

CAPÍTULO I

Introducción

*«Estos discursos parecerán muy metafísicos
a quien no reflexione cuánta utilidad hay,
en que las leyes den los menos motivos
de convención que fuera posible,
entre los que se intenten asociar para cometer un delito»*
Cesare Beccaria¹

§ 1. Las novedades legislativas

La reciente sanción de la ley 27.304² obliga a retomar un tema del que me había ocupado un lustro atrás con otra obra a la que dio publicidad la misma casa editorial³. Bien podría tratarse de su actualización pero, en realidad, más allá de que en lo básico lo entonces expuesto aquí se mantiene, la novedad ofrece una extensión que motiva un texto que, en definitiva, es otro distinto aun cuando los puntos de partida desde los que se hacen los comentarios sean los mismos y las normas que allí se presentaban como vigentes son ahora parte de los “antecedentes”.

Por lo pronto, el nuevo título se hace cargo de que la designación usual del instituto es “arrepentido” aun cuando, insisto, se trata de una que no refleja su realidad operativa que es, sencillamente, otorgar un premio a quien delata a los copartícipes de un hecho delictivo y, por eso, es un “delator premiado”. Sin embargo, esta última ni siquiera es la segunda denominación más usada, puesto que se reserva a otra expresión que, aunque más cercana al efectivo acontecer, igualmente entiendo enmascara su esencia: “colaborador eficaz”⁴.

También se tiene en cuenta la incidencia de otra ley posterior de un mar-

co o espectro mayor, como la 27.319⁵, que establece una nueva regulación de institutos o “herramientas” para la “Investigación, Prevención y Lucha de los delitos complejos” (tal su rúbrica). En síntesis, a la vez que deroga por su art. 19 a los arts. 31 *bis*, 31 *ter*, 31 *quáter*, 31 *quinquies*, 31 *sexies*, 33 y 33 *bis* de la ley 23.737 (régimen penal de estupefacientes), introduce la posibilidad del uso de agentes encubiertos (arts. 3º/4º), agentes reveladores (arts. 5º/6º), informantes (arts. 13/14), la entrega vigilada (arts. 15/16) y la prórroga de jurisdicción (art. 18), para un elenco de tipos penales muy amplio (en su art. 2º), similar al previsto en la ley 27.304 antes mencionada.

En particular se tendrá en cuenta la regla general de actuación que fija su art. 1º y lo concerniente al “informante”, que sería el instituto más cercano con el que resulta de interés deslindar al “arrepentido”.

La contemporaneidad y la expansión de delitos respecto de los que se admiten estos institutos permiten vislumbrar el avance de una postura con relación los llamados “medios extraordinarios de prueba” que es la propiciada desde instancias oficiales internacionales, cuya actitud es negar ese carácter y favorecer en forma directa su “ordinarización”. Este es el criterio que se impulsa desde la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (su sigla inglesa: UNODC), que por intermedio de su Sección de Asesoramiento Jurídico reunió un Grupo de Trabajo Oficioso de Expertos sobre Técnicas Especiales de Investigación en Viena, en 2005, para elaborar un documento de Prácticas óptimas y recomendaciones sobre los obstáculos jurídicos a las entregas vigiladas y operaciones encubiertas. Entre sus recomendaciones generales se propicia no solo que se aliente y amplíe el uso de las técnicas especiales de investigación, en particular, en el plano internacional (Recomendación 1), así como instar a los Estados Miembros para que proporcionen recursos suficientes al sistema de justicia penal para facilitar aquél uso (Recomendación 2), sino que: *“Teniendo en cuenta el especial reconocimiento de que gozan estas técnicas en los convenios y convenciones recientes relativos a las drogas y el delito que se celebraron desde 1988, las técnicas especiales de investigación no deberían concebirse como medidas extraordinarias, sino como herramientas habituales para una investigación eficaz”* (Recomendación 3⁶). A contramano de tal tesitura, seguimos pensando que ante una convivencia que aparece como inevitable con estas herramientas la actitud debe ser una constante opción por aquellas interpretaciones que restringen su uso, mitigan sus excesos y, por ello, nos llevan hacia una zona de respuestas posibles de compatibilizar con el orden constitucional y el estado

de derecho.

§ 2. Los propios puntos de partida generales y particulares

En aquel momento, me refiero al libro de 2011, se cerró brindando una serie de conclusiones/propuestas en las que se distinguieran unas de orden general de otras de orden particular. En relación a las primeras podría decirse que la nueva ley es una muestra más de que el camino asumido va precisamente en sentido contrario al sugerido. Respecto de las segundas, se verá que varias de las observaciones han sido recogidas en la norma de reciente factura.

1- En efecto, en cuanto al primer aspecto, es decir, las notas de orden genérico, se señaló como propuesta lo siguiente: “Ante las pulsiones expansivas, seguir adelante con el esfuerzo por frenarlas e impedir su habilitación a otros ámbitos delincuenciales distintos de aquellos donde hoy se admite la vigencia de este derecho penal premial. En lo inmediato y en nuestro medio, se ha patentizado en lo que antecede la concreta oposición a las iniciativas tendientes a introducir la delación premiada en el régimen penal tributario y en el Código Penal respecto de los delitos de corrupción.

A poco tiempo de la sanción de la ley 24.424, Losada nos decía que la norma “es hoy una realidad y como tal, debe ser prudentemente aplicada. En abstracto, no resulta moralmente convincente en nuestro criterio el éxito en la investigación a costa de delaciones impulsadas desde la propia estructura del poder estatal. No obstante, las urgencias que hoy aquejan a Occidente parecen necesitar de respuestas novedosas frente al crimen organizado, respuestas que quizás rocen el límite permitido entre lo conveniente y lo ético”.

Tres lustros después y con la expansión en tal lapso temporal verificada, puede decirse sin temor a error que, en la actual coyuntura social, luce como ineludible la convivencia con la delación y otros institutos de similar orientación y, más acertado que propiciar declaraciones de desajuste constitucional que no pasarán de ser rara avis de corta vida —no debe soslayarse que los superiores tribunales, tendencialmente, las han legitimado—, el esfuerzo debiera concentrarse en procurar se abran paso interpretaciones y prácticas que tiendan a acercar su real y concreta gestión lo más posible al marco fijado por la Constitución Nacional. Como telón de fondo, siempre ha de tenerse presente advertencias como la de Berdugo Gómez de la Torre cuando sostiene que, en la práctica, la defensa del Estado puede llevar al modelo de

Estado opuesto al que se dice defender.

Frente a la habitual invocación por quienes propician la expansión en su uso de no hacer más que recoger a nivel local lo que viene demandado de instancias globales, debe recordarse que, si bien es cierto que nuestros compromisos internacionales condicionan el contenido de toda nueva iniciativa (de allí que se hable de la "globalización de la política criminal"), no lo es menos que, tomando sólo un par de ejemplos que usan una fórmula repetida, como lo indica el art. 36 de la Convención Única de 1961 sobre Estupeficientes de Naciones Unidas, concerniente a las disposiