵⁸Yacobucci en el Senado opinó que "...ni el arrepentido, ni la extinción de dominio per se colisionan con el orden convencional, ni con el orden constitucional. Con el orden convencional, sin duda que no, porque son una buena consecuencia de la Convención de Palermo, de la lucha contra el crimen organizado, que el Estado argentino ha firmado. Y es una consecuencia importante que ha sido validada a nivel internacional e incluso por esta Casa. En el orden constitucional, tampoco, porque en buena medida el arrepentido no está declarando obligadamente contra sí mismo, de modo que todas esas retóricas que se vuelcan contra la figura en términos abstractos o generales son inconsecuentes" (citado en el discurso de la Senadora Crexell), citado por Hairabedian, op. Cit., pag 9 en nota al pie.

vez de una eventual condena pactada en tres años en suspenso, usted probablemente sea condenado a seis años de prisión; todo sea por sus derechos, compréndame, el cumplimiento del deber me lo impone”.

- d) La irrelevancia del pensamiento íntimo de la persona acerca de su propia decisión de beneficiarse a cambio de información (si lo hace por cargo de conciencia, porque cambió de parecer o simplemente porque le conviene en un balanceo de pro y contra, es algo que forma parte de su fuero íntimo inexpugnable). Precisamente en esta línea, Abel Cornejo dice que “algún sector confunde este concepto con el propósito de enmienda, propio del ámbito confesional, no del procesal...en efecto, el legislador no tuvo en cuenta si el reo se muestra pesaroso con su proceder, sino la significación de su confesión en relación con el hecho examinado en forma global y, por cierto, su contribución a su esclarecimiento”, por lo que pretender indagar en las finalidades subjetivas sería violar la prohibición de penar pensamientos.”⁵⁹

Otro de los doctrinarios que está a favor de la figura del delator premiado es Spolansky ya que se encarga de resaltar el aspecto utilitario de la misma y de refutar las críticas constitucionales que se le efectúan, sobretodo manifestando que “nadie tiene el derecho a no ser investigado y que los llamados pactos de silencio entre los miembros de un grupo cuyas obras son delitos no están protegidos por ninguna regla constitucional.

Sigue manifestando que cuando se ofrece al posible arrepentido la opción de decir lo que sabe –y lo que sabe es útil y eficaz para descubrir el hecho delictivo e identificar a los responsables- a cambio de una pena más leve, no se está planteando una alternativa en la que la modalidad más grave es un hecho prohibido (la tortura), sino la manera de mostrarle que puede tener un tratamiento más

⁵⁹ Hairabedian, op. Cit., pag 9 y el mismo autor en "Nueva legislación sobre arrepentidos que no se arrepienten", Ed. Albrematica SA, Buenos Aires, publicado en Biblioteca Jurídica On line elDial.com C222D,15/11/2016, pag 51, citando a Cronejo, Abel; "Estupefacientes", Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2003, pag 375 el cual sostiene que respecto al sistema español se ha señalado que "hace ya tiempo que el Tribunal Supremo puso de manifiesto la necesidad de supera la concepción de la atenuación de la pena basada en motivaciones pietistas o de arrepentimiento y atender a las razones de política criminal, pues la confesión ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa criminal" (SSTS. Sala de lo Penal, de 23/06/2004, 5/10/2010 y 18/02/2014).

benévolo, basado en un criterio puramente utilitario si aporta datos útiles y eficaces para descubrir el hecho delictivo e identificar a los responsables del hecho.

Como dice con claridad Diego Luciani, el instituto del arrepentido “se presenta como una herramienta sumamente eficaz para coadyuvar en investigaciones complejas y de difícil comprobación probatoria, por lo que merece tener favorable acogida”⁶⁰.

Asimismo Gargarella defiende la delación premiada refutando la posición crítica de Ferrajoli en “Derecho y razón” dirigida sobre todo a casos en que la figura "hubiera desarrollado en la sombra", para quien todas las garantías penales y procesales resultan alternadas ya que "se desvanecen en definitiva en esta negociación desigual, dejando espacio a un poder enteramente dispositivo que desemboca inevitablemente en el arbitrio". La respuesta del citado constitucionalista argentino es que dichos criterios deben dejarse de lado: "...no solo a la luz de una visión más compleja- la menos bifronte- sobre los poderes del Estado (que Ferrajoli ya entonces reconocía); sino, sobre todo, a la luz de los nuevos problemas aparejados por el surgimiento de lo que Ferrajoli ahora denomina 'criminalidad del poder'...Es dable esperar en este tiempo, y por las razones que el propio Ferrajoli adelantara, que las viejas herramientas del derecho penal resulten 'anticuadas' e 'inaptas' para confrontar los nuevos problemas. Es hora, por tanto, de repensar los juicios que pudiéramos hacer, en otro tiempo y contexto, frente a institutos como el de la delación premiada: ya no podemos describir a la herramienta como viniendo a reforzar un poder omnímodo e incontrolado del Estado, sino como un intento - de un Estado cada vez más débil- de hacerle frente a poderes criminales que se muestran incontrolables".⁶¹

Siguiendo con la exposición de argumentos a favor de Hairabedián queda por decir que:

⁶⁰Luciani, Diego, *Trata de personas y otros delitos relacionados*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 261. Agrega que así también lo entendió Donna Edgardo, “Comentario a la ley 25.742 de reforma al Código Penal de la Nación en Reformas Penales, Rubinzal Culzoni, citado por Hairabedian, op. Cit, pag 10

⁶¹ Gargarella, Roberto; "Una justificación del arrepentido", *Revista Anfibia*, Universidad Nacional de San Martín, en <http://revistaanfibia.com/ensayo/una-justificacion-del-arrepentido/> citado por Hairabedián, Maximiliano; "Nueva legislación sobre arrepentidos que no se arrepienten", Ed. Albrematica SA, Buenos Aires, publicado en Biblioteca Jurídica On line elDial.com C222D,15/11/2016, pag 54.

- e) La figura no afecta el derecho a la igualdad ante la ley o los tribunales, por la sencilla razón de que no se encuentra en la misma situación el que aporta información valiosa para descubrir delitos graves y complejos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto reiteradamente que la igualdad ante la ley implica que no se deben conceder excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se le otorga a otros (Fallos 1998:112), lo cual no impide que se contemple en forma distinta situaciones que se consideran diferentes, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clases de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio personal o de grupo (Fallos 182:355; 299:146;300:1049;301:1185;302:192, etc)
- f) El conflicto que puede tener la figura con los fines de la pena se da con mayor intensidad cuando se prevé la eximición o impunidad como moneda de canje de la colaboración eficaz. En el nuevo régimen legal ya no está contemplada esa posibilidad, por lo tanto el cuestionamiento perdió fuerza. Aún, si la delación premiada tiene por protagonista a un imputado del que no hay elementos para sospechar que como consecuencia de la mediada continuará delinquiriendo, y con su declaración se permitirá que no queden impunes otros hechos o personas, la finalidad preventiva especial o general de la pena tampoco se ve directamente afectada.⁶²

Y por último, en cuanto al procedimiento regulado por la ley en tratamiento una cuestión a discutir es si el procedimiento del arrepentido respeta la garantía de no declarar contra sí mismo que está consagrada en el art. 18 de nuestra C.N; tema que he mencionado brevemente a tratar el punto 3.1.a.

Así, encontramos quienes afirman que esta figura entra en conflicto con la prohibición de autoincriminarse contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional, puesto que sostienen que al delatar, el imputado colaborador inequívocamente se está también, delatando a sí mismo, es decir tiene que autoinculparse.

Las objeciones que efectúan quienes invocan la vulneración de la garantía constitucional que prohíbe la autoincriminación no tienen mucha adhesión en la actualidad. En efecto, fue una de las cuestiones más discutidas desde que se

⁶² Hairabedián Maximiliano, op.cit., pag 56.

implementaron los primeros “delatores” para la lucha contra la criminalidad organizada, y a su respecto se han encontrado satisfactorias respuestas.

Simone sostiene que en rigor de verdad, no se vulneraría la garantía si es que la delación y la inevitable confesión se realizan, como lo requiere la ley, en un marco de autodeterminación y total libertad. El art. 18 de la Constitución Nacional prohíbe obligar a una persona imputada a declarar contra sí mismo, pero no la autoincriminación espontánea. Al respecto, cabe destacar que la jurisprudencia ha avalado también la validez de la declaración de los coimputados.

Teniendo en cuenta la diferencia entre objeto de prueba y sujeto de prueba, puedo afirmar, siguiendo al autor citado que en este caso se trataría de un sujeto de prueba, a diferencia por ejemplo de la extracción de sangre donde es objeto de prueba. De todos modos, lo cierto es que la Constitución garantiza que “*Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo*”, pero no que si alguien quiere declarar no pueda hacerlo.

Incluso, fueron los mismo legisladores los que se hicieron eco de estas objeciones. Haré nuevamente mención de lo manifestado por Spolansky; esta vez en el contexto de los fundamentos del proyecto “... Sobre este particular, resulta interesante mencionar entre otros doctrinarios, a Norberto Spolansky quien se pronuncia por la validez de la figura que se pretende legislar; rechazando las críticas de quienes se oponen a su implementación en función de aquella: a) que alienta la delación, b) que constituye un modo contemporáneo de la vuelta a la tortura y c) el delator judicial es conminado a la elección de la pena más leve cuando en un debate oral y público puede obtener una admonición menor. Por el contrario el nombrado jurista explica que la adopción de este instituto posibilitaría el descubrimiento de esta clase de delitos, que no es posible concebir a la negociación como una suerte de tortura moderna sino de indicarle al imputado un criterio utilitario y, que en cuanto a la elección de la pena menor, es un alea que debe afrontar producto de un debate oral. Concluyendo que el instituto sería de gran utilidad para la sociedad en lo atinente a delitos de difícil prueba.”⁶³

Pese a lo dicho anteriormente, no puedo dejar de resaltar que algunas preguntas persisten: ¿Qué sucede cuando los co-imputados tienen intereses contrapuestos? ¿A quién se beneficia si más de uno desea prestar información? (La ley dice al primero) ¿Cómo se justifica desde el principio de igualdad constitucional

⁶³ Spolansky, Norberto Eduardo; “El llamado arrepentido en materia penal”, publicado en La Ley 2001-F, 1434, Año 2002; también citado por Simone, Ariel; op. cit, pag 92.

que al fin del proceso un delatado reciba mucha mayor pena que el delator, cuando incluso la culpabilidad de este último puede ser mayor? ¿Se trata de un análisis costo-beneficios?

Simone concluye sosteniendo que una posible salida a todas estas problemáticas yace en las razones político-criminales que le dan apoyo a la figura del arrepentido, entre ellas las características de complejidad, organización y jerarquía interna que detentan los delitos alcanzados. Al igual que, por ejemplo en los delitos de corrupción quien está habilitado para denunciar es un integrante de la organización o bien parte del mismo delito “bilateral” conformado por corruptores y corrompidos.⁶⁴

V.2. Funcionamiento de la ley 27.304

La ley 27.304, conocida como “Ley del arrepentido”, fue sancionada el 19 de octubre de 2016 y publicada en el Boletín Oficial el 2 de noviembre de ese mismo año. Reemplazó el art. 41 ter del Código Penal acrecentando el alcance de los supuestos y estableciendo las condiciones, modalidades y la oportunidad para acogerse al beneficio de la reducción de pena (a la escala de la tentativa) que puede otorgarse a los imputados que celebren acuerdo de colaboración en determinados delitos.

Regula la figura de manera más sistemática, ya que a partir de ahora no está legislada de manera suelta en distintas leyes, derogando aquellas que la regulaban anteriormente.

Como he dicho precedentemente, reemplaza el artículo 41 ter del CP por uno nuevo que prevé reducción de las escalas penales en la misma porción que la tentativa, respecto de partícipes o autores de alguno de los delitos que se detallan, cuando “brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles”.

De acuerdo con la normativa mencionada, "el proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado" con alguna de las siguientes figuras⁶⁵:

⁶⁴ Simone, Ariel; op cit. pag 93

⁶⁵ Se derogan los distintos regímenes especiales de “arrepentidos” previstos en las leyes 23.737 –narcotráfico- (art. 29 ter); 25.241 –terrorismo-; 25.246 –lavado- (art. 31). Respecto a esta última norma, la figura del arrepentido había pasado relativamente desapercibida, hasta que se difundió públicamente sobre su regulación (ver Pleé, Raúl Omar, “La ley del arrepentido y

- a) Producción, tráfico⁶⁶, transporte⁶⁷, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos.
- b) Delitos aduaneros (Sección XII, Título I, arts. 862 y ss, del Código Aduanero).
- c) Todos los casos de delitos cometidos con finalidad terrorista (art. 41 quinquies del CP).
- d) Delitos contra la integridad sexual: promoción o facilitación de la prostitución de menores y mayores (arts. 125, 125 bis y 126 del CP); rufianería (art. 127 CP) y pornografía infantil (art. 128 CP).
- e) Delitos que afectan la libertad: secuestro coactivo (art. 142 bis CP) y extorsivo (art. 170 CP), desaparición forzada (art. 142 ter CP) y trata de personas (145 bis y 145 ter CP).
- f) Asociaciones ilícitas (arts. 210 y 210 bis CP).

está vigente”, La Nación,30/3/2016). En la discusión parlamentaria, el diputado Burgos decía que “la enumeración sigue siendo taxativa”; y la Diputada Copes que “sólo pueden acogerse a la figura de arrepentido o colaborador eficaz aquellas personas imputadas o condenadas por los delitos contenidos en el artículo 1, y sólo por estos delitos”. En los casos en que no esté prevista la figura del arrepentido, la jurisprudencia española ha aplicado una atenuante analógica con importantes consecuencias penológicas (Gascón Inchausti, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001, p. 26), citado por Hairabedián, Maximiliano; "Nueva legislación sobre arrepentidos que no se arrepienten", Ed. Albrematica SA, Buenos Aires, publicado en Biblioteca Jurídica On line elDial.com C222D,15/11/2016, pag 2 , y por el mismo autor en Hairabedián; Maximiliano, "Régimen penal y procesal del arrepentido y la delación premiada", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2º Edición 2019, pag. 21.

⁶⁶ El tráfico de estupefacientes abarca conductas distintas descriptas principalmente en el art. 5 de la ley 23.737, por lo cual todas las figuras allí contempladas deben considerarse incluidas (p. ej., la entrega, distribución o tenencia de estupefacientes con fines de comercialización), citado por Hairabedián, op. cit., pag 2 , y por el mismo autor en Hairabedián; Maximiliano, op. cit., pag. 21.

⁶⁷ Debe tratarse del delito previsto en el art. 5 inc. c de la ley 23.737, y no cualquier traslado o movimiento de sustancias que no encuadre en esa previsión. Sobre la problemática los alcances de esa figura puede verse De Luca, Javier Augusto, “El concepto de transporte en la ley 23.737”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año I, número 0, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, ps. 277 y ss.) , citado por Hairabedián, op. cit., pag 2 , y por el mismo autor en Hairabedián; Maximiliano, op. cit., pag. 21.

- g) Delitos de corrupción contra la administración pública⁶⁸(título XI) previstos en el código penal en los capítulos: VI (cohecho y tráfico de influencias); VII (malversación de caudales públicos); VIII (negociaciones incompatibles con la función pública); IX (exacciones ilegales), IX bis (enriquecimiento ilícito); X (prevaricato). Se suman todos los fraudes contra la administración pública (art. 174 inc. 5° CP).
- h) Delitos contra el orden económico y financiero previsto a partir del artículo 303 (lavado de dinero, manipulación de valores negociables, intermediación financiera no autorizada, financiación del terrorismo, tráfico de información privilegiada, etc.).

Como podemos observar el legislador ha optado por el sistema de la taxatividad de figuras en las que está autorizando emplear la figura del arrepentido, y por lo tanto, y en principio no pudiera ser usado en procesos seguidos a imputados por delitos ajenos a los enunciados en la ley. Ante ello, me surge la inquietud, que sucede si un mismo imputado tiene varios procesos en su contra, entre ellos delitos de los mencionados aquí y otro delito no incluido? que sucede si éste decide brindar información respecto de todos los procesos, inclusive para aquel que no se lo habilita en la ley? hay que rechazar tal información? permitiendo así la impunidad de sus cómplices?.

Hairabedián sostiene que al tratarse de un medio extraordinario de investigación cuya utilización presenta riesgos el legislador ha decidido regularlo para aquellos ilícitos graves cuyas características suelen tornar ineficaces las medidas comunes con un fuerte resultado de impunidad. De lo contrario (si se admitiera para cualquier delito), carecería de sentido que la normativa enumerase las figuras concretas y se desvirtuaría su carácter excepcional.

La introducción de la figura del arrepentido en forma más amplia y sistemática en la legislación argentina se fundó, entre otras razones, en el aumento exponencial de la corrupción pública y otros delitos económicos; y la necesidad

⁶⁸“Estábamos incumpliendo los propios compromisos asumidos en Convenciones Internacionales. La Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por ley 25.632, ya establecía en su artículo 26 la necesidad de instrumentar medidas de este tenor para los delitos que la Convención abarca; por su parte, también lo hacía la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por ley 26.097, en su artículo 37” (discurso de la Diputada Copes), citado por Hairabedián, op. cit., pag 3 , y por el mismo autor en Hairabedián; Maximiliano, op. cit., pag. 22.

imperiosa de hacerle frente a ello. Así como también en el cambio de la voluntad política al comenzar una nueva administración pública, lo que fue determinante para la sanción de la ley.

Además en el mismo artículo primero se 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..."

Por lo tanto siempre que la información que se aporta se refiera a alguno de los supuestos del párrafo anterior, habrá reducción a la tentativa para el delator. Sin embargo el mismo artículo veda la posibilidad de la reducción 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.

En su artículo 3 la ley regula la oportunidad del acogimiento a la figura "...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...". Acá la ley establece un límite en cuanto al grado de responsabilidad del arrepentido, ya que el objeto es dismantelar las organizaciones criminales, condenando a los "jefes" de las mismas.

Este mismo artículo prohíbe la celebración de acuerdos de colaboración a 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 también establece que no será aplicable en procesos en los que se investiguen delitos de lesa humanidad.

Avanzando en su análisis, en su artículo 4 dice: "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...".

A su vez, el artículo 5 regula 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).

Luego la ley regula cuestiones procesales, como ser lo establecido en los art. 7 y siguientes. Allí establece los requisitos formales del acuerdo de colaboración rezando: "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..."

En sus artículos siguientes regula que 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.

A continuación en su art. 11 refiere que en caso de ser aceptado es incorporado al proceso, pero difiere la ejecución del beneficio al momento del dictado de la sentencia de condena por el tribunal de juicio; y en el art. 12 a la valoración que debe hacer el juez- del acuerdo y la información -a los fines de dictar las medidas cautelares del proceso respecto de las personas sindicadas por el arrepentido. Siguiendo con ello, establece que el juez no podrá dictar sentencia condenatoria fundada únicamente en las declaraciones del arrepentido, y tampoco ello será suficiente para probar la materialidad del hecho; sino que el órgano judicial deberá indicar de manera precisa y fundada la correlación existente entre esas declaraciones y las restantes pruebas en las que se funda la condena.

Asimismo regula el plazo de un año para el Juez o Fiscal pueda corroborar la información del arrepentido, sobre todo en lo referente a su verosimilitud y utilidad (artículo 13).

También establece reglas de protección para el imputado arrepentido, incorporándolo en el Programa Nacional de Protección a Testigos de Imputados (ley 25764 y modif.).

Y como gran novedad, fuera de nuestra tradición jurídica, en su artículo 2 crea un nuevo tipo penal, incorporándolo a nuestro ordenamiento de fondo a través del art. 276 bis; y tipificando en el mismo la conducta del arrepentido que proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos. Reprimiéndolo con prisión de cuatro a diez años y con la pérdida del beneficio concedido.⁶⁹

Habiéndose ya mencionado en líneas generales la ley 27.304, pasaré a efectuar ciertas consideraciones; ya que hay numerosos cuestionamientos en el marco de la misma.

V.2. a. Aplicación del arrepentido en la jurisdicción provincial

El primero de ellos es que se trata de una ley nacional, que regula la figura del arrepentido para ciertos delitos entre los cuales se mencionan delitos ordinarios, es decir de jurisdicción provincial. Y como pudimos observar la ley sanciona normas

⁶⁹ Ley 27.304, publicada en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/267115/norma.htm>

referidas al proceso, lo cual cabe preguntarse, si con ello no invade facultades no delegadas por las provincias.

Me detendré en esta cuestión. ¿Estamos ante una ley nacional que invade facultades provinciales?

Cabe poner de relieve que estamos frente a una ley de naturaleza penal, porque en ella se legisla respecto a la reducción de las penas, lo cual sin dudas es una facultad de la nación, y rige para todas las provincias; ya que estas no pueden modificar la reducción punitiva prevista en el art. 41 ter del Código Penal.

Respecto de lo que se suscita el debate es, si dicha ley puede ser aplicable en su aspecto procesal en la jurisdicción provincial, ya que como hemos visto tiene varias normas referidas a cuestiones procesales.

Hairabedián considera que no será aplicable la parte procesal, porque es materia que constitucionalmente las provincias se reservaron para su legislación (art. 5 y 121 CN). Por lo tanto mientras las leyes provinciales no reglamenten un procedimiento, existe libertad de formas y trámites para su aplicación en causas ordinarias.

En el mismo Congreso fue donde se debatió si esto no invadía facultades procesales no delegadas por las provincias. La Senadora Negre de Alonso citó palabras del Ministro de Justicia Garavano cuando expuso ante su Cámara: “Mi sensación es, en general, que estamos en una norma que prevé delitos que también son competencia de jurisdicciones locales, y avanzan sobre cuestiones de índole procesal. Es una vieja discusión que puede entorpecer y dilatar mucho qué es derecho de fondo, qué es derecho sustancial y qué es derecho objetivo”. Por eso la Senadora llevó la voz cantante sobre este punto sosteniendo el avasallamiento constante de regulaciones en el Código Penal que son de índole procesal, a lo que Pandolfi explica como resultado directo de una concepción ideológica unitaria, contraria al espíritu y estructura federal de la Constitución Nacional. La legisladora se pronuncia enfáticamente por el carácter procesal de la figura del arrepentido, vinculándolo con el principio de oportunidad⁷⁰, propiciando que se lo limite “exclusivamente para delitos federales”.

⁷⁰ Fui a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de la provincia de Córdoba, en donde conseguí un trabajo que fue emitido en junio de 2011, titulado “La regulación provincial del principio de oportunidad”. ¿Qué es el principio de oportunidad, que es nuestro, de las provincias argentinas, no es de la Nación o del Congreso Nacional? La insignificancia, el

La respuesta a dicho cuestionamiento vino de la mano de su colega Urtubey, que refutaba: “Quiero reivindicar la potestad de este Congreso de la Nación en orden a lo que es la definición de los tipos penales y el funcionamiento de las penas. Y creo que esto, de verdad, no tiene nada que ver con el unitarismo y el federalismo. Es decir, mezclar la cuestión del unitarismo y del federalismo con las facultades que tiene este Congreso de la Nación para definir los delitos, me parece que no corresponde. ¿Y por qué digo esto? ¿Por qué este tema tiene que estar en el Código Penal, sin perjuicio de que el código procesal de alguna provincia regule los acuerdos de colaboración? Tiene que estarlo porque este instituto implica una rebaja de penas. Y acá son solamente los legisladores los que pueden fijar las penas de los delitos. No pueden hacerlo las provincias. Es decir, un homicidio es de 8 a 25 años acá y en La Quiaca”⁷¹.

Por su parte Cafferata Nores sostiene que la ley no es de aplicación inmediata a las provincias, ya que es la misma ley la que dispone que debe invitarse a adherir a ella a los estados provinciales, y que ello es porque ha sido dictada solamente para el orden federal y nacional: el texto legal no admite otra interpretación.⁷² En el mismo sentido es entendido por la Dra. Rissi miembro el Instituto de Derecho Procesal presidido por el Dr. Cafferata Nores.

Del mismo modo, los Dres Bianciotti y Davies, miembros del Instituto de Derecho Procesal Secretaria Penal de Córdoba opinan respecto del tema en cuestión que la ley en su art. 18 establece: “Invitase a las provincias a adoptar las normas procesales correspondientes a los efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente ley”. ¿Cuál es el alcance de tal invitación?

arrepentido colaborador, la mediación, la pena natural, la selección de los hechos innecesarios, la exigua contribución con el hecho, el expreso pedido de la víctima para que el fiscal se abstenga de ejercer la acción penal, la enfermedad incurable en estado terminal de avanzada edad” (Senado de la Nación, Período 134º, 13ª Reunión, 5ª Sesión ordinaria, 7/9/2016), citado por Hairabedián, op. cit., pag 98.

⁷¹ “Entonces, no es asimilable el arrepentido al caso de extinción de la acción...Tremenda potestad de esta naturaleza de poder apartarse de los mínimos y máximos legales y rebajar una pena –es una atribución, repito, del Congreso fijar las penas– requiere, obviamente, que esté en la parte general del Código Penal”, citado por Hairabedián, op. cit, pag 99.

⁷² Dicha postura ha sido sentada en Cafferata Nores, Jose I. (Director de Instituto de Derecho Procesal Secretaria Penal de Cordoba); Daniela Bianciotti-Maximiliano Davies; Valeria Rissi; Manuel Ayan; Ramiro Rogelio Fernández; Patricia Soria-Ivana Rossi; Tristán Gavier; Cristina Giordano; Discusión de ideas con relación a la ley del arrepentido. Interrogantes en el marco del Instituto de Derecho Procesal- Secretaria Penal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cordoba, publicado en Marzo de 2018, pag 4.

Hasta tanto no se regule en el código procesal provincial ¿no es aplicable esta figura? ¿Las provincias pueden optar por no contemplarla o es obligatoria su implementación?

Entienden que esta “invitación” es una buena práctica legislativa, teniendo en cuenta que en el ámbito federal la figura del arrepentido existe desde tiempo atrás y nunca se reglamentó un procedimiento o mecanismo procesal que permitiese una práctica uniforme. También resaltan que en virtud del artículo 5 de la Constitución Nacional las Provincias Argentinas deben adoptar las normas procesales que hagan posible la aplicación del derecho de fondo. Forma parte de la obligación de “asegurar su administración de justicia; por lo que tal invitación tiende a provocar que las provincias reglamenten de la mejor manera posible la implementación de la figura.

