

EL IMPUTADO "ARREPENTIDO"-

COLABORADOR DE LA JUSTICIA

Por Luis Roberto José Salas

Manuel Garrido
(Director de Tesis)

UNIVERSIDAD DE PALERMO

INDICE

INTRODUCCIÓN: 1

CAPITULO PRIMERO: ANTECEDENTES HISTORICOS

El “arrepentido” y la cuestión terminológica: 4

Antecedentes históricos: 7

CAPITULO SEGUNDO: EL “ARREPENTIDO” Y LAS TEORÍAS DE LA PENA

Introducción: 11

Las teorías de la retribución: 14

Las teorías de la prevención especial: 15

Las teorías de la prevención general: 17

Las teorías de la unión: 20

CAPITULO TERCERO LAS FIGURAS PROMOCIONALES EN LOS ESTADOS UNIDOS E ITALIA

Los Estados Unidos de Norteamérica: 24

Italia: 28

CAPITULO CUARTO LA FIGURA DEL “ARREPENTIDO” EN EL DERECHO ARGENTINO

El “arrepentido” en la ley de Estupefacientes.
Antecedentes Parlamentarios.
Análisis de la norma a la luz de la jurisprudencia más significativa 32

El proyecto legislativo para incluir la figura del “arrepentido”
en la Parte General del Código Penal. Fundamentos Parlamentarios 42

Ley 25.241 sobre hechos de terrorismo.

Texto legal y antecedentes parlamentarios: 50

La ley 25.742 sobre secuestros extorsivos: 64

CAPITULO QUINTO
NATURALEZA JURÍDICA DE LA
FIGURA DEL “ARREPENTIDO”

Diferencias con el denominado “arrepentimiento activo”
de la tentativa acabada: 66

La emergencia como fuente legislativa 69

La figura del “arrepentido-colaborador de la justicia”
como premio: 74

La ubicación dogmática del “arrepentido” como
excusa absolutoria: 76

El “arrepentido” en el ámbito de la
individualización de la pena: 79

La figura del “arrepentido” como ejercicio del
principio de oportunidad: 83

CAPITULO SEXTO
CRITICAS MAS IMPORTANTES A LA
FIGURA DEL “ARREPENTIDO”

La alegada inmoralidad: 88

El “arrepentido” y las garantías constitucionales: 93

CAPITULO SÉPTIMO
LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN EL
PROCESO PENAL

La verdad y la justicia: 100

Verdad formal y verdad material: 106

CONCLUSIÓN: 110

BIBLIOGRAFÍA

- ABOSO, Gustavo E., "Comentario de la ley 25.742 para la prevención del secuestro de personas", Rev. La Ley, 2003-D, 1274.
- AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, "Enmascarados y Arrepentidos", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias. Sociales, Año XLII, Número 35, 1997.
- ARCE, Enrique A y MARUM, Elizabeth, "La figura del informador incorporada por la ley 24.424 a la ley 23.737, art. 29 ter", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, nro.6.
- BACIGALUPO, Enrique, "Manuel de Derecho Penal", Parte General, Temis, Bogotá, 1998.
- BAEZ, Julio C. y COHEN, Jessica, "El delator judicial", Rev. La Ley, 2000-C, p. 1125.
- BAEZ, Julio C., "El arrepentido: perfiles de la figura. Su regulación en la legislación nacional y en la ley 25.742 para la prevención del secuestro de personas", Rev. La Ley, Sup. Act. 21/08/2003.
- BARCESAT, Eduardo S. "El problema de la verdad en el proceso judicial", Rev. La Ley, Martes 8/7/2003.
- BECERRA, Nicolás, "La justicia penal nuevamente entre garantía y eficiencia: el Arrepentido y el Agente encubierto – Algunas preocupaciones previas", Rev. La Ley, T.1999-A, p.759.
- BENTHAM, Jeremías, "Tratado de las pruebas judiciales", Obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumot; trad. Del francés por Manuel Osorio Florit, Ediciones Jurídicas Europa-América (Valletta Ediciones), Buenos Aires, 1971, t. I y II.
- BUNGE CAMPOS, Luis María, "Delatores, informantes y casos análogos", Nueva Doctrina Penal, Vol-1999-B, p. 777/785.
- BUSTOS RAMÍREZ, Luis, "Manual de Derecho Penal Español", Ariel, Madrid, 1984.
- CABALLERO, José Severo, "La figura del arrepentido en los proyectos legislativos para la reforma del Código Penal Argentino", Rev. La Ley, T.1997-E, Secc.doctrina, p. 1507/1512.
- CAMMACK, Mark E. & GARLAND, Norman M., "Advance Criminal Procedure". In a nutshell, West Group, St. Paul, Minn, 2001.

- CARRIO, Alejandro D., "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 4º Edición actualizada y ampliada, Bs. As., 2000.
- CINCUNEGUI, J.B. y CINCUNEGUI, Juan de Dios, "La corrupción y los factores de poder", Fundación argentina de planeamiento, Bs. As., 1996.
- CORNEJO, Abel, "Estupefacientes", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2003.
- CORNEJO, Abel, "Asociación ilícita", Ad.-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- DÖRING, Erich, "La Prueba. La investigación del Estado de los hechos del Proceso", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, trad. Por Tomás a Banzhaf.
- ERCOLINI, Julián D. "La conducta procesal en la determinación de la pena" (y el "delator" en la ley), Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, Nro. 6, p.361.
- FALCONE, Roberto y CAPPARELLI, Facundo, "Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal", Ad-Hoc, Bs. As., 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, "Garantías Constitucionales", en Revista Argentina de Derecho Constitucional, Ediar, Bs. As., Año I, 2000, Número 2, p. 39 y ss.
- FERRAJOLI, Luigi, "Emergenza Penale e Crisi della giurisdizione", en Dei delitti e delle pene, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón", Trotta, Madrid, 1997, 2º Edición.
- FOUCAULT, Michel, "La verdad y las formas jurídicas", Barcelona, Gedisa, 2001, 8va. Reimpresión.
- GARCIA, Luis M., "La intervención de las comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones en el Código Procesal Penal de la Nación: un cheque en blanco para espiar nuestra vida privada", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, Número 6, p. 405.
- GARGARELLA, Roberto, "Las teorías de la justicia después de Rawls", Un breve manual de filosofía política, Paidós, Barcelona, 1999.
- GARIBALDI, Gustavo E. L., "Distinción entre tentativa acabada e inacabada – Presupuestos del desistimiento", Revista de Jurisprudencia Provincial, Octubre de 1991, Vol. II, nro. 4, p.321 y ss.
- GONZALEZ, Nemesio, "La instrucción debe resolver los problemas del arrepentido. Sobre los privilegios incorporados, por la ley 24.424, para los reveladores encausados

por infracciones a la ley de "Tenencia y Tráfico de Estupefacientes", Nro 23.737. El Derecho, (t.167), p. 37/39.

GURRUCHAGA, Hugo Daniel, "La Ética y la confesión en el procedimiento penal". Rev. La Ley, 1985-D, p. 1180/1182.

HASSEMER, Winfried, "Fundamentos del Derecho Penal", trad. Por Francisco Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984.

HASSEMER, Winfried, "Crítica al Derecho Penal de hoy – Norma, Interpretación, Procedimiento. Límites de la Prisión Preventiva", trad. P. Ziffer, Ad-Hoc, Bs. As., 1995.

LaFAVE, Wayne R., "Criminal Law", Third Edition, West Group, St. Paul, Minn, 2000.

LaFAVE, Wayne R., ISRAEL, Jerold H. & KING, Nancy, "Criminal Procedure", Third Edition, West Group, St. Paul, Minn, 2000.

LAJE ANAYA, J, "Narcotráfico y Derecho Penal Argentino", 3° ed., Lerner, Córdoba, 1992.

LOSADA, Luis Gustavo, "El artículo 29 ter de la ley 23.737 –"El arrepentido"-, Rev. El Derecho, Martes 14/5/1996, p. 1/4.

MAIER, Julio B.J., "Derecho Procesal Penal. Fundamentos", Ediciones el Puerto, Buenos Aires, 2002, 2° Edición, 2° Reimpresión.

MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita, "El desistimiento en Derecho Penal" Madrid, 1994.

MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal, Parte General", Barcelona, 1995, 5ta.Edición.

MITTERMAIER, Karl, "Tratado de la Prueba en Materia Criminal", Hammurabi, Depalma Editor, trad. Primitivo Gonzalez del Alba, Buenos Aires, 1993.

MOCCIA, Sergio, "El Derecho Penal, entre ser y valor – Función de la pena y sistemática teleológica", Colección Maestros del Derecho Penal", BdeF, Bs. As., 2003.

MONTOYA, Mario Daniel, "Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis constitucional y procesal penal", Ad-Hoc., Buenos Aires, 1997.

MONTOYA, Mario Daniel, "Informantes y técnicas de investigación encubiertas como iniciativa para combatir el crimen organizado", Rev. La Ley, Actualidad, Martes 9/3/1999.

MOSCATO de SANTAMARÍA, Claudia B. "El agente encubierto en el Estado de Derecho", La Ley, Buenos Aires, 2000.

NEIRA, Claudia, "El arrepentido y el Agente Encubierto", Revista La Ley, 1997-B, 1431/1435.

NINO, Carlos S., "Un país al margen de la ley", Emecé Editores, Buenos Aires, 1992.

NOWAK, John E. & ROTUNDA, Ronal D., "Constitutional Law", Sixth Edition, West Group, St. Paul, Minn, 2000.

OLESÁ MUÑIDO, Francisco Felipe, "Las Medidas de Seguridad", Revista Jurídica de Cataluña, Colegio de Abogados de Barcelona, Barcelona, 1980.

PURICELLI, José Luis, "Las medidas de protección del denunciante y delator judicial o "arrepentido" en los delitos vinculados al narcotráfico, La Ley, T.1998-E, Secc. doctrina, p.946/951.

QUINTANAR DIEZ, Manuel, "La justicia penal y los denominados 'arrepentidos'", Edersa, Madrid, 1996.

RIGHI, Esteban y FERNÁNDEZ, Alberto, "Derecho Penal. El Delito. El Proceso y la Pena", Hammurabi, Bs.As., 1996.

ROXIN, Claus, "Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad", trad. L. Blanco; P. Ziffer y D. Pastor en "Determinación judicial de la pena", Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1993.

ROXIN, Claus, "Derecho Penal – Parte General – Fundamentos – La Estructura del delito", Civitas, Madrid, 1997.

RUDI, Daniel Mario, "Fuentes de información protegida en el Derecho Constitucional argentino", Rev. Jur. El Derecho, t.183.

SABATINI, Guillermo, "La scuola positiva – La pericolosità criminale come stato subbiettivo criminoso", Francisco Vallardi, editor, Milano, 1921.

SALAS, Luis R.J., "Las Promociones y el Derecho Penal: una mezcla perversa", Ponencia aprobada en las "XI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos", Santa Rosa, La Pampa, Mayo de 1998. Publicada en Internet en el sitio oficial de la Defensoría General de la Nación (www.mpd.gov.ar).

SALAS, Luis R.J., "La indeterminación temporal de la internación del art. 34.1 del Código Penal", Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley, del 5/7/2002.

SALAS, Luis R.J., "El fallo 'Mostaccio'. El retorno a la doctrina 'Tarifeño'", en Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, Rev.Jurídica La Ley del 26/3/2004, p. 19 y ssgtes.

SANCINETTI, Marcelo A., "Observaciones críticas sobre el proyecto de ley de tratamiento privilegiado al "Testigo de la Corona" (¿arrepentido?), en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, Nro. 7, p.791 y ssgtes.

SANCINETTI, Marcelo A., "Ponencia ante el Honorable Senado de la Nación, del día 2/9/1997, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Año III, Número 7, p. 814.

SCHIFFRIN, Leopoldo, "*Corsi e Ricorsi* de las Garantías Procesales Penales en la Argentina", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IV, Nro. 8-A, p.481 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, "¿Crisis del Procedimiento Penal?...?", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Bs. As., Nro. 8-A, p. 417 y ss.

STRATENWERTH, Günther, "Derecho Penal- Parte General, I, El hecho Punible", Edersa, Madrid.

SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Tea, Buenos Aires, 1978, 8va. Reimpresión total, t.II.

SPOLANSKY, Norberto Eduardo, "El llamado arrepentido en materia penal", La Ley, T.2001-F, Secc. Doctrina, p. 1434/1437.

TERRAGNI, Marco Antonio, "El arrepentido", Rev. Jurídica La Ley, 1994-E, Doctrina, p. 1450 y ssgtes.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, "Derecho Penal – Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2000.

ZIFFER, Patricia, "El sistema argentino de medición de la pena", Cuadernos de Conferencias y artículos, Nro.7, Universidad Externado de Colombia, 1996.

ZIFFER, Patricia, "Lineamientos de la determinación de la pena", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

EL IMPUTADO "ARREPENTIDO"-
COLABORADOR DE LA JUSTICIA

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo toma como objeto de investigación las normas legales que, en nuestro país y en otros, posibilitan la concesión de beneficios punitivos a los imputados que suministran información a los órganos estatales de represión penal, implique ello o no la confesión de la propia participación en el hecho investigado.

Este tipo de legislación ha sido nominado modernamente con el término de “figura del arrepentido” –especialmente en Italia, pero también en nuestro país- o “testigo de la Corona” –en Alemania- y tiene, como característica distintiva la valoración de la conducta procesal del imputado que colabora con la investigación de los hechos mediante una oferta oficial que puede traducirse en importantes disminuciones de penas. De allí surge el nombre de *normas promocionales* con el que también se las conoce, ya que entrañan ventajas ofrecidas por el Estado y luego aceptadas o no por el imputado, en una suerte de lógica negocial que se da en un ámbito en el que en principio se encuentra vedada.

Este tipo de legislación ha sido considerado históricamente en forma ambivalente. En primer lugar hay que decir que tiene su origen histórico casi en forma simultánea con el nacimiento de las primeras normas que sistematizaron

algún tipo de enjuiciamiento criminal. En segundo lugar siempre ha sido objeto de cuestionamientos.

El núcleo central de la figura del “arrepentido” hace especial hincapié en el aspecto utilitario. Los partidarios de la figura resaltan ese punto señalando que en el proceso penal se persigue *la averiguación de la verdad* y que para su obtención resulta esencial un *servicio de justicia eficaz*. Estos valores (verdad y eficacia) en definitiva han sido citados, en mayor o menor medida, para justificar la figura en los diferentes ámbitos, ya sea el moral, el constitucional y también el legal. Será materia de este estudio analizar la plausibilidad de dicho argumento.

El presente trabajo abordará sólo tangencialmente cada uno de esos ámbitos de incidencia de la norma, y se lo hará exclusivamente recortando el aspecto más crítico que la figura del “arrepentido” representa en cada uno de ellos.

En primer lugar, la tarea que intento realizar en este trabajo no será la de un jus-filósofo, sólo señalaré las críticas más importantes que se han dado en el aspecto moral tratando de realizar un análisis de las mismas a los fines de sopesar su fuerza de convicción.

En segundo lugar se hará un análisis exegetico del instituto. Como es bien sabido bajo el término genérico de “arrepentido” se engloba una serie muy vasta de normas que reconocen diferentes técnicas legislativas y ámbitos de regulación. En nuestro país -por citar un ejemplo- se la ha consagrado, con grandes diferencias dogmáticas, en materias tan disímiles como la seguridad nacional, el narcotráfico, el terrorismo, y más recientemente la privación ilegal de la libertad y el secuestro extorsivos. En ese sentido se hará una exégesis de los textos normativos argentinos que puedan caer bajo la especie para analizar su plausibilidad y eventuales defectos.

En último término se abordará la supuesta repugnancia constitucional de la figura, especialmente respecto del principio que prohíbe la autoincriminación coaccionada del imputado; como así también, la supuesta influencia del instituto en una eventual manipulación del objeto procesal por alguno de los imputados que ocasione, a la postre, la frustración de la obtención de la verdad objetiva en el proceso penal.

El análisis precedente desembocará en una conclusión final que intentará definir, a la luz de los postulados dados en esta tesis: a) si es posible aceptar o no algún tipo de norma promocional en el ámbito del derecho penal a pesar de las críticas formuladas; b) en caso afirmativo, qué argumento dogmático podría amparar una figura semejante y si se debe instrumentar para todos los delitos, o sólo para algunas materias; c) en su caso qué reformas legislativas deberían ser adoptadas.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

El "*arrepentido*" y la cuestión terminológica.

El término "*arrepentido*" reconoce su nacimiento en Italia a partir de la aparición de una serie de normas de emergencia elaboradas con la finalidad de hacer frente al fenómeno terrorista que irrumpiera en ese país europeo en la pasada década del setenta. Estas normas conocidas como *leggi sui pentiti e dissociati* dieron un nombre genérico a una serie de figuras análogas que fueron apareciendo posteriormente en otros países del mismo continente europeo que presentaban similares situaciones de *emergencia*.¹

En Alemania, por ejemplo, una figura de *arrepentimiento post-delictual* fue introducida a partir del mes de enero de 1981 para combatir las actividades terroristas bajo la denominación "*testigo de la Corona*" (Kronzeugeregelungen).

¹ GIOVANNI FALCONE señala que cuando un mafioso "da a conocer su deseo de colaborar es bautizado de forma muy reveladora, con los apodos de 'arrepentido', 'delator', 'infame', sirviendo a los propósitos de la Cosa Nostra y demostrando qué cultura del pecado habita en nosotros y qué ausencia de pragmatismo nos afecta". La sobreimpresión del pecado al arrepentimiento en sede penal no es arbitraria, ya que cumple una doble función defensiva y pedagógica para el grupo criminal. Porque con el uso del mote descalificador, se amenaza al colaborador con el mismo castigo que mereció el paradigma ejemplar de "pecador-arrepentido" Judas Iscariote, cit. por DANIEL MARIO RUDI, en "*Fuentes de información protegidas en el Derecho Constitucional argentino*", Rev. Jur. EL DERECHO t.183, pp.1188.

En nuestro país la denominación *arrepentido* ha logrado gran aceptación; así se ha conocido desde su consagración legislativa a la figura del artículo 29 *ter* de la ley de estupefacientes.² Pero es a partir de la sanción de la ley 25.241 cuando el citado término lingüístico adquiere expresa acogida en nuestro ordenamiento positivo.

Cabe afirmar, no obstante, que la denominación parece ser inapropiada, y ha constituido uno de los motivos de muchas de las críticas que se le formulan a este tipo de legislación.³

En efecto, el término *arrepentido*, tiene fuertes connotaciones morales y religiosas que hacen que, con ese mismo fundamento, se mida lo acertado o no de la legislación que dicho género engloba poniéndose en duda la verdadera finalidad perseguida por el legislador.

Por mi parte entiendo que, así como no resulta válido que a través de la pena se busque el mejoramiento moral del hallado culpable, tampoco resultan aceptables los intentos de fundamentar en la ética las normas que premian la conducta procesal del imputado.

A mi modo de ver, es un presupuesto obvio que el sistema penal de un Estado debe dejar de lado la concreción de ideales morales o religiosos. El sincretismo entre estos últimos y las políticas de Estado ha constituido históricamente el germen a partir del cual florecieran sistemas o prácticas absolutistas de la más diversa índole.

² Cámara Nacional de Casación Penal: Sala III en "Jorge" del 21/12/98; Sala I en "Orozco" del 22/3/96; Sala IV en "Moray" del 26/6/01, entre otros.

³ Ver en MARCELO A. SANCINETTI, "Observaciones críticas sobre el Proyecto de Ley de Tratamiento privilegiado al "Testigo de la Corona" (¿arrepentido?), en CUADERNOS DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PENAL, Año III, Nro. 7, p. 791 y ssgtes. Muy crítico de la terminología y el contenido moral de la figura es también MARCO ANTONIO TERRAGNI, en "El arrepentido", Rev. Jurídica LA LEY, 1994-E, Doctrina, pp.1450 y ssgtes.

Es válido así, poner en duda la corrección del término *arrepentido* dado que este tipo de normas no busca ni requiere un verdadero arrepentimiento del imputado que colabora con la investigación.⁴ Sería más correcto llamar al individuo que aporta datos útiles a la investigación *colaborador de la justicia* o *informante*, terminología especialmente adecuada en el derecho argentino en el cual ninguna norma que permita atenuar o eximir de las sanciones a aplicar por la aportación de datos útiles a la investigación requiere la confesión lisa y llana de los hechos o la aceptación de la culpabilidad por parte del imputado. En efecto, aunque es probable que el imputado pueda terminar confesando, lo cierto es que, ni en la ley 23.737 ni en la ley 25.241, se exige, para conceder la atenuación, que el informante *efectivamente* reconozca, ni su culpabilidad ni la participación concreta que le pudo haber cabido en el hecho, como sí sucede en otros institutos de nuestro sistema jurídico.⁵ Al *arrepentido* no se le exige que dé razón de sus dichos.

Esto último, que puede parecer un juego de palabras, en verdad no lo es. En efecto, la ley argentina sólo requiere que la información brindada por el *arrepentido surta efectos* en el proceso, constituyéndose así, como único presupuesto

⁴ El Diccionario Enciclopédico SALVAT señala respecto del término *arrepentido*: "Díc[ese] del individuo que abandona sus actividades delictivas, con la promesa o esperanza de acogerse a determinadas medidas de reinserción social". El mismo diccionario señala que *arrepentirse* es "Pesarle a uno haber hecho o dejado de hacer alguna cosa. Desdecirse, echarse atrás, corregirse en una opinión o no ser consecuente con un compromiso".

DANIEL MARIO RUDI, en "Fuentes de información protegidas en el Derecho Constitucional argentino", Rev. Jur. EL DERECHO, op.cit. t.183, pp. 1187 señala con precisión que "...el arrepentimiento es el sentimiento, dolor y pesar por haber hecho o dicho una cosa, o por no haberla ejecutado o dicho. Como generalmente el objeto de estas acciones u omisiones mortificantes es lo malo, en términos estrictos el penitente se arrepiente de sus pecados. Ahora, el 'pecado' es aquella culpa humana que implica una decisión contra Dios, tanto es así que, el arrepentimiento del pecado y la confesión pública de la culpa, sólo puede borrarse por el don del perdón de Dios mismo...Por el contrario, la finalidad del llamado 'arrepentido' penal se limita a confesar su participación criminal y aportar datos sobre los cómplices a las autoridades estatales, para mejorar su situación procesal".

⁵ Vgrt. el instituto del "Juicio Abreviado" previsto por el art. 431 bis del C.P. que requiere la aceptación de los hechos contenidos en el requerimiento fiscal y la participación que se le achaca al imputado que de esa manera confiesa lisa y llanamente los hechos.

para que opere la *superatenuación*, la utilidad de aquélla en el ámbito de la investigación.

Antecedentes históricos.

A pesar de la reciente aparición de normas promocionales en diferentes legislaciones, éstas tienen un origen remoto. Siempre se las justificó con el argumento de que resultaban útiles para averiguar la verdad.

Tanto en la Roma antigua como en la época de la Inquisición, los procedimientos que suponían la imposición de algún tipo de sanción receptaban, de alguna manera, la posibilidad de recibir y valorar la confesión del imputado.

En el caso de Roma, por ejemplo, se valoraba éticamente la confesión como una contribución a esa verdad objetiva, a tal punto que era tomada como un presupuesto de concesión de una especie de *premio*. Se preveía, así, la *paenitentia* del reo que resultaba relevante a los fines de descartar la punibilidad de la tentativa.

Como sucede en la actualidad, en aquellos delitos cuya estructura normativa toleraba la forma imperfecta de ejecución -tentativa-, el órgano juzgador debía tener en cuenta el cambio de decisión del agente en los casos de desistimiento voluntario o arrepentimiento activo, lógicamente *ante-delictum*. Pero en los *delitos políticos* en particular -sobre todo en el caso del *crimen maiestatis*- se preveía, además en el Derecho Romano, la concesión de una importante atenuación de pena o incluso la impunidad para el colaborador de la justicia -arrepentimiento *pos-delictum*- en el supuesto de que el partícipe *arrepentido* se hubiese dissociado del complot o

asociación criminal ayudando a los órganos del Estado en la reconstrucción histórica de los hechos.⁶

Ya en la Alta Edad Media, si bien el juicio derivado de hechos ilícitos se reglamentó como un conflicto privado bajo el sistema conocido como "*de las pruebas*" ("*épreuve*")⁷, la posterior aparición de la figura del *procurador* y de la *infracción* hicieron que el proceso dejase de ser una cuestión entre dos sujetos. A partir de ese momento el daño dejó de ser sólo una ofensa de un individuo a otro y pasó a ser un ataque a la ley misma del Estado, a la sociedad. El Estado confiscó así el procedimiento judicial monopolizando el ejercicio de la fuerza.⁸

Junto con la *infracción* y el interés estatal por su castigo apareció un instrumento que aún perdura en nuestros días: la "*inquisitio*" o *indagación*, que puede ser considerada desde dos ópticas bien diferentes, esto es, como un *sistema racional de establecimiento de la verdad*, o como *una determinada manera de ejercer el poder*⁹ especialmente por la legitimación que tenía en esa época la práctica sistemática de los tormentos.

Desde la aparición de la indagación, la natural inclinación del hombre por la verdad encontró un cauce adecuado a partir de la recolección del testimonio, y así como se buscó la declaración del individuo imparcial, también

⁶ MANUEL QUINTANAR DIEZ, "La Justicia Penal y los denominados *arrepentidos*", Edersa, Madrid, 1996, pp.22/23, citando a G.LURASCHI en "*Diritto premiale: precedenti romanistici*".

⁷ En las famosas pruebas corporales conocidas como las *ordalías*, el propio cuerpo del acusado era sometido a pruebas para ver si era capaz de superarlas. En Francia, durante el Imperio Carolingio existía la prueba del agua que consistía en amarrar la mano derecha al pié izquierdo de una persona y arrojarla al agua. Si el desgraciado no se ahogaba perdía el proceso pues quería decir que el agua "no lo había recibido bien", y si se ahogaba lo ganaba pues era evidente que el agua no lo había rechazado. Ídem.

⁸ Ídem, citado por LUIS SALAS en LA LEY, "Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal", del 26/3/2004, p. 19 y ssgtes.

⁹ En esa época la indagación era vista como lo primero, es decir como una forma de verificación de la realidad -utilizada incluso en el ámbito de las ciencias naturales- en reemplazo de la "*disputatio*" que se basaba exclusivamente en el *principio de autoridad*.

existió la tentación de recurrir al "testigo" directo, al propio involucrado, a los fines de obtener su confesión –con tolerancia de los vejámenes-, confesión a la cual se le adjudicó –como hoy se lo hace en los procesos civiles- el mayor poder de convicción posible.

Ya en la inquisición medieval se siguió valorando la contribución a la verdad extraída a partir del testimonio del imputado o de su cómplice. En el *Manual de los Inquisidores* de Nicolau Eymerich se decía que para que el delito de herejía no quedare impune era válido recurrir al testimonio de los cómplices del acusado aun otorgándole un valor probatorio menor que al dicho de un testigo regular.

Hoy en día el origen inquisitivo recién señalado opera como una especie de estigma en la figura del colaborador de la justicia. Generalmente el procedimiento inquisitivo es tomado como el contra-ejemplo de lo que debe entenderse por procedimiento garantista. Aún hoy es común encontrar como fundamento histórico del *garantismo procesal* al abandono de las formas de procedimiento inquisitivo, consideradas estas últimas, básicamente, como aquellas destinadas a desentrañar la verdad histórica sin respetar los derechos del individuo.

Siendo ello así según el prisma del derecho liberal, especialmente en cuanto al rechazo de prácticas coercitivas es menester decir, empero, que la Inquisición importó la consagración de un procedimiento que, aún mediante herramientas equivocadas, pretendió marcar *un camino orientado a la obtención de la verdad*. Esta búsqueda aparentemente "bienintencionada" es la explicación de la supervivencia hasta nuestros días de prácticas procesales más o menos "inquisitivas", cuyo más cercano –aunque muy atenuado- ejemplo lo encontramos en el sumario instructorio del actual Código Procesal Penal de la Nación.

Sin embargo algo puede decirse en favor de la Inquisición. Como en muchos otros ámbitos de la Edad Media, aquélla supuso la adaptación -a partir de modalidades propias - de instrumentos concebidos en la Antigua Grecia. Y una de las más grandes conquistas de la democracia helénica lo constituyó *el derecho a dar testimonio*, como forma de oponer la verdad al poder, lo que dio lugar a una serie de manifestaciones culturales propias de la época clásica, entre ellas: la elaboración de algunas formas racionales de prueba; la demostración; la búsqueda de la verdad; el arte de persuadir y convencer a los demás sobre la verdad de lo que se dice; la obtención de la victoria para y por la verdad, y por último el conocimiento por testimonios, recuerdos o indagación.¹⁰

La tragedia de Edipo, tal como puede leerse en Sófocles, es todo un resumen de lo señalado. Esta dramatización del proceso a través del cual el pueblo se apoderó del derecho de juzgar, de decir la verdad, de oponer la verdad a sus propios señores, de juzgar a quienes lo gobernaban, constituye el mejor argumento a favor del *valor del testimonio*.¹¹

En esto coinciden la democracia griega y la Inquisición. Tanto en una como en otra se buscó, entre otras cosas, dar fundamento teórico a las distintas clases de prueba, y en esa búsqueda se basó el valor que -primero- los griegos -y luego- el Inquisidor dieran a la *indagación*, entendida ésta como *una forma de proceso de búsqueda de la verdad*.

¹⁰ MICHEL FOUCAULT, "La verdad y las formas jurídicas", Barcelona, Gedisa, 2001, 8va. Reimpresión, pp.65.

¹¹ En *Edipo Rey* de Sófocles, un pastor oculto en su cabaña, a pesar de ser un hombre sin importancia, un esclavo, porque tiene en sus manos la posibilidad de dar el testimonio de lo que vio -quién mató al rey Layo- puede contestar y vencer el orgullo del rey o la presunción del tirano. Cfr. FOUCAULT, Ídem, pp.64.

CAPITULO SEGUNDO

EL "ARREPENTIDO" Y LAS

TEORÍAS DE LA PENA

Introducción.

Si el derecho penal debe servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos, y de este modo, al libre desarrollo del individuo y al mantenimiento de un orden social basado en ese principio, dicho sistema sólo establecerá qué conductas pueden ser amenazadas con pena por el Estado, estableciendo el catálogo de acciones que será considerado delito.

Esto, no obstante, deja aún sin respuesta a la pregunta acerca de qué modo debe actuar la pena para cumplir con la función estatal que se señaló en el párrafo anterior.

La separación del derecho de la moral y de la religión formó parte de la transformación moderna de los sistemas penales. La reelaboración teórica de la ley penal puede encontrarse por primera vez en Césare Beccaría, Jeremías Bentham, Brissot y los legisladores a quienes se debe la redacción del primer y segundo Código Penal francés de la época revolucionaria. El principio fundamental del sistema teórico de la ley penal definido por estos autores es que *el crimen*, en el sentido penal del término o, más técnicamente, *la infracción*, no ha de tener en adelante relación alguna con la falta moral o religiosa. La falta es una infracción a la ley natural, a la ley religiosa, a la ley moral; por el contrario, el crimen o la infracción penal es la ruptura

con la ley, la ley estatal explícitamente establecida en el seno de una sociedad por el lado legislativo del poder político.¹²

Un primer principio que deriva de lo afirmado en el párrafo anterior es que antes de la existencia de la ley no puede haber infracción (principio de legalidad). Un segundo principio es que las leyes penales formuladas por el poder político de una sociedad, para ser consideradas buenas, no deben retranscribir en términos positivos los contenidos de una ley natural, religiosa o moral. Una ley penal debe simplemente representar lo que es bueno para la sociedad, definir como reprimible lo que es nocivo, determinando así negativamente lo que es útil (principio del utilitarismo). En base a esto último, el crimen no es algo emparentado con el pecado y la falta, es algo que daña a la sociedad, es un *daño social*, una *perturbación*, una *incomodidad* para el conjunto de la sociedad.¹³

A partir de esas ideas obtenemos un nuevo concepto de lo que debemos entender por "*el ser criminal*". Este es el que daña, el que perturba, el *enemigo social*. Esta idea aparece expresada con mucha claridad en Jean Jaques Rousseau, cuando afirma que el criminal es aquél individuo que ha roto el pacto social. El crimen y la rotura del pacto social son, para él, nociones idénticas, por lo que bien puede deducirse que el criminal es considerado un enemigo interno. Debo aclarar que si bien una formulación en términos similares a los señalados diera pábulo, posteriormente, a la llamada *Escuela Positivista* para fundamentar el concepto de *peligrosidad*, en los contractualistas, en cambio, la idea de enemigo social era bien diferente, dado que no se basaba en una característica inmanente del individuo, sino sólo en una consecuencia de sus actos.

¹² MICHEL FOUCAULT, op.cit., pp.93.

¹³ ídem.

Si el crimen es una perturbación para la sociedad y nada tiene que ver con la falta, con la ley divina, natural o religiosa, es claro que la ley penal no puede prescribir una venganza ni la redención de un pecado. La ley penal debe ser concebida de tal manera que el daño causado sea pagado; si esto no fuese posible es preciso que ese u otro individuo no repitan el daño que han causado.

Se ha buscado justificar la imposición de la pena desde tres concepciones básicas: a) la *retribución*; b) la *prevención especial* y c) la *prevención general*.

La teoría de la retribución ha sido caracterizada como una concepción *absoluta* del castigo porque para ella el efecto social de la pena es indiferente a la hora de otorgarle un sentido. Por el contrario, las teorías de la prevención -general y especial- son también conocidas como *relativas* por cuanto para ellas ese efecto social sí es importante.

Las más variadas combinaciones de dichas concepciones continúan, aún hoy, contribuyendo a la discusión, siendo predominantes las denominadas *teorías de la unión* que, en forma preponderantemente *retribucionista* o *prevencionista*, toman aspectos de cada una de las teorías en su versión *pura*.¹⁴

En los puntos que siguen mi interés radicará en confrontar la figura del *arrepentido* con las teorías tradicionales del castigo. Sin embargo, antes de ingresar en dicha cuestión es menester tener presente la advertencia señalada por Patricia Ziffer cuando afirma que las llamadas teorías de la pena constituyen posiciones básicas sobre la legitimidad del Estado para imponer un castigo, pues se trata de una discusión eterna de la filosofía moral y política, resultando ingenuo pretender que el legislador pueda deshacer el nudo más intrincado de las teorías

¹⁴ROXIN, C. *Fin y Justificación de la pena y Medidas de Seguridad*, Del Puerto, Bs.As, 1993, p.19/20.

penales. La ley debe señalar la gravedad relativa de los hechos mediante la identificación de estos y la determinación de sus respectivos marcos penales. Lo demás le incumbe a la ciencia y a la filosofía moral de cada época. Ciertamente todo sistema de medición de la pena parte de una determinada legitimación del castigo estatal, pero ésta no surge de la ley, sino más bien se impone a ésta.¹⁵

Las teorías de la retribución.

Para las *teorías de la retribución* en sentido estricto la pena *compensa*, y para que ello suceda, la misma debe ser justa. Esto implica que la sanción debe guardar correspondencia, en cuanto a su duración e intensidad, con la gravedad de la falta cometida.

Esta teoría si bien ha sido recogida desde antiguo por la Ley del Talión, su desarrollo filosófico definitivo lo obtuvo con Kant y Hegel¹⁶ el primero insistiendo en la idea que "*la ley penal es un imperativo categórico*" y el segundo fundando el castigo en la concepción del delito como "*la negación del derecho*" y la pena como "*la negación de dicha negación*" que tiene como resultado el "*restablecimiento del derecho*".

Una posición basada en principios absolutos rechaza de plano cualquier tipo de legislación que valore positivamente la conducta procesal del imputado. Es más, incluso la despenalización del desistimiento de la tentativa tiene fuertes inconvenientes a la luz de los principios de la retribución. En efecto, si el

¹⁵ PATRICIA ZIFFER, "El sistema argentino de medición de la pena", Cuadernos de Conferencias y artículos Nro. 7, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 17/18.

¹⁶ El primero en "*Metafísica de las Costumbres*" (1798) y el segundo en "*Filosofía del Derecho*" (1821)

castigo se apoya en la necesidad de devolver adecuadamente el daño producido, en su justa medida, es imposible argumentar en favor de otorgar cualquier relevancia a la colaboración del partícipe en la investigación del delito.

Las teorías de la prevención especial.

Por su parte, para las teorías de la *prevención especial*, la función de la pena es disuadir al autor individual de futuros hechos punibles.

Estas teorías que, como queda dicho, están orientadas a la finalidad de evitar el delito, tuvieron su nacimiento en la Antigüedad (Séneca, Protágoras y Platón); siendo reformuladas en la Ilustración y retomadas a fines del Siglo XIX en lo que se conoció como la "Escuela Sociológica del Derecho Penal" cuyo principal sostenedor ha sido Franz Von Liszt. Éste afirmó que la prevención especial se puede llevar a cabo en tres formas: a) *asegurando* a la generalidad frente al autor penal mediante su encierro, b) *intimidando* al autor mediante la pena para la no comisión de otros hechos punibles, y c) mediante su *mejoramiento*, protegiéndolo de la reincidencia.¹⁷

El actual Código Penal argentino fue sancionado bajo el influjo de la *escuela positivista* partidaria de este tipo de ideas. Esta concepción parte de principios defensistas orientados a eliminar la peligrosidad del hombre delincuente actuando sobre él individual y preventivamente. Por ello dispone medidas para *todos* los que cometan delitos. Para este modo de pensar no tiene sentido distinguir entre *imputables* e *inimputables*, entre *moralmente responsables* y *moralmente*

¹⁷ Idem. Según Liszt en el "Programa de Marburgo" se contemplaba un diferente tratamiento según el tipo de autor: la *inocuidación* del delincuente consuetudinario que no puede ser intimidado ni tratado; la *intimidación* del autor meramente ocasional y el *mejoramiento* de los susceptibles de mejoramiento.

*irresponsables. Todos pueden y deben ser sancionados si son peligrosos. Variará tan sólo de unos a otros delincuentes el tratamiento penitenciario, que deberá en cada caso ser individualizado, quedando su objeto y fin constituido por la inocuización del delincuente.*¹⁸

Para este tipo de posturas es fundamental la idea de la *peligrosidad* un argumento que también es considerado para denotar la figura del mal llamado *arrepentido*. Guillermo Sabatini explicaba, en tiempos de la sanción de nuestro código, que la imputabilidad se refiere a una *causalidad criminosa contingente* que, a título de dolo o de culpa, refiere al hecho específico propio del hombre *normal*. Por oposición a esa imputabilidad –afirmaba– se presenta la *causalidad criminosa inmanente* que se refiere al modo de ser y de manifestarse de la conducta de acuerdo a un comportamiento *anormal* del sujeto. La *peligrosidad criminal*, según Sabatini, es el efecto potencial que produce, en el mundo exterior, el sujeto afectado por dicho estado subjetivo.¹⁹

Es claro para este tipo de pensamiento que *algo* de las características del sujeto justifica la aplicación de una sanción, la cual se relaciona, además, con un cálculo apriorístico acerca de que, en el futuro, el individuo pudiese

¹⁸ FRANCISCO-FELIPE OLESA MUÑIDO, "Las medidas de Seguridad", en Revista Jurídica de Cataluña, Colegio de Abogados de Barcelona, Barcelona, 1980, p. 207, por mí citado en "La indeterminación temporal de la internación del art. 34.1 del Código Penal", Suplemento Jurisprudencia Penal de LA LEY del 5/7/02, p.29.

¹⁹ GUILLERMO SABATINI "La scuola positiva – La pericolosità criminale come stato subbiettivo criminoso", Francisco Vallardi, editor, Milano, 1921, p. 255/56. Otros autores de la época han intentado definir la peligrosidad como aquella *calidad de la persona* que hace presumir fundadamente que, en efecto, violará el derecho (FEUERBACH), o como la temibilidad que surge de la *perversidad constante y activa* del delincuente (GARÓFALO). Se ha dicho también que existe estado de peligro cuando es preciso inducir de la *naturaleza intelectual especial* (de un individuo determinado) que no se le podrá disuadir a que cometa actos delictuosos por la amenaza y la ejecución de la pena ordinaria (VON LISZT). FILIPPO GRISPIGNI, por su lado, sistematizó el principio de la peligrosidad criminal distinguiendo el aspecto psíquico del jurídico. Para dicho autor, la peligrosidad desde el punto de vista psíquico es *el modo de ser de un sujeto, es atributo, cualidad* de una persona, y con mayor propiedad es la *condición psíquica* de una persona, en cuanto probable causa de un delito; mientras que desde el aspecto jurídico la peligrosidad criminal es un *estado de antijuridicidad* de un sujeto, que trae como consecuencia jurídica la aplicación, al mismo, de una *sanción criminal*. Ver SALAS, LUIS, "La indeterminación temporal..." op. loc. cit.

probablemente afectar, en alguna medida, intereses de la sociedad. Por lo demás, para esta concepción, el hecho de que el individuo hubiese delinuido es sólo un dato revelador, un índice o signo de la presencia de una personalidad más o menos antisocial.

Muchas de las críticas que se hacen a la consideración de la conducta procesal como argumento de atenuación de la pena -aunque no se lo reconozca expresamente- parten de la base de otorgar alguna importancia a la *peligrosidad*, ya sea para plantear que el individuo que delata a sus cómplices en realidad *demuestra una peligrosidad mayor*, o bien para sostener que no puede asegurarse que los sujetos *más peligrosos* de la organización criminal no queden impunes.

Los razonamientos reproducidos en el párrafo anterior son atendibles. En efecto, está claro que tampoco puede justificarse una atenuación como la que comporta la figura del *arrepentido* a partir de una teoría basada en la prevención especial, ya que resulta obvio que la posibilidad de contar con una figura semejante podría llegar a incentivar al individuo colaborador delinquir nuevamente.

Las teorías de la prevención general.

El tercer tipo de teorías de la pena finca la razón de castigar en la influencia de las penas sobre la sociedad en general, *a la que se le debe enseñar* a través de las amenazas penales y su posterior ejecución. Esta teoría que fue formulada en su forma histórica más relevante por Paul Johann a Von Feuerbach, contiene dos aspectos; uno *negativo* dado por el *valor intimidatorio* que le atribuye a la pena; y

otro *positivo* por la *conservación y reforzamiento* de la confianza en la fuerza del ordenamiento jurídico.²⁰

Cabe señalar, siguiendo a Winfried Hassemer, que el defecto de considerar a la pena como *pura intimidación* es que la *conminación penal* y la *ejecución* de la pena son vistos como fenómenos aislados que tienen que asegurar el buen comportamiento jurídico por su propia competencia y fuerza, y ya se ha demostrado que esta última no es suficiente y que es permanentemente impedida por fenómenos similares a ella (normas sociales, tabúes, psicología del delincuente). La insuficiencia de la teoría intimidatoria –como el de otras teorías- reside en que mira fijamente al sistema jurídicopenal, en que se limita a la conminación penal y la ejecución de la pena.²¹

La conminación penal y la ejecución de la pena no son fenómenos aislados, sino que actúan en un campo en el que confluyen diversos instrumentos y procesos de control social. La eficacia de la pena depende en gran medida de estos últimos.²²

Norma penal, sanción penal y proceso penal inciden, a su vez, en los procesos personales y sociales. La conminación penal y la ejecución de la pena siguen manteniendo su valor como medios de prevención general. Son instrumentos con los que el derecho penal afirma (conminación penal) y asegura (ejecución de la pena) las normas básicas. Pero estos instrumentos no deben emplearse con un fin intimidatorio, sino para asegurar las normas. Este aseguramiento –según Hassemer- se puede producir a través de la criminalización o de la agravación de las sanciones

²⁰ CLAUS ROXIN, op.cit. pp. 27/28.

²¹ WINFRIED HASSEMER, "Fundamentos del Derecho Penal" (trad. De Francisco Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984, pp. 389.

²² Ídem, pp.389.

ya existentes, pero también con la *descriminalización* o con la *atenuación de las penas*.²³ Las normas no se estabilizan en las personas y en los grupos por la intimidación, sino, al contrario, *por el convencimiento de que son idóneas para mejorar la convivencia*. Este convencimiento es perturbado cuando las normas son excesivamente gravosas, y, en cambio, es reforzado cuando la conminación penal y la ejecución de la pena se presentan como medios para garantizar los bienes jurídicos y posibilitar así la libertad humana. La teoría de la prevención general, entendida correctamente –sostiene Hassemer–, encierra, pues, dentro de sí misma su propia limitación jurídico-estatal. Sólo dentro de estos límites puede el sistema jurídico-penal ayudar a la estabilización de las normas sociales.²⁴

El enfoque dado por esta teoría al problema del castigo es el único que, como veremos, puede dar algún sustento a la figura del *arrepentido*.

Es absolutamente cierto que la complejidad de las nuevas formas delictivas hace que, cada vez, resulte más difícil lograr siquiera algún indicio para resolver la trama de los delitos que suponen, de parte de sus perpetradores, un gran poder económico o la estructura de grandes grupos asociativos –como se aprecia en el ámbito del narcotráfico–. Dichos grupos delictivos generalmente cuentan con la protección de sectores enclavados en algún estrato de la propia estructura del poder. También es cierto –incluso en el ámbito de la delincuencia común– que la burocracia y la sobrecarga de trabajo que aqueja al Poder Judicial en la mayoría de sus estratos, deja en niveles muy altos tanto a lo que se denomina *la cifra negra*²⁵ –por falta de confianza del ciudadano en que los hechos serán esclarecidos– como también la

²³ W. HASSEMER, cita la famosa frase de BINDING sobre el “carácter fragmentario” del Derecho Penal que expresa con claridad esta idea. Hoy significa que el Derecho Penal no puede pretender la plenitud y falta de lagunas en la criminalización, op. cit. pp 393, nota 86.

²⁴ Ídem, pp. 393.

²⁵ Esto es el número de delitos que ni siquiera son denunciados.

cantidad de casos en los que ni siquiera se logra individualizar a los presuntos responsables.²⁶

A pesar de que resulta difícil imaginar a los delincuentes demasiado preocupados a partir de la consagración legislativa de figuras promocionales en el momento en que deciden ingresar al crimen asociativo, no es menos real que -por ejemplo- en Italia la aplicación de la figura del “arrepentido” sí tuvo un gran impacto en la sociedad a partir de varios casos muy sonados -el de Tommaso Buscetta fue el primero de ellos- lo que contribuyó, al menos por un tiempo, al fortalecimiento y aseguramiento de la sensación de confianza de la sociedad en la fuerza del sistema jurídico. Si a eso se le adiciona el movimiento que se suscitó en dicho país en un grupo de jueces que se transformaron en verdaderos militantes del *pentismo* -Giovanni Falcone y varios más- no sería errado considerar que en este aspecto de la justificación de la pena se debe buscar la explicación a la fascinación que se observa en muchos legisladores al consagrar figuras promocionales para combatir el crimen asociativo.

Las teorías de la unión.

Estas pueden asumir: a) una *forma retribucionista* si consideran que la necesidad de la *expiación* es fundamental, junto a la intimidación; reservando los fines de aseguramiento y mejoramiento -propios de la prevención especial- a un

²⁶ MARCELO SANCINETTI descree en “Observaciones Críticas...”, ya citado, que deba darse cualquier contenido utilitarista o eficientista al Derecho Penal, señalando que, lamentablemente, no está de moda en nuestra sociedad el concepto retribucionista, según el cual la pena está para que cada uno sepa lo que sus hechos valen (KANT), o bien para negar con ella que la negación del derecho (el delito) pueda ser tenida por válida (HEGEL); op. Cit. P. 796.

segundo plano; y b) una *forma exclusivamente prevencionista*, y por ende utilitarista, cuando se descrea de cualquier significación retributiva en la atribución de una pena.

Klaus Roxin partidario de este último pensamiento, afirma que: *“El punto de partida de toda teoría sostenible en la actualidad debe residir en el criterio de que la finalidad de la pena sólo puede ser de tipo preventivo: pues dado que las normas penales sólo están justificadas cuando tienen por objetivo la protección de la libertad individual y un ordenamiento social tendiente a ella... la pena concreta también debe perseguir sólo esta finalidad, es decir, una finalidad de prevención del delito... De esto resulta, además, que la prevención especial y general deben coexistir como finalidades de la pena. Pues dado que los hechos punibles pueden ser evitados tanto mediante la influencia sobre el individuo como sobre la generalidad, ambos instrumentos se subordinan a la finalidad última y son en igual medida legítimos.”*²⁷

Roxin ubica al principio de culpabilidad sólo como límite máximo de la injerencia estatal, pues sobrepasarlo implicaría atentar contra la dignidad humana; pero señala, por el contrario, que: *“... no existe objeción alguna desde el punto de vista teórico-penal en contra de una pena cuyo monto permanezca por debajo de la medida de la culpabilidad. Si bien la pena no debe superar la medida de la culpabilidad, sí puede no alcanzarla, en tanto el fin de prevención lo admita. En esto reside una diferencia decisiva frente a la teoría de la retribución, que aunque limita igualmente la pena mediante la medida de la culpabilidad, exige una pena que se corresponda con ella en todos los casos, con independencia de toda necesidad preventiva.”*²⁸

²⁷ CLAUS ROXIN, op.cit., pp.32.

²⁸ Ibídem, pp.39.

A las críticas que señalan que una concepción utilitarista de la pena implicaría la “cosificación” del individuo que es tratado como “medio para un fin” Roxín señala especialmente que los supuestos de colaboración voluntaria del individuo no son incompatibles ni con los fines de resocialización de la pena, ni con las funciones que debe desarrollar el Estado. Éste se encuentra autorizado a convertir al culpable de un hecho delictivo en objeto del poder coactivo del Estado, pues de lo contrario este último debería renunciar a todo uso de la pena y la coacción.²⁹

Es evidente que la figura del *arrepentido* puede hallar algún tipo de justificación en un pensamiento como el señalado en último término, dado que dejar sin castigo o disminuir éste sustancialmente a quien ha sido partícipe de los hechos investigados, por el hecho de colaborar con la investigación, solo puede fundamentarse a partir de una concepción del castigo como un medio para lograr un fin diferente.

Pero es indudable no obstante que el tinte intimidatorio que se le da en Roxin a la justificación de la pena, complica su consideración como un argumento a favor del las figuras promocionales, ya que resulta obvio que la presencia de estas últimas en la legislación penal tienen una incidencia muy remota como disuasivo de conductas potencialmente peligrosas. Es muy difícil imaginar a los integrantes de una asociación delictiva en formación demasiado preocupados por la presencia de normas promocionales en el ámbito en el que planean actuar. Antes bien, la amenaza de represalia por las eventuales traiciones entre cómplices que conllevan los pactos mafiosos de silencio siempre actúan como un disuasivo mayor.

En nuestro país, por ejemplo, en el ámbito del narcotráfico que es donde más antigüedad tienen las normas sobre el “arrepentido”, no parece que aquél

²⁹ *Ibídem.*

hubiese disminuido su incidencia desde la aparición de la figura la que, por otro lado, ha pasado más bien desapercibida tanto para el ciudadano común como para la jurisprudencia de los tribunales.

CAPITULO TERCERO

LAS FIGURAS PROMOCIONALES EN LOS ESTADOS UNIDOS E ITALIA

Por ser Italia el primer país que incluyera normas de este tipo en lo que se conoce como sistema "continental europeo", y los Estados Unidos un buen ejemplo del "Common law", será útil realizar una somera referencia a las prácticas negociales consagradas en ambos sistemas.

Los Estados Unidos de Norteamérica.

Cuando una persona es requerida formalmente de una imputación penal ("*arraignment*"), se configura lo que se conoce como "*formal plea*", en el cual el imputado es informado de los cargos y requerido a que asuma una postura ante los mismos. En la mayoría de las jurisdicciones -estatales y federal- el imputado tiene la posibilidad de declararse no culpable ("*not guilty*"); culpable ("*guilty*"), o afirmar lo que se conoce con la frase en latín "*nolo contendere*". Esta última declaración, que en muchos lugares es sólo permitida con la venia del tribunal, es una especie de declaración provisional de culpabilidad, excepto en cuanto a que no significa una formal aceptación de culpa ni puede ser usada como prueba en un posterior juicio civil.

La Constitución norteamericana garantiza el derecho absoluto a declararse inocente ("*not guilty*"), en cuyo caso el Estado debe probar necesariamente la culpabilidad del acusado; sin embargo la gran mayoría de las condenas -

aproximadamente el 90 %- resultan de voluntarias asunciones de culpabilidad del imputado –que negocia previamente los alcances de esa declaración- y no de la declaración de culpabilidad surgida de un veredicto luego de un juicio formal. Declarándose culpable, el imputado renuncia a su derecho a un juicio, admite la culpabilidad, y consiente la imposición de una sentencia condenatoria.³⁰

Esta lógica de negociación establecida entre el imputado y la acusación implica, como se ha dicho, la admisión de culpa a cambio de la obtención de algún beneficio; sin embargo, en algunos casos el imputado se declara culpable sin contar con ninguna concesión formal de parte del acusador (“prosecutor”). Cuando existe esta negociación –formal o informal- el “*guilty plea*” deriva en lo que se conoce como “*plea bargaining*”.

Para que la asunción de culpabilidad del imputado sea válida, la misma debe respetar ciertos requerimientos legales y constitucionales; sin embargo, cuando la misma es el resultado de una negociación entre la acusación y la defensa, se suman requisitos adicionales que luego señalaré. Tanto la acusación como la defensa acuerdan el “*plea bargaining*” porque ambos lados perciben beneficios en el acuerdo, a partir de un interesado cálculo objetivo de probabilidades. El acusador obtiene una sentencia condenatoria economizando tiempo y otros recursos evitando la sustanciación del juicio formal (“*trial*”). El acusado obtiene a cambio del acuerdo con el fiscal la exclusión de cargos, o la disminución de la posible pena, o ambos.

El fiscal tiene un amplio poder de discrecionalidad en cuanto al objeto del juicio y puede realizar concesiones de dos diferentes maneras: disminuyendo la imputación, por ejemplo de homicidio en primer grado a homicidio

³⁰ MARK E. CAMMACK and NORMAN M. GARLAND, “Advance Criminal Procedure”. In a nutshell, West Group, St. Paul, Minn, 2001, p.265.

culposo (de “murder” a “manslaughter”) o bien dejando de imputarle algunos hechos, cuando el objeto del proceso supone varios. La capacidad del fiscal de ofrecer los citados incentivos tiene relación con el reconocimiento que otorgan los jueces –a quienes corresponde siempre la facultad de dictar sentencia- a las recomendaciones que hacen los fiscales.³¹

La declaración acordada (“*sentences bargained*”) típicamente está basada en dos tipos de promesas.

En algunos casos el fiscal sólo promete recomendar al juez lo acordado, o no oponerse a la pretensión del abogado defensor. Aún considerando que dichas promesas no significan un derecho adquirido –tal como es ello entendido en nuestro sistema-, en la mayoría de los casos se traducen en un sustancial beneficio para el imputado, teniendo en cuenta que los jueces generalmente siguen las recomendaciones de los fiscales.

En otros casos el fiscal promete una sentencia específica a cambio del “*guilty plea*”. El juez no está obligado a imponer una sentencia siguiendo lo acordado, aunque ello no ocurre en muy contados casos. En esos casos, si la sentencia es más severa que lo que el acusado ha acordado, el acusado frecuentemente estará facultado a retractarse acerca de su declaración de culpabilidad y solicitar ser sometido a la sustanciación del juicio (“*trial*”).³²

La Corte Suprema de los EE.UU. ha declarado que el “*plea bargaining*” es un “esencial componente de la administración de justicia”³³

La práctica del “*plea bargaining*” es hoy objeto de fuerte crítica dentro de los EE.UU.. Se considera, por ejemplo que el resultado del mismo es un

³¹ Ídem, p. 266/267.

³² Ídem, p. 268.

³³ U.S.S.C. “*Santobello v N.Y.* (1971), cit. por CAMMACK-GARLAND, op. y loc. cit.

diferente tratamiento entre individuos que deberían ser tratados de la misma manera. Existe evidencia que señala que los imputados que se declaran culpables (“plea guilty”), son beneficiados respecto de aquéllos sentenciados luego de un juicio (“convicted at trial”).

Esto involucra un dilema. Para algunos la proliferación del “plea bargaining” es visto como un falla del sistema penal que obtiene menores penas que las debidas, mientras que otros sostienen que el ejercicio del derecho de defensa en juicio, ejercido en uno, no debería tener como consecuencia un injusto agravamiento de la respuesta punitiva de parte del Estado, como se puede observar en la práctica.

Otra de las críticas que se le hace al “plea bargaining” es que incrementa las chances de provocar condena a inocentes. Generalmente se produce ello cuando existe posibilidad de evitar el encarcelamiento a partir del “guilty plea” y en los supuestos en los cuales el caso sostenido desde la fiscalía aparece como débil.

Un argumento que se sostiene en contra del “plea bargaining” es que afecta la calidad de la representación jurídica obtenida por el imputado, ya que muchas veces existe un conflicto de intereses entre el acusado y su abogado que se encuentra fuertemente incentivado en aconsejar el acuerdo en vez de recurrir al juicio, debido a que a aquél le resulta económicamente conveniente y menos riesgoso para su reputación y para la relación que se establece con los fiscales con los que se trabaja durante mucho tiempo.³⁴

Los argumentos a favor del sistema de “plea bargaining” en los EE.UU. se apoyan en que sería muy difícil prescindir del mismo dado que, por la complejidad y duración del juicio (“trial”) en el sistema de enjuiciamiento norteamericano –especialmente en comparación con el sistema de enjuiciamiento

³⁴ Ídem., p. 270.

europeo, más breve y simple-, el mismo se vería colapsado de tener que transitar un juicio en todos los casos; como así en la gran confianza que se deposita en la actuación de los fiscales. Se sostiene que el “plea bargaining” permite que el fiscal pueda mensurar el adecuado castigo merecido teniendo en cuenta el delito cometido y las cualidades de su autor.³⁵

Italia.

En este país a raíz de la situación de emergencia vivida por el accionar de las “Brigadas Rojas” que comenzara en forma bien visible con el secuestro y posterior asesinato del ex Primer Ministro Aldo Moro, se sancionó el Decreto-Ley de 15 de Diciembre de 1979, número 625, que fue convertido posteriormente en Ley número 15 de 6 de Febrero de 1980 (“Ley Cossiga”). Dicha

³⁵ Ídem, p. 271/272. Junto al “plea bargaining” que acabamos de ver existen en los EE.UU. alternativas a la figura del “arrepentido” que dejan de hacer girar el progreso de la investigación en torno a la actuación de los propios imputados, y al mismo tiempo tienden a dotar de mayor eficacia a la lucha contra el crimen organizado, especialmente en los casos de corrupción. Entre ellas, merecen destacarse la “*qui tam*” (abreviación de la frase latina “*qui tam pro domino rege quam pro si ipso*” que significa que quien demanda en beneficio del rey lo hace también en beneficio propio), sobre el que se inserta el instituto conocido como “whistle-blower” (el individuo que suena el silbato). En los EE.UU. la ley confiere enormes beneficios económicos a los ciudadanos que lleven adelante reclamaciones por casos de fraude contra la administración pública. La “*qui tam*” ha existido desde hace cientos de años y tiene sus raíces en la Inglaterra medieval, pero ha sido Abraham Lincoln el responsable de la sanción, en 1863, de la llamada “False Claims Act”, ideada inicialmente para proteger al Estado norteamericano contra la provisión fraudulenta de material de guerra en la época de la Guerra Civil. En 1986 el Congreso norteamericano reforzó la mencionada ley, lo que hizo que entre 1987 y 1995 más de un millar de acciones “*qui tam*” fueran emprendidas por particulares. Entre 1988 y 1995, solamente, más de un billón de dólares fueron recuperados en nombre del Estado norteamericano, de los cuales le correspondieron a “whistle-blowers” más de un diez por ciento. De acuerdo con el más reciente informe del Departamento de Justicia de los EE.UU. casi 1.200 millones de dólares fueron recuperados en reclamaciones efectuadas por “whistle-blowers claims” bajo la “Federal False Claims Act” en el período fiscal Oct.-2000/Sep.-2001, en los cuales más de 210 millones de dólares le correspondieron a los particulares que accionaron, en concepto de recompensa (Fuente:www.quitam.com)

En cuanto el “whistle-blower” en particular, cabe afirmar que –“*stricto sensu*”- es un mecanismo de protección de testigos, implementado a favor de los empleados administrativos que denuncien irregularidades o ilícitos cometidos por sus empleadores. La “Civil Service Reform Act”, por ejemplo, protege a los empleados federales que denuncien este tipo de actividades. (Ver en el cuanto a lo señalado en el último párrafo: CINCUNEGUI, J.B. y CINCUNEGUI, Juan de Dios, “La Corrupción y los factores de poder”, Fundación argentina de planeamiento, Bs. As., 1996, p. 56 y ssgtes.)

disposición establecía, para los delitos de terrorismo o de subversión del orden democrático, respecto del cómplice que disociándose de los otros se esforzase por evitar que la actividad delictiva sea llevada a consecuencias ulteriores (arrepentimiento activo, por tanto *pre-delictual*), o ayudase concretamente a la autoridad judicial en la recolección de pruebas decisivas (arrepentimiento *post-delictual*), la sustitución de la pena de cadena perpetua que le pudiese corresponder, por una de doce a veinte años; y la disminución de las penas divisibles en un tercio a la mitad.

La ley de 29 de mayo de 1982, número 304 (*Legge sui pentiti e dissociati*) estableció la no punibilidad para quien formase parte de asociaciones delictivas con finalidad terrorista, si disolvía o determinaba la disolución de la banda, o desistía del acuerdo, o se retiraba de la asociación o banda (*arrepentimiento activo*) o si se entregaba sin oponer resistencia, abandonando las armas, proporcionando información sobre la estructura y sobre la organización de la asociación o de la banda (*arrepentimiento post-delictual*).

La misma ley previó importantes atenuaciones (sustitución de cadena perpetua por pena de prisión de quince a veintiún años y la disminución del resto de las penas en un tercio) para los imputados de delitos cometidos con finalidad terrorista o de subversión del orden constitucional, cuando, habiéndose previamente disociado, brindasen plena confesión de todos los delitos cometidos, y hubiesen actuado eficazmente durante el proceso para eliminar o atenuar las consecuencias dañosas o peligrosas del delito o para impedir la comisión de delitos conexos.³⁶

³⁶ La ley 646-1982, del 13 de Septiembre o "Legge Rognoni-LaTorre", fue gestada en forma conjunta por el Ministro del Interior -Rognoni- y el Diputado Comunista Pio La Torre, asesinado poco antes de la sanción de la ley. Ella establece que la asociación de tres o más personas, puede ser considerada como mafia, penalizando más severamente al promotor, líder u organizador e incluyendo a la

Por último, en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, fue dictada la ley número 34 del 18 de Febrero de 1987. Señala Manuel Quintanar Diez que esta ley surgió en un período muy distinto al que había existido en momentos de la sanción de las dos leyes citadas en los párrafos anteriores. En 1987, el fenómeno terrorista se encontraba en su fase final. Se buscó con la Ley número 34 cerrar el período de emergencia terrorista con una normativa que reflejase la realidad del fin de la lucha armada, en definitiva, de la derrota del terrorismo en Italia. La escalada de violencia había cesado y el terrorismo había entrado en crisis, como se podía deducir de la aparición de un gran número de sujetos que, acogiéndose a los beneficios previstos en la ley número 304/82, habían cesado su actividad y colaborado con la Justicia. Las normas sobre “arrepentidos” habían acentuado una situación de crisis ya presente (el los grupos armados a comienzos de los años ochenta) resultando emblemáticas las figuras de los primero arrepentidos Patricio Peci y Alfredo Bonavita que en 1981 colaboraron con el gobierno y invitaron a sus camaradas a la disociación.³⁷

Las críticas que se le han formulado a las disposiciones citadas, si bien no ponen en duda la supuesta eficacia que conllevaron –a tal punto que se ha reconocido que el fenómeno terrorista fue eliminado o cuanto menos disminuido dramáticamente- se han centrado básicamente en los siguientes aspecto: a) significaron la asignación de gran subjetivismo a las conductas previstas creando tipos criminológicos nuevos (delincuente terrorista, arrepentido); b) vinieron acompañadas de fuertes agravamientos sancionatorios y prolongaciones de las

“camorra” en sus disposiciones. Esta ley fue considerada como una ley “liberticida” permitiendo bajo la presunción de actividad mafiosa, el arresto sin flagrancia y sin orden, aún por delitos leves.

³⁷ MANUEL QUINTANAR DIEZ, “La justicia Penal y los denominados “arrepentidos”, op. Cit., p. 112.

medidas procesales coercitivas (penas de prisión perpetua y prisión preventiva indeterminada); c) otorgaron gran discrecionalidad a los jueces; d) provocaron falsas acusaciones y afirmaciones calumniosas entre los co-imputados.³⁸

En un plano general, ya fuera del exclusivo ámbito de la lucha contra el terrorismo, en el ordenamiento procesal penal italiano se han incorporado figuras negociales propias de un sistema diferente como el norteamericano.

En efecto, en la reforma del ordenamiento procesal que entró en vigencia el 24 de Octubre de 1989 se renuncia a un proceso que hasta esos momentos era profundamente inquisitivo. Dicha ley ha creado un mecanismo de acusación claramente basado en un procedimiento de partes y en este marco ha introducido un sistema de *plea bargaining*, que en su concepción particular supera en parte el modelo norteamericano, aunque en su ámbito de aplicación esté limitado a la criminalidad baja y media. Según esto la aplicación de la pena a petición de las partes alcanza a la pena privativa de libertad de hasta dos años y tanto el fiscal como el acusado pueden solicitar, estando de acuerdo entre sí, que el tribunal imponga una pena reducida hasta un tercio respecto de la que concretamente le hubiese correspondido al autor.³⁹

Si bien esta última disposición se asemeja más a nuestro “juicio abreviado”, no puede soslayarse el matiz negocial que conlleva, pues supone la confesión del imputado.

³⁸ PADOVANI, “La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a propósito delle nuove ipotesi di ‘ravvedimento’, citado por MANUEL QUINTANAR DIEZ, “La justicia Penal...”, op.cit., pp. 117.

³⁹ BERND SCHÜNEMANN, “¿Crisis del Procedimiento Penal?...” Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Bs. As., Nro.8-A., pp 422.

CAPITULO CUARTO
LA FIGURA DEL "ARREPENTIDO" EN EL
DERECHO ARGENTINO

El "arrepentido" en la ley de estupefacientes. Antecedentes parlamentarios.

Análisis de la norma a la luz de la jurisprudencia más significativa.

1) La figura del "*arrepentido*" ha sido incorporada por la ley 24.424 en la ley de estupefacientes 23.737 en los siguientes términos:

Art. 29 ter: A la persona incurso en cualquiera de los delitos previstos en la presente ley y en el art. 866 del Código Aduanero, el tribunal podrá reducirle las penas hasta la mitad del mínimo y del máximo o eximirlo de ellas, cuando durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a su iniciación:

a) Revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el

procesamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación.

b) Aportare información que permita secuestrar sustancias, materias primas, precursores químicos, medios de transporte, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes de los delitos previstos en esta ley.

A los fines de la exención de la pena se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización dedicada a la producción, comercialización o tráfico de estupefacientes.

La reducción o eximición de penas no procederá respecto de la pena de inhabilitación.

La citada disposición penal significó la incorporación de la figura del mal llamado "arrepentido" a la legislación que reprime los delitos de narcotráfico. Dicha norma reconoce su origen en el Proyecto de Ley aprobado en la Cámara de Diputados el día 7/12/93, y que luego fuera revisado por la Honorable Cámara de Senadores en la Sesión del día 9/11/94.⁴⁰

Entre los fundamentos esgrimidos por las Comisiones que presentaron el proyecto legislativo, dados en oportunidad del tratamiento del proyecto de ley en la cámara de origen, se dijo que:

⁴⁰ Las comisiones de Legislación Penal y de Drogadicción de la Cámara de origen consideraron como antecedente de su proyecto de ley, los de los señores diputados Algaba y Parola; Ortiz Maldonado y otros; Bisciotti y otros; y Hernández. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, pp. 3939/53; y de la Cámara de Senadores de fecha 9/11/94, pp.4235/36.

a) *“El peligro que tanto para la sociedad argentina como para la comunidad internacional en general representa el narcotráfico, determina la necesidad de buscar medios jurídicos eficaces para fortalecer la acción que contra dicho flagelo llevan a cabo la Justicia y sus colaboradores directos, los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad.”*

b) que *“...la represión del narcotráfico determina la conveniencia del instituto denominado “arrepentido”, que no es sino el participante de la organización en cuestión que proporciona información que permite individualizar a autores, partícipes o encubridores de los hechos investigados u otros conexos, o bien incautar sustancias, materias primas o elementos vinculados a los hechos investigados. La obtención de tal colaboración permite contar con pruebas cuyo logro sería de otro modo imposible para las autoridades judiciales y policiales”.*

c) que *“se ha seguido en este aspecto, lo establecido para el terrorismo en el artículo 57 bis b) del Código Penal del Reino de España (texto según ley orgánica 3/1988), así como en las leyes 83-1019 del 9/9/1986 y 87-1157 del 31/12/87 de la República Francesa.”*

d) y *“[que dicho] proyecto puede constituir un avance hacia el logro de una legislación en materia de lucha contra el narcotráfico que, caracterizándose por su eficacia preserve el orden jurídico de nuestro país.”⁴¹*

En la sesión de la H. Cámara de Senadores del día 9/11/94 que tratara en particular los artículos del Proyecto votado en Diputados, luego de haberlo

⁴¹ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación del 7/12/93, pp. 3947 y 3949.

aprobado en general en la sesión del 26/10/94, el Senador Alasino⁴² dejó sentada su oposición a consagrar legislativamente la posibilidad de eximir totalmente de pena al “arrepentido” –lo que fue receptado en la ley 24.424- señalando que: “...la eximición de pena para estos casos puede tener connotaciones sumamente peligrosas. No solamente para aquél que traduce su calidad de “arrepentido” o informante simplemente para eximirse de la pena, y en ese afán puede excederse en los dichos o inculpar a inocentes, sino también puede ocurrir que la eximición lisa y llana de la pena promueva una actividad delatora permanente desvinculada de un hecho realmente punible o de un delito y vinculada a elementos extraños que pueden tener otro tipo de connotaciones: personales, políticas e ideológicas.”⁴³

Con la consideración de estos antecedentes fue aprobada la inclusión de la norma del “arrepentido” en la legislación de nuestro país sobre tráfico de estupefacientes.

2) En cuanto a los supuestos que autorizan otorgar el beneficio punitivo el art. 29 *ter* establece dos hipótesis: a) cuando revele la identidad de los autores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el procesamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación, o b) cuando aporte información que permita secuestrar sustancias, materias primas, precursores químicos, medios de transporte, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes

⁴² El Senador Augusto Alasino presentó por separado un Proyecto de Ley propugnando la incorporación de las figuras del “Agente Encubierto” y el “Arrepentido”, para todos los delitos –no sólo los de narcotráfico- insertándolos como normas independientes de la Parte General del Código Penal (que constituirían de ser aprobados un nuevo inc. 8° del art. 34; e incisos 3° y 4° del artículo 41 del C.P.). Diario de Sesiones HCS 9/11/94, pp. 4219.

⁴³ Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores del 9/11/94, pp.4235).

de los delitos previstos en la ley. La forma de expresión de la ley, separándolas en párrafos distintos y desvinculándolos entre sí, permite concluir que se trata de situaciones diferentes previstas alternativamente, de modo que la comprobación de cualquiera de ellas, o de ambas, habilita el tratamiento punitivo benéfico o la exención de pena. (C.N.C.P. Sala IV, voto del Dr. Hornos, en "Moray, José Mario", Causa 2400, Fallo del 20/6/01 y C.N.C.P., Sala I, Causa 2243, en "Fernández, Aníbal Ricardo", Fallo de 18/5/99). A su vez, no importa que la cantidad se sustancia secuestrada sea de escasa cantidad (C.Fed. de San Martín, C. Nro. 1449 "Vire, Laura s/Excarcelación", Rta. el 2/1/97. En igual sentido en "Velazco, Víctor s/Excarcelación", C.1193, Rta. el 29/1/97 y "Rasgido, Gerardo Adrián s/Excarcelación", C.1193, Rta. 17/1/97. Voto de los jueces Fossati y Lugones).

3) En cuanto a los sujetos que pueden verse beneficiados por la ley es harto criticable que ésta permita beneficiar a todos los intervinientes en los delitos previstos en esa ley y en el art. 866 del Código Aduanero, sin distinción alguna entre las distintas participaciones que tuvieron cada uno de ellos.

Así, quedan incluidos en la disposición -por ejemplo- los funcionarios públicos, los cabecillas, jefes o integrantes de una asociación ilícita del art. 210 del C.P. cuando, además, hubieran cometido por medio de una confabulación o sin ella, los delitos reprimidos por la ley 23.737.⁴⁴

La amplitud de la fórmula legal deja abierta la posibilidad de que aquéllos que integren los estamentos más altos de la organización criminal puedan verse beneficiados en perjuicio de aquéllos que ocupan funciones subalternas. Es

⁴⁴ FALCONE, Roberto - CAPPARELLI, Facundo, "Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal", Ad-Hoc, Bs. As. 2002, p. 256/257, citando a LAJE ANAYA, "Narcotráfico y Derecho Penal Argentino", p. 322.

obvio pensar que cuanto más arriba se encuentre el "arrepentido" en la pirámide delictiva, mayor será la información que tenga para ofrecer a cambio de su impunidad, y mayor, también, la cantidad de individuos que podrá comprometer. Incluso se corre el riesgo de que se vean involucradas personas inocentes pues los cabecillas de las organizaciones tienen un incentivo muy fuerte, a partir de la propia letra de la ley, de manipular la información que manejan a partir de su participación delictiva.

4) En cuanto a los delitos señalados por el "arrepentido", la ley requiere que sean delitos consumados o tentados, sean los hechos investigados en la causa u otros conexos, con la salvedad que deben igualmente tratarse de delitos contemplados en la propia ley o bien en el art. 866 del Código Aduanero, o bien encontrarse íntimamente vinculados con aquéllos, habiendo sido cometidos para perpetrar o facilitar la comisión de otro mencionado en la norma, o llevados a cabo en el mismo contexto histórico, en cuyo caso el delator puede acogerse al beneficio.⁴⁵

El art. 29 *ter* de la ley 23.737 requiere que los efectos secuestrados en virtud de la información proporcionada por el "arrepentido", deban proceder de o haberse originado en la comisión de alguno de los delitos vinculados con el narcotráfico que estén previstos en los arts. 5, 6, 7 24 y 25 de la ley 23.737, descartándose la aplicación del benéfico tratamiento penal cuando el secuestro obtenido como consecuencia de los datos suministrados sea de sustancias estupefacientes tenidas en forma simple o con la finalidad de consumirlas personalmente -art. 14 *idem*- (C.N.Casación Penal, Sala III, voto del Dr. Mitchell, en "Mosqueda, Carlos Ariel", Causa 3454, Fallo del 5/11/01). *Idem*, C.N.C.P., Sala IV,

⁴⁵ *Idem*, pp. 259.

en causa "Moray, José Mario", del 20/6/01), o bien tenidas sin fines de comercialización (art. 14 idem) (C.N. Casación Penal, Sala I, Causa 2219, Dres. Bisordi - Rodríguez Basavilbaso - Catucci, Fallo del 25/6/99 en "Durán Juan Miguel").

5) En cuanto al resultado del aporte del delator, la Cámara Nacional de Casación Penal ha dicho que el informador debe suministrar datos de tal entidad que: a) basten para decretar el procesamiento de los coautores, partícipes o encubridores de los hechos mencionados; o b) "permitan un significativo progreso de la investigación".

En el caso de la alternativa sub a) -referida en el párrafo anterior- esos datos deben consistir en el aporte de pruebas suficientes que posibiliten al juez declarar la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado en él (art. 306 del C.P.P.N.). Esta declaración judicial se efectúa mediante el auto de procesamiento, el que se considerará que satisface la exigencia del art. 29 ter, apartado a), de la ley 23.737 cuando, decretado, no hubiese sido recurrido, o cuando, apelado, hubiere sido confirmado. Paralelamente no perjudica la concesión del beneficio la revocación posterior del auto debida a circunstancias sobrevinientes o a su falta de confirmación por ilegalidad en la incorporación de la prueba no achacable al informante.

Con relación a la segunda alternativa, prevista en la norma, la ley exige que, al propio tiempo que el informador revela la identidad de partícipes o encubridores, proporcione también datos suficientes que permitan un avance significativo de la investigación; es decir que aunque no se alcance el procesamiento de tales personas, esos datos hubieren significado un progreso importante para el

descubrimiento y comprobación de los hechos en los que aquél colaborador estuviese implicado u otro conexo. Será esta última, en principio, una cuestión diferida a la valoración judicial y hecha sobre la base de circunstancias acreditadas en cada caso, pero atendiendo, siempre a la magnitud del avance investigativo. (Cámara de Casación Penal, magistrados: Dres. Bisordi - Rodriguez Basavilbaso, Catucci, Causa 2219, Sala I, "Durán, Juan Miguel y otros", Fallo del 25/6/99).

Se ha decidido que el mero señalamiento (sin otro punto más que la subjetiva versión de quien declara) no es bastante para encontrarse incurso en los beneficios del art. 29 ter de la ley 23.737, pues siguiendo los lineamientos del legislador en Diario HCDN del 7/12/93, Reunión 30, p. 3942, no se logra con ello descorrer el "velo" de la realidad si se interpreta que todo aporte de un procesado lo coloca en calidad de "arrepentido", con independencia de la entidad de ese aporte. Se podrían tornar los juicios en un ejemplo del género "grotesco", al permitir disminuir una pena o aún su eximición, mediante el empleo de cualquier versión. (del voto concurrente del Dr. Planes, en "Ramírez, Juan Carlos", Cámara Federal de Bahía Blanca, 19/10/95). En sentido inverso, el desprocesamiento de los sindicados por el imputado no es óbice a que proceda la excarcelación de éste último. La ley no exige que el procesamiento se encuentre firme para que proceda el beneficio de la reducción de pena cuando exista alguno de los supuestos que prevé la norma del art. 29 ter de la ley 23.737 en cualquiera de sus incisos. (del voto en disidencia del Dr. Fernández de la Cámara Federal de Bahía Blanca, Ídem, "Ramírez, Juan Carlos"). Paralelamente, no se exige que la investigación sea exitosa. (Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mendoza, N°1, "Quiroga, Ariel", del 28/12/95).

6) En cuanto a la valoración del dicho del "arrepentido" la fórmula legal es imprecisa en varios puntos. Al peligro de manipulación del objeto del proceso por el "arrepentido", se suma también la posibilidad de que el juez otorgue o no el beneficio a partir de una valoración que carece de control estricto -excepto la arbitrariedad- y ello es altamente inconveniente en perjuicio de la seguridad jurídica, el debido proceso legal y la igualdad ante la ley.

La Cámara de Casación Penal se ha expedido en este punto señalando que la ley 24.424 incorpora la figura del arrepentido en el art. 29 ter de la ley 23.737 facultando al tribunal a reducir las penas hasta la mitad del mínimo o del máximo. Determinar si el aporte a la investigación o la revelación de domicilios o personas efectuado por el imputado tuvo o no la significación necesaria para que se le otorguen los beneficios o recompensas que el instituto acuerda, es una circunstancia que deberá ser valorada por el Juzgador, quien es libre en la elección y análisis crítico de los elementos de prueba, sin que deba justificar porqué da mayor mérito a uno que a otro y a las conclusiones a las que arribe, salvo arbitrariedad. (voto del Dr. Tragant, Cámara de Casación Penal, Sala III, Causa 2425, Fallo del 10/4/00, en "Méndez, Gustavo Daniel").

7) En cuanto al momento en que debe ser realizado el aporte por el "arrepentido" la ley establece que se debe producir "durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a su iniciación", (Cámara de Casación Penal, "Orozco, Facundo", Registro 960, Fallo del 22/3/96, Dres. Madueño - Rodríguez Basavilbaso, Catucci); sin embargo la propia Cámara Nacional de Casación Penal ha realizado una interpretación extensiva que permite conceder los beneficios atenuatorios aún después

de la condena del imputado "arrepentido", por vía de la revisión, si se demuestra la veracidad de los datos aportados durante la sustanciación del proceso.

Así se ha dicho que la toma de conocimiento posterior al acto sentencial, por parte de la Sra. Defensora Oficial del resultado positivo de la información aportada por el causante -secuestro de sustancia estupefaciente y consecuente procesamiento de una persona- puede considerarse un "hecho nuevo" en los términos del inciso 4º) del art. 479 del ordenamiento de rito con aptitud de remover la calidad de cosa juzgada con el alcance del art. 29 ter de la ley 23.737. (Cámara de Casación Penal, Sala IV, "Moray", voto del Dr. Hornos).

La viabilidad de la utilización de la revisión para remediar supuestos en los que luego del dictado de la sentencia el causante declara en los términos del art. 29 ter de la ley 23.737 tiende a resguardar el principio de celeridad procesal respecto de la causa originaria en la que se encuentra imputado quien luego declarara en carácter de "arrepentido". De lo contrario se impondría la paralización de tal proceso a resultas de lo que suceda en el otro expediente en los que se investigan los hechos por él denunciados. Sin olvidar, además, que no debería paralizarse un proceso que puede, en definitiva, concluir con una absolución del encartado, más allá de su pretensión de hacerse beneficiario de la reducción o eximición de pena que le brinda la norma en juego. (Ídem, voto de la Dra. Berraz de Vidal).

8) Finalmente, en cuanto al beneficio otorgado al "arrepentido" en virtud de su colaboración, la propia Cámara Nacional de Casación Penal ha señalado, -con un criterio a mi juicio implausible por ser indemostrable y excesivamente utilitarista- *que la reducción de pena debe ser importante* para, precisamente, incentivar la delación. El citado tribunal señaló que una reducción escasa del monto

de las penas, además de mostrarse fútil en comparación con el aporte efectuado, se presenta como una señal de desaliento a imputados que, ante tan escasa recompensa, preferirán probablemente soportar algo más en prisión antes que someterse a los riesgos que la delación en mayor o menor medida implica. (Cámara de Casación Penal, Sala IV, Causa 2400, "Moray, José Mario", del voto de la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia, Fallo del 20/6/01).

El proyecto legislativo para incluir la figura del *arrepentido* en la Parte General del Código Penal. Fundamentos parlamentarios.

1) En virtud de los atentados terroristas que causaron la destrucción de la Embajada de Israel el 17/3/92 y del edificio de la Asociación Mutual Israelita Argentina en el año 1994 se presentaron muchas iniciativas legislativas propiciando la figura del *arrepentido* en la legislación procesal.

Luego de varios intentos el 6 de agosto del año 1997 fue aprobado en la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley que contemplaba la inclusión de una figura afín en la Parte General del Código Penal. Este proyecto – finalmente rechazado por la Cámara de Senadores- denominado como "*Circunstancias atenuantes para la fijación de penas, excarcelación y reserva de identidad de testigos*",⁴⁶ contenía el siguiente texto:

⁴⁶ Dada la aprobación obtenida por la Cámara de origen, como por las discusiones suscitadas a raíz del citado proyecto, el tratamiento legislativo de la cuestión constituye un antecedente insoslayable del presente trabajo. El texto corresponde al publicado el Diario de Sesiones del Honorable Senado del 6/7 de Mayo de 1998 pp.2544/45, y reproducido en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, Número 7, pp. 819/20.

Artículo 1° - Incorpórase como inciso 3° del artículo 41 del Código Penal el siguiente texto:

Inciso 3°- Cuando el sujeto se hubiere esforzado seriamente para evitar el resultado, reducir el daño, satisfacer a la víctima o hubiese cooperado decisivamente en la investigación, la escala penal aplicable se podrá disminuir del modo previsto para la tentativa. En caso de colaboración la reducción no se aplicará sobre la pena de inhabilitación.

Artículo 2° - Incorpórase como inciso 4° del artículo 41 del Código Penal el siguiente texto:

Inciso 4° - La reducción o eximición de pena podrá aplicarse en los casos en que la colaboración prestada permita condenar a los demás partícipes de hechos delictivos que habiendo causado la muerte de una o más personas hubiesen estado motivados en la raza, la religión, las ideas políticas o la actividad profesional de la o las víctimas.

Artículo 3° - Incorpórase como último párrafo del artículo 275 del Código Penal el siguiente:

La misma pena se aplicará al colaborador del artículo 41 que en el curso de una investigación penal formule imputaciones o proporcione datos falsos sobre terceras personas o simule pruebas.

Artículo 4° - Agregase como último párrafo del artículo 241 del Código de Procedimientos en lo Penal lo siguiente:

Los dichos de testigos que por fundado temor a su vida o la integridad personal obtuvieren decisión judicial para que se reserve su identidad sólo podrán ser usados para orientar la pesquisa, sin que puedan constituir prueba de cargo. Regirán las restricciones de los artículos 242 a 244 de este Código.

Artículo 5° - Incorpórase como inciso 6° del artículo 317 del Código de Procedimientos en lo Penal el siguiente texto:

Inciso 6° - Cuando a primera vista resulte de aplicación lo dispuesto por el artículo 41, último párrafo, del Código Penal y la pena eventual admita la condenación condicional.

Resulta importante reseñar la opinión de algunos legisladores en el tratamiento legislativo, dado que se plantearon posiciones encontradas que contribuyeran, ulteriormente, a que el proyecto naufragara.

2) A su turno el Diputado por Río Negro, Carlos Soria, informante del proyecto presentado señaló en el recinto entre otros conceptos, que:

a) *"...debemos construir una sociedad más justa y seria en lo que a la investigación se refiere, para aplicar condenas importantes"; "...en el futuro te[nemos] que crear herramientas legislativas que facilitar[án] el curso de las investigaciones"; "...figuras importantes y novedosas que ya se aplica[n] en otros lugares del mundo. Me refiero a figuras tales como las del informante, el arrepentido, el agente encubierto y el testigo arrepentido".*

b) *"...estamos en presencia, no sólo en la Argentina sino en el mundo, del crimen organizado, del delito trasnacional, de atentados terroristas que han venido...para quedarse"; "...nos damos cuenta de que las distintas figuras que habilita el Código Penal...ya no sirven para perforar estas estructuras organizativas que tienen una inteligencia, una logística, que es muy difícil penetrar y que en definitiva hace que luego de cometido el atentado sea muy difícil perseguir a sus responsables, a sus autores intelectuales o a sus instigadores. Por eso es que a ese viejo código hay que introducirle modificaciones." "...[P]orqué negarnos a aceptar una modificación a la legislación que en definitiva va a permitir un avance rápido en la investigación de...causas tan importantes".*

c) *"...con la actual legislación: si un cómplice, partícipe secundario en la comisión de alguno de estos delitos, quisiera dar elementos al magistrado o colaborar con él para que la causa avance, no podría hacerlo; tendría que auto-incriminarse. Y entonces sucede que todos, desde el delincuente más importante hasta el partícipe más secundario, son "tapadores". A nadie interesa que la causa avance o que se investigue. ¡Qué distinto sería [citando un camarista que no se nombra]*

si se permitiere a estos autores o cómplices, a estos partícipes secundarios, colaborar con la justicia en el esclarecimiento de los hechos!. Ya nadie podría cometer un delito de esta envergadura o lo haría sabiendo de antemano que quien es cómplice hoy, mañana podría ser un arrepentido, un colaborador de la Justicia....esta es la mejor forma de prevenir tales delitos.”

d) *“Por ello hemos aceptado el desafío...que el Estado renunci[e a] una parte de la pena a cambio de una colaboración para que avance la Justicia en la investigación de un delito. Y no es fácil porque hay un trasfondo ético. Pero pido a mis colegas que pensemos...si no es importante correr definitivamente el manto de impunidad que está rodeando a muchos de estos delitos que nos preocupan”. “No se si con esta herramienta novedosa e importante lograremos que se avance en la causa; pero...[a]demás ésta es una herramienta que se está aplicando en otros lugares y que ha permitido desbaratará importantes organizaciones delictivas fuertes y cerradas.”*⁴⁷

3) Por su parte, la Diputada Nilda C. Garré criticó el proyecto que fuera finalmente aprobado por la Cámara de Diputados y defendió el que ella presentara⁴⁸ con conceptos tales como los que siguen:

⁴⁷ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación del 6/8/97, pp.2390/2392.

⁴⁸ Denominado en la discusión parlamentaria como “de los juristas” por la colaboración prestada por los Dres. Raúl Zaffaroni, Pedro David, Ricardo Gil Lavedra, Carlos Arslanián y Andrés D’Alessio, el mismo consistía, básicamente, en agregar el siguiente texto como párrafo final del artículo 41 del Código Penal: “Cuando el sujeto se hubiere esforzado seriamente por evitar el resultado, reducir el daño o satisfacer a la víctima o hubiere cooperado eficazmente en la investigación, el juez podrá aplicar la escala penal de la tentativa, reducirla a la mitad o al mínimo legal de la especie de pena de que se trate”. Además incluía agregar como último párrafo del artículo 223 del Código Procesal Penal

a) *Que se pronuncia en contra de la figura del "arrepentido" porque "...se pretende que el elemento fundamental sea la figura del arrepentido y no la reparación de la víctima o la disminución de la pena. No estamos de acuerdo con la figura del arrepentido tal como ha sido propuesta...la mayoría de los tratadistas, las organizaciones de derechos humanos y los colegios de abogados han manifestado que es una figura delicada –incluso la Iglesia ha alertado al respecto-...[pues el Estado] negocia con los delincuentes...El Estado no puede valerse de los delincuentes para hacer justicia, pues el Estado de Derecho debe conservar su superioridad ética."*

b) *"[que se ha escuchado] como argumento pragmático el de la eficacia. [Se preguntó] si finalmente llegaremos a tolerar la tortura en el entendimiento de que también puede ser eficaz para el esclarecimiento de un hecho."*
"[Que la del arrepentido] es una figura profundamente inmoral porque pone precio a la magnitud del aporte de información y fomenta la negociación. Ello es mucho más grave aún en nuestro sistema, en el que precisamente debemos preservar la dignidad y la independencia de los jueces, y su capacidad para impartir justicia en el momento de la sentencia. Ese juez es el que vamos a tener que poner a negociar con el imputado o con el procesado para lograr más información. La modificación que...propone la bancada oficialista llega a la impunidad. Hechos terribles...podrían terminar con la impunidad de sus autores".

c) *"Se trata de algo profundamente injusto porque termina beneficiando al que más información tiene, que generalmente es un personaje central*

de la Nación el siguiente: "Los dichos de personas que por fundado temor para su vida o integridad personal requiriesen que se reserve su identidad, sólo podrán ser usados para orientar la pesquisa sin que puedan constituir por sí mismos prueba de cargo". (Diario de Sesiones de la CDN 6/8/97, pp. 2381).

en la banda y no uno periférico. Ese es el que tiene la posibilidad, por el aporte de información que efectúe, de lograr el máximo de beneficio”.

d) *“También es sumamente inmoral dado que cuanto más antijurídica sea la acción, crímenes por razones raciales o por la profesión de la víctima tendrán menos pena o directamente eximición...”.*

e) *“Esta figura que en un comienzo fue introducida en un proyecto de ley llamado antiterrorista...que se quiso introducir en un clima de emergencia marcado por el terrible impacto psicológico del atentado a la AMIA...escap[a] totalmente a los principios generales del derecho penal que señalan que las leyes en esta materia deben estar normativizadas dentro de un código y que no deben existir leyes especiales o de excepción, y mucho menos si estas son dictadas en momentos de un gran conflicto emocional en la sociedad.”*

f) *“[hay] que agregar a las consideraciones que el juez puede hacer en el momento de dictar sentencia, para atenuar o agravar la pena, algo que hasta el momento no se encontraba contemplado en esta legislación que es la conducta posterior...”. Señaló que así cuando en su proyecto habla de reducir la pena a quien haya “...’cooperado eficazmente en la investigación’: en este caso en cierto modo est[á] posibilitando aquello que algunos quieren llamar ‘ley del arrepentido’, pero no es lo mismo. La cooperación eficaz en la investigación también es una forma de reparar a la víctima y a sus deudos. La verdad alivia, tranquiliza, de alguna manera actúa como reparación, pero no es una transacción previa, no hay negociación, no hay inmoralidad de un juez midiendo la pena que va a aplicar a cambio de información.”*⁴⁹

⁴⁹ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación de fecha 6/8/97 pp. 2397/8. A su turno el Diputado Cafiero manifestó que con la figura del “arrepentido” “...se van a poder construir causas,

4) A su turno el Diputado Miguel A. Pichetto, apoyó el proyecto de la comisión en los siguientes términos:

a) *"El terrorismo internacional produce atentados que se cometen en un lugar y tienen efectos en otro...Estos hechos también se repiten en otros lugares del mundo, donde también existen fuertes dificultades para aclararlos...Este tipo de hechos son los que han ocurrido en Argentina..."; "...importa que...el Parlamento consagre lo que denominamos como una nueva forma de investigación para la lucha contra el terrorismo internacional."*

b) *"...la figura del arrepentido, que técnicamente ha servido en muchos países de Occidente, para la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, resulta fundamental."*

c) *"...[se] ha manifestado que la figura que se pretende introducir en el Código Penal no es ética. Seguramente debe ser más ético preservar la lealtad entre los delincuentes. Pero si tenemos que analizar esta figura tenemos que decir que no es ética....lo importante es la eficacia y que se termine con la impunidad. De ninguna manera es ético reducir la*

se van a poder construir culpables y también inocentes. Utilizo la palabra construir como sinónimo de fabricar. Mediante estas normas es posible que se fabriquen causas penales. Hoy no podemos determinar quienes van a ser las víctimas ni quienes podrán ir a prisión o sufrir penas de distinta índole como consecuencia de la colaboración que presten terceros en causas donde ellos son investigados y donde esos colaboradores canjeen una disminución de pena por la información que están brindando." (Diario de sesiones CDN 6/8/97, pp.2405). La Diputada Elisa Carrió opinó por su parte que "...la figura del arrepentido, en el contexto institucional de vaciamiento del Poder Judicial de nuestro país, constituye una herramienta más para contribuir a dicho vaciamiento, principalmente porque esta herramienta puede funcionar en países donde existen poderes judiciales fuertes, jueces independientes, fiscalías con recursos, disponibilidad de la acción penal y calidad institucional... En estas condiciones y sin un contexto de calidad institucional la figura del arrepentido va a significar la libertad de muchísimos delincuentes en Argentina a cambio de unos pocos condenados...puede suceder que queriendo legislar para la coyuntura terminemos creando mayor impunidad en el país". (Diario de Sesiones CDN, 6/8/97, pp. 2405/2406).

pena al autor de un hecho delictivo, pero estamos dando prioridad a un valor más importante y fundamental.”

d) “...la información que brinde el arrepentido servirá para destruir [la] organización delictiva y llevar a los responsables de su conducción a la cárcel. Esta es la filosofía con la que hemos concebido la figura del “arrepentido”. De ninguna manera se trata de una conmutación de pena ni del cambio de una figura por otra, porque ello no sirve desde el punto de vista de una valoración ética. El verdadero sentido de este debate es terminar con la impunidad, destruir la organización delictiva y procesar a los responsables de dicha organización.”

Como dijera al inicio, el proyecto finalmente no fue sancionado por la cámara de revisión (Senado) y hubo que esperar la asunción de un nuevo gobierno para que un proyecto similar tuviese consagración legislativa.

Ley 25.241 sobre hechos de terrorismo.

Texto legal y antecedentes parlamentarios.

1) Por medio de la citada ley se dispuso la reducción de la escala penal al imputado que colabore eficazmente con la investigación de los hechos de terrorismo, en los siguientes términos:

Art. 1: A los efectos de la presente ley, se consideran hechos de terrorismo las acciones delictivas

cometidas por integrantes de asociaciones ilícitas u organizaciones constituidas con el fin de causar alarma o temor, y que se realicen empleando sustancias explosivas, inflamables, armas o en general elementos de elevado poder ofensivo, siempre que sean idóneos para poner en peligro la vida o integridad de un número indeterminado de personas.

Art.2: En los supuestos establecidos en el artículo anterior, podrá excepcionalmente reducirse la escala penal aplicando la de la tentativa o limitándola a la mitad al imputado que, antes del dictado de la sentencia definitiva, colabore eficazmente con la investigación. Para obtener el beneficio se deberá brindar información esencial para evitar la consumación o continuación del delito o la perpetración de otro, o que ayude a esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos, o suministre datos de manifiesta utilidad para acreditar la intervención de otras personas, siempre que el delito en que se encuentre involucrado el beneficiario sea más leve que aquél respecto del cual hubiere brindado o aportado su colaboración.

Art.3: En los mismos supuestos podrá aplicarse el mínimo legal de la especie de pena, cuando la información brindada hubiere permitido acreditar la existencia de la asociación ilícita, desbaratar sus

actividades o acreditar la intervención de alguno de sus miembros en el hecho delictivo, determinando así el respectivo sometimiento a proceso de quienes no hubieran sido imputados hasta entonces.

Art. 4: La reducción de pena prevista precedentemente deberá ser decidida por el tribunal del juicio al dictar la sentencia definitiva.

Sin embargo tan pronto como la reducción de la escala penal prevista por los artículos 2° y 3° aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación de acuerdo a las normas procesales comunes.

Art. 5: Las declaraciones de las personas mencionadas en las disposiciones anteriores, carecerán de valor sino se producen con el contralor del fiscal, la querrela y la defensa, del modo establecido en las leyes procesales.

Los elementos probatorios obtenidos mediante la colaboración prevista en esta ley podrán exclusivamente ser utilizados en el mismo proceso o en otros por hechos relacionados o conexos con el que motivó aquél.

Art.6: Será reprimida con prisión de uno a tres años cualquiera de las personas que se acojan a esta ley y formulen señalamientos falsos o proporcionen datos inexactos sobre terceras personas.

Art.7: *Si fuere presumible que el imputado que hubiera colaborado, corriere riesgos en razón de ello respecto de su integridad personal o de su familia, se adoptarán las medidas de protección necesarias, incluidas la provisión de los recursos indispensables para cambiar de actividades laborales y la sustitución de su identidad.*

La presente ley fue publicada en el boletín oficial del 17/3/2000 y tuvo su origen en un proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo que asumiera en nuestro país en Diciembre de 1999, remitido para ser tratado en las sesiones extraordinarias del verano de 2000.

El tratamiento del proyecto *en general* tuvo lugar en la Cámara de Diputados de la Nación el día 27 de Enero de 2000, mientras que en la Cámara Alta el mismo se produjo el día 23 de Febrero del mismo año.

En lo que sigue serán destacados algunos argumentos de los legisladores que votaran en favor del proyecto en general.

2) El Sr. Diputado por Santa Fe, Tejerina, señaló que:

a) *“es muy importante destacar que la figura del arrepentido que hoy consideraremos se encuentra circunscripta únicamente a los hechos de terrorismo...”*.

b) *que “...como antecedentes de la ley del arrepentido, quiero mencionar que el objetivo y el fin de este instrumento es la lucha contra la organización armada.*

c) que *"...en materia de legislación comparada, vale señalar que, como se señala en el proyecto del Poder Ejecutivo, esta institución nace en Italia para combatir a las Brigadas Rojas y posteriormente a la mafia. En ese país los resultados han sido extraordinarios, ya que se permite la protección de la persona y se le da una semi-libertad a quien se acoge a la figura del arrepentido"*.

d) que *"...deben incorporarse también como atenuantes o eximentes de pena en el caso concreto situaciones posteriores a la comisión del delito que importen una colaboración con las víctimas o sus deudos. Esta colaboración que presta un coautor de un delito para dar mayor posibilidad de acceso a la verdad y a la justicia, a las víctimas y a sus deudos, sí puede ser considerada como una circunstancia atenuante o eximente de pena." "Aquí no se considera la utilidad que puede obtener el Estado en la punición; aquí lo que beneficia es la información que arrima a la verdad a las víctimas y a sus deudos."*

3) A su turno el Sr. Diputado Cruchaga, señaló:

a) que existe un *"...compromiso parlamentario en la búsqueda de nuevas herramientas legales para combatir estas formas extraordinarias de delincuencia organizada, que en nuestro país han generado los dos mega-atentados más graves, que han causado una gran cantidad de víctimas y han generado una enorme herida en el cuerpo social. Hoy, a casi ocho años del primero de ellos y a casi seis del segundo, todavía estamos esperando que el sistema legal regular y el funcionamiento del Estado, con sus instituciones, puedan dar una respuesta a la sociedad encontrando a los culpables para castigarlos, como ordena y determina nuestra legislación."*

b) que debemos "...considerar esto como una cuestión de Estado y de política de seguridad que supera el interés de los bloques o de los partidos porque debemos atender a una circunstancia desgraciada que sucedió en nuestro país y que esperamos que con estas leyes y otras decisiones del Estado se impida que sigan sucediendo. Pero las heridas están abiertas y la sociedad reclama justicia. Las partes involucradas, las víctimas, los familiares de estas últimas y las organizaciones ligadas con estos hechos, que han sufrido en carne propia estos mega-atentados acaecidos en la Argentina, siguen clamando justicia, y esta Cámara de Diputados debe recibir ese clamor y brindar -tal como lo marcan la Constitución y la ley- aquellos instrumentos que permitan que la Justicia argentina agote todo el arsenal para encontrar a los culpables y aplicarles las sanciones que correspondan."

c) se preguntó "¿... qué pasó desde el año 1997 hasta ahora? En torno a las dos investigaciones que se llevaron a cabo para encontrar a los responsables del atentado de la Embajada de Israel que duraron ocho años, no existe ningún procesado, y dicho expediente ya fue señalado y calificado por esta Cámara en los informes de la comisión bicameral. El efecto concreto de la aplicación de la ley y de los recursos ordinarios y legales del Estado en relación con la investigación de ese atentado ha sido nulo" "...existe un reclamo importante en el sentido de no privar a la Justicia de estas herramientas excepcionales a fin de lograr, dentro del marco de la Constitución y la ley, arrancar de raíz de la sociedad argentina a estas asociaciones criminales, que no sabemos si aún están vivas....pero sí advertimos que existen pactos de silencio. Además, esas organizaciones se están moviendo para interferir la investigación, lo que demuestra que también tienen capacidad operativa para interferir a la Justicia argentina."

d) señaló que *"...estas figuras son excepcionales porque los delitos también lo son... ya que se trata de un instituto complicado y peligroso, que estas medidas son transitorias y destinadas a descubrir estas asociaciones ilícitas....Mantenemos un nivel ético; no transamos con el delincuente...que debe brindar datos imprescindibles para ubicar a los autores y jefes de las asociaciones ilícitas. No hay transacción previa. Se trata de aportes sinceros a la Justicia para que ésta pueda detectar a las cabezas de las organizaciones, es decir, a quienes actúan como dirigentes y programadores, a los autores y coautores"*.

e) *"que no estamos con el sistema norteamericano sino con la legislación penal argentina. Quien desee acogerse a esta ley —es la interpretación de los integrantes de la Comisión de Legislación Penal y seguramente la de otros diputados de la comisión bicameral- deberá estar imputado o procesado por haber participado en un hecho contemplado en la normativa, y su declaración será espontánea y no regulada. En definitiva, un tribunal de sentencia evaluará y establecerá si la declaración efectuada tuvo valor para la investigación....En consecuencia, quiero manifestar...que no se habla de que exista una negociación previa o un pacto entre el juez y el imputado o procesado"*.