Concluyendo que lo opcional en cuanto a la invitación es lo referido a la reglamentación, pero "el arrepentido" como figura o mecanismo legal tiene vigencia inmediata.⁷³

Una complicación se podría presentar en el caso que al declarar el arrepentido se tome conocimiento de delitos federales. Si se trata de delitos escindibles, como la ley del lugar es la que rige el acto, en la sede ordinaria puede realizar el acuerdo de colaboración de la forma que lo implementen allí, y comunicados los hechos a la justicia federal se debería aguardar el resultado de la pesquisa con el fin de analizar y efectivizar la reducción de la pena en la causa local. Eventualmente, podría darse la situación inversa. Pero si se trata de hechos inescindibles, debería intervenir en todas la justicia federal.

En la Provincia de Santa Fe el Código Procesal Penal no ha sido modificado, ni "adecuado" en cuanto al instituto aquí en estudio, pero conforme sus atribuciones, el Dr. Baclini en su carácter de Fiscal General del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa fe ha dictado la Resolución n° 175/2017, donde establece una guía de actuación de modo similar a lo regulado por la ley 27.304. De la misma se infiere su postura respecto del tema, ya que en los considerandos de dicha resolución dispone que "...la ley nacional 27.304 regula la figura del arrepentido o delator la cual incorpora al Código Penal en el artículo 41 ter, razón por la cual es aplicable a todo el territorio de la Nación y sus habitantes por contener normas relativas a rebaja de pena. Que sin embargo, también contiene previsiones procesales que, por no estar entre las cuestiones delegadas al

⁷³ Postura sentada en Cafferata, op cit., pag 7.

Congreso Nacional, son de materia de regulación legislativa de las provincias, y es por ello que la misma en su artículo 18 invita a las provincias a adoptar las normas procesales correspondientes para concordarlas. Que hasta tanto la Legislatura Provincial se pronuncie al respecto, a los fines de tornar operativa la norma es conveniente el dictado de la presente guía de actuación, que será instrumentada por todos los fiscales y fiscales adjuntos del Ministerio Público de la Acusación de la provincia de Santa Fe".⁷⁴

V.2. b. Aplicación de la ley en el tiempo

Otra cuestión que merece ser tratada previamente es la aplicación de la ley en el tiempo, obviamente en lo que respecta al tema en estudio.

Como hemos podido observar hasta aquí, queda claro que la ley 27.304 es esencialmente una ley sustantiva, porque se incorporó al Código Penal modificando el art. 41 ter y también las escalas penales; es decir las reduce, y por lo tanto estamos en presencia de una ley más benigna conforme art. 2 de nuestro código de fondo.

No debe confundirse al analizar la normativa, las consecuencias que ella acarrea respecto de las personas inculadas por el arrepentido, porque se trata del efecto procesal de la figura derivado de su uso como medio de investigación y adquisición de pruebas. Por lo que reitero, es más beneficiosa para quien decide acogerse a la figura allí prevista.

Tampoco le quita el carácter de ley más benigna la creación del tipo penal de suministro malicioso de información falsa o inexacta previsto en el art. 276 bis, debido a que el hecho generador de responsabilidad (brindar maliciosamente información falsa o inexacta) será siempre posterior a la nueva ley, siendo imposible su aplicación retroactiva.

Asimismo si la nueva ley fuera más perjudicial, no habría imputados de hechos anteriores que soliciten su aplicación.

⁷⁴ Resolución n° 175/2017 del Fiscal General del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe Dr. Jorge C. Baclini, publicada en https://mpa.santafe.gov.ar/regulations_files/5a96f21bd3f83_Resoluci%C3%B3n%20N%C2%BA%20175.pdf

Conforme a lo dicho hasta aquí cabe concluir que por el principio de la ley penal más benigna se la puede aplicar a hechos anteriores por ilícitos previstos ahora en la reforma y que antes no lo estaban.

En el mismo sentido, y por aplicación del principio mencionado, la nueva ley en sus aspectos más restrictivos no es oponible a los casos anteriores en que sí podía declarar como arrepentido, por ejemplo en lo que atañe a su oportunidad. Y en cuanto a la reducción de pena, la vieja ley establecía casos de eximición de pena, por lo que siendo consecuente con lo dicho, esta posibilidad sigue vigente para aquellos imputados por hechos cometidos durante su vigencia.

En síntesis: el hecho de que se trate de una ley penal de fondo hace que el régimen anterior tenga aplicación ultraactiva para aquellos casos de hechos cometidos antes de esta nueva ley, cuando ésta restrinja el acceso al régimen.

Al mismo tiempo, la flamante ley se puede aplicar retroactivamente si resultare más benigna.

V.2.c. Análisis de la calidad de la información

Dentro de este punto volveré sobre algunos de los artículos de la ley en estudio, pero con otro enfoque, desde el análisis de la calidad de la información que brinda el arrepentido en el marco del proceso penal.

Lo que pretendo desarrollar, aunque sea brevemente, es la forma en que debe ser analizada la información brindada por el arrepentido, la calidad de la misma, a qué debe referirse o a que debe apuntar para que se le pueda dar valor al acuerdo.

En su artículo 1 la ley 27.304, al sustituir el art. 41 ter del código de rito establece que la información que brinde el arrepentido debe ser "...información o datos precisos, comprobables y verosímiles..."

Según la Real Academia Española el término *preciso* refiere a "cosa perceptible de manera clara y nítida; dicho de una expresión concisa y rigurosa, que se conoce con certeza o sin vaguedad".

En cuanto al significado del término comprobable refiere una información que se pueda comprobar; que se pueda "confirmar la veracidad o exactitud de algo, en este caso, de los datos o la información brindada.

Y verosímil significa según la RAE que tiene apariencia de verdadero, que es creíble por no ofrecer carácter alguno de falsedad"

De ello surge que los datos o la información que brinde el colaborador eficaz, no podrá basarse solamente en cuestiones subjetivas, sino que deberá sostenerse ello con evidencia objetiva, ya que no existen motivos para presumir en este momento, que la información es veraz, y efectivamente contribuirá a los fines del proceso.

Consecuentemente, la versión o versiones que éste brinde deberá/n estar sustentada/s en alguna evidencia objetiva, sea testimoniales, objetos, documentos, o todo aquello que permita dar cuenta que esas informaciones que está aportando son reales. Por ejemplo, que la persona a la cual se está denunciado como jefe de una organización criminal lo es, ya que tiene ciertos documentos de donde surge tal calidad, y que servirían para esclarecer otros hechos conexos. Es decir que se debe tratar de información chequeable, verificable objetivamente, y no solo de la palabra del arrepentido, ya que como vimos es la propia ley la que establece que, la sentencia no podrá fundarse solo en el testimonio del arrepentido.

Siguiendo con el análisis del art. 1 de la ley 27.304, refiere expresamente a que debe apuntar la información que brinda el arrepentido para que sea tomada a los fines del acuerdo.

Así establece que "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 delito⁷⁵; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos⁷⁶; 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".

Esta norma es replicada en el punto cuatro de la "Guía de Actuación aplicables a casos de utilización de la figura del arrepentido o delator receptada por

⁷⁵Esto está dirigido a impedir el comienzo. Si impedimos el comienzo, no hay delito. Es decir, tenemos una deficiencia de técnica legislativa ya en el primer artículo" (alocución de la Senadora García), citado en nota al pie por Hairabedián, op. cit, pag 25.

⁷⁶ Por ejemplo, delitos cometidos para facilitarlos o procurar la impunidad, o la facilitación de lugar para la comisión del narcotráfico, o la confabulación (arts. 10 y 29 bis de la ley 23.737), los delitos cometidos por la asociación ilícita, o bien el delito precedente del lavado de dinero, citado en nota al pie por Hairabedián, op. cit, pag 25.

la Ley 27.304" dentro de la Resolución n°175/2017 dictada por el Fiscal General del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe.⁷⁷

El suministro de datos suficientes que permitan esclarecer el hecho o avances significativos en la investigación, puede darse cuando la información arrimada haya sido determinante para lograr el estado de probabilidad de la etapa investigativa.

Se refiere al progreso importante para el descubrimiento y comprobación de los hechos en que estuviese implicado o de otro suceso de la misma o diferente especie conectado con ellos.

Así por ejemplo la Provincia de Córdoba, en el art. 360 sexies de su Código Procesal Penal regula que hasta tanto la información o los datos que proporcione el imputado arrepentido no se corrobore según el grado de probabilidad que se requiere para dictar la prisión preventiva o acusar en el requerimiento de citación a juicio, no podrá evaluarse la adopción o sustitución de medidas de coerción"⁷⁸

Otro criterio para analizar la información aportada por el colaborador eficaz, en cuanto a su alcance está dada en el artículo 3, en su segundo párrafo, especialmente cuando dice "la información que se aporte deberá referirse 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".

Este punto fue objeto especial del trámite parlamentario, debido a que hubo resistencia a que el arrepentido pudiera declarar sobre hechos ajenos a la causa en la que está involucrado, en lo que para algunos radica la diferencia con el colaborador eficaz. Igualmente del texto de la ley ("esclarecer el hecho objeto de la investigación u otros conexos" se desprende que la colaboración se puede dar dentro del proceso por el cual se encuentra imputado y también puede extenderse a hechos conexos (objetiva o subjetivamente).

Antes, con la vigencia de la ley 23.737, se contemplaba una mayor amplitud respecto a los hechos sobre los que podía declarar el arrepentido, ya que podía colaborar en cualquiera de los hechos contemplados en dicha legislación. Sin embargo, ya en ese entonces se había suscitado la discusión en cuanto al término "conexo", donde había dos posiciones, una de ellas que la limitaba a la conexidad

⁷⁷Puede consultarse en https://mpa.santafe.gov.ar/regulations_files/5a96f21bd3f83_Resoluci%C3%B3n%20N%C2%BA%20175.pdf

⁷⁸ Hairabedián, op. cit, pag 104.

objetiva o subjetiva reglada en la ley procesal y otra más amplia que consideraba la vinculación con el tipo de delito, esta última apoyada por la Casación Federal en el Fallo “Hanun” de la Sala IV de fecha 13/08/2018, donde se dijo que “...no debe perderse de vista que el criterio amplio de la norma propugnado, es el que mejor armoniza con la actual política criminal estatal sobre ofensiva al narcotráfico y demás delitos en general diseñada por el Estado, caracterizada por el enorme impulso que se le ha dado a la figura del arrepentido para poder esclarecer los delitos más sensibles al decir de la opinión pública. Este fallo tiene gran valor en torno al tema, ya que fue resuelto -si bien en cuanto a la ley de estupefacientes- cuando el actual régimen ya se encontraba en vigencia. Por lo tanto, y de acuerdo con esta postura amplia, el art. 41 ter del CP cuando exige que la información aportada contribuya a “esclarecer el hecho objeto de la investigación u otros conexos”, o revelar la identidad o el paradero de partícipes “de estos hechos investigados o de otros conexos”, lo está haciendo en un sentido amplio, pudiendo extenderse tanto a la conexidad procesal como a la dada por las características del fenómeno delictivo y sus circunstancias.”⁷⁹

Hay otros autores que sostienen una posición intermedia, donde se le da a la norma un alcance más armónico, salvándose la contradicción que se produce cuando la ley exige que “la información objeto del acuerdo deberá referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe” y al mismo tiempo permite aplicar el régimen en hechos “conexos”; la forma de armonizar ello es interpretar que el arrepentido puede declarar tanto respecto del hecho por el que se encuentra imputado en la causa en la que quiere hacer el acuerdo de colaboración, así como también en relación con cualquier otro ilícito previsto por ley en el que 'haya participado', siempre que tenga vinculación amplia (objetiva o temática) con el delito que se le atribuye. De esta manera no se configura la incongruencia señalada, permitiendo así aportar datos sobre hechos “conexos”, pero limitada solo a los ilícitos de los que haya sido partícipe; quedando así prohibido acogerse a la figura del arrepentido en hechos en los que no tuvo ninguna responsabilidad.

En cuanto a la participación, la norma abarca a todos los grados de participación en el ilícito penal (coautor, cómplice- primario y secundario- e instigador), pero lo relevante es que los sujetos sindicados por el arrepentido no tengan una responsabilidad inferior a la de él⁸⁰; pero cabe decir también que

⁷⁹Hariabedian, op. cit., pag 29.

⁸⁰ En su discurso la diputada Copes dijo “El sentido de la figura es poder avanzar en la red criminal, por lo que pensar en beneficiar al superior que delata para abajo en la cadena es un contrasentido”, citado por Hairabedián, op. Cit., pag 31 en nota al pie.

mientras sindique a persona/s que se encuentren en estas condiciones, podrá incluir en su declaración otros de menor responsabilidad.

A criterio de algunos autores -entre ellos Hairabedián- también puede serlo el encubridor respecto al delito principal, por resultar conexas su conducta en los términos precedentemente señalados y estrechamente vinculada con el hecho; sin embargo hay otros, como Aboso, que consideran que ahora esta posibilidad respecto del encubridor está vedada.

Este análisis de la responsabilidad del delator no se limita solo a la figura delictiva y grado de participación atribuible a cada uno, sino que también se tienen en cuenta consideraciones y circunstancias fácticas respecto de su intervención.