4) por su parte el Sr. Diputado Soria señaló:

a) que se debe proveer a *"...la Justicia argentina de aquellas herramientas que consideramos necesarias para el esclarecimiento de estos dos atentados"*.

b) que *"...los códigos vigentes revelaban insuficiencia en el ámbito operativo para combatir a estas organizaciones delictivas de compleja estructura, de multiplicidad de medios, donde por obra y gracia de la corrupción también están"*

metidos organismos policiales....al tratar de penetrar en estas organizaciones cerradas...el pacto de silencio siempre tornaba prácticamente imposible que las investigaciones judiciales pudieran avanzar. Lo que ocurre es que el sistema penal estuvo tradicionalmente pensado para delitos cometidos por individuos, y hoy –mal que nos pese- en nuestro país y en el mundo las organizaciones delictivas transnacionales tienen innumerables medios, poder económico, inteligencia y logística, todo lo cual dificulta mucho la investigación que pueda hacer un juez de instrucción”.

c) “el terrorismo internacional requiere para su consumación el concurso organizado de partícipes y cómplices. Sin embargo, nuestra legislación actual estimula la complicidad. ¿Por qué? Porque el que participa en estos delitos no puede denunciar sin auto-incriminarse, y entonces resulta tan interesado como el autor principal en que el delito no se esclarezca....” ...no hay nada más preventivo ni disuasivo para el delincuente que el hecho de no poder saber si su cómplice de hoy no será su denunciante de mañana. No veo entonces cuál es la razón de privar a la sociedad de esta herramienta...La delación de quienes atacan los principios básicos en que se sustenta la convivencia democrática no es moralmente reprochable ni implica deslealtad sino la sujeción debida a un orden superior que posibilita el mantenimiento de la libertad. Sí sería inmoral que el Estado tolerara la fidelidad a los pactos de silencio de las organizaciones delictivas”.

5) A su turno el Sr. Diputado Pichetto señaló:

a) que “...hemos ido comprendiendo la necesidad de dotar a la Justicia argentina de nuevas formas de investigación judicial. Cabe aclarar que no se

propicia crear un nuevo tipo penal sino que pretendemos brindar a los jueces un nuevo instrumento para la investigación judicial.

b) *“La experiencia europea, que recoge el derecho penal alemán e italiano, y la experiencia americana demuestran que, cuando se utiliza con sentido positivo e inteligente por parte de los magistrados –es decir, cuando no se la desvirtúa- esta figura brinda resultados efectivos”.*

c) *que “En cierta medida, la figura del arrepentido no tiene un componente ético, ya que el Estado resigna la aplicación de la pena a un hombre que ha cometido un delito y que integraba una organización terrorista. Hay una claudicación del Estado, por lo que no podemos evaluar la figura en ese plano, sino que la debemos considerar desde el punto de vista de la búsqueda de la eficacia y de la aplicación de la Justicia. El objetivo es terminar con la impunidad, que es un valor mucho más trascendente y superior a la discusión en la teoría de los valores. El Estado busca eficacia en la detención de una organización peligrosa; quiere que los principales delincuentes de una organización piramidal y estructurada, que es muy difícil penetrar, sean detenidos, a fin de terminar con el riesgo que dicha organización implica para la sociedad”.*

d) *que “Estamos poniendo un límite muy preciso, incluyendo sólo los actos de terrorismo, como lo hicimos con anterioridad con la ley 23.737, sobre narcotráfico, que constituye una legislación de avanzada, contiene normas penales muy duras y rígidas e incorpora nuevas formas de investigación, como el arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada. Siempre reivindicó esta norma, porque es un avance notable contra el delito transnacional, como el narcotráfico.*

e) que *“El transcurso del tiempo y la necesidad de dotar a los jueces de instrumentos que permitan avanzar en el esclarecimiento de algunos hechos nos llevan a este tipo de iniciativas. No planteamos esta ley como una solución mágica. Sería un error que la sociedad pensara que a partir de la sanción de la ley del arrepentido se resuelven mágicamente los casos de los dos graves atentados que se cometieron en la Argentina”.*

6) Por su parte el Sr. Diputado Caviglia señaló que:

“Más allá de que se trate de una norma hecha a medida de esos atentados, o de su carácter de ley especial –señalado en debates anteriores y también hoy en este recinto-, y a pesar de considerar que es una iniciativa inconveniente para el Estado de Derecho -porque toda ley de emergencia es contraria a los principios que rigen el derecho penal- los legisladores debemos demostrar que existe una clara voluntad política para avanzar en la instrumentación de estas nuevas figuras investigativas”.

7) En contra del proyecto se expidió la Sra. Diputada Carrió señaló que:

a) *“...me pregunto desde dónde se para el Estado para poder perseguir la verdad y la justicia: si se para desde una eventual negociación con el delincuente o si lo hace desde la preservación absoluta de los principios éticos que dieron lugar al estado de derecho y entre los cuales se encuentra el principio de la inocencia y el principio de la igualdad.”*

b) *“...tenemos la garantía del principio de inocencia. Pero por otro lado, y en forma contradictoria, decimos que si alguien habla se lo libera de la pena,*

y el que no habla, en garantía del principio de inocencia, va a terminar siendo penado, en lugar del que habla para lograr impunidad.”

c) que “...el problema del Estado no es sólo la eficacia sino que es la eficacia en la medida en que sea compatible con los principios del estado de derecho, que es un estado con mínimos e inquebrantables contenidos éticos. Porque cuando empezamos a sustituir los principios y los criterios éticos del estado de derecho por los principios de la eficacia del mercado, entonces empezamos a dar muerte lisa y llanamente, pero en forma segura, al estado de derecho”.

8) La ley 25.241 fue sancionada a escasos meses de asumir el gobierno electo en octubre de 1999 y tuvo por finalidad constituir una respuesta a la pretensión de esclarecimiento de los atentados contra la embajada del Estado de Israel de 1992 y el edificio de la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) de 1994.

Significó la incorporación de la figura del “arrepentido”, puntualmente al caso de los atentados terroristas, dejándose de lado la pretensión más abarcativa que impulsó el proyecto que, en 1997, obtuvo aprobación sólo en la Cámara de Diputados, tal como se señala en el acápite anterior.

La importancia de haber glosado parte de la discusión parlamentaria en los puntos anteriores radica en mostrar que la principal motivación de política criminal seguida por el legislador argentino, en la eventualidad, parte del convencimiento de que existía una situación de emergencia legislativa en el campo de la lucha contra el terrorismo. Así se menciona recurrentemente el escaso avance que habían tenido las causas por las que –aún hoy- se investigan los señalados atentados.

Ante ese cuadro se entendió que había una obligación del Parlamento argentino de dar una respuesta, teniendo en cuenta, especialmente, el

interés de las víctimas y sus deudos y la necesidad de dotar a las autoridades judiciales de "herramientas adecuadas para el esclarecimiento de los hechos".

Las voces en contra de la incorporación de la figura hicieron hincapié, principalmente, en los problemas de tipo ético que implicaba su consagración legislativa.

Respecto de los problemas generales de la figura, cabe remitirnos a las consideraciones dadas en los capítulos precedentes, sin embargo me referiré a algunas cuestiones puntuales incluidas en el texto de la ley 25.241.

La ley establece una atenuación de la escala penal por imputaciones de hechos ilícitos -calificados además como de terrorismo según la propia definición dada en el artículo 1º-, reduciendo la escala penal a la de la tentativa -o incluso a la mitad- cuando el imputado, antes del dictado de la sentencia definitiva, colabore eficazmente con la investigación. Esta ley -a diferencia del art. 29 ter de la ley 23.737- establece un piso de reducción de la pena, aunque el mismo es tan bajo -mínimo de la especie de pena, art. 3º- que no pasa de ser simbólico. Sin embargo se establece que el máximo de reducción corresponderá al imputado que aporte información que permita acreditar o desbaratar una asociación ilícita.

Esta ley, presenta un cierto refinamiento normativo en comparación con la ley 24.424 que incorporara la figura a la ley de Estupefacientes, toda vez que define en forma más apropiada el tipo de conductas que pueden verse beneficiadas con la atenuación, apoyándose para ello, en forma más decidida en la preservación del bien jurídico protegido dado que valora, en el grado más alto, las informaciones que sirvan "...para evitar la consumación o la continuación del delito o la perpetración de otro...". En este punto, por el contrario y como se viera "ut supra", la ley 24.424 parece prestar casi exclusiva atención al progreso de las investigaciones judiciales.

Asimismo, la ley 25.241, incorpora como novedad, la penalización de la imputación calumniosa del co-imputado -art-6°-; como, así, establece la obligación estatal de proveer medidas de seguridad de la integridad física del "arrepentido" y de su familia, las que pueden llegar a incluir la provisión de recursos y la sustitución de identidad.

La figura de la ley 25.241, consagra una circunstancia atenuante cuyo otorgamiento dependerá del criterio valorativo de los jueces del tribunal oral que intervenga en el plenario. En este aspecto, la estructura de la norma no difiere sustancialmente de la contenida en el art. 29 ter de la ley 23.737 (para los delitos de narcotráfico), o de la segunda parte del art. 14 de la ley 13.985 (en los delitos de espionaje y sabotaje).

Los magistrados del tribunal oral podrán poner en práctica, así, un verdadero *principio de oportunidad* al momento de la graduación de la pena.

El criterio de los jueces del tribunal no podría ser anticipado por el juez de instrucción. Entiendo que con ello se buscó evitar la negociación sinalagmática entre el imputado y la los órganos de la investigación.

No obstante ello, sería más atinado haber limitado la posibilidad de realización del aporte a la investigación a la etapa de sumario para acotar más aún las posibilidades de manipulación particular del objeto del proceso.

Con las previsiones señaladas se puede esperar -con algún grado de escepticismo- que el aporte del imputado deje de ser, burdamente, una contraprestación a un ofrecimiento *con expectativas ciertas de ser cumplido*, para pasar a ser una conducta colaboracionista con el propio Estado, hecha bajo el riesgo de ser considerada o no, finalmente, al momento de realizarse la graduación de la

pena. El grado de *alea* que ello conlleva justifica en algún grado la posibilidad de atenuación.

En todo caso, el imputado que colabore, y que considere que el monto de la pena fijado por el tribunal ha sido excesivo, -al igual que cualquier otro imputado en las mismas condiciones- tendrá abierta la posibilidad del recurso de casación previsto por el ordenamiento ritual.

Si bien el margen conferido por la ley a los jueces resulta amplísimo, a tal punto que la pena puede llegar a ser sólo simbólica si se considera que la escala penal puede ser reducida hasta el mínimo de la especie de pena que se trate, una circunstancia elogiabile es la imposibilidad de eximir de pena al *arrepentido*. Cualquiera sea el grado de colaboración observado por éste, ello no dejará impune la participación que pudo haber tenido en el hecho. En este sentido, también es elogiabile que se exija que el delito cometido por el delator sea de menor entidad que el de los individuos delatados, lo que pretende limitar la condena de los llamados "*perejiles*".

Si bien resulta cuestionable que el margen de discrecionalidad reconocido a los jueces sea tan amplio, es claro que la ley favorece la situación de los colaboradores de la justicia que se disocian y contribuyen al desmantelamiento de las organizaciones delictivas. Esto resulta congruente con la definición de lo que debe entenderse como "hechos de terrorismo" que contiene el art. 1° de la ley 25.241, toda vez que estos sólo pueden ser realizados -a los fines de la súper-atenuación que la ley otorga- a través de estructuras plurisubjetivas, que persigan esos fines.

La *emergencia legislativa* que reconoce la norma responde a la preocupación de los legisladores que debatieron su sanción en lo que hace a la existencia de estructuras organizadas para la perpetración de actividades terroristas, que superan los límites de un solo Estado. Y a pesar de que el texto legal aparece

muy sesgado hacia la investigación de un acontecimiento histórico muy concreto, y que carece de un límite temporal de duración –como sucede en muchas normas similares en el derecho comparado- no aparece como una norma individual dentro de un formato de ley. En efecto, si bien como se dijo, el ámbito material de aplicación de la norma es hoy, por ventura, bastante acotado, conforme el nuevo contexto internacional –especialmente a partir del 11 de Septiembre de 2001- para el caso indeseado de que se produzcan nuevos hechos terroristas en nuestro país, la ley 25.241 podría ser, obviamente, utilizada en un contexto de mayor imparcialidad.

La ley 25.742 sobre secuestros extorsivos.

La ley 25.742, sancionada el 4/6/2003 introdujo una serie de modificaciones al Código Penal referidas a los secuestros extorsivos y la privación ilegal de la libertad coactiva (arts. 170 y 142 bis del C.P.), incluyendo la incorporación de la figura del “arrepentido” en este tipo de delitos (artículo 41 ter).

La norma señalada establece la posibilidad de reducir las escalas penales de los artículos señalados en un tercio del máximo y la mitad del mínimo respecto de los partícipes y encubridores que, durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita conocer el lugar donde la víctima de encuentra privada de su libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento.

Se establece que sólo podrán gozar de este beneficio quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identifiquen.

Esta disposición guarda paralelismo con las consagraciones legislativas que señalara en los acápites anteriores especialmente en lo que hace a la

contribución de las informaciones brindadas en la preservación del bien jurídico protegido (libertad e integridad de la persona secuestrada).

Sin embargo es criticable que en la parte general del Código Penal se haya incorporado una norma atenuante *que se aplica respecto de dos tipos penales solamente*, cuando hubiera sido preferible aprovechar la oportunidad para estudiar legislativamente el tema incluyendo una norma que englobe a todos los delitos por igual, acabando la costumbre de legislar en este tipo de materias sólo para la emergencia como se señala en el capítulo siguiente.

CAPITULO QUINTO

NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA DEL "ARREPENTIDO"

Diferencias con el denominado *arrepentimiento activo* de la tentativa acabada.

Las figuras negociales que trato en este trabajo son necesariamente legisladas para el momento posterior a la ejecución del hecho criminoso. Es más, en la mayoría de los casos existirá ya un proceso en pleno trámite.

Sin embargo sabido es que, en el ámbito de los delitos que admiten la tentativa (art. 43 del C.P.), la ley beneficia también a quien se esfuerza seriamente para evitar la producción del resultado típico, a pesar de haber realizado, en forma previa, todo lo necesario -según su propio plan- para que ese resultado se produzca. Esto es lo que se conoce como *arrepentimiento activo*.

Para fundamentar la impunidad de este último se han formulado las siguientes posturas: a) la *teoría del premio*, para la cual la impunidad es nada más que eso, pues la contraconducta aparece como un *mérito que debe premiarse con el perdón*; b) la *teoría político-criminal* que ve en la impunidad un "*puente de plata*" que se tiende al enemigo que huye; c) *teoría del fin de la pena*, que justifica la prescindibilidad de la sanción en puntos de vista *retribucionistas* -culpabilidad atenuada- o *prevencionistas* -energía criminal disminuida-.⁵⁰

⁵⁰ MIR PUIG, SANTIAGO, en "Derecho Penal, Parte General", Barcelona, 1995, (5ta. Edición), pp.350 y GÜNTHER STRATENWERTH, "Derecho Penal, Parte General, I, El Hecho Punible", Edersa, Madrid, p. 219.

El *arrepentimiento activo* ha sido definido como el comportamiento humano, verificado materialmente en el mundo exterior, voluntariamente dirigido en sentido contrario a un precedente comportamiento penalmente ilícito realizado.⁵¹

Si bien el citado *arrepentimiento ante-delictum* no tiene consagración expresa en la Parte General del Código Penal argentino, y surge de una interpretación extensiva *in bonam partem* del art. 43 del C.P., sí la tiene en la Parte

⁵¹ FLORA, G. "Il ravvedimento del concorrente", Padova, 1984, p 1 y ssgte. El mismo Diccionario SALVAT señala que en Derecho se entiende como *arrepentimiento activo* al que "...manifiesta el reo en actos encaminados a disminuir o reparar el daño de un delito, o a facilitar su castigo. Es circunstancia atenuante". "Si en algún momento el autor renuncia a continuar la realización de su intención delictiva o se esfuerza por reparar la ilicitud ya cometida, normalmente ello no lo liberará de la pena que le corresponde pero puede tener efecto en la individualización de la misma. Sin embargo, con respecto a la tentativa rigen reglas especiales: el desistimiento voluntario determina la no punibilidad...La tentativa acabada resulta impune si el autor impide voluntariamente la consumación del hecho (el llamado 'arrepentimiento activo')". GÜNTHER STRATENWERTH, op.cit. p. 219.

MARCELO A SANCINETTI sostiene una posición diferente. Si bien entiende que el *arrepentimiento activo* debe ser entendido como el *desistimiento de la tentativa acabada*, sostiene que al mismo no le corresponde la impunidad regulada por el artículo 43 del C.P. sino sólo la disminución general establecida para la tentativa por el art. 44 del mismo cuerpo legal. Sostiene Sancinetti que "...si el autor no se ha asegurado en un 100% de poder evitar la consumación (ya no hay más *solamente* tentativa) o bien queda el hecho en (mera) tentativa, pero, aquí, al menos en *alguna* medida, sólo por casualidad": por la casualidad de que la consumación *no se produjo*. Que al mismo tiempo pueda concurrir un comportamiento posterior frustrante del resultado (en *esta otra* medida, una cuota de "voluntad", no de casualidad) no impide que, en la primera fase, el resultado no se produjo por circunstancias *ajenas a la voluntad del autor*, y, entonces, el hecho es punible, conforme al art. 43, C.P., según las penas establecidas en el art. 44, C.P.". En op. cit., p. 807. En la nota "23" este autor remite a su obra "Ilícito Personal y Participación", Ad-Hoc, Bs. As., 1997, pp. 48 y ss., y se apoya en Günther Jakobs quien niega la posibilidad de desistimiento cuando el autor ha abandonado al azar aunque sea *una* chance de consumación que no puede revertir con seguridad.

MARGARITA MARTINEZ ESCAMILLA, en "El desistimiento en Derecho Penal", Madrid, 1994, señala que en el caso del desistimiento del partícipe, para que comporte impunidad, la faceta externa del mismo no depende de que el partícipe lleve a cabo un comportamiento positivo o se limite a no seguir actuando. Para ella, por ejemplo, cuestionar si el partícipe tiene que comunicar a los otros intervinientes su desistimiento o basta con "desaparecer de escena" supone plantear un falso problema. A su juicio, lo decisivo no son las formas externas que puede revestir el desistimiento, sino más bien los efectos del mismo. (op. cit., pp. 115 y ssgtes.).

GUSTAVO E. L. GARIBALDI, en "Distinción entre tentativa acabada e inacabada. Presupuestos del desistimiento" en Revista de Jurisprudencia Provincial, Octubre 1991, Vol. II, nro. 4, p. 321 y ssgtes., sostiene que en los supuestos de tentativa acabada se requiere, además de la omisión de continuar con las acciones, que según el plan conducen al resultado; la voluntariedad de la omisión; el abandono definitivo del plan; y la ausencia de conocimiento de la inidoneidad (en caso de tentativa inidónea) o de la consumación, como hipótesis deseable, todo lo cual se exige para el caso de la tentativa inacabada, *la utilización de todos los medios al alcance del agente para evitar la consumación*. A la pregunta de si es posible desistir una tentativa acabada sin alcanzar a evitar el resultado?, responde el citado autor que, a partir de una teoría subjetiva del ilícito penal *el autor podrá desistir si ha hecho todo lo posible para evitar el resultado, siempre y cuando ex ante hubiera considerado posible el evitarlo. Aún cuando no tuviera éxito, más allá del resultado, las razones de prevención que fundan la existencia del desistimiento regulado, debieran posibilitar en este caso de tentativa acabada, la impunidad*. Op.cit., pp. 325.

Especial del Código Penal respecto de algunos supuestos de *actos preparatorios punibles*, como ocurre en los casos de los delitos de *Traición* (art. 217 del C.P.), de *Rebelión* y *Sedición* (para los que no sean promotores o directores del tumulto popular, art. 232 del C.P.) y en los delitos de *Espionaje* y *Sabotaje* (ley 13.985, art. 14, primer párrafo).⁵²

En los delitos de Espionaje y Sabotaje también existe una norma con componentes comunes al arrepentimiento *post-delictum* que nos ocupa en el presente trabajo, dado que se parte de que los hechos típicos ya han sido consumados, previéndose *posibles disminuciones de pena*, siempre que se denuncie el hecho a las autoridades y se procure el arresto de los coautores o cómplices (ley 13.895, art. 14, segunda parte).

Lo que distingue al *arrepentimiento activo* frente a conductas de *colaboración lisa y llana con la investigación* como las que consagran nuestras leyes 23.737 y 25.241 —o la recién citada de la ley 13.895, art. 14, 2º párrafo—, aparte del simple dato de que uno es anterior y el otro posterior a la consumación del hecho típico es, sin dudas, la circunstancia de que en el arrepentimiento activo se verifica una *contraconducta*, de contenido opuesto a la acción típica que la precede. Y este *comportamiento antitético* actúa básicamente sobre el *bien jurídico penalmente protegido*, al impedir la concreción del resultado dañoso.⁵³

⁵² Así surge del artículo 14, primer párrafo de la ley 13.985 de "Delitos contra la Seguridad de la Nación", cuando señala que "*Quedará exento de sanción penal el que habiendo incurrido en los actos calificados como delito por esta ley [espionaje y sabotaje] los denuncie ante las autoridades civiles o militares antes de haberlos consumado*"; y del artículo 217 del Código Penal que señala, respecto de los delitos de "Traición" que "*Quedará eximido de pena el que revelare la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento*".

⁵³ MIR PUIG, en Derecho Penal, Parte General, Barcelona, 1995, (5ª Edición) op.cit, pp.354, sostiene que la admisión de la eficacia del desistimiento en la tentativa acabada se podía admitir en la analogía *in bonam partem*. Sin embargo aquí no basta un mero cambio de opinión del autor o el no proseguir con el proyecto criminal, pues se crea una situación de peligro que se independiza del autor.

Esta situación en modo alguno se requiere para la figura del “arrepentido-colaborador de la justicia”.

La emergencia como fuente legislativa.

Más allá de los fundamentos dados para penalizar más levemente la tentativa -acabada o inacabada- y el desistimiento voluntario o el arrepentimiento activo, cuando se trata de hallar un fundamento a la legislación sobre el *arrepentido*, las dificultades resultan enormes, dado que los argumentos que se escuchan son exclusivamente *utilitaristas*, basados ellos en la necesidad de fomentar la tarea del Estado de perseguir delitos dotándola de una pretendida eficacia. No por casualidad este tipo de normas está incluido sólo en determinados ámbitos de la legislación penal, como el terrorismo, el narcotráfico o la protección de la seguridad de la Nación y más recientemente en los casos de secuestros extorsivos que se han multiplicado últimamente -en nuestro país-, o la corrupción o las organizaciones mafiosas -en otros países-, que por determinadas circunstancias se consideran especialmente sensibles. Cabe acotar, que en estos dos últimos campos -corrupción y crimen organizado- también se aplican a nuestro país dos instrumentos internacionales que aún no han sido trasladados a la legislación común: la “Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional” suscripta por nuestro país junto a 124 países en la ciudad de Palermo, Italia, entre el 12 y el 15 de Diciembre del año 2000, y la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, firmada -también

Para que el desistimiento en los *actos preparatorios punibles* o en la *tentativa acabada* merezca la impunidad, tendrá que ser *activo*, de manera que contrarreste el peligro creado: deberá suponer la retirada completa de la aportación al hecho.

por la Argentina- en Diciembre del año 2003 –esta última aún no ratificada legislativamente-.