Continuando con el análisis de la información aportada por el arrepentido, otra pauta la consagra el artículo 5, ya 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- beneficiando especialmente a aquel que se arrepienta en primer término; 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.

Por su parte, el artículo 7 al consignar los requisitos formales del acuerdo de colaboración menciona en su inciso 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..."

Está es otra pauta a seguir para analizar la calidad de la información, es decir si revela por ej. teléfonos u otros datos de comunicación con coautores o partícipes, y luego se comprueba que pertenecen a ese coautor o partícipe, será información valiosa a los efectos de la celebración del acuerdo, sobre todo si

posteriormente se la vincula con conversaciones mantenidas en el marco de una organización criminal, de la cual se lo sindicó como "jefe".

Otra norma que puede servir de guía a los efectos de evaluar la calidad de la información aportada es lo establecido en el artículo 15 de la ley 27.304. Si bien no desconozco que se refiere a la valoración efectuada por el órgano judicial al momento de dictar sentencia condenatoria, creo que es una pauta que puede echar luz a la cuestión.

Así 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).

Vemos que para que la información brindada por el arrepentido tenga valor es necesario que se corrobore con otras pruebas. Incluso hay un precedente jurisprudencial internacional, en tal sentido. 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..."⁸¹. Es decir, para que tenga valor la información del colaborador eficaz, como prueba de cargo, no debe basarse en 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.

Realmente el análisis de la calidad de la información aportada por el arrepentido es un tema especialmente importante.

No debe olvidarse que lamentablemente la historia demuestra que existen declaraciones mendaces de los "arrepentidos" que sólo persiguen obtener beneficios procesales o penales a cualquier costa, mejor dicho a costa de terceros. Hay casos conocidos que condujeron a resultados nefastos.

Es por ello, y por la fragilidad y desconfianza histórica hacia los delatores, es que la regla debe ser la no credibilidad de todo aquello que no sea confirmado por

⁸¹Sentencia 849/2015 del TSE, Sala II en lo Penal, 01/12/2015

pruebas externas y objetivas. La jurisprudencia española, ha descalificado el valor probatorio de la declaración del arrepentido cuando se presenta como única evidencia de cargo sin corroboración, aun cuando se la quiera fortalecer con apreciaciones subjetivas, p.ej., la inexistencia de animadversión o la solidez.⁸²

La declaración de un arrepentido no deja de ser la declaración de un imputado, que además tiene un interés en lo que dice. Por eso su valor autónomo es prácticamente nada, en el sentido de que sin corroboración probatoria de lo que dice, son meras palabras sujetas a comprobación. Ni siquiera el recurso de probar algunos tramos de lo que dice puede dar lugar a inferir la veracidad del todo, porque la experiencia indica que se dan las versiones parcialmente verdaderas, que mezclan verdades y mentiras en distintas proporciones. Y saber en qué porcentaje esto ocurre, sólo puede establecerse en base a evidencias.

Riquert al momento de hacer una mención respecto de la valoración de los dichos del arrepentido, manifiesta que es complejo porque podría decirse que participa del problema de carencia de consistencia como prueba plena propio de la declaración del co-imputado, lo que lleva a que además de su coherencia interna requiera corroboración externa.⁸³

En cuanto al tema en debate, en la Provincia de Santa Fe el Dr. Baclini, Fiscal General del MPA de dicha provincia dictó la Resolución 175/2017 que contiene Guía de Actuación aplicable a casos de utilización de la figura del arrepentido, en el punto 14 prescribe que "El fiscal o fiscal adjunto no podrá postular acusación contra el delatado fundada únicamente en las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido. Para la evaluación y asignación de responsabilidad penal el fiscal o fiscal adjunto contará con los presupuesto del art. 294 y ss del CPPSF". Por lo tanto aquí tenemos otra pauta para evaluar la calidad de la información que brinde el delator.

A modo de corolario de todo lo expuesto, cabe decir que el momento y modo en que se haga el análisis de la información que brinda el imputado arrepentido, es

⁸² TC., 9/12/2002, S. 233 y TS., Sala 2ª, 25/1/2007, S. 24. Por cierto que la base de cualquier beneficio consiste en que la información del "arrepentido" sea veraz. Y es útil reiterar que se trata de un coimputado del mismo hecho o de otros conexos, "que asumiendo una condición de 'soplón' puede proporcionar datos falsos, buscando mejorar su situación procesal" (véase Cafferata NoreHairabedián, *La prueba en el proceso penal*, Abeledo Perrot, 7º ed., ps. 277 y 278), citado por Hairabedián, op. cit. pag 11.

⁸³ Riquert, Marcelo, "El delator ("¿arrepentido?") en el derecho penal argentino", *El Dial*, DC13DF, 10/9/2010.

lo que posteriormente nos permitirá la incorporación y homologación, y consecuente la posibilidad de utilizar toda esa información para implicar a otros "participes", permitir el esclarecimiento de otros hechos, y cumplir con los fines para los cuales fue introducida la figura.

V.2.d. Forma de documentar la información brindada por el arrepentido y su incorporación en un momento posterior del proceso.

Me avocaré a dos temas que han dado lugar a controversias; la forma en que se documenta los datos o información brindada por el delator premiado y si es posible su incorporación en el proceso en un momento posterior.

Primero haré algunas consideraciones respecto del acuerdo de colaboración.

Las tratativas de un acuerdo de colaboración pueden comenzar tanto desde el imputado o su defensor o desde la Fiscalía.

El art. 7 de la ley en estudio establece los requisitos formales, entre ellos que se celebrará por escrito y que se deberá consignar con claridad y precisión determinada información (puntos que desarrolla el citado art. y ya han sido mencionados anteriormente).

Yendo específicamente al tema en cuestión, el artículo 6 establece que "Las declaraciones que el imputado arrepentido efectuare en el marco del acuerdo de colaboración "deberán registrarse a través de cualquier medio técnico idóneo que garantice su evaluación" posterior, es decir, puede ser grabado, filmado, escrito a computadora e impreso, etc. Sin embargo la falta de este "medio técnico idóneo, no es causal de nulidad alguna, por no estar previsto. Lo que sí podrá suceder, es que se haga una valoración diversa de la declaración tomada en otras condiciones, pudiéndose analizar de otro modo su originalidad y fidelidad.⁸⁴

Esta declaración del imputado arrepentido, no tiene la forma de "indagatoria/imputativa", ni tampoco la de una testimonial ya que no puede hacerse bajo juramento de decir verdad, porque la ley 27.304 no lo exige, y yendo a nuestro Código Federal, en su art. 296 establece que en ningún caso se le requerirá al imputado juramento o promesa de decir verdad.

⁸⁴Art. 6 de la Ley 27.304, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/267115/norma.htm>

Respecto de esta declaración, hay quienes entienden que conviene conceptualizarla como una declaración "sui generis", porque no se trata de una indagatoria pero tampoco es una testimonial⁸⁵.

Siguiendo con el tópico otra razón de peso es que nuestra tradición jurídica ha sido contraria a que se le reciba juramento al imputado, pero cabe decir que ello siempre fue en el marco de su defensa material, y no como declaración en un acuerdo de colaboración a cambio de un beneficio, caso en el cual no sería inconstitucional disponerlo. Ergo, si se puede establecer sanción a la mentira- tal como hace la ley 27.304 incorporando el art. 276 bis CP-, no hay problema que se le exija juramento de decir verdad; igual la ley no lo impone. Este tema será desarrollado con mayor profundidad más adelante.

En Santa Fe, si bien la figura no ha sido regulada en nuestro Código Procesal Penal, el Fiscal General Dr. Jorge Baclini, ha dictado la resolución 175/2017 referida al uso de la figura del arrepentido en dicha provincia, y en su punto 10 prescribe que "Las declaraciones que haga el imputado arrepentido se harán como audiencia imputativa con detenido (art. 274 CPP) debiendo darse en audiencia oral ante un juez con la presencia del fiscal y de la defensa"... "La audiencia imputativa podrá darse en la misma audiencia de procedimiento abreviado o en forma separada"... "La audiencia deberá quedar registrada por sistema de video o de cualquier medio técnico que garantice su evaluación posterior"⁸⁶

⁸⁵Esta es la opinión de Bianciotti Daniela y Davies Maximiliano expresada en Cafferata Nores, Jose I. (Director de Instituto de Derecho procesal Secretaria Penal de Cordoba); Daniela Bianciotti-Maximiliano Davies; Valeria Rissi; Manuel Ayan; Ramiro Rogelio Fernández; Patricia Soria-Ivana Rossi; Tristán Gavier; Cristina Giordano; Discusión de ideas con relación a la ley del arrepentido. Interrogantes en el marco del Instituto de Derecho Procesal- Secretaria Penal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cordoba, publicado en Marzo de 2018 pag 13., y también citado por Hairabedián, op. cit pag 67 en nota al pie.

⁸⁶ Resolución n° 175/2017 del Fiscal General del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe Dr. Jorge C. Baclini, publicada en https://mpa.santafe.gov.ar/regulations_files/5a96f21bd3f83_Resoluci%C3%B3n%20N%C2%BA%20175.pdf

Al imponer ello, se salva el problema de la forma y modo en que debe tomarse la declaración del arrepentido, ya que claramente expresa que será como lo consigna el artículo 274 CPPSF.⁸⁷

En cuanto a la aceptación e incorporación y posterior cumplimiento del acuerdo, establece en su art. 11 que “el acuerdo será incorporado al proceso, y la ejecución del beneficio se diferirá al momento del dictado de la sentencia de condena por el tribunal de juicio”. La disposición sobre la incorporación es problemática. Si en la declaración del arrepentido se sindicaron otros partícipes que aun no fueron llevados al proceso, o pruebas que todavía no han sido obtenidas, la existencia de otros co-imputados con acceso a la causa podría frustrar los fines de corroboración para los cuales existe un plazo de un año, lo que excede ampliamente la acotada posibilidad de dictar el secreto de las actuaciones (art. 204 del CPPN y art. 259 CPPSF). Y claro está que vedar indefinida y prolongadamente el acceso a la causa a los imputados que ya declararon puede afectar su derecho de defensa.

Hariabedián⁸⁸ propone una solución superadora de ambos intereses en pugna (el descubrimiento de la verdad y la defensa), puede ser la tramitación desglosada por separado de la investigación consecuente al acuerdo con el arrepentido. Por otra parte, la incorporación al proceso puede poner en riesgo al arrepentido, lo cual

⁸⁷ Art. 274 CPPSF, Cuando el Fiscal estime que de los elementos reunidos en la investigación surge la probabilidad de que el imputado sea acusado como autor o partícipe de un delito, procederá a citarlo para concretar una audiencia donde le brindará la información a que alude el artículo siguiente. El querellante tendrá derecho a participar de la audiencia, a ser oído, a realizar preguntas al imputado, dirigirse y peticionar al Tribunal y aportar elementos jurídicos y probatorios. Si el imputado estuviera detenido, esta audiencia deberá realizarse dentro de las setenta y dos (72) horas del inicio de la privación de libertad, prorrogable por veinticuatro (24) horas, a solicitud fundada del Fiscal sin recurso alguno, ante el juez competente, quien deberá controlar la legalidad de la detención. Realizada la audiencia, el imputado recuperará inmediatamente la libertad, salvo que el Fiscal o, en su caso, el querellante considere procedente la aplicación de prisión preventiva, en cuyo caso solicitará en ese acto, la audiencia prevista en el artículo 223 de este Código y continuará la detención hasta su realización, debiendo esta última tener lugar dentro de los plazos máximos y bajo la modalidad de cómputo de los mismos prevista en el párrafo anterior. En oportunidad de esa audiencia y de acuerdo a lo establecido en el artículo 13, el Fiscal, en búsqueda de los objetivos de simplicidad y abreviación, propondrá los acuerdos previstos por este Código, en Código Procesal, en Código Procesal Penal de Santa Fe comentado, anotado y concordado, Baclini Jorge Camilo - Schappa Pietra Luis, *colaboradores: Ma. Laura Riccardo - Gastón Ávila / 2 tomos, edit. Editorial: Juris, Rosario, 2018, pag 84.*

⁸⁸ Hariabedián, op. cit., pag 87.

autorizaría a medidas tendientes a reducirlo, por ejemplo, suprimiendo la identidad de la persona en las actas e instrumentos a incorporarse al proceso; es más, considera que lo ideal sería que se establezca expresamente que la confidencialidad del acuerdo (como lo hace la ley 27401 para personas jurídicas).

En caso de que el acuerdo no se homologado, el art. 10 prescribe que esas actuaciones deben ser reservadas, y por lo tanto la información que surja de él no podrá ser utilizada, salvo que el fiscal demuestre existe un vía independiente de investigación.

Como ya he citado, en Santa Fe se encuentra vigente la "Guía de Actuación" que también trata este tópico en su punto 11, al referir al procedimiento del acuerdo de colaboración, y dispone que..."se le dará el formato de procedimiento abreviado"⁸⁹

Para poder analizar si es posible la incorporación de la información brindada por el arrepentido en un momento posterior al proceso, es necesario previamente establecer la oportunidad del acuerdo, regulada en el art. 3.

Antes de esta reforma se preveía que el imputado podía declarar como arrepentido "durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación". Como vemos, no era claro, y generaba algunos problemas interpretativos; pero se terminó aceptando que podía ser en cualquier momento, inclusive en la etapa de ejecución de la pena.

Sin embargo, actualmente ello ha sido modificado por el citado artículo que establece que el acuerdo con el imputado "deberá realizarse antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente".

En el debate parlamentario el Senador Gustavino, entre otros, sostuvo que "...era necesario poner un plazo a la facultad del arrepentimiento, para poder avanzar exitosamente en la investigación. Además, obviamente eliminamos la posibilidad de que el imputado maneje los tiempos de la información. Estamos viendo hoy que, algunos personajes que están haciendo declaraciones, pareciera

⁸⁹Resolución n° 175/2017 del Fiscal General del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe Dr. Jorge C. Baclini, publicada en https://mpa.santafe.gov.ar/regulations_files/5a96f21bd3f83_Resoluci%C3%B3n%20N%C2%BA%20175.pdf

que van entregando la información a cuentagotas y de alguna forma con una actitud que hasta pareciera claramente extorsiva. Y no podemos permitir que el arrepentido que se arrepiente especule y entregue la información en cuotas. No puede ser. El momento de arrepentirse tiene que ser claro y contundente: en la etapa de la investigación y antes de la elevación a juicio⁹⁰.

Sin embargo esta limitación se convirtió en un arma de doble filo, que genera más inconvenientes que ventajas; esto es porque, primeramente conspira con el mejor aprovechamiento de la figura debido a que generalmente los acusados piden acogerse a la figura en momentos más avanzados del juicio, en la sentencia o incluso después, no por querer manejar la información de modo extorsivo, sino que decide acogerse al beneficio cuando ya están entre "la espada y la pared". En segundo lugar el acotamiento es conflictivo también porque la elevación a juicio no significa la clausura total de la instrucción, debido a que una investigación no se encuentra agotada hasta que sean individualizados todos sus partícipes y se vean cumplidos todos sus fines.

Apoya esta idea el texto reformado del art. 41 ter del CP que como marco temporal prevé la reducción punitiva por colaboración del imputado "cuando durante la sustanciación del proceso brinde la información". De esta manera, si en la etapa del juicio el fiscal general o de cámara toma conocimiento de la voluntad de una acusado de colaborar con un avance en alguno de los aspectos inconclusos, más aún cuando quiso colaborar anteriormente y no se lo permitieron, ameritaría la continuación y profundización de la investigación, porque la limitación prevista en el art. 3 de la ley 27.304 (hasta elevación a juicio o cierre) solo se ha verificado parcialmente.⁹¹

Ahora sí, yendo específicamente a la posibilidad de la incorporación de la información brindada por el arrepentido en un momento posterior al proceso hay que tener en cuenta que la finalidad de la figura es lograr el esclarecimiento de los delitos mencionados por la misma y evitar así la impunidad de los partícipes de ellos, reforzando la confianza en el sistema de justicia.

⁹⁰El Diputado Burgos decía: "habíamos determinado en la redacción originaria del proyecto que ello debía tener lugar durante la sustanciación del proceso. Los senadores y los expertos que analizaron el tema dijeron que quedaba discrecionalmente librado al imputado y al manejo deliberado –en algunos casos– de los tiempos procesales. Por lo tanto, expresaron que era más conveniente establecer un límite a fin de que el imputado arrepentido pudiera acogerse a dicha figura y al beneficio que ello implicaba", citado por Hairabedián, op. cit, pag 70

⁹¹Hairabedián, op. cit, pag 70 a 72.

De la misma forma es necesario resaltar que en el sistema anterior a la ley en estudio, había mayor amplitud respecto de la oportunidad para presentar el acuerdo (durante todo el proceso), esto porque la corroboración de la información aportada a veces llegaba en la etapa de ejecución. En esos casos, dicha ley permitía modificar la pena por auto interlocutorio (formulándose un nuevo computo), o también se canalizaba vía recurso de revisión. En este sentido la Casación Federal ha sostenido que este remedio impugnativo "se presenta como el único remedio eficaz para atender la especial situación, esto es, una colaboración 'premiada' cuya relevancia no pudo ser asumida en tiempo oportuno- antes de la firmeza del fallo".⁹²

Al respecto se argumentó que "la revelación de información ha funcionado para el imputado-arrepentido como una suerte de premio o excusa posterior al delito cometido, cuyo fundamento deberá buscarse no tanto en razones jurídicas, sino en consideraciones de tipo político en sentido amplio, y que, sin que haya existido a su respecto causa alguna de exclusión del injusto penal o su culpabilidad, deberá acarrear como efecto inmediato y por su relevancia la disminución retroactiva de la punibilidad ya constituida"⁹³

Para sostener ello se ha considerado que dentro de las causales de procedencia del recurso de revisión, la pretensión de la reducción punitiva durante la condena "es subsumible en el inciso 4 del art. 479 del CPPN, al intentar el recurrente demostrar la existencia de un nuevo elemento que, a su entender, podría modificar la pena oportunamente impuesta"⁹⁴

De la misma manera, se ha fundamentado que si bien este recurso "se trata de una herramienta procesal de carácter excepcionalísimo en la medida en que permite remover una decisión dictada en sede represiva pasada en autoridad de cosa juzgada, naturalmente solo cabe recurrir cuando mediasen situaciones manifiestamente injustas que de algún modo deben remediarse". La citada causal de revisión "se ocupa de los casos en los que la inequidad de una situación concreta se torna palpable debido a la aparición de nuevos hechos o elementos de prueba autorizando su reparación", por lo que la referida expresión "nuevos hechos" contenida en la norma analizada abarca no solo a los acontecimientos sobrevinientes o descubiertos con posterioridad a que hubiese recaído sentencia condenatoria sino también a aquellos otros que, surgidos durante la sustanciación

⁹² CFCP, Sala II, 11/09/2018, "Rivero", citado por Harirabedián, op. cit. pag 89.

⁹³ CFCP, Sala III. 1/11/2005, reg 1683.01, "Mosqueda", citado por Harirabedián, op. cit. pag 90.

⁹⁴ CFCP, Sala II. reg 107417, "Duarte", citado por Harirabedián, op. cit. pag 90.

de proceso, no fueron objeto de ponderación por el tribunal de mérito al momento de dictar condena.⁹⁵ En dicho inciso la novedad del elemento de prueba debe referirse al momento de la efectiva adquisición, así a los fines de la revisión los elementos de prueba propuestos debe considerarse nuevos, aunque hubiesen sido ofrecidos por la defensa en el debate, pero no hubieran sido considerados por el juez ni fueran valorados en la decisión cuya revisión se pide", toda vez que "lo importante es que no hayan sido valorados por el Tribunal en el procedimiento que llevó a la condena, la novedad no desaparece por el hecho de que los elementos ya existieran durante el procedimiento y fuera posible producirlos en aquel procedimiento⁹⁶.

Todos estos antecedentes jurisprudenciales citados, y las razones de justicia expuestas en ellos para admitir la revisión de la cosa juzgada cuando los datos brindados por el colaborador eficaz dieron un resultado positivo con posterioridad a su condena, podrían ser aplicables al nuevo régimen.

De tal modo, cuando la información brindada por el delator fue idónea para lograr su efecto, pero no pudo ser corroborada por ineficacia, ineficiencia, impericia, desidia o inactividad de los órganos fiscales/judiciales, la jurisprudencia ha aceptado que pueda haber reducción, e incluso en el debate parlamentario también se trató.

Esto además es sostenido por Julio Baez quien manifiesta que "si la finalidad con que se plasmara el acuerdo se trunca por negligencia de los órganos encargados de la persecución penal, o por el azar, jamás esta circunstancia puede morigerar la situación del imputado. Por ello, el órgano que lleva adelante la investigación y anhela el desbaratamiento de las organizaciones mafiosas o los efectos del delito debe efectuar una prudente valoración acerca de la información que se le suministra. Si la misma es rayana con la fabulación, poco crédito debe dársele y, menos aún conceder los galardones. Si la misma es atinada entonces debe el Estado cumplir con lo pactado -reduciendo o eximiendo de pena al delator- aun cuando no se hubiese logrado el fin propuesto sin perjuicio de las responsabilidades que correspondieren deslindar."⁹⁷

⁹⁵ CFCP, Sala IV, reg3451.4 "Moray Jose Mario s/recurso revisión", citado por Harirabedián, op. cit. pag 91.

⁹⁶ Ibidem, pag 91.

⁹⁷ Baez, Julio C; "El Arrepentido" publicado en Revista Jurídica On Line La Ley, 21/08/2003, <https://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/Secuestros/Capacitacion/atenuant>

Ahora bien, establecido ello, ¿cómo es incorporada la información en el proceso?, ¿de qué manera se introduce?

Luego de hacer esa breve exposición de temas vinculados al presente pasaré a sentar mi opinión respecto el tópico a tratar y la que entiendo que legislativamente se adoptó. Seguidamente haré una enunciación y breve desarrollo de otras alternativas posibles.

La ley del arrepentido refiere a la cuestión tratada en su artículo 8, el cual establece que “Las declaraciones que el imputado arrepentido efectuare en el marco del acuerdo de colaboración deberán registrarse a través de cualquier medio técnico idóneo que garantice su evaluación posterior”. Es decir, que está aludiendo específicamente a que el delator premiado no concurrirá al juicio del coimputado sino que se introducirá el registro de su declaración⁹⁸.

Tomando este artículo se puede sostener que la forma de introducir la información al proceso es mediante documental.

Dejando en claro que la introducción mediante documental es la forma prevista por la ley pasaré a detallar las críticas que se le efectúa a lo establecido.

En contra de ello se argumenta que viola el derecho de defensa del imputado en contra del cual se declara, específicamente el de contradecir la prueba, en tanto no se le brinda la posibilidad de interrogar al delator en el juicio oral. Pero, por el contrario, la premisa de la cual parte la conclusión es errónea. En efecto, puede advertirse que si todos los coimputados hubieran sido juzgados en forma conjunta la posibilidad de contrainterrogar al arrepentido era admisible sólo si éste no se amparaba en su derecho al silencio o en su caso de responder preguntas. Pues bien, la pregunta ahora es cuál es la razón para que se abra un posibilidad diferente para

[es/41ter/Baez_Julio.pdf](#) , esto también fue citado por la diputada Copes en el debate parlamentario.

⁹⁸La figura del arrepentido al estar incorporada al cód. Penal es aplicable para algunos de delitos de jurisdicción provincial, a tal punto que el art. 18 de la ley respectiva invita a las mismas a adherirse. La prov. de Santa Fe aún no lo hizo, no obstante desde la fiscalía general se dictó la resolución 175 del 02/06/17 para regular su aplicación, previendo en el art. 10 del anexo “Actos de colaboración. Registro. Las declaraciones que haga el imputado arrepentido ser harán como audiencia imputativa con detenido (art. 274 CPP) debiendo darse en audiencia oral ante un juez con la presencia del fiscal y de la defensa.... La audiencia deberá quedar registrada por sistema de video o de cualquier medio técnico idóneo que garantice su evaluación posterior”, citado por Baclini Jorge, op. cit pag 30.

modificar o alterar la incorporación de la declaración como documental y hacerlo declarar como testigo.

Por otra parte, hay que destacar que existe una clara diferencia entre lo que es prueba documental y lo que son declaraciones previas, de allí que existe una confusión cuando se postula que al incorporarse de la manera prevista se estaría violando la norma procesal que prohíbe la lectura de actas y documentos (art. 326)⁹⁹.

Las otras alternativas que podrían llegar a plantearse para introducir la información al proceso son: a) Que declare como imputado o b) que declare como testigo; siendo que en este último caso podría ser con juramento o sin juramento.

a. Declaración como imputado.

Esta alternativa se observa de difícil recepción debido a que no es razonable, porque declarando como tal podría pensarse que cabe la posibilidad de que cambie la versión de los hechos, lo cual es probable en tanto se va a enfrentar al imputado al cual delató.

Por otra parte, en el caso que hubiera ya sido condenado el arrepentido, es sumamente complicado y erróneo darle trato de imputado a quien perdió los derechos como tal porque ya resultó condenado.

La principal consecuencia crítica que declare con los derechos del imputado es podría negarse a declarar y que aún declarando podría negarse responder preguntas, de forma tal que en principio no sería de utilidad. Al no someterse al examen directo podría afectar la teoría del caso de la parte que lo propuso, mientras tanto que aun aceptando ser interrogado podría no aceptar ser contra examinado con lo que no se vería satisfecho el derecho de contradecir la prueba.

Por lo antedicho esta opción no parece ser la más atendible porque genera tantas hipótesis y variables que quedan dependientes del arrepentido que podrían

⁹⁹ Esto fue lo que sostuvo el Dr. Mudry en su voto de la CAPenal de Santa Fe, N.º 900, folio 146/152, 09/20/18, en el caso *'Vera – Prediger'* postulando que: “No es posible para la magistratura arrogarse la función legislativa, y con esto quiero decir que una interpretación contraria al decisorio que habré de confirmar implicaría desvirtuar la norma que con claridad pétrea está contenida en la primera parte del art. 326 del Código Procesal Penal, es decir el principio que rige la prohibición de lectura de actas de la Investigación Penal Preparatoria. Una norma taxativa, que no deja lugar a dudas en cuanto a lo que constituye el principio general”, citado por Baclini Jorge, op. cit pag 30.

llevar al supuesto que no diga nada, diga cosas parcialmente, declare en forma opuesta a lo que ya dijo y no acepte el uso de la declaración previa, o no se preste para ser contra interrogado, etc, y es por ello que debería descartarse.

b. Como testigo.