Cuando en los citados ámbitos -o en cualquier otro- se detecta la irrupción de hechos que producen una fuerte impresión en la sociedad en general, es común que se declare una hipotética *situación de emergencia*. Como este cuadro parece exigir una *respuesta rápida*, muchas veces se produce una reacción desesperada ante lo que podría considerarse como una clara ineficiencia de parte de los órganos de la persecución penal. Muchas veces, sancionando este tipo de normas se busca dar tranquilidad a la sociedad, al tratar de generar la sensación de que *se está haciendo algo* para combatir el delito.⁵⁴

Las *normas de la emergencia*, además, reconocen como punto de partida, la ineficiencia de las prácticas habituales de persecución del delito.⁵⁵ Por ello

⁵⁴ CLAUDIA NEIRA señala, haciéndose eco de otras opiniones, que *"La mentada legislación de emergencia -pergeñada para atender necesidades que, con razón o sin ella, se presentan como transitorias (por Ej. terrorismo)- es, sin duda la más proclive a crear una atmósfera de cambio institucional, por tratarse comúnmente de una reacción casi refleja, es decir las más de las veces irreflexiva, suscitada por el temor de no poder dominar eficazmente la proliferación de los ataques al orden de la sociedad con la pobreza instrumental de instituciones pensadas para una sociedad de características distintas".* En "El Arrepentido y El Agente Encubierto" L.L. 1997-B 1431/1435. EDUARDO AGUIRRE OBARRIO, en "Enmascarados y Arrepentidos", en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales, Año XLII – Número 35, 1997, pp.330., señala a propósito de casos criminales que tienen difusión en los medios (Casos "Carrasco", "María Soledad", "Cabezas", "Embajada de Israel" y "Amia") que es común afirmar que *"...estos hechos concretos no pueden quedar impunes, que debemos hacer cualquier cosa para descubrir sus autores y castigarlos. 'Cualquier cosa' implica atribuir un valor superlativo al fin de descubrir y castigar. Entonces se empieza a pensar que el fin justifica los medios y así nace la idea de aplicar nuevos ingeniosos métodos de investigación y de prueba...que no son tan nuevos [siendo que] no es cierto que todos los hechos puedan aclararse por más empeño que pongamos..."* En la pp. 345 señala que *"...cuando en cualquier lugar y tiempo surgen problemas parecidos, el hombre tiende a solucionarlos de la misma manera que se empleó o emplea en otros sitios o épocas. Comete los mismos errores y, a veces, llega a los mismos aciertos. Es por esta razón que, frente al terrorismo y al tráfico de drogas, por ejemplo, se ven renacer los mismos ingredientes de lucha..."*.

⁵⁵ El Procurador General de la Nación, Dr. NICOLAS E. BECERRA en una conferencia brindada en la Universidad Austral en el mes de Octubre de 1997 señaló que *"...el Poder Judicial debe dar una respuesta satisfactoria a las necesidades actuales. Una justicia que responde a los problemas de hoy con las estructuras del pasado no puede ser más que una justicia obsoleta. El desafío que nos toca es el de diseñar una justicia que impulse el cambio en la dirección correcta. Es un desafío pero es también la consecuencia de la necesidad de dar satisfacción a un fuerte reclamo comunitario. Hoy como nunca la ciudadanía, el hombre común, advierte con notable nitidez, que el Estado de Derecho requiere, ineludiblemente, una justicia eficiente..."*, en "La Justicia Penal nuevamente entre Garantía y

buscan la colaboración de quienes han tenido algún tipo de participación en las actividades delictivas a las que apuntan como fuente fundamental de información a fin de orientar adecuadamente las investigaciones criminales.

La crisis del sistema de pruebas en el proceso penal, más allá de la aparición de nuevas formas delictivas, no es nuevo ni sorprendente. Erich Döhring señala que, tradicionalmente, en ciertas clases de causas penales, como por ejemplo en algunos delitos políticos *"...casi no es posible probar la culpabilidad del autor si no es por medio de sus coimputados. Sobre todo tratándose de miembros de una asociación prohibida, que lucha contra el Estado, la prueba de la culpabilidad a menudo sólo puede obtenerse valiéndose como testigos de otros miembros de la misma organización clandestina"*.⁵⁶

El mismo Ferrajoli siendo profundamente crítico de la legislación de emergencia que, según expone, causó un debilitamiento de las garantías procesales al haber desequilibrado el proceso reforzando enormemente el rol de la acusación en desmedro de la defensa, reconoce que *"existe, pues, un nexo no sólo entre derecho penal mínimo y garantismo, sino también entre derecho penal mínimo, efectividad y legitimación del sistema penal. Sólo un derecho penal mantenido únicamente para la función de tutela de los bienes primarios y de los derechos fundamentales, es idóneo, junto a la certeza y a las otras garantías penales; sin olvidar la eficiencia de la*

Eficiencia: el Arrepentido y el Agente encubierto - Algunas Preocupaciones Previas"; Revista Jurídica LA LEY, T.1999-A, p. 759.

⁵⁶ SCHINDLER y VYSINSKIJ, citados por ERICH DÖHRING, "La prueba. La investigación del estado de los hechos en el proceso", Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Trad. Por Tomás A. Banzhaf pp. 148/149. Señala este autor que las declaraciones del coimputado pueden no sólo servir a la pesquisa, sino contribuir al esclarecimiento de los hechos, cuando, por cualquier razón, sean especialmente fidedignas; así por ejemplo cuando el informante apoya sus indicaciones con hechos claves que la persona a la cual hace los cargos no niega o, aunque negados, son luego verificados mediante indagaciones complementarias.

jurisdicción contra las formas, siempre más potentes y minuciosas, de la criminalidad organizada".⁵⁷

Precisamente en el ámbito de la criminalidad organizada, es fácil advertir que lo que se encuentra en juego, en realidad, no es sólo un bien jurídico autónomo –que también puede verse afectado- sino toda una gama de bienes jurídicos individuales y pluriindividuales que pueden constituir, a partir de conceptos tales como el “orden”, la “seguridad” o la “tranquilidad” públicas, dimensiones macroscópicas, por ende, de contenido impreciso. La penalización de las figuras asociativas expresa, en verdad, la exigencia de preparar una tutela anticipada, de cara a agresiones por parte de organismos *plurisubjetivos* que, por ello solo, presentan características de *especial eficiencia criminal* –en principio bien superiores a las expresadas por agregaciones momentáneas y casuales o por una programación criminal *monosubjetiva*- y a cuya acción normalmente va unida una acentuada alarma social. Estos datos bastan para legitimar una particular atención al fenómeno criminal asociativo por parte de la ley penal.⁵⁸

Sin embargo, la emergencia penal sobre la que se asientan, en nuestro derecho, reformas tales como las de la ley 24.424 o de la ley 25.241, o la más recientes de las leyes 25.742 y 25.760, se presentan en forma muy distinta a como lo ha sido en Europa.

En Italia, por ejemplo, la citada emergencia produjo una clara anticipación de la tutela penal, poco compatible con los principios de ofensividad y con las reglas de la tentativa. También, una frecuente criminalización de actos preparatorios, equiparándose la tentativa con la consumación. Se ha afectado el

⁵⁷ FERRAJOLI, L, “Garantías Constitucionales”, Rev.Arg. Der.Const., Ediar, Bs. As., 2000, N°2, p.49.

⁵⁸ SERGIO MOCCIA, “El derecho penal, entre ser y valor- Función de la pena y sistemática teleológica”, Colección Maestros del Derecho Penal, Editorial “BdeF, Bs.As., 2003, pp253/54 .”

principio de materialidad al penalizarse actos de propaganda y manifestaciones fascistas, y el de proporcionalidad al preverse penas durísimas para cualquier delito con finalidad terrorista o de subversión.

Ante un cuadro semejante la aparición de figuras supuestamente *premiales* aparece en un contexto diametralmente distinto.⁵⁹ En efecto, estas figuras tienden a insertarse en un ámbito de lucha contra una criminalidad organizada *que parece haberse instalado*, mientras que las normas de emergencia que obtuvieron sanción en nuestro país demuestran más bien estar destinadas a la resolución de casos concretos. Por ello, sólo contienen normas de atenuación y no de agregación de nuevas figuras penales o agravamiento de penas, con excepción de la reciente ley 25.742 que incorporó la figura del arrepentido en los casos de privación de la libertad y secuestro extorsivo y agravó la escala penal.

La regulación de las figuras *premiales*, sólo en el ámbito de la emergencia, demuestra que subyace en la voluntad de nuestros legisladores un claro rechazo a su consagración en forma abierta, esto es, para todos los delitos lo que podría enervar las críticas a la figura como violatoria del principio de igualdad ante la ley contenido en el art. 16 de nuestra Constitución Nacional.

De las discusiones parlamentarias que se glosan “ut-infra” resulta claro que para muchos legisladores los cuestionamientos morales que se le achacan a las normas promocionales –los cuales se verán más puntualmente en el acápite siguiente- resultan atendibles.

Está claro, no obstante, que la figura en nuestro derecho tiene, al menos por ahora, un claro tinte residual; lo que conlleva como efecto colateral que se

⁵⁹ Ídem, pp. 268 y ssgtes.

la pueda calificar como un verdadero *parche legislativo*, y ello de por sí constituye un aspecto criticable.

La figura del “arrepentido-colaborador de la justicia” como premio.

A pesar de la opinión de muchos autores, considero inadecuado tomar al *arrepentido* como una figura premial. Sólo puede entenderse así si exclusivamente consideramos una parte del problema que ella conlleva.

Es más si entendiéramos al *arrepentido* como un premio, serían justas las críticas en cuanto a la inconveniencia de que el Estado *premie* a quien no sólo no se lo merece, sino que además ha demostrado conducirse deslealmente respecto de sus propios cómplices. También sería justa la crítica que señala que es muy probable que el consabido “premio” termine siendo otorgado al *peor* de los implicados en el hecho delictivo, dado que es más fácil que quien integre los estamentos más altos de la organización delictiva delate a los que ocupen un lugar jerárquicamente inferior, pues es obvio que tendrá mejor información que aportar.

Mucho se ha escrito acerca del carácter premial de figuras como la del “*arrepentido*” u otras análogas. Se ha señalado, por ejemplo, que la relación premio-sanción ya fue objeto de estudio y reglamentación en la Roma clásica, y que en el ámbito filosófico, el problema de la función promocional del derecho penal – siempre en estrecha correlación con el concepto de justicia premial- atrajo la atención de los más grandes autores de la historia, desde Platón a Aristóteles, de Cicerón a Santo Tomás de Aquino, pasando por Soto, Maquiavelo, Motaigue, Hobbes o Spinoza. Se señala que el verdadero fundador del Derecho premial fue el inglés Jeremías Bentham, el cual en su “teoría de las recompensas”, apuntaba la posibilidad

de estructurar el proceso premial sobre el modelo civilista, haciendo del mismo una rama del proceso civil, en el que el particular habría debido asumir el papel de actor para obtener el premio demandando a la autoridad competente.⁶⁰

En mi opinión está claro que algo que merece reproche (la participación en un hecho delictivo) nunca debería ser considerado motivo de *premio*. Se dice, no obstante, que lo que se *premia* es la conducta posterior al hecho, y que ese *premio* puede llegar a borrar la pretensión punitiva en sí misma. Con un criterio semejante, no habría más que coincidir con la inmoralidad de todo el sistema. Lo inmoral, así, no sería que el Estado se sienta a parlamentar con los delincuentes, sino el doble discurso que permitiría castigar y premiar alternativamente al mismo individuo, con motivo del mismo hecho delictivo, sólo por una razón de conveniencia.

Entiendo inadecuado hablar de premio al delincuente, porque un Estado que permita ello está propendiendo a un sistema de valores totalmente desquiciado.

La figura del “*arrepentido*” debe necesariamente enmarcarse *dentro* del sistema jurídico penal. Como es sabido, aquél se estructura como un sistema de disposiciones que establecen penas y la pena supone un *castigo*, un *sufrimiento* que se estima justo -según se prefiera- por razones prevencionistas o retribucionistas.

Si los presupuestos de actuación del Derecho Penal son conductas reprochables, nunca estas podrán ser motivo de aplicación de un sistema de normas

⁶⁰ Un buen compendio de ello lo constituye el Capítulo I de la obra de MANUEL QUINTANAR DIEZ, op.cit..

totalmente extraño, *el pretendido Derecho Premial*. Si este existe –y creo que así es⁶¹ su presupuesto normativo serán conductas *verdaderamente elogiables*. Y esta plausibilidad debe existir desde un comienzo y no provocada por la conducta procesal del premiado que delata a sus cómplices.

La ubicación dogmática del *arrepentido* como excusa absolutoria.

Se ha sostenido que esta figura conlleva un supuesto más de lo que se han dado en llamar en la doctrina castellana *excusas absolutorias*. A éstas se las reconoce como hipótesis en las cuales el Estado renuncia a la imposición de una pena, respecto a un sujeto determinado, por fundamentos de política criminal, ya que se sostiene que la aplicación de la misma resultaría inconveniente o perjudicial.⁶²

La Cámara Nacional de Casación Penal ha señalado, con apego a la previsión contenida en el apartado b) del art. 29 ter de la ley 23.737, que la revelación de información funciona para el imputado arrepentido como una suerte de premio – teoría anterior- 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 de su culpabilidad, deberá acarrear como efecto inmediato y por su relevancia la disminución retroactiva de la punibilidad ya constituida." (Cámara de Casación Penal, Sala III, en "Mosqueda, Carlos Ariel", causa 3454 del 5/11/01).

⁶¹ Un ejemplo de este Derecho Premial lo constituye la despenalización del desistimiento y del arrepentimiento activo en la tentativa; o, a mi juicio, el instituto de los Daños Punitivos propio del Derecho común. Estos últimos se otorgan en favor de la víctima que se decide a iniciar un juicio en casos de daños masivos, buscando el castigo de quien produce el daño, pero también el incentivo o premio de quien se decide a vencer la inercia e iniciar el juicio.

⁶² ESTEBAN RIGHI – ALBERTO FERNÁNDEZ, "Derecho Penal. El Delito. El Proceso y la Pena". Hammurabi, Bs. As., 1996, pp. 249.

De esta posición son partidarios, entre otros, Enrique Arce y Elizabeth Marum cuando sostienen que el efecto de estas normas es reducir o suprimir retroactivamente la punibilidad ya constituida o fundamentada.⁶³

Entiendo que la tesis señalada no resulta plausible ya que la facultad discrecional del órgano jurisdiccional, que entraña este instituto, es absolutamente extraña al ámbito de las excusas absolutorias, que constituyen verdaderos obstáculos que excluyen o cancelan la pena.

En el caso de los obstáculos *excluyentes* de punibilidad -como señala Eugenio Zaffaroni- es muy claro que no se trata de causas que impongan la absolución, sino que su existencia -puesto que es siempre concomitante con el delito- descarta *ab initio* la operatividad de la coerción penal, de modo que elimina cualquier posibilidad de que la acción procesal se ponga en movimiento contra quien se halla en esa situación. En estas causas, la exclusión de la respuesta estatal opera desde el mismo momento del hecho (vgr. algunos delitos contra la propiedad cometidos entre parientes próximos; la menor edad cuando no se trata de casos de inimputabilidad; la impunidad de la mujer que intenta su propio aborto; la impunidad de las injurias recíprocas fuera de los casos de la legítima defensa; las injurias vertidas en juicio y no dadas a publicidad, etcétera).⁶⁴

⁶³ ENRIQUE A. ARCE y ELIZABETH A. MARUM, en "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, Año III, nro 6, pp. 326. Estos autores, confunden a mi modo de ver la etiología de las *excusas absolutorias* considerándolas género de especies tales como el *arrepentimiento activo*, que reconocen diferentes fundamentos. Las primeras en la *ausencia o cancelación* de la punibilidad *por razones de política criminal*; el segundo en un comportamiento concreto, de sentido antitético a la conducta típica, que recompone la vigencia del Derecho, al actuar positivamente inmediatamente sobre el objeto del tipo objetivo y mediatamente sobre el bien jurídico protegido. La misma tesis es sostenida por LUIS MARIA BUNGE CAMPOS, en "Delatores, Informantes y casos análogos", en Nueva Doctrina Penal, Vol. 1999-B, pp.777/785.

⁶⁴ EUGENIO RAUL ZAFFARONI -ALEJANDRO ALAGIA; ALEJANDRO SLOKAR - "Derecho Penal, Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 841 y ssgtes. El autor critica, no obstante, la utilización de la palabra *absolución* por las connotaciones procesales que ella importa.

Respecto de los obstáculos que *cancelan* la punibilidad, aún siendo *sobrevinientes al hecho ilícito* –a diferencia de los que la excluyen– se encuentran establecidos en abstracto por la ley y por ello, en modo alguno dependen de la facultad de apreciación judicial. En efecto, tanto en la prescripción, el indulto o el perdón del ofendido en los delitos de acción privada, la operatividad de dichas causas resulta *de puro derecho*, estando el juez constreñido a declarar siempre la extinción de la pena cuando se configure la causal. Lo mismo ocurre con las causas personales de *cancelación* de la respuesta punitiva, establecidas en la parte especial del Código Penal, con referencia a determinados tipos penales en particular, tales son los casos de la retractación pública del culpable de injuria o calumnia formulada antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo (art. 117 del C.P.) o en los casos de avenimiento en los delitos contra la integridad sexual (art. 132 del C.P.).

Está claro que tanto los obstáculos que excluyen la pena como los que la cancelan tienen contenido *sustancial y abstracto*, y es por ello que se encuentran regulados en forma genérica en la legislación penal de fondo.⁶⁵ Como sostiene Soler, para que pueda hablarse de *excusas absolutorias* es menester que no exista una pretensión punitiva preexistente, pues la configuración de aquéllas *“afecta la existencia misma de la punibilidad [ya que puede afirmarse que] cuando media una excusa el sujeto no fue nunca punible...”*⁶⁶ algo totalmente diferente a lo que sucede con el “arrepentido-colaborador de la justicia”.

Hay que tener en cuenta que la posibilidad de otorgar beneficios punitivos al imputado que colabora, tiene principalmente en cuenta su conducta

⁶⁵ CLAUS ROXIN tiene una posición diferente. Para este autor las circunstancias que excluyen la pena pertenecen al Derecho Procesal, estén previstas legalmente o encomendadas al arbitrio de las autoridades encargadas de la persecución criminal. “Derecho Penal – Parte General – Fundamentos – La Estructura del Delito”, Civitas, Madrid, 1997, p. 992.

⁶⁶ SEBASTIÁN SOLER, “Derecho Penal Argentino”, Tea, Buenos Aires, 1978, 8va. Reimpresión Total, t.II, pp. 448, con cita de LISZT-SCHMIDT nro. 74 y FINGER, p. 562.

procesal. Esta no puede ser prevista en abstracto por el legislador, y por lo tanto quien termina integrando la norma es el propio juez. En ese sentido, todos los adjetivos que se incluyan en el texto de la ley ("*utilidad de la información*", "*avance significativo*", "*importante colaboración*", "*esfuerzo serio*") no pasan de ser datos muy lábiles que dejan abierto el tipo penal de manera inaceptable. Esto resulta incompatible con una hipotética excusa absolutoria, la cual, por definición, debe estar legislada en condiciones de imparcialidad.⁶⁷

Las figuras del *informante* o *colaborador* previstas en las leyes 23.737, 25.241 o 25.742 *no constituyen normas de orden público*, y se encuentran sujetas a la apreciación judicial, tanto en lo que hace al alcance que tendrán a favor del interesado como a su procedencia misma. La laxitud de las normas citadas y las amplias facultades discrecionales de los jueces permiten que el único tributo al principio de legalidad que deba brindar el magistrado que concede o deniega los beneficios punitivos establecidos por ambas normas sea el de expresar en el fallo una *razón suficiente* propia de cualquier auto de mérito.

Los jueces están facultados a conceder o no la *superatenuación* que contiene la norma y sólo deben dar razones que justifiquen su decisión para evitar la tacha de arbitrariedad.

El arrepentido en el ámbito de la individualización de la pena.

Sería posible entender que la ubicación dogmática correcta para las figuras jurídicas del *arrepentido*, al menos como han sido consagradas

⁶⁷ No estoy de acuerdo con BUNGE CAMPOS, que le otorga al *arrepentido* la naturaleza jurídica de excusa absolutoria a pesar de que puntualiza bien los múltiples problemas de vaguedad que la figura entraña (en el art. 29 ter de la ley 23.737). op.cit. nota anterior.

legislativamente en nuestro país, sea quizás el ámbito de la determinación judicial de la pena. Los inconvenientes señalados en el acápite anterior, al menos en teoría, parecerían desaparecer si consideramos la conducta procesal post-delictual como un elemento más a tener en cuenta por el juez al momento de individualizar la pena.

Si bien la conducta procesal no había sido tomada, hasta la sanción de la ley 25.742, en consideración a esos fines por la parte general del Código Penal - intento que fracasara luego de que la Cámara de Senadores rechazara en 1998 un proyecto de la Cámara de Diputados en ese sentido- la misma sí ha sido regulada para algunos delitos en especial (narcotráfico, terrorismo y atentados a la seguridad de la Nación). El artículo 41 *ter* del C.P, incorporado por la ley 25.742, de todas maneras sólo se refiere a supuestos de privación ilegal de la libertad o secuestros extorsivos.⁶⁸

Hasta la sanción de la ley 24.424 -que incorporó la figura del "arrepentido" a la ley 23.737 de Estupefacientes- la conducta procesal del imputado sólo era tomada por la ley para valorar la procedencia o no de ciertas medidas cautelares (prisión preventiva-excarcelación, embargo), más no al momento de la determinación judicial de la pena.

Desde la llamada "*teoría del indicio*", se sostiene en cambio que ciertas circunstancias no relacionadas con el hecho mismo permiten no obstante extraer consecuencias acerca de ese hecho. La conducta anterior y posterior al hecho,

⁶⁸ HUGO DANIEL GURRUCHAGA, presenta una peculiar posición en "*La ética y la confesión en el procedimiento penal*". Señala el citado que una forma de conjugar la garantía a que nadie sea obligado a declarar contra sí mismo, y evitar la inmoralidad de que el imputado mienta en su declaración indagatoria, que conlleva un "*bajo porcentaje de eficiencia en el esclarecimiento judicial de hechos delictivos*", que ocasionan "*...atendibles reclamos actuales de la población hacia quienes tienen la delicada responsabilidad de legislar y de aplicar el derecho*" sería la incorporación del siguiente texto al art. 40 del C.P.: "En caso de confesión el juez estará facultado a disminuir en la quinta parte la escala penal aplicable, teniendo en cuenta también las pautas mencionadas en el artículo siguiente", Rev.Jur. LA LEY, 1985-D, pp. 1180/1182.

si bien no tiene significación autónoma, tiene sí "carácter de indicio" pues puede *constituir un medio de conocimiento para juzgar el hecho y la personalidad del autor.*⁶⁹

En cuanto a la valoración de la colaboración procesal en sí misma, los sostenedores de esta posición entienden que la confesión puede ser considerada a los fines de atenuar la pena, pues tiene la virtud de contrarrestar el efecto de deslegitimación de la norma generado por su quebrantamiento. Quien confiesa se somete a la norma y colabora con el tribunal como representante de la ella. Los sostenedores de esta teoría señalan que quien confiesa hace algo que el derecho no le exige: colaborar en su propia imputación, lo que lo hace merecedor de un mejor trato con relación a quien no confiesa pues de esa manera se mejora la situación de quien tiene más chances de ser condenado, justamente por la propia confesión.⁷⁰

Patricia Ziffer se manifiesta absolutamente en contra de valorar de cualquier manera la conducta procesal del imputado al momento de individualizar la pena. Para ella la atenuación de la pena para el imputado que colabora, tiene el mismo efecto nocivo, en relación al derecho de defensa -en especial el de permanecer callado- que la agravación de la pena para el que no lo hace. Sostiene que sólo es más "prolijo", por ejemplo, ver en la reparación del daño un supuesto de atenuación, que por el contrario considerar su falta o -por ejemplo- la destrucción de la cosa objeto del delito, con posterioridad a la consumación, una causa de agravamiento. Lo mismo sostiene respecto de las figuras del "arrepentido" o "testigo de la corona", pues en este

⁶⁹ HANS JÜRGEN BRUNS, "Das Recht der Strafzumessung", citado por PATRICIA S. ZIFFER, "Lineamientos de la Determinación de la Pena", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 148.

⁷⁰ PATRICIA ZIFFER, op. cit., p. 172/173.

caso, sostiene, se ve afectado el *nemo tenetur* ya que la confesión y la atenuación de la pena pasan a ser objetos de trueque.⁷¹

La supuesta afectación del derecho a permanecer callado será analizada "ut-infra", sin embargo cabe hacer aquí una reflexión acerca de lo señalado en párrafos anteriores.

Si bien es cierto que el contenido de los institutos jurídicos no dependen del nombre que se les otorgue, no es menos cierto que el mismo sí puede depender de la ubicación dogmática que se les asigne. La figura del arrepentido, ubicada en el ámbito de la determinación de la pena, supone un análisis de merecimiento que no debería ser considerado si la figura es entendida -por ejemplo- como el ejercicio del principio de oportunidad. La individualización judicial de la pena, supone una operación de medición o mensura en la cual el objeto central lo constituye la propia conducta del imputado, que es tomada como principal objeto de análisis. Por ello se entienden los reparos de Ziffer, al considerar que es inconveniente valorar judicialmente sentidos de conducta que han sido fuertemente influenciados a partir de la sustanciación del mismo proceso en el cual se hace dicha valoración. El principal argumento de ello debe buscarse en la posibilidad de influir en el ánimo del imputado desde el mismo ámbito desde el cual se valora su conducta -el judicial- perjudicándose la imparcialidad y la neutralidad que debe observar un juez. En esto carece de importancia que la influencia sobre la conducta sea efectuada en la etapa intermedia de investigación instructoria, y la valoración lo sea en la etapa final del proceso, esto es en la sentencia pues, en definitiva, ambas etapas son dirigidas por jueces.

⁷¹ Ídem, p. 173/174.

La figura del arrepentido como ejercicio del principio de oportunidad.

Si separamos la finalidad del sistema jurídico-penal de cualquier connotación expiatoria, y dejamos de verlo como un universo que deba ser ideológicamente coherente con una idea kantiana del castigo observándolo, en cambio, como un medio apto para la protección de bienes jurídicos, podremos ver que lo que se "mediatiza" preeminentemente con la figura del *arrepentido* -más que el individuo que ofrece elementos de cargo en contra de sus co-imputados- es el propio ejercicio del poder punitivo del Estado. No debemos olvidar que el "arrepentido" es, en última instancia, quien decide o no aportar los datos en forma voluntaria.