Recientemente (30/04/20) la Corte provincial de Santa Fe en el fallo ‘Vera – Prediger y otros’, se plegó a esta postura (testigo sin juramento) por ser la más garantizadora del derecho de defensa, control y contradicción¹⁰⁰. Si bien el fallo no refiere al arrepentido entiendo que lo plasmado en el mismo podría ser aplicado a lo analizado aquí.

Como anticipé, de esta alternativa, surgen dos variantes.

Una de ellas es que declare como testigo común, es decir bajo su régimen¹⁰¹. En este supuesto deberá tener todas las obligaciones que tienen los testigos, a saber, comparecer y de declarar (el art. 243 CP sanciona al testigo reticente¹⁰² y correlativamente de decir la verdad (art. 275 CP pena el falso testimonio¹⁰³).

Se argumenta en favor de esta posibilidad que es una prueba ya regulada y que con estas formalidades el condenado-testigo se vería obligado a decir la verdad porque de lo contrario podría ser perseguido penalmente. Además, esa obligación le daría, sin dudas, mayor valor convictivo a su relato¹⁰⁴. En cambio, sin esta

¹⁰⁰“Si bien el supuesto analizado no encuadra... estrictamente en la testimonial, es este modo de declarar del partícipe condenado en el procedimiento abreviado el más garantizador del derecho de defensa de quien está siendo juzgado en el proceso donde se lo admite a aquél como prueba. Es que, habilitando la posibilidad de que declare en el debate, se asegura que el justiciable puede contraexaminarlo respetándose el contradictorio”.

¹⁰¹Fue la postura sostenida en 1ra y 2da Instancia, en la C.A.Penal de Santa Fe, voto del Dr. Mudry, N.º 900, folio 146/152, 09/20/18, en el caso ‘Vera – Prediger’.

¹⁰² **Art. 243.** - Será reprimido con prisión de quince días a un mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva. En el caso del perito o intérprete, se impondrá, además, al reo, inhabilitación especial de un mes a un año.

¹⁰³ **Art. 275.** - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente. Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión. En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

¹⁰⁴Hay que observar que la evaluación del falso testimonio no podría darse desde entender que una de las dos declaraciones vertidas contenía una falsedad, porque la primera se dio con los

exigencia, parecería que desde la prueba se estaría invitando prácticamente a mentir al coimputado (delator), ya que resulta sumamente fácil advertir que, bajo estas previsiones declarando como testigo en el juicio de su consorte, al enfrentarse con éste en la sala de audiencias, podrá sentir limitaciones producto de las relaciones entre ambos (amistad, temor por represalias o incluso darle beneficios porque no tienen nada que perder).

Hoy, con la sanción del art. 276 bis no creo que ello sea posible, es decir en el caso que declare como testigo sin juramento, no se lo estaría invitando a mentir, ya que en ese caso, podría ser sancionado por la comisión de tal delito.

Bajo esta fórmula cierto es que el delator-testigo se vería en la obligación de responder preguntas y verse sometido al contra interrogatorio, de forma tal que el derecho de contradicción se vería concretado.

No obstante, la cuestión amerita un estudio particular desde que se estaría ante la posibilidad de perseguir y/o castigar dos veces por el mismo hecho a la persona poniéndose en juego el principio de “non bis in idem”. Empero, entiendo que se trata de dos hechos distintos, el primero es aquél en el cual ese sujeto fuera procesado o condenado, mientras tanto el segundo sería – si se siguiera esta postura- la obligación de decir verdad en su declaración como testigo ulterior. Sin embargo, cierto es que si el legislador no ha previsto que en un supuesto de estas características el coimputado arrepentido declare como testigo, ciertamente que sería forzado tenerlo como tal, validando que su testimonio sea bajo juramento y eventualmente sancionarlo para las penalidades de falso testimonio cuando en realidad no lo es.

Por otra parte, si se tratara de procesos diferentes (ello es una posibilidad prevista doctrinariamente para preservar al arrepentido), en tanto lo lógico es que quien fue imputado y procesado en otra causa en la cual se juzgan hechos diferentes (ya que podría ser por hechos conexos) si podría eventualmente declarar como testigo, resultando que la declaración dada en el otro proceso no podrá reemplazar a la actual, y solamente podría ser utilizada para refrescar memoria o evidenciar contradicciones.

derechos del imputado. En consecuencia para el falso testimonio sólo podrá reputarse su declaración como testigo en un análisis con el resto de las pruebas, lo que por cierto es más difícil.

La otra variante es la que se ha denominado "testigo híbrido", que refiere a declarar como testigo pero sin juramento de decir verdad. Este es el modelo que adoptó la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe en el caso "Vera - Prediger", basándose en lo que sostienen los códigos procesales penales de Nación y de Córdoba¹⁰⁵. Sin embargo, se aprecia que esta argumentación está erróneamente utilizada puesto que "más allá del yerro en señalar que la previsión federal integraba el 'nuevo' Código Procesal Penal, lo cierto es que las normas de tales digestos se vinculan al sistema de enjuiciamiento 'mixto' o inquisitivo atenuado cuya ideología ha perdido vigencia", debido a que nos encontramos en el marco de procesos acusatorios.

La Corte luego expresa que: "Si bien este tipo de declaraciones, al no estar prohibidas expresamente por nuestro Código de rito, pueden ser ofrecidas como pruebas, las peculiaridades que presentan deben ser tenidas en cuenta al momento de su ponderación. Así, para la valoración de su credibilidad, fiabilidad y/o suficiencia para sustentar una condena, regirán las reglas de la sana crítica racional, debiendo ser valoradas y sopesadas en forma integral y armónica con el resto de las pruebas rendidas en juicio".

No obstante, este argumento también es rebatible ya que, sin dudas malinterpreta el principio de libertad probatoria (art. 159) puesto el mismo autoriza a utilizar medios probatorios análogos para situaciones no previstas en la ley, mas no cuando el supuesto está expresamente dispuesto como en este caso (sea como testigo común o como documental). La única alternativa sería considerarlo como prueba autónoma como lo hizo en el precedente "Mariaux".

Continuando con el análisis, el máximo tribunal provincial afirma que: "la declaración quede exenta del deber de prestar juramento será un elemento a tomar en cuenta a la hora de determinar su entidad convictiva, oportunidad en la que se deberá ponderar que se trata de una persona que puede eventualmente tener algún tipo de interés en el modo en que se resuelva la causa". Acerca de este tema tan sensible me he referido en el punto IV.2. c., a lo cual me remito.

¹⁰⁵ "... El nuevo Código Procesal Penal de la Nación, al regular la forma en que deben prestar declaración los testigos, dispone en el artículo 249 que "[a]ntes de prestar declaración, el testigo será instruido acerca de las penas por falso testimonio y prestará juramento de decir verdad, con excepción de (...) los condenados como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo". Idéntica excepción contempla el Código Procesal Penal cordobés en su artículo 227".

Sin embargo, en esta oportunidad cabe preguntarse: cuál es el interés que esta persona podrá tener en este momento posterior a su procesamiento o condena, en tanto si recibió algún beneficio eso ya es materia del pasado. Si ha tenido algún compromiso con la fiscalía esto fue en un momento anterior. Por eso, si bien es cierto que al arrepentido se le han otorgado ciertos beneficios -reducción de pena o beneficios procesales- por la información brindada contra otros coimputados no obstante ello no desnaturaliza su relato incriminante, y será una prueba que debe ser valorada por tal razón con cautela y en relación y coordinación a otras pruebas, nunca podrá ser fundamento único de una condena.

Pero aún cuando tuviera potencialmente interés no se explica cuál es el motivo que justificaría relevarlo del juramento o promesa de decir verdad. Porque de ser así, la víctima se encuentra en una condición similar de tener interés en el proceso y declara bajo juramento y responde por delito de falso testimonio¹⁰⁶.

El Dr. Baclini¹⁰⁷ sostiene que el criterio adoptado en tal fallo parece no ser el más satisfactorio en tanto podría decirse que garantiza a que el testigo mienta, ya que no se prevé la obligación de juramento y con ello la impunidad ante la falsedad. La circunstancia es muy grave ya que podría dejar a todo el sistema en una especie de caos que incluso podría ameritar la interposición de un recurso de revisión por el propio testigo condenado en caso que su declaración actual cambiara la versión original señalando que se vio obligado a suscribir el acuerdo. Tampoco garantiza el derecho a contradecir la prueba que debería tener la contraria ya que puede mentir. Extrañamente, en este punto si el testigo se niega a responder preguntas podría quedar subsidiariamente sancionado porque su conducta podría encuadrar como testigo reticente.

Entiendo que hoy con la sanción del art. 276 bis que tipifica el delito de suministro malicioso de información falsa o inexacta esto no sería así; no le daría lugar a mentir, ya que en caso contrario podría incurrir en este delito, por lo que no

¹⁰⁶ Cfr. CORVALÁN – LANZÓN, quienes incluso agregan que: “Es más, existen múltiples personas que son citadas a declarar en calidad de testigos y revisten ciertas particularidades, como por ejemplo, aquellas que pueden abstenerse debido a su lazo familiar con el acusado; que no pueden manifestarse sin ser relevadas del secreto profesional que custodian; que requieren una protección estatal o reciben tratamiento especial. Estas circunstancias, de todas formas, no impiden que desde el momento en que prestan declaración ante el tribunal lo tengan que hacer bajo juramento al igual que los demás testigos que comparecen al juicio. No existen diferencias entre los distintos tipos de testimonio”, citado por Baclini Jorge, op. cit pag 29

¹⁰⁷ Baclini, Jorge; “La admisibilidad de la prueba en el proceso acusatorio, pag 26.

habría impunidad ante la falsedad. Me limito solo a decir ello, ya que será analizado en profundidad en el punto siguiente.

El autor citado sigue reflexionando y sostiene que “Por lo demás, no sólo se avanza sobre el digesto procesal, sino también sobre el código de fondo, nada menos que para convertir en impune un eventual caso de falso testimonio que le podría caber al imputado que se comprueba que miente en un juicio criminal ... la Corte local asume una tarea legislativa y edifica un dispositivo que la política criminal no podría explicar y que se resume en la siguiente pregunta: ¿por qué razón el sistema de enjuiciamiento debe blindar la declaración de un ex convicto y otorgarle un privilegio sobre el resto de los ciudadanos al no tener que correr riesgos de cometer el delito de falso testimonio?”¹⁰⁸.

Entiendo que esto ya no sería así, el relevar al arrepentido del juramento de decir verdad no tiene mayor fundamento; y con la sanción del art. 276 bis se ha dejado bien en claro que la mentira del mismo si acarrea responsabilidad, por supuesto luego todo dependerá de un tema de prueba en el proceso respectivo.

V.2.e. Sanción penal derivada del delito de suministro malicioso de información falsa o inexacta.

Como consecuencia de la regulación unificada del instituto del arrepentido, mediante la ley 27.304, se tipificó en el art. 276 bis el denominado "delito de suministro malicioso de información falsa o inexacta", el cual se configurará en los casos en que un imputado maliciosamente brindare información falsa en uso del beneficio que otorga el art. 41 ter del Código Penal.

Específicamente el art. dispone "será reprimido con prisión de 4 a 10 años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del art. 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos". Como vemos, el bien jurídico protegido por este nuevo delito es la Administración pública, que vela por el buen funcionamiento de la administración de justicia.

En cuanto a su momento consumativo, entiendo que se dará en el momento en que el imputado/delator aporte información no veraz con entidad suficiente para ocasionar una desorientación, dilación o desgaste innecesario en la actividad investigativa, no requiriéndose que su declaración haya ocasionado perjuicios reales a terceros. Es decir al momento en que proporcione los datos que no se

¹⁰⁸CORVALÁN – LANZÓN, citado por Baclini Jorge, op. cit pag 29.

corresponden con la verdad y la realidad, en el marco del régimen de colaboración. En caso de ser desplegada la acción en varios momentos pero formando parte del mismo acuerdo, estaríamos frente a un delito continuado.

El hecho generador de la consecuencia penal es el acto de entrega de los datos no veraces, por lo que la fecha en que ello suceda, determinará la aplicación de la figura en el tiempo; por lo que sería posible que se incurra en el presente delito si se mintió en fecha posterior a la creación del tipo penal, independientemente que la causa en la que se decidió colaborar sea por hechos anteriores.

Así como dice Hairabedián no debe confundirse el delito por el que el imputado quiere actuar como arrepentido con el aporte de mentiras para gozar indebidamente de esos beneficios.

Desde el aspecto objetivo, debe darse una conducta que ponga en riesgo el bien jurídico, por ej. que el fiscal haya sido inducido a error por las mentiras del arrepentido, pide la homologación del acuerdo al juez, por más que éste lo rechace, igualmente se consuma el delito ya que indebidamente se pone en marcha la actividad del Estado para que el trámite avance; también en el caso en que se viertan falsedades idóneas para obtener el beneficio pero quedan al descubierto gracias a la misma prueba recibida hasta ese momento.

En cambio habrá atipicidad cuando el imputado se retracta a tiempo (antes de que surta efectos negativos para la investigación penal), cuando se advierta a simple vista que el contenido de la declaración es evidentemente falso, y por ello el fiscal no le dé curso favorable, cuando los dichos inexactos recaen sobre aspectos inútiles o impertinentes para el objeto del proceso, o en caso de meras opiniones personales desacertadas.

Desde el punto de vista subjetivo, se requiere el dolo directo; es decir que con conocimiento y maliciosamente se suministre información falsa o inexacta. Por lo que no quedan englobadas en el reproche penal las manifestaciones equivocadas, las que crea ciertas pero no lo son, las inexactitudes carentes de intención de faltar a la verdad, y las falsedades imprudentes. Se puede decir que se trata de un elemento subjetivo de muy difícil comprobación, por lo que en la práctica pocas serán las posibilidades de su aplicación.

A diferencia con el delito de falso testimonio del art. 275 del CP no se reprime a quien calla parcialmente la verdad, por lo que claramente está conducta

será atípica; es decir el delator tiene que decir la verdad, pero no necesariamente "toda" la verdad, ya que el delator aporta la información que quiere y no puede ser sancionado por lo que no diga.

De igual modo el delito presupone la decisión voluntaria del arrepentido de declarar, por lo que si hubiera sido coaccionado a ello, su conducta queda fuera de la figura en estudio, sobretodo porque se está violando la garantía constitucional consagrada en el art. 18, siendo un acto nulo.

En cuanto al sujeto activo puede serlo solo el imputado arrepentido que suministre información o datos en el marco del art. 41 ter del CP. Esto no implica que solo cometerá el delito si ha recibido la reducción de pena, sino que durante la tramitación de la causa puede consumarse.

En referencia a la sanción, además de la pena de prisión, prevé como pena conjunta "la pérdida del beneficio concedido". Para la pérdida del beneficio no es necesario esperar que haya sentencia condenatoria firme por el delito del art. 276 bis, ya que el mismo artículo 41 ter supedita la reducción de la pena a que la información y datos aportados sean precisos, comprobables y verosímiles; y que contribuyan a un avance significativo de la investigación; por lo que verificada la ausencia de tales requisitos desaparece el beneficio.

Respecto de este novedoso delito se han generado numerosas críticas constitucionales.

La primera de ellas se refiere a la violación del art. 18 de nuestra CN, "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo". La historia jurisprudencial de nuestro país y también la doctrina mayoritaria han deducido de esta garantía el derecho de mentir, es decir que no se puede sancionar esa conducta de quien es perseguido penalmente, ya que eso permite el amplio y libre ejercicio de defensa.¹⁰⁹ y además que nuestro código de rito al regular el delito de falso testimonio (art. 275 CP) no contempla al imputado en su declaración al ejercer su defensa.

¹⁰⁹La CSJCba en el fallo "Alfaro", 27/05/2004 resaltó la conexión entre el principio de inocencia y el derecho de defensa, pues proporciona a este su verdadero sentido, de modo que no se podrá utilizar como presunción de culpabilidad en su contra, ni como circunstancia agravante para la individualización de la pena que se le pudiere imponer, art 41 CP, que el imputado se abstenga de declarar, o que al hacerlo mienta, o el modo en que ejerza su defensa, citado por Hairabedián, op. cit., pag 122.

Esto es refutado por varios autores, entre ellos Cafferata Nores y Hairabedián sostienen que no existe norma alguna en nuestra Carta Magna que consagre el derecho a mentir, sino que se trata de una elaboración de los intérpretes. Incluso países que tienen garantías similares para el acusado- como por ejemplo Estados Unidos-, lo reprimen en sus leyes, reconociendo que el imputado no puede ser obligado a declarar, pero si decide voluntariamente hacerlo, debe ser bajo juramento de decir verdad, pudiendo incurrir en el delito de perjurio.

Como he resaltado anteriormente, este artículo presentó muchos reparos en orden a su constitucionalidad, ya en el trámite parlamentario se puso de manifiesto esta problemática. Allí Arslanián dijo que se castiga al imputado cuando se le toma juramento de decir verdad, dado que según el art. 18 de la CN nadie está obligado a declarar contra sí mismo, y esta es una garantía no negociable, por lo que si el imputado no cumple el acuerdo a causa de la mentira, ese incumplimiento no debería resultar sancionable¹¹⁰.

En la misma línea Dino Minoggio ha expresado que con la creación de la figura del imputado-testigo, puede afirmar que se arrasa con dos principios irrenunciables de estado de derecho defensa en juicio y principio de inocencia; y específicamente en referencia al delito tratado, dice que la ley no establece taxativamente que deba tomarse juramento de decir verdad 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 penárselo por haber proporcionado “maliciosamente” información falsa o datos inexactos.

Sigue manifestando 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

¹¹⁰ello es citado en el discurso de la senadora Crexell, extraído de Hairabedián, op. cit., pag 123

que hubieran eventualmente incurrido en tales circunstancias no configuran el delito de falso testimonio...”¹¹¹

Consecuentemente con esto, Dino Minoggio sostiene 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 su inconstitucionalidad”.¹¹²

Refutando estas consideraciones Sancinetti dice que erróneamente se ha interpretado que el imputado tiene derecho a mentir como implicancia de la garantía *nemo tenetur*, pero tal derivación no es lógica, ya que el “derecho a decir cualquier cosa” no se desprende para nada de dicha garantía.

“En efecto, del hecho de que el imputado no sea un “testigo” en sentido técnico, y que, en esta medida, no esté obligado a *decir verdades*, no implica en absoluto que esté autorizado a incriminar falsamente a otro. Dicho en términos coloquiales: yo puedo decir (falsamente) “yo *no fui*”; pero no puedo decir (falsamente) “fue *Fulano*”, pues esto implica incriminar a otro, cuya honra no tengo derecho a lesionar ¡sólo por ser imputado!” Si bien la inclusión de una sanción penal para el imputado que incrimina a otro falsamente sería contraria a nuestras tradiciones culturales, lo cierto es que estas tradiciones son muy objetables moralmente, si se las lleva al extremo de inferir, a partir de la “garantía *nemo tenetur*”, que el imputado pueda imputar falsamente a otro.

En mi opinión, a pesar de que las razones dadas por el jurista León C. Arslanián son en sí atendibles y serias, no hay razones de principio que hagan

¹¹¹ fallo “Kovalsky, Daniel”, CNCCorr., 13/06/2006, citado por Minoggio, Dino; “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”; en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/03/doctrina46375.pdf>

¹¹² Minoggio, Dino; op. Cit., pag 14.

imposible penar la incriminación falsa de un co-imputado, sobre todo si la falsedad va *más allá de sus palabras*, es decir, si está acompañada de una simulación de una situación pretendidamente objetiva (pero que sea *falsa*).

Que un hecho de esta índole sea punible de modo análogo a un falso testimonio, por más que el imputado “no sea *testigo*” no tiene ningún vicio constitucional, y la conminación penal al menos tendría el efecto simbólico de declarar indebida la incriminación falsa de otro.¹¹³

Siguiendo con la defensa de la figura, Cafferata Nores, señala que la prohibición consiste en que nadie puede ser obligado a declarar en su contra; pero el arrepentido no es obligado por ninguna autoridad “lo hace voluntariamente, solo procurando aminorar su responsabilidad penal”, por lo que supera este escollo argumental, la única forma de procurar asegurar la veracidad de las incriminaciones que formule el arrepentido es conminar su falsedad o mendacidad con una sanción penal”¹¹⁴

En cuanto a este tema, Ferrer nos muestra la diferencia que existe entre la mendacidad del imputado en la indagatoria (derecho de defensa material) y en el régimen del arrepentido (que conmina con pena de prisión): “...Si se analiza con mayor profundidad, podrá advertirse que la situación en la que se encuentra en cada caso no es la misma: pues la declaración del imputado es el medio predispuesto para que pueda ejercitar su derecho de defensa material y como tal solo ésta se encuentra amparada por la garantía constitucional *nemo tenetur se ipsum accusare*”.¹¹⁵

¹¹³Sancinetti, Marcelo Alberto; "Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de 'Arrepentido' y de 'Extinción de Dominio'" (Explicaciones complementarias a la intervención del 3/8/2016 a disposición del H. Senado en versión taquigráfica de esa fecha), publicado en , pag 25.

¹¹⁴ Cafferata Nores, Jose I. (Director de Instituto de Derecho Procesal Secretaria Penal de Cordoba); Daniela Bianciotti-Maximiliano Davies; Valeria Rissi; Manuel Ayan; Ramiro Rogelio Fernández; Patricia Soria-Ivana Rossi; Tristán Gavier; Cristina Giordano; Discusión de ideas con relación a la ley del arrepentido. Interrogantes en el marco del Instituto de Derecho Procesal- Secretaria Penal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cordoba, publicado en Marzo de 2018.

¹¹⁵Ferrer, Agustín; “Dos dilemas procesales de la ley 27.304”, citado en Cafferata Nores, Jose I. (Director de Instituto de Derecho Procesal Secretaria Penal de Cordoba); Daniela Bianciotti-Maximiliano Davies; Valeria Rissi; Manuel Ayan; Ramiro Rogelio Fernández; Patricia Soria-Ivana Rossi; Tristán Gavier; Cristina Giordano; Discusión de ideas con relación a la ley del arrepentido. Interrogantes en el marco del Instituto de Derecho Procesal- Secretaria Penal de

En el Instituto de Derecho Procesal – Secretaria Penal de Córdoba, se ha tratado en extenso el tema, y allí se menciona que su código procesal penal reformó su art. 259 que expresa la libertad de la declaración tradicional, agregando un párrafo “el imputado que incumpliere las obligaciones asumidas en el acuerdo de colaboración celebrado voluntariamente” según lo reglado “no podrá argumentar la violación de las previsiones precedentes para soslayar las consecuencias previstas en el art. 276 bis del CP”.

Entiendo que este nuevo delito legislado tiene como objeto disuadir a los imputados de brindar declaraciones mendaces, y a su vez permitir que el instituto del arrepentido tenga eficacia; ya que si se aceptara que el arrepentido mienta, sin ninguna consecuencia, innumerables serían los casos en donde dicha figura, y en consecuencia el proceso al cual se aplique fracasara.

Uno de los primeros casos en donde se trato el tema y se avaló la constitucionalidad del delito en estudio fue en un fallo de la C.Fed. Apelación, Sala II, de fecha 5/10/2018, “VJD” en el marco de un proceso por narcotráfico. Allí se determinó que el arrepentido había mentado, por lo cual fue imputado y procesado por el delito de suministro de información falsa e inexacta que reprime el art. 276 bis del CP. Para ello se tuvo en cuenta que el imputado voluntariamente decidió someterse a un régimen específico de aportar de información a cambio de beneficios en su situación; que se le hizo conocer el este delito y no obstante incriminó con mendacidad a un tercero. La Cámara al confirmar el procesamiento rechazando los agravios de la defensa entendió que la clave está siempre en que el sistema resguarde el ejercicio de la libre voluntad del justiciable, concluyendo que en este caso no hay ninguna clausula que lo obligue a actuar de forma contraria a aquella o que pueda estimarse engañosa para que lo haga. Para el órgano de apelaciones: *“Conocer sus alcances y consecuencias incluye saber, entre otras cosas i) que en caso de aceptarse el acuerdo será incorporado al proceso...ii) que a partir de entonces los investigadores verificarán la verosimilitud y utilidad, total o parcial, de la información que hubiera proporcionado (art 13) ...iv) que si proporciona maliciosamente información falsa o datos inexactos, aquello es susceptible de ser castigado con las penas del art. 276 bis, además de la pérdida del beneficio (art. 2). En un contexto así, no hay coerción ni engaño, porque las reglas están claras desde un principio y quien se acoge al mecanismo que prevé la ley las conoce cuando voluntariamente elige ese camino. No es obligado normativa ni físicamente a transmitir*

la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cordoba, publicado en Marzo de 2018, pag 53 y 54.

información útil: es él/ella y su abogado/a quienes deberán calcular cuales son las consecuencias más ventajosas para sus intereses”.

En cuanto a la crítica que se le efectúa respecto de la desproporcionalidad de la pena en abstracto, la Cámara tampoco lo compartió *“teniendo en cuenta las consecuencias lesivas que puede tener la conducta allí prevista. Basta con observar la magnitud de los perjuicios originados por la conducta objeto de este caso, donde otra persona fue detenida a raíz de los dichos mendaces del imputado colaborador”*

Concluyendo con este tópico, por todo lo expuesto, se puede sostener la validez constitucional de la figura.

V.3. Cuestiones controvertidas de la ley "el arrepentido"

Sin pretensiones de agotar el tema, y a los solos efectos de dejar planteado alguno de los interrogantes que me surgieron en el desarrollo de este trabajo, y que ha sido también expuesto por los autores citados, voy a hacer una breve mención de ellos.

En cuanto a la existencia de pluralidad de arrepentidos, surgieron varios interrogantes: ¿Qué sucede cuando los co-imputados tienen intereses contrapuestos? ¿A quién se beneficia si más de uno desea prestar información? (La ley dice al primero) ¿Cómo se justifica desde el principio de igualdad constitucional que al fin del proceso un delatado reciba mucha mayor pena que el delator, cuando incluso la culpabilidad de este último puede ser mayor? ¿Se trata de un análisis costo-beneficios?