Si partimos de la idea de un derecho penal mínimo, no debería ser tomado como una renuncia al valor justicia retraer el "ius puniendi" propio del Estado -por razones de oportunidad y mérito- cuando lo que se busca es una mejor protección de los bienes jurídicos plurisubjetivos afectados, a partir, por ejemplo, del combate decidido en contra de la criminalidad organizada fomentando la disociación de los intervinientes en la asociación criminal o fomentando la delación.

Forma parte de lo que se considera como *política criminal* que el Estado establezca prioridades en la persecución del delito, política que se traduce tanto en la posibilidad de agravar las penas -desde un punto de vista sustancial- como consagrar nuevas herramientas investigativas -en el ámbito instrumental-.

Cualquier observador puede entender que las nuevas -o viejas- formas de delincuencia organizada -mafias, terrorismo, narcotráfico- pueden penetrar en cualquier estamento de la sociedad -incluso las propias instituciones- generando

un gran daño. No es extraño tampoco -sino todo lo contrario- que esas organizaciones puedan alcanzar dimensión trasnacional.

Es posible que pueda atacarse el fenómeno del crimen organizado mediante técnicas de investigación más o menos convencionales -tecnología o agentes que penetren la intimidad de los criminales-⁷²

Los propios legisladores que consagran estas normas en casi todos los países -y también en nuestro país, como se verá "infra"- señalan que para descorrer el velo del crimen organizado el único modo eficaz es *comprar* la colaboración y voluntad de elementos que integran la propia organización para lograr: a) su disociación; b) elementos que permitan descubrir los hechos y c) en el mejor de los casos, la desarticulación de la propia organización delictiva.

Para lograr ello, puede aceptarse en principio un cierto sacrificio de parte del Estado. Este sacrificio no debe ser pagado en "moneda" de garantías mínimas del imputado, pero sí podría serlo en un contenido menor del "ius puniendi" como aplicación del principio de oportunidad. El único requisito que debería respetarse es el principio de igualdad ante la ley, por lo cual dicho principio de oportunidad debería instrumentarse sobre bases racionales y generales. Sobre este punto se volverá "ut infra".

Se cuestiona la supuesta falta de principios morales en un Estado que decide negociar con los delincuentes. Esto es por lo menos opinable por cuanto es difícil concordar con una tacha de inmoralidad formulada en términos tan genéricos.

Por mi parte entiendo que sería obviamente inmoral un trato espurio y clandestino de un delincuente que intercambia impunidad a cambio de

⁷² Rechazo de todas maneras, la utilización de lo que se conoce en los Estados Unidos como el *entrapment* ("agente provocador"). En nuestro país el "agente encubierto", figura receptada por la ley 23.737, a mi criterio debería ser derogada.

información útil con integrantes de las fuerzas policiales. Pero no resulta igualmente obvia la hipotética inmoralidad en una colaboración transparente llevada a cabo por medio de una declaración formal -por la intervención coordinada del juez, el fiscal y el defensor- dentro de límites legales precisos conocidos previamente por las partes involucradas. A esto se le puede agregar el control de oficinas públicas destinadas al combate contra la corrupción como podrían ser en nuestro país la Oficina Anticorrupción o la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, la primera en la órbita del Poder Ejecutivo y la Segunda en la del Ministerio Público Fiscal.

Está claro que la posibilidad de atenuar la pena no requiere - aunque tampoco puede excluirla en forma absoluta- la posibilidad de una real y concreta negociación sinalagmática que incluya algún "regateo" propio del libre juego de la oferta y la demanda tal como se da en el juego de las fuerzas del mercado. No propiciamos algo similar, y no lo debería propiciar la ley, y si se diese ello en la práctica, debe ser entendido como una corruptela del sistema.

Se ha criticado en este punto la figura del "arrepentido" como constitutiva de una manera de introducir *una lógica mercantil* en el proceso penal⁷³ y no se puede estar de acuerdo con que ello suceda. Para evitar ese efecto no deseado sería adecuado que no exista la posibilidad de que se produzca ningún *ofrecimiento* de parte del juez o del fiscal que investiga, sino que la iniciativa surja de un pedido expreso del propio imputado patrocinado por su defensor en base a una previsión legal ("*lex praevia*").

⁷³ Yo mismo lo he hecho en la ponencia "Las promociones y el Derecho Penal: una mezcla perversa", presentada y aprobada por mayoría en las "XI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos, celebrada en Santa Rosa, La Pampa en Mayo de 1998 (Ponencia publicada en el sitio web de la Defensoría General de la Nación).

Podrá decirse que es ingenuo pensar que contando con la figura del “*arrepentido*” será posible evitar la tentación de que algún juez o fiscal en particular, que se encuentre investigando algún delito complejo, realice ofertas “*convenientes*” a quienes ellos piensan podrían aportar “*los planos del tesoro*”, es decir *la llave maestra para resolver el caso*. A ese argumento se podría contestar que no es menos ingenuo pensar que esa negociación no se pueda producir igualmente, aún sin contar con la citada figura, con la diferencia disvaliosa, en este caso, que la negociación no estará dada en los términos de la norma, y que será llevada a cabo fuera del expediente y por lo tanto de espaldas a la ley, la cual exige que el procedimiento sea formal y actuado.⁷⁴

En el plano internacional cabe señalar que nuestro país ha suscrito la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de Personas (ratificada por ley 24.556) que establece en su artículo 3, 2º párrafo, que los Estados parte “...*podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona*”.

Entre el 12 y el 15 de Diciembre del año 2000, 124 países suscribieron la “Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional” en la ciudad de Palermo, Italia, documento que ha sido suscripto también por nuestro país. Se destaca del mencionado instrumento internacional que el mismo permitirá a los gobiernos *prevenir y combatir al crimen organizado con más eficacia* mediante un conjunto de técnicas legales penales y la colaboración internacional. En particular, el artículo 26 de la citada Convención prevé que cada

⁷⁴ En nuestro país se han dado situaciones de ese tipo en casos que adquirieran gran notoriedad.

Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a que proporcionen información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como la identidad del grupo; los vínculos –incluidos los internacionales– con otros grupos delictivos; los delitos que esos grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer, o la privación de recursos o del producto delictivo con que cuenten. Entre las medidas idóneas para tal fin se señala la posibilidad de prever, en los casos apropiados, *la mitigación de las penas* de las personas acusadas que presten una colaboración sustancial en la investigación, e incluso *la concesión de inmunidad judicial*.

En el plano internacional de la lucha contra la corrupción, nuestro país ha suscripto en Diciembre del año 2003 la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, la cual prevé en su artículo 37 la adopción por los Estados Parte de medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en la comisión de delitos tipificados con arreglo a dicha Convención – actos de corrupción– a que proporcionen a las autoridades competentes información útil con fines investigativos y probatorios. Dicha medidas deben estar orientadas también a que el partícipe colaborador pueda contribuir a privar a los delincuentes del producto del delito, así como a recuperar –por parte del Estado– el producido de la actividad delictiva. El citado documento internacional propone como instrumentos útiles para ese logro: la mitigación de la pena del partícipe de actos de corrupción que coopera *sustancialmente*; la concesión de inmunidad en los mismos términos; la protección del colaborador; y por último la celebración de acuerdos entre los Estados Parte a los fines de conceder los beneficios citados a los colaboradores en investigaciones transnacionales.

CAPITULO SEXTO

CRITICAS MAS IMPORTANTES

A LA FIGURA DEL "ARREPENTIDO"

La alegada inmoralidad.

Se ha sostenido que normas como la del *arrepentido* son inmorales por cuanto el Estado se rebaja a la altura del delincuente, lo que desquicia el estado de derecho. Esto ha sido, como se dijo, señalado en las discusiones parlamentarias por el propio legislador que las introdujera en nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido Winfried Hassemer afirma que el *testigo de la corona* (según la terminología alemana) "...constituye un ataque central a los principios propios del estado de derecho del derecho procesal penal. Esta persona es beneficiada jurídicamente por la traición, y el beneficio no tiene nada que ver con el arrepentimiento o el desistimiento, sino con un interés criminalístico; los inculcados son tratados en forma desigual; la confianza de la población en una administración de justicia que pacta con delincuentes graves no puede ser ilimitada. Ante todo, la circunstancia de que las autoridades instructorias estén autorizadas a mantener al sospechoso del hecho que quieren señalar como testigo de la corona de antemano fuera del procedimiento, produce fuertes objeciones jurídicas." ⁷⁵

⁷⁵ WINFRIED HASSEMER, "Crítica al Derecho Penal de hoy - Norma, Interpretación, Procedimiento. Límites de la Prisión Preventiva", Trad. P. Ziffer, Ad-Hoc, Bs. As., 1995, op.cit. pp. 97/98.

JULIAN ERCOLINI -en igual sentido- en "La conducta procesal en la determinación de la pena (y el 'delator' en la ley)" señala que "[e]n un Estado de derecho, entonces, cimentado por principios superiores, no resulta legítima la negociación con delincuentes delatores. No puede recurrir el Estado a promocionar comportamientos inmorales, guiados por el fin de averiguación de la verdad. Si

Marco A. Terragni recuerda que en el tratamiento legislativo de la ley 23.737 la Cámara de Diputados de la Nación desechó originalmente la figura del arrepentido con fundamento en que "*las instituciones jurídicas deben nutrirse con bases sólidas y de una ética indiscutible*". Señala el citado autor que "*el tiempo dirá si valía la pena sacrificar los principios rectores y aún violentar la idiosincrasia del pueblo argentino (que repudia la traición, cualquiera sea su forma y con mayor razón la solapada) en aras de la eficacia...es preocupante que...se haya considerado necesario alterar formas de sentir y de obrar que forman parte de la tradición argentina*".⁷⁶

Un forma de pensar semejante reconoce raíces muy profundas.

Dante Alighieri relata en su *Divina Comedia* que el noveno círculo del infierno es el de los entregadores o de Judas, un lugar descrito como el más profundo, oscuro y alejado del Cielo. Allí están los traidores a la familia, a la patria, a sus huéspedes y benefactores. En este estadio *dantesco* el alma que sufre la pena máxima es la de Judas, la del entregador. La razón de la apelación al estigma de Judas, es porque el colaborador es un infractor a la ley de la *omertá* o del silencio que rige la relación del crimen organizado, con la sociedad civil y las internas de la cultura mafiosa. Porque como ha dicho el malogrado juez Giovanni Falcone, también la organización criminal es una sociedad con reglas jurídicas que, para ser respetadas, exigen mecanismos punitivos efectivos. Por no existir tribunales ni fuerzas del orden en el ámbito del hampa, es fundamental que cada uno de los "*ciudadanos*" de la

entendemos al Derecho Procesal como Derecho constitucional aplicado, los fines del procedimiento deben ser buscados respetando la dignidad de las personas y no fomentando actos moralmente indignos como la traición". Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal Nro. 6, p. 402.

⁷⁶ MARCO A. TERRAGNI "El arrepentido", op.cit., pp.1454. No se entiende bien a qué se refiere el citado autor con "*la idiosincrasia del pueblo argentino*" o con "*las formas de sentir y obrar que forman parte de la tradición jurídica*". Podría ser aceptado como una crítica general a la figura; más no como una defensa de los llamados "códigos de honor" a la manera de la *omertá* a los que cabe oponerse tajantemente.

sociedad criminal esté convencido de que el castigo es inevitable y la sentencia ejecutable. En otras palabras, cualquiera sabe perfectamente que la violación de la *omertá* se paga con el precio de la propia vida.⁷⁷

El legislador italiano Luciano Violante –presidente de la comisión parlamentaria antimafia- ha señalado que: “*es moralmente correcto el objetivo de acabar con la mafia, provocar la inestabilidad de sus organizaciones, salvar vidas humanas, obstaculizar el tráfico de armas y de drogas. Para perseguir estos objetivos es esencial valerse de colaboradores. Como es obvio, esto no significa que haya que valerse de ellos en forma inescrupulosa, acrítica o superficial. Existen rigurosas normas de procedimiento para establecer si una persona puede resultar útil para la investigación que se está llevando a cabo, si tiene cosas importantes que declarar, si puede adaptarse con idoneidad al programa de protección.*”⁷⁸

Por mi parte entiendo que sin negar la fuerza de los argumentos señalados es muy difícil adscribir a un concepto de moral absoluta en el ámbito del derecho, ámbito en el cual siempre se trata de preferir bienes y valores que se consideran de mayor importancia y peso en detrimento de otros a los que se les asigna una importancia menor. Por lo general esta jerarquización o ranking será discutible, pues siempre será el producto de la interpretación de las normas constitucionales que haga el Legislador o los tribunales en sus respectivos ámbitos de competencia.

Sin que esto concluya el debate moral no es ocioso advertir a esta altura del presente trabajo que, cuando el Estado sacrifica una porción de su pretensión punitiva, a cambio de la renuncia del imputado *-que colabora-* a su derecho a permanecer callado, el individuo que así se comporta busca obtener

⁷⁷ DANIEL MARIO RUDI, en “*Fuentes de información protegidas en el Derecho Constitucional argentino*”, Rev. Jur. EL DERECHO t.183, pp.1189.

⁷⁸ Citado por DANIEL MARIO RUDI, en *Ídem* pp.1192.

ventajas de dicha alternativa. En este sinalagma -al menos en teoría- se busca que el verdadero “convidado de piedra” sea la propia organización delictiva en la cual se penetra a partir de la información que se obtiene. Si algo hay de moral en ello es que el Estado busque eludir ser custodio de la *omertá*⁷⁹, tratando de desbaratar los pactos de silencio que caracterizan al crimen asociativo.

Como sostiene Marcelo Sancinetti –que de todos modos se opone a la figura por otras razones- “[e]l argumento de que el Estado no debe apoyarse en la deslealtad de los delincuentes entre sí, ciertamente no es decisivo. El Estado no tiene porqué solventar los pactos de silencio entre los criminales. Claro que no. En este sentido el rompimiento de un pacto de silencio puede ser bienvenido si el medio empleado es legítimo.”⁸⁰

Al definirse al Derecho Penal se pone generalmente como una de sus características esenciales el fenómeno de que, precisamente, establece penas. Para Kelsen, por ejemplo, ese tipo de reglas jurídicas se distingue justamente por la existencia de una sanción.⁸¹

Para Karl Binding, en cambio, la sanción o pena no juega rol alguno en el carácter de la norma; para que exista el imperativo no es necesaria la sanción. Este autor y sus seguidores entienden que la norma está referida a comportamientos individuales dentro de la relación social. La sanción, así, no parece definitoria de la norma penal ni menos aún de las demás reglas jurídicas. El carácter y la naturaleza de éstas no están dados por la pena, lo que no quiere decir que no haya que considerarla desde el punto de vista de su estructura. El “*no debes matar a otro*”

⁷⁹ Así conocido en la jerga de la mafia siciliana el código de silencio que deben respetar los integrantes de dicha asociación delictivas, en cuanto tales, respecto de sus actividades ilícitas.

⁸⁰ MARCELO SANCINETTI, Ponencia ante el Honorable Senado de la Nación, del día 2/9/97, Cuadernos de Doctrinas y Jurisprudencia Penal, Año III, Número 7, pp. 814.

⁸¹ LUIS BUSTOS RAMÍREZ, “Manual de Derecho Penal Español, Ariel, Madrid, 1984, pp 21/22.

establece un sistema de comunicación simbólico que genera una expectativa respecto de la intervención del Estado (“*Se aplicará reclusión o prisión...al que matare a otro...*”, art. 79 del C.P.⁸²

Me apresuro a decir que la delación no deja de ser plausible por nada que ella en sí misma contenga. A pesar de lo que sostienen muchos, nada de inmoral hay en la traición, si esta es sufrida por el co-delincuente con motivo de las actividades ilícitas compartidas. Lo que hay de implausible en la conducta del colaborador de la justicia es el propio contenido de injusto que conllevan las acciones por él realizadas, a partir de las cuales se encuentra él mismo involucrado en la investigación penal, pues resulta admisible pensar que cuanto más seriamente involucrado esté el “colaborador” en los hechos, más información útil podrá brindar al juez o fiscal que investiga.

Todo lo dicho me lleva a pensar que nos encontramos ante una figura atípica en medio del proceso penal. Surge de una decisión de política criminal y se instrumenta procesalmente a partir de una decisión que -como se dijo- propicia la ley pero que en definitiva debe ser adoptada por el imputado que actúa racionalmente mediante un cálculo costo-beneficio. La misma génesis tienen institutos tales como la llamada “*probation*” (art. 76 bis y ssgtes. del Código Penal, más exactamente *diversion*), el *juicio abreviado* (art. 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación) o la *confesión negociada* (prevista para el juicio correccional por el art. 408 del Código Procesal Nacional o para todos los casos por el Código Procesal de Córdoba) o el procedimiento monitorio contenido en el Proyecto de Código Procesal de la Nación del año 1986.

⁸² ídem.

Si bien es cierto –como se dijo *supra*- esta forma de conducirse en el proceso en modo alguno debe ser entendida como merecedora de un *premio*, no es menos cierto que sí puede ser entendida como una renuncia al *ius puniendi* dado que es válido que el Estado renuncie razonablemente a una porción de la punición bajo determinadas premisas en base a argumentos de política criminal.

El arrepentido y las garantías constitucionales.

Se ha señalado que la lectura al indagado del art. 29 ter de la ley 23.737 no se enfrenta con la disposición del art. 296 del código adjetivo –libertad de declarar o no-. La primera de las normas, -sujeta al arbitrio del tribunal que habrá de resolver en definitiva-, no involucra compeler en modo alguno al reo para que se expida violentando su voluntad, sino que pone a su disposición una alternativa beneficiosa a fin de que evalúe su eventual conveniencia con absoluta libertad y autodeterminación con vistas a mejorar su objetiva situación procesal. No es otro el encuadre que se verifica mediante la práctica en la que incurren quienes, arrepentidos de su ilícito accionar, toman la iniciativa de colaborar con la investigación en curso a sabiendas de que tal actitud podrá ser considerada por el juzgador como un antecedente atenuante de la dosificación penal. Por ende, no viola ningún principio de orden superior estipular formalmente una nueva pauta de mensura o de exclusión de la pena, por el sólo hecho de ser puesta en conocimiento del procesado al momento de tener que ejercer a pleno su derecho a defenderse como lo estime más conveniente. (Cámara Federal de San Martín, "Fioravanti Bonomi, Mario", Causa 1203, Sala de FERIA).

A pesar de lo señalado, a mi criterio, una de las más fuertes críticas que se le formulan a la figura del *arrepentido* es que ella, *en sí misma*, resulta incompatible con garantías de raigambre constitucional.⁸³

En efecto, se ha señalado que estas normas que incentivan la delación pueden ser tomadas como una imposición al imputado para que declare, en perjuicio del principio *nemo tenetur se detegere* integrante del derecho de defensa en juicio establecido por el art. 18 de la C.N..

Sostiene Julio Maier que la regla que impide obligar al imputado a declarar, facultándolo a abstenerse de brindar información en el procedimiento, y la que, consecuentemente con ello, impide coaccionarlo, significan, en última instancia, una seria limitación a la búsqueda de la verdad. Excluir ciertos órganos de prueba, que pueden proporcionar información en el procedimiento, es prescindir de una de las posibilidades de averiguación de la verdad, de una fuente de conocimiento. También son importantes las limitaciones que se refieren a los métodos utilizables para la búsqueda de la verdad, especialmente aquéllas referidas al uso de la coacción, de la fuerza o la violencia. Tales limitaciones derivan del respeto por la dignidad del ser humano. Ellas determinan, por ejemplo, que los órganos de prueba (personas trasmisoras de conocimiento) sean, en última instancia, vehículos voluntarios de la incorporación de datos al procedimiento, pues no es aceptable obtener su versión por métodos coactivos o que supriman la expresión libre y conciente de su voluntad. Y la expresión más fuerte de esta clausura se refiere al imputado como órgano de prueba, pues, la ley le concede un derecho al silencio, que no puede ser conculcado por el

⁸³ LEOPOLDO SCHIFFRIN, "*Corsi e Ricorsi* de las Garantías Procesales Penales en la Argentina", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 8, pp. 483.

empleo de la coacción; tampoco puede ser utilizada la coacción, ni otros métodos que coarten la libre expresión de su voluntad, en el momento de la declaración.

Marcelo Sancinetti concuerda con la crítica señalada al inicio, afirmando que el *arrepentido* lesiona de modo irreparable la garantía de que nadie estará obligado a declarar contra sí mismo que el artículo 18 de la C.N. consagra de modo claro. Sostiene el citado autor que la oferta de un premio o rebaja presupone, naturalmente, que esa oferta puede motivar al co-imputado a decir algo; pero este "decir algo" ha de llevarlo al que delata, justamente a reconocer también su participación en el hecho. Pero esta participación en el hecho mediante una conducta también punible, terminará llevando al delator a no poder volver sobre sus propios actos. El juez podrá darle una rebaja o no; pero en todo caso, el reo habrá declarado ante el riesgo de que, en caso contrario, pudiera tener una sanción más grave. Según Sancinetti el premio "por hablar", sin embargo, será pagado caro, con frecuencia, con el precio de una condena que el reo habría podido evitar completamente si se hubiera quedado callado.⁸⁴

Patricia Ziffer señala certeramente que hacerle saber al imputado que su confesión *posiblemente* lo liberará de una pena grave termina por reducir considerablemente su libertad de decisión. Señala la citada autora que "pocas palabras pueden tener un efecto tan fuertemente coactivo como la del juez de la causa que amenaza veladamente con imponer una pena más intensa en caso de que el imputado no confiese. Ni siquiera es necesario que esto sea dicho explícitamente, la sola existencia de la práctica es suficiente para provocar un daño irreparable al

⁸⁴ MARCELO SANCINETTI, op.cit., pp 816. En el mismo sentido JULIAN ERCOLINI, señala que la figura del arrepentido constituye la violación del principio constitucional de igualdad, la afectación del principio de inocencia, la afectación de la garantía de la defensa en juicio, el principio de legalidad y el de la ética estatal. op.cit., pp. 395 y ssgtes.

*derecho de defensa: la confesión prestada en esas circunstancias es producto del miedo y se diferencia de la obtenida por tormentos sólo en los instrumentos utilizados”.*⁸⁵

Quizás sin mengua de las citadas críticas cabe señalar, no obstante que, a diferencia de lo que ocurrió en Italia en donde se consagró –por ejemplo- la indeterminación temporal de la prisión preventiva y la incomunicación del imputado de ciertos delitos, en nuestro derecho, al menos, la consagración legislativa de la figura del arrepentido no vino acompañada de otros instrumentos que agravasen la amenaza punitiva facilitando una *negociación perversa*.

En Italia, que ha sido cuna de este tipo de legislación promocional, muchos autores han definido la figura del *pentito* como la “*suave tortura*”, asimilándola a los procedimientos propios de la Inquisición.

En dicho país europeo –siguiendo a Luigi Ferrajoli- se pueden distinguir tres etapas. Una primera entre los años 1974 y 1978, basada en la ampliación de las facultades investigativas de la policía, incluyendo el interrogatorio del imputado. Una segunda entre los años 1979 y 1989 con la sanción de leyes⁸⁶ que dispusieron la *ampliación del plazo de la prisión preventiva* de los imputados por delitos asociativos, la utilización de la misma como medida casi automática e ineludible, la inclusión de la *finalidad de terrorismo* como circunstancia agravante y del interrogatorio sin la presencia del defensor y la introducción de normas de

⁸⁵ PATRICIA ZIFFER, op.cit., p.173.

⁸⁶ DECRETO LEY de 15/Dic/79; LEY de 29/May/82, n° 304 y finalmente LEY de 18/Feb/87, n° 34 “Medidas en favor de quien se disocia del terrorismo”.

conexidad que significaron prácticamente la derogación del principio de autonomía de los procesos y del secreto entre los jueces.⁸⁷

Una característica de las normas italianas citadas, como se ve, es que al tiempo que se agravan las medidas coercitivas de los procesos, se *endulza* la situación de aquellos enjuiciados que colaboren con la investigación, por medio de reducciones de pena o concesión de excarcelaciones.

El saldo de este tipo de legislación ha sido el *gigantismo procesal*, y la introducción del denominado *connubio perverso* entre prisión preventiva y *colaboración promocionada*, lo que trajo aparejado, además, el *pago* de confesiones y colaboraciones, no sólo con los beneficios de *súper-atenuación* contemplados en la propia ley, sino también con negociaciones incompatibles como cancelación de imputaciones, liberaciones anticipadas mediante operaciones de alquimia en el descuento de la pena, facilitamiento de fugas al exterior, etcétera.⁸⁸ La carga probatoria se invirtió y se impuso el método policiaco de presión y complicidad y ensalzamiento del espía y del soplón con la recompensa del colaborador.⁸⁹

El reproche que en Italia se hace al llamado "*connubio perverso*" se basa, como señala Luigi Ferrajoli, en el hecho de que este tipo de legislación genera un gran déficit de garantías pues ha abierto espacios incontrolables de discrecionalidad e intervención penal en contraste con el principio de estricta legalidad. Según el citado autor las intervenciones de emergencia en la legislación

⁸⁷ LUIGGI FERRAJOLI, "Emergenza Penale e Crisi della giurisdizione", en Dei delitti e delle pene, 1984, pp.271.

⁸⁸ Cf. BEVERE, A "Chiamata di correo e carcerazione preventiva: la miscella propellente del processo penale dell'eterna emergenza", en Critica del Diritto, 1984, p. 27 y ss.