Simone entiende que una salida a todas estas problemáticas yace en las razones político-criminales que le dan apoyo a la figura del arrepentido debido a que se trata de delitos con características específicas y particulares en cuyos procesos de lucha (prevención) e investigación se hace necesario implementar modalidades que incluso desde alguna óptica podrían considerarse rayanas con lo inmoral. Me refiero, por ejemplo, a las características de complejidad, organización y jerarquía interna que detentan los delitos alcanzados, entre ellos los delitos de corrupción quien está habilitado para denunciar es un integrante de la organización o bien parte del mismo delito “bilateral” conformado por corruptores y corrompidos.¹¹⁶

¹¹⁶ Simone, Ariel; op cit., pag 99.

Otra de las inquietudes que se me presentó en cuanto a la taxatividad de la ley es: ¿qué sucede si un mismo imputado tiene varios procesos en su contra, entre ellos delitos de los mencionados aquí y otros delitos no incluidos? ¿qué sucede si éste decide brindar información respecto de todos los procesos, inclusive para aquel que no se lo habilita en la ley? ¿hay que rechazar tal información, y permitir así la impunidad de sus cómplices?

Hairabedián sostiene que al tratarse de un medio extraordinario de investigación cuya utilización presenta riesgos- tal como lo he mencionado¹¹⁷- el legislador ha decidido regularlo para aquellos ilícitos graves cuyas características suelen tornar ineficaces las medidas común con un fuerte resultado de impunidad. De lo contrario (si se admitiera para cualquier delito), carecería de sentido que la normativa enumerase las figuras concretas y se desvirtuaría su carácter excepcional.

Sigue manifestando que un problema, aunque no frecuente, podría darse en el caso que al momento de declarar como arrepentido en un proceso determinado, no sabía que estaba involucrado en otro, y confiese su participación en este último, y como consecuencia de haber utilizado su declaración, termine condenado a una pena mayor que la pactada en el acuerdo de colaboración de la causa primigenia u originaria. Si así se diera, sería problemático porque se trasladó su declaración inicial a otras investigaciones para usarla en contra del mismo arrepentido, empeorándole su situación; y creo sí en este caso, violentándose la garantía de prohibición de la autoincriminación.

Otra cuestión a debatir es respecto del rol que puede asumir el querellante en el marco de esta ley, ya que en ella no se menciona nada al respecto.

Asimismo cabe preguntarse, ya 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 la ipp?

Respecto a la retroactividad de la ley penal más benigna se presenta otra cuestión a debatir; si bien no hay dudas que la ley penal es retroactiva en tanto sea más benigna, en el caso de los delitos bilaterales o multilaterales, cabe preguntarse: *¿Más benigna para quién? ¿A quién debe beneficiar esta ley más benigna, al delator o al*

¹¹⁷el resaltado me pertenece.

*delatado? ¿Podría un imputado valerse de esta garantía para aplicar retroactivamente el art. 41 ter y delatar a un colega? ¿O podría el delatado oponer una excepción alegando la prohibición de que se apliquen retroactivamente leyes penales que lo perjudiquen?*¹¹⁸

Otras de las cuestiones debatidas se presenta al momento de aplicar la ley del arrepentido a los delitos que no son de índole federal, ya que la misma incluye normas procesales. *¿se trata de normas procesales que deben respetar todas las jurisdicciones locales?, o ¿cada provincia puede reglamentar un procedimiento diferente? En su caso, las ¿las leyes procesales provinciales vendrían a reemplazar las normas procedimentales de la ley 27.304 o cumplirían la función de ampliación o reglamentación? ¿la ley nacional solamente trae algunas reglas procesales mínimas? ¿es necesario que las legislaturas estadales regulen la aplicación de la ley del arrepentido o las normas son operativas sin necesidad de esa reglamentación?* Esta cuestión fue tratada en el presente, al referirme al funcionamiento de la ley.

VI.- Conclusiones

Luego de un extenso desarrollo de la figura, y reconociendo que no he agotado el tema en estudio debido a que tiene infinitos ribetes para analizar, me permito hacer una reflexión final.

Entiendo que la ley del arrepentido como toda norma, es producto de un determinado momento histórico. Que si bien la figura, tal como he desarrollado ha existido desde antaño, no ha tenido los mismos fines ni la relevancia que cobró hoy en día.

Considero que esto es así debido a que la misma fue sancionada en un momento caracterizado por una coyuntura política y social muy particular, compleja y totalmente agrietada. Estamos en un período signado por las denuncias por delitos económicos, de corrupción más grandes de la historia, de asociaciones criminales complejas con gran poder- incluso mayor al del Estado- y el narcotráfico ha llegado a niveles insospechados.

Todos estos delitos, con características particulares, reclaman nuevos métodos e instrumentos de investigación para que el Estado pueda hacerle frente; ya que quienes los cometen lo hacen libremente y con muy bajos riesgos de ser descubiertos debido a la baja o mejor dicho nula capacidad del Estado para investigarlos y juzgarlos.

¹¹⁸ Simone, Ariel; op cit., pag 90

La figura del arrepentido, se presenta así como un nuevo instituto al servicio de la investigación, que justamente busca el derribamiento de las estructuras internas de esas organizaciones complejas, recabar evidencia en casos de corrupción, que en la mayoría de ellos son cometidos por sujetos con gran poder político y económico.

Por lo menos, eso es lo que entiendo yo que se ha pretendido con lo plasmado en el articulado de la ley y se deduce de los fines de la misma; donde se busca asiduamente reducir los niveles de impunidad, a cambio de una rebaja de pena para el delator.

Asimismo cabe decir, que una de las herramientas más efectivas en la lucha contra el crimen organizado es la información, y es justamente a lo que se accede gracias a la utilización del instituto del colaborador eficaz.

En cuanto a la constitucionalidad de la figura, creo haber dejado asentada mi posición, la cual es avalada por grandes juristas; y bajo el riesgo de ser reiterativa, digo que la figura del delator premiado es constitucional debido a no ser violatoria de ninguno de los preceptos constitucionales e internacionales que nos rigen, tal como he expuesto a lo largo del presente trabajo.

No es violatoria de la garantía de defensa en juicio ni del estado de inocencia, ya que como he dicho es el propio imputado quien conociendo las consecuencias de ello decide libremente y asesorado en todo momento por su abogado defensor brindar información a cambio de una rebaja de pena.

No debemos desconocer que ya nuestra justicia penal ha declarado la constitucionalidad del acuerdo abreviado, instituto con ribetes similares a los estudiados aquí, el cual ha sido blanco de críticas aún mayores a las que hoy está siendo sometido “el arrepentido”; situación que ha sido superada por la propia realidad. Es el mismo paso del tiempo y la utilización práctica del acuerdo abreviado los que han revelado la constitucionalidad del instituto y la gran eficacia que ha tenido en ámbito penal, por supuesto sin dejar de lado ni por un segundo, las garantías constitucionales del acusado.

Si bien, no dejo de reconocer que estamos frente a una figura “polémica” (tal como lo fue la figura del abreviado) porque rompe con nuestra tradición jurídica y nos lleva a lugares desconocidos, y lo nuevo siempre encuentra resistencia para abrirse paso en su campo, no por ello se debe descartar su uso, y desconocer la gran trascendencia y eficacia que ha tenido y tiene hoy en día en las investigaciones

y juicios en nuestro país; incluso en otros países como por ejemplo nuestro Estado vecino del Brasil.

Gracias a la utilización de la figura del arrepentido- herramienta procesal importantísima frente al delito-, se han logrado condenas por delitos de corrupción, inimaginadas y ejemplificadoras a las cuales no se hubiera podido acceder con los medios de investigación tradicionales y consecuentemente se ha logrado reforzar la legitimidad del sistema de justicia que tan afectado se encuentra en la actualidad.

Sin embargo, no dejo de observar, que en su aplicación, se debe estar muy atento a no traspasar los límites estrictamente marcados por la ley, de ser absolutamente respetuoso de toda y cada una de las normas reguladas al respecto, y también que será necesaria la adaptación de los códigos de procedimiento a dicha figura, tal como se ha venido haciendo en diversas provincias como ser Buenos Aires, Mendoza, etc.

Creo que además se debe estar atento al margen de discrecionalidad que se le otorga a los fiscales para disponer de este instituto, tanto al momento de la imputación, al disponer las medidas de coerción, como al acusar. Tal como he desarrollado en el trabajo, en la Provincia de Santa Fe el Fiscal General Dr. Baclini, ha dictado la Resolución en cuestión, marcando expresamente los límites procesales en la utilización de este instituto.

Del mismo modo, juzgo acertado por ser respetuoso del principio de inocencia que la ley 27.304 haya regulado el modo de valorar los dichos del imputado-arrepentido, estableciéndose sin lugar a dudas, que ninguna sentencia podrá fundarse únicamente en los dichos del delator.

En mi humilde opinión, celebro la sanción de la ley 27.304 ya que creo que se le han brindado a los acusadores herramientas inigualables para la persecución de estos delitos tan particulares, y sin la cual se hace difícil o casi imposible arribar a juicios con perspectiva de condena; por supuesto siempre aspirando a que sea aplicada en resguardo de todas las garantías constitucionales y respetando los fines para lo cual se sancionó.

VII.- Bibliografía

- Aboso Gustavo Eduardo "Comentario de la ley 25.742 para la prevención del secuestro de personas", La Ley, 2003/07/01.

- Baclini Jorge Camilo -Schappa Pietra Luis, *colaboradores: Ma. Laura Riccardo - Gastón Ávila*, Código Procesal, en Código Procesal Penal de Santa Fe comentado, anotado y concordado / 2 tomos, edit. Editorial: *Juris, Rosario, 2018.*
- Baclini, Jorge; “La admisibilidad de la prueba en el proceso acusatorio”
- Borzi Cirilli, Federico A., “La figura del Arrepentido frente a casos de corrupción”,
- Baez, Julio C; "El Arrepentido" publicado en Revista Jurídica On Line La Ley, 21/08/2003,
https://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/Secuestros/Capacitacion/atenuantes/41ter/Baez_Julio.pdf
- Cafferata Nores, Jose I. (Director de Instituto de Derecho Procesal Secretaria Penal de Cordoba); Daniela Bianciotti-Maximiliano Davies; Valeria Rissi; Manuel Ayan; Ramiro Rogelio Fernández; Patricia Soria-Ivana Rossi; Tristán Gavier; Cristina Giordano; Discusión de ideas con relación a la ley del arrepentido. Interrogantes en el marco del Instituto de Derecho Procesal- Secretaria Penal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cordoba, publicado en Marzo de 2018.
- Caballero, José Severo; "La figura del arrepentido en los proyectos legislativos para la reforma del Código Penal Argentino", Publicado en: LA LEY 1997-E, 1507,
<https://www.senado.gob.ar/upload/18800.pdf>
- Díaz Cantón, Fernando; Breves notas críticas sobre la figura del "arrepentido"; Pensar en Derecho, disponible en <http://www.perfil.com/columnistas/Cuidado-con-el-arrepentido-20150816-0039.html>, publicado el 16/08/2015.
- Diccionario Real Academia Española,
<https://dle.rae.es/arrepentido?m=form>
- Furtado Maia Neto, Candido y ot., "La delación (colaboración) premiada y los derechos humanos", en UCA Law Review, 2017.
- Gonzalez Da Silva, Gabriel; "Consideraciones sobre la operación "lava jato. Régimen legal del arrepentido, prisión preventiva e "impeachment" en el Brasil"; publicado en Revista de Derecho Penal y Criminología - La Ley- , año VI, n°05, Junio 2016.

- Hairabedián, Maximiliano; "Nueva legislación sobre arrepentidos que no se arrepienten", Ed. Albrematica SA, Buenos Aires, publicado en Biblioteca Jurídica On line eDial.com C222D,15/11/2016
- Hairabedián; Maximiliano, "Régimen penal y procesal del arrepentido y la delación premiada", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2º Edición 2019, p. 16.
- Minoggio, Dino; "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"; en http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/03/doctrina_46375.pdf
- Riquert, Marcelo A; "El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.
- Riquert, Marcelo, "El delator ("¿arrepentido?") en el derecho penal argentino", https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100831_01.pdf
- Sancinetti, Marcelo Alberto; "Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de 'Arrepentido' y de 'Extinción de Dominio'" (Explicaciones complementarias a la intervención del 3/8/2016 a disposición del H. Senado en versión taquigráfica de esa fecha), publicado en <https://docplayer.es/69943339-Marcelo-alberto-sancinetti-dictamen-sobre-proyectos-de-leyes-asi-llamados-de-arrepentido-y-de-extincion-de-dominio.html> .
- Simone, Ariel Hernan; "Análisis político-criminal de la ley del arrepentido. Reflexiones en torno a la finalidad e implicancias sociales y políticos criminales de la reforma de la ley del arrepentido para su aplicación en casos de corrupción pública (Ley 27.304- Art 41 ter C.P.) " Revista Intercambios n° 18 de la Especialización en Derecho Penal UNLP 2019
- Sánchez García de Paz, Isabel; "El coimputado que colabora con la justicia penal"; Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; .
- Spolansky, Norberto Eduardo; "El llamado arrepentido en material penal", publicado en La Ley 2001-F, 1434, Año 2002
- Resolución n° 175/2017 del Fiscal General del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe Dr. Jorge C. Baclini, publicada

en

https://mpa.santafe.gov.ar/regulations_files/5a96f21bd3f83_Resoluci%C3%B3n%20N%C2%BA%20175.pdf