⁸⁹ L. FERRAJOLI, "la Emergenza penale..." cit. pp. 284.

italiana a partir de 1992 han desequilibrado el proceso reforzando enormemente el rol de la acusación en desmedro de la defensa.⁹⁰

Este juego nefasto no es el panorama que, al menos hoy, ofrece la ley argentina, ni en la ley de estupefacientes, ni en la 25.241, ni en la figura del “Juicio Abreviado” del art. 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación, ni en la “Confesión Negociada” del Código Procesal de Córdoba o del art. 408 del Código Nacional.

Tampoco aparece en la forma en que fuera incorporada la figura en la reciente ley 25.742 sobre secuestro extorsivo.

Cualquier desviación que se produzca en la práctica respecto de la necesaria espontaneidad que debe imperar en la colaboración del imputado, debidamente asesorado por su abogado defensor, sólo podrá ser considerada como un proceder indebido por parte del juez o fiscal que lo autoricen. Como afirma Luigi Ferrajoli, la función del juez no se limita a una simple sujeción a la letra de la ley como sostenía el viejo paradigma positivista, sino de actuar conforme las normas constitucionales y los derechos fundamentales establecidos por las mismas.⁹¹

No es posible descartar las críticas que en este punto se han señalado y es menester reconocer que la consagración de figuras como la del “arrepentido” abren una puerta a la producción de –aunque no pasen de ser sutiles– eventuales violaciones al derecho de permanecer callado que tiene el imputado.

Lo único que puede señalarse en este punto es que tampoco es cierto que la consagración de la figura, por sí misma, implique una obvia violación del principio *nemo tenetur*, y la cuestión puede definirse en la práctica que se haga del

⁹⁰ LUIGI FERRAJOLI “Garantías constitucionales”, op.cit.pp50.

⁹¹ LUIGI FERRAJOLI, “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, traducido por Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, p. 26.

instituto. Esto necesariamente nos lleva a otro problema, que es que cuando la constitucionalidad de un instituto depende de la práctica que se haga del mismo, debido a los flancos de tensión constitucional que deja abiertos la propia norma, cobra especial relevancia el ejercicio de un control de gestión sobre el mismo. Y esto termina siendo el "talón de Aquiles" de todo el sistema. Primero porque incorpora la labilidad a un ámbito que no debería tenerlo; segundo, porque existen serias sospechas en la sociedad acerca del comportamiento de los organismos encargados de la represión del delito; y tercero, porque en este tipo de normas no se incorporan - como debería hacerse- mecanismos claros de control acerca de eventuales abusos.

CAPITULO SEPTIMO

LA BUSQUEDA DE LA VERDAD

EN EL PROCESO PENAL

La verdad y la justicia:

Al cabo de lo dicho precedentemente, es ineludible tratar el que es - a mi juicio- el punto más importante relacionado con la figura del "arrepentido". Si el fundamento más relevante de esta última radica en el valor eficacia, y siendo que el proceso penal es un instrumento para obtener una versión objetiva de la verdad que dé sustento al poder sancionador del Estado, es crucial sopesar ambos valores (eficacia y verdad) muchas veces en tensión.

Para Michel Foucault existen, por lo menos, dos formas de la verdad. La primera forma es una especie de *historia interna*, que se corrige partiendo de sus propios principios de regulación: es la historia de la verdad tal como se obtiene en las ciencias naturales. Pero en las prácticas judiciales -que es lo que nos interesa en este trabajo- en la manera en que entre los hombres se reparten los daños y las responsabilidades; en el modo en que -al menos en "Occidente"- se concibe y define el procedimiento por el que pueden ser juzgados los seres humanos en función de los errores que han cometido, se cristaliza una forma diferente de verdad.⁹²

Si esto es así constituye un desafío enorme repensar el modo que debe asumir en el proceso penal la forma jurídica adecuada a nuestras pretensiones de

⁹² MICHEL FOUCAULT, "La verdad y las formas jurídicas", Gedisa, , Barcelona, Octava Reimpresión, 2001, pp17.

verdad y si resulta válido comprometer en dicha tarea al propio imputado, sujeto pasivo de la investigación.⁹³

Sostiene Winfried Hassemer que el objetivo de averiguar la *verdad real* acerca del hecho investigado es uno de los principios básicos de todo derecho procesal penal en un Estado de Derecho, pero que, sin embargo, ello no deja de ser una pretensión con algún grado de ingenuidad.⁹⁴

Ocurre que el concepto de *verdad real* tropieza con varios obstáculos.

Primero con problemas epistemológicos. El hecho de que el *concepto* de una cosa *coincida efectivamente* con esa *cosa* no es el resultado de un procedimiento abstracto mensurable, sino un proceso en el cual sujeto y objeto se encuentran implicados recíprocamente. No existe ningún objeto que, en todo caso, no esté co-constituido por el conocimiento subjetivo.

Segundo, con el sistema de garantías del derecho constitucional. Un procedimiento penal propio de un Estado de Derecho debe respetar, por ser tal, limitaciones a la averiguación de la verdad que generalmente son de importancia decisiva; el derecho a permanecer callado, a no auto-incriminarse, a no declarar en contra por razones de parentesco, secreto profesional, etcétera.⁹⁵

⁹³ En Grecia existían dos formas o tipos de reglamento judicial. El más arcaico –que se encuentra en Homero– presenta dos guerreros que se enfrentan entre sí, oralmente, para ver quién está equivocado, quién había violado el derecho del otro. En este procedimiento no hay juez ni sentencia, ni verdad. La segunda forma es la que aparece en Edipo Rey, para resolver el litigio criminal acerca de “quién mató al rey Layo”, aparece un personaje nuevo: el pastor que vio, y porque tiene en sus manos ese fragmento de recuerdo, porque traza en su discurso el testimonio de lo que vio, puede contestar y vencer el orgullo del rey o la presunción del tirano. Ídem, pp.63.

⁹⁴ WINFRIED HASSEMER, “Crítica al Derecho Penal de hoy – Norma, Interpretación, Procedimiento. Límites de la Prisión Preventiva”, Trad. P. Ziffer, Ad-Hoc, Bs. As., 1995, op.cit. pp. 84 y ssgtes..

⁹⁵ Ídem, pp.86.

Un procedimiento penal liberal debe lograr una relación bien equilibrada entre el interés en la verdad, por un lado, y la dignidad de los afectados, por el otro. La búsqueda de la verdad en el procedimiento penal es, por lo tanto, relativa a las vías legítimas a través de las cuales se puede lograr. Por ello tiene más sentido hablar de *verdad forense* que de *verdad "objetiva"*.⁹⁶

Dicha *verdad* se obtiene en el proceso a través de la prueba, que no es en el fondo otra cosa que querer demostrar la verdad a través del convencimiento del juez que, para sentenciar, necesita adquirir plena certeza. La verdad —en términos generales— que es la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento, no deja de ser, sin embargo, en tanto *verdad histórica*, nada más que una aspiración personal.

Como dice Karl J. A. Mittermaier cuando actuamos en el proceso —recorriendo el tiempo y el espacio— recogemos una multitud de circunstancias aisladas y las encadenamos entre sí: éstas nos guían a su vez, y cuando nos han conducido al término de nuestras investigaciones, juzgamos con toda confianza si los acontecimientos ocurridos de que se trata son efectivamente reales, y cuál es su naturaleza; nos creemos en posesión de la verdad en el instante mismo en que nuestras ideas, sobre el objeto de nuestras investigaciones, nos parecen en perfecta concordancia con él. En otros términos, hay en esta operación de nuestro entendimiento correlación entre el sujeto que juzga y el objeto juzgado; de allí surge la inmediata pregunta: la verdad ¿es *subjetiva* u *objetiva*?

De todas las discusiones acerca del sentido de estas palabras resulta al menos una conclusión importante: ¿puede calificarse a la verdad como objetiva hasta el punto de ser completamente independiente del sujeto que la juzga?;

⁹⁶ *Ibidem.*

¿descansa sobre bases tales que deban producir el mismo efecto en todos los entendimientos? o, finalmente, ¿no sería más conviene llamarla, en cambio, *verdad subjetiva* en el sentido de que su noción depende de las aptitudes especiales del sujeto que busca el convencimiento y del entendimiento que trata de profundizarla?⁹⁷

Todo lo que venimos afirmando pone en tela de juicio el *argumento de eficacia y verdad* que contiene el fundamento que generalmente acompaña la consagración legislativa de figuras como la del *arrepentido*, ya que siendo muy difícil poder establecer apodóticamente que determinado hecho ha sido tal como la investigación forense lo indica, mucho más difícil lo será si para ello se busca provocar delaciones pues, como afirma Erich Döring, el valor probatorio de las manifestaciones del coimputado es, por regla general, muy exiguo, porque cabe muy bien la posibilidad de que acuse a su cómplice simplemente para favorecerse.⁹⁸ La eficacia lograda a expensas de la verdad termina siendo una mera fachada.

Uno de los gérmenes del problema de colisión de intereses que se señala entre la búsqueda de la verdad material y el respeto de las garantías constitucionales se debe buscar, a mi juicio, en las diferentes fuentes normativas que tiene nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado nuestra Constitución es marcadamente liberal, concebida fundamentalmente a partir de la de los Estados Unidos de Norteamérica, dada en la ciudad de Filadelfia en el año 1787, mientras que nuestro sistema de enjuiciamiento tomó desde un inicio como modelo el procedimiento penal continental-europeo, basado fundamentalmente en el procedimiento inquisitivo.

⁹⁷ KARL MITTERMAIER, "*Tratado de la prueba en materia criminal*", Hammurabi, Depalma Editor, Trad. Primitivo González del Alba, Buenos Aires. 1993, pp.88/89.

⁹⁸ ERICH DÖHRING, "*La prueba. La investigación del estado de los hechos en el proceso*", Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Trad. Por Tomás A. Banzhaf, pp148.

El procedimiento penal norteamericano, que surgiera a partir del desarrollo de las practicas consuetudinarias derivadas del Common Law, siempre mantuvo la dinámica de un procedimiento de partes, tal como era entendido en la época germánica. En él, originariamente, la víctima acusaba al autor frente a los representantes del rey.

Este sistema derivó, luego de la expropiación por parte del Estado moderno de la acción penal, en un proceso en el cual el acusador -fiscal o procurador-, por un lado, y por el otro el acusado y su defensor, llevan el procedimiento como partes enfrentadas pero con iguales derechos, mientras que el tribunal constituido por un jurado, que debe decidir sobre la imputación de culpabilidad, participa como espectador de la discusión procesal y finalmente admite la condena o la absolución en función de sus observaciones. En este sistema llamado *adversary system*, la forma de llevar a cabo la prueba depende de las partes, quienes se encargan de presentar a los testigos y tomarles declaración; la supervisión corre a cargo del juez profesional (*bench*), pero este no participa personalmente en la decisión sobre la culpabilidad y, en caso de una condena por el jurado (*verdict*), debe fijar finalmente la pena (*sentence*).⁹⁹

Una dinámica semejante, nunca ha podido ser implementada en nuestro sistema jurídico, a pesar del claro mandato constitucional acerca de la necesidad de instrumentar legalmente el juicio por jurados (art. 24, 75.12 y 118 de la C.N.), precisamente por la dicotomía que surge del diferente origen normativo que observaran en nuestro país las normas constitucionales, por un lado, y las de enjuiciamiento criminal, por el otro.

⁹⁹ BERND SCHÜNEMAN, "¿Crisis del Procedimiento Penal?, (¿Marcha triunfal del procedimiento penal en el mundo?), en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Año IV, Número 8-A, p. 417 y sstes.

Propia de la estructura de un proceso de partes surge la posibilidad de negociar entre el acusado y el acusador el reconocimiento de culpabilidad de aquél, a cambio de una considerable reducción de la pena (*plea bargaining*), mecanismo cuya constitucionalidad ha sido reconocida por la Suprema Corte de los Estados Unidos en diferentes fallos. A pesar de esto último en los Estados Unidos, autores como Thibaut y Walker llamaron la atención respecto de que el sistema europeo ofrece mejores garantías en la búsqueda de la verdad.¹⁰⁰

Bernd Schünemann ha puesto el dedo en la llaga en cuanto al argumento de verdad material que se pretende lograr a partir de las confesiones negociadas, al afirmar que es evidente que una declaración en esas condiciones es exactamente un *guilty plea* negociado, lo que no puede significar de ninguna manera una prueba concluyente de la existencia de un determinado supuesto fáctico. Un auténtico respeto del deber judicial de esclarecimiento de los hechos sólo podría considerarse cumplido a través de una confesión cualificada que no eluda la obligación del tribunal de comprobar con todos los medios el contenido verdadero de la misma.¹⁰¹

A mi modo de ver el argumento de eficacia resulta insuficiente para justificar la figura del “arrepentido” o de cualquier forma de *guilty plea*. Antes bien, deben existir mecanismos legales muy claros que permitan someter a escrutinio la veracidad del propio dicho del colaborador de la justicia, especialmente si se parte de la premisa de que es, cuanto menos, un “testigo” interesado en el pleito.

Si es importante dar la oportunidad al imputado a que brinde su propia versión de lo sucedido -su propia versión de la realidad- entendido ello como

¹⁰⁰ *Ídem*, p. 419.

¹⁰¹ *Ibidem.*, pp 427.

legítimo ejercicio del derecho de defensa, siempre será crítico -pero fundamental- demostrar en qué grado se abona a la *verdad material* a partir del testimonio de un co-imputado.

Se debe tener siempre en cuenta que no resulta aceptable suprimir o menoscabar ninguna garantía constitucional (en nuestro caso el *nemo tenetur* y el debido proceso) a partir de una mera pretensión de verdad, cuando es evidente que nuestra Constitución no supraordina esa búsqueda a ninguna de las garantías que consagra.

Verdad formal y verdad material:

Volviendo a la premisa señalada al inicio de este acápite las diferentes formas de la verdad dadas en el proceso jurídico comprenden también dos concepciones diferentes, según se trate de un procedimiento común dispositivo – proceso civil en general- o de un proceso de orden público –proceso penal en general. Estas concepciones dan cuenta de la contraposición entre *verdad formal* y *verdad material* propia de cada uno de ellos.

El proceso civil se encuentra dominado por el principio de autonomía de la voluntad que deja al juez a un papel de árbitro, carente –en principio pues hay excepciones- de facultades inquisitivas. Antes que la verdad objetiva, se busca preferentemente la preservación de la imparcialidad del juzgador.

Por el contrario, el tribunal penal inquiera, para averiguar la verdad por sí mismo, en las oportunidades que la ley procesal establece, con los poderes que

surgen de la misma. Esta regla tiene su fundamento político, precisamente, en la naturaleza pública de la pena estatal.¹⁰²

Como afirma Julio Maier en los litigios de derecho privado la injerencia de las personas en conflicto (partes) para fijar el objeto de investigación (*thema decidendum*), es muy distinta a la que poseen los intervinientes en un proceso penal. Según se trate de uno u otro litigio, respectivamente, el tribunal carecerá de aptitud para fijar el objeto de la investigación y estará absolutamente vinculado por las afirmaciones de las partes, o, por el contrario, podrá intervenir, decisivamente, en la fijación de la hipótesis objeto de la averiguación.¹⁰³

Maier sostiene, de todas maneras, que la verdadera diferencia entre los conceptos de *verdad formal* y *verdad material*, apunta a que los sistemas procesales que se apoyan en la primera subjetivizan –por así decirlo– la averiguación de la verdad o el interés por descubrirla, en mayor o menor grado, por la trascendencia que para ellos tiene el interés privado, que desplaza al interés público. Es por ello que, en doctrina –señala– se suele reemplazar el nombre de verdad real o material, que caracteriza al proceso penal, por el de *verdad histórica objetiva* o, simplemente el de *verdad objetiva*. El carácter objetivo de la verdad –continúa diciendo Maier– no significa que ella sólo se refiera a elementos fácticos, sin tener en cuenta los aspectos normativos que también configuran la verdad en el procedimiento, sino, antes bien, que su búsqueda no es “subjetiva” en el sentido de que no depende de la voluntad de los sujetos que intervienen en el procedimiento.¹⁰⁴

¹⁰² JULIO B.J. MAIER, “Derecho Procesal Penal. Fundamentos”, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2002, 2ª edición, 2ª reimpresión, p. 850.

¹⁰³ Ídem., op. y loc. cit.

¹⁰⁴ Ibídem, p. 851/852.

Cabe concordar con Maier que la diferencia entre formas de verdad, tal como se señalara precedentemente, dista de ser tajante. Antes bien, la distinción no pasa de ser de matices si observamos las amplias facultades ordenatorias e instructorias que confiere la ley a los jueces civiles a los fines de "esclarecer la verdad de los hechos controvertidos" (art. 36.2 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación), por un lado, y las posibilidades de negociación entre las partes que se han incorporado recientemente al procedimiento penal en las cuales el juez o tribunal conserva sólo un papel de árbitro a partir del acuerdo arribado por las partes (juicio abreviado, confesión negociada, "arrepentido" en las causas por delitos de privación ilegal de la libertad y secuestros extorsivos, ley 25.760 y 25.742, etc.).

La figura del arrepentido, dentro del esquema señalado, más que contribuir a una pretensión de verdad, sólo puede ser señalada como uno de los supuestos en los cuales la verdad real, puesta como uno de los fines ideales que debe alcanzar el procedimiento penal se *subjetiviza*. Esto tiene como consecuencia directa que de un lado se obtiene una versión de la realidad menos "objetiva" y, de otro, se logra un mayor grado de disponibilidad sobre la suerte del proceso a partir de la voluntad de las partes.

La incorporación paulatina de figuras negociales en el ámbito del proceso, tiene como consecuencia una mayor incidencia en el mismo de la autonomía de la voluntad. Y cuanto más autonomía reconozcamos, más nos alejaremos del ideal de verdad.

Este ideal de verdad fue buscado desesperadamente en el modelo inquisitivo. Sin embargo, los métodos de búsqueda aceptados en dicho modelo significaron, a la postre la renuncia a una forma "objetiva" de verdad. En efecto, la aceptación de la prueba tasada; la aplicación de tormentos; y, fundamentalmente, las

confesiones coaccionadas; significaron el acogimiento de una verdad "subjetivizada" a tal extremo que el proceso penal inquisitivo terminó siendo un flaco remedo de aquél ideal, con un incremento dramático del margen de error en las decisiones judiciales.

Hoy en día, superados los métodos crueles de la Inquisición, y cuando ya se está hablando de derechos humanos de tercera generación, asistimos impávidos a la proliferación de normas que incorporan paulatinamente mecanismos que abren una rendija a la tergiversación de la verdad en el proceso penal.

No se emplean métodos crueles para ello, ni se implementan coerciones directas sobre la voluntad del individuo. Se recurre, en cambio, a la seducción y se trabaja sobre la ambición y el interés mezquino de quien puede encontrarse interesado en obtener beneficios a costa de terceros.

El resultado más disvalioso de este tipo de situaciones es que el Estado empieza a contentarse con una burda versión de la verdad, con un remedo de juicio, posibilitando así un duro golpe al corazón del valor más importante que el proceso debe garantizar: el valor justicia.

CONCLUSION

Con independencia del origen histórico del instituto en estudio, en la actualidad, a la luz de los principios que informan el Derecho Penal liberal, es muy difícil que la figura consiga una justificación que exceda el ámbito de la coyuntura propia de una legislación de emergencia.

Las consagraciones legislativas que normas afines han obtenido en sistemas jurídicos basados en el modelo continental-europeo siempre se han motivado en crisis o episodios más o menos individualizados en el tiempo que le han servido de disparador.

Por otro lado, este tipo de normas siempre ha sido visto como un avance -no exento de cierta audacia- en contra del plexo de garantías y derechos constitucionales.

Curiosamente sin embargo, al menos en nuestro país, son muy pocos los precedentes jurisprudenciales que se han hecho cargo de la cuestión, al tiempo que no se registran -hasta el presente- fallos de los tribunales federales más importantes -Corte Suprema, Cámara Nacional de Casación- que cuestionen la constitucionalidad de la figura que tiene recepción tanto en el Código Penal como en la legislación complementaria.

La práctica parecería demostrar, así, que la incorporación de la figura del arrepentido a la legislación nacional, si bien no ha reportado ventajas demostrables, al menos no ha significado un incremento de tachas de

inconstitucionalidad por parte de los sujetos implicados en este tipo de mecanismos procesales.

Si bien esto nada nos dice acerca de la plausibilidad de la figura, al menos es un claro indicio de que ha podido insertarse –especialmente en el ámbito de la lucha contra el narcotráfico- en el sistema penal de nuestro país, a pesar de las críticas. Obsérvese que en la ley de Estupefacentes el instituto ha sido incorporado por la ley 24.424 hace más de una década.

La crítica que se basa en la supuesta violación del principio del *nemo tenetur* es muy importante. Mientras continúe la vigencia de la figura, sólo podría ser evitada, en parte, con el debido y efectivo control de la defensa técnica en todos los pasos procesales.

En ese sentido, los tribunales que decidan valorar las declaraciones de los co-imputados deberán partir de un principio de presunción de legitimidad inverso. En efecto, el claro riesgo de que en la implementación de confesiones negociadas en el proceso penal, se produzcan graves desviaciones del debido proceso, debe funcionar como una luz de alerta. En los procesos en los cuales se registren declaraciones de imputados arrepentidos, el esfuerzo de análisis a la luz de las reglas de la sana crítica debe ser mayor que la media, pues los jueces deberán tamizar debidamente el resto de la prueba partiendo de que, la declaración del co-reo, tiene la seria presunción de ser una versión interesada. La confesión del co-imputado no sólo no será suficiente para basar un juicio condenatorio, sino que sólo debe valer como simple indicio y dar pábulo a un esfuerzo probatorio superior de parte del fiscal.

En el ámbito normativo resulta criticable que la figura del arrepentido tenga consagración legislativa fragmentaria, pues ello perjudica el principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la C.N.). En el caso argentino es

especialmente remarcable que, a diferencia de lo que sucediera en Italia o Alemania - que sancionaron leyes temporales- la emergencia penal ha motivado la sanción de normas permanentes.

En ese punto, debe revisarse toda la legislación en la materia, a partir de un estudio que permita evaluar la supuesta "eficacia" de este tipo de normas. Y si se concluyese que corresponde insistir con ellas, sería preferible que se eliminasen todas las consagraciones particulares, a cambio de una figura genérica -en la parte general del Código Penal- con aplicación exclusiva en los delitos de carácter asociativo, que son los únicos en los cuales se justifica un rol tan agresivo de parte del Estado. En este punto no deben hacerse diferencias en el ámbito en el que se configure la asociación criminal (narcotráfico, terrorismo, corrupción, secuestros, o cualquier otro delito), pues de otro modo el legislador estará actuando en base a la coyuntura y quedará atrapado en un mero rol de legislador de la emergencia.

Sin embargo el principal escollo que tiene la figura del "arrepentido" es el ataque serio a las pretensiones de verdad objetiva en el proceso penal debido a que los únicos actores intervinientes en el proceso obligados por ley a buscarla (esto es el juez y el ministerio público fiscal) se ven influidos y motivados a prestarse a versiones interesadas de particulares que pasan a tener un protagonismo inusitado en la tarea de fijar los hechos.

A mi juicio, la única forma de evitar ello -insisto, si se entendiese indispensable recurrir a este tipo de figuras por razones de política criminal que sólo compete analizar al legislador- es derogando todas las normas particulares y fragmentarias contenidas en la legislación, consagrando en cambio un supuesto de principio de oportunidad que incida en la situación del imputado que colabore aportando solamente datos que permitan producir pruebas objetivas. En otras

palabras, sólo podría operar este principio de oportunidad a partir de la obtención de prueba de cargo objetiva, que se baste a sí misma, valiéndose del "arrepentido" sólo como un indicio orientador.

En dicho caso, se debería regular la figura del "arrepentido" en una norma general. Esto traería como consecuencia la percepción de que el Estado renuncia a una porción del "ius puniendi" sólo con la finalidad de provocar la disociación criminal por ser ésta potencialmente más dañina que la conducta de un solo sujeto y no con la voluntad de premiar al más hábil de los delincuentes o resolver investigaciones complejas.

Una norma como la señalada debe articularse con otras normas procesales que extremen los recaudos de control interno para evitar prácticas potencialmente corruptas (vgr. separar el órgano que recibe la declaración del que la valora, prohibir cualquier intervención o arbitrio de parte de los agentes de las fuerzas de seguridad, prever medidas de protección al que declara y limitar el valor probatorio del dicho al de un indicio) y aventar las dudas acerca de la espontaneidad del dicho reforzando la participación de la defensa técnica en todo el proceso de colaboración con la investigación judicial.

Concluyo este trabajo con un texto posible para esa norma¹⁰⁵:

Incorpórase como nuevo inciso del artículo 41 del C.P. el siguiente texto:

"El juez o tribunal que dicte la sentencia definitiva podrá reducir la escala penal del partícipe en el modo previsto para la tentativa, si el sujeto se

¹⁰⁵ Se toman como base para esta propuesta, los lineamientos que surgen del Proyecto de la Diputada Nilda Garré, exptes. 3227, 3202 y 3303, D-97 (En Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, nro. 7, p.821 y ssgtes., efectuado en base a las recomendaciones del Dr. Eugenio Zaffaroni, aceptadas luego por los Dres. Pedro David; Ricardo Gil Lavedra; Carlos Arslanián y Andrés D'Alessio).

hubiere esforzado seriamente para evitar el resultado, reducir el daño producido o compensar a la víctima.

El juez o tribunal que dicte la sentencia definitiva podrá disponer la reducción de la escala penal, prevista en el párrafo anterior, en beneficio del partícipe de delitos en los que intervenga una asociación o banda de tres o más personas, si dicho partícipe hubiese prestado una colaboración eficaz durante la sustanciación de la investigación criminal, siempre que esta última haya posibilitado la adquisición de prueba objetiva acerca de los hechos investigados”.

-oOo-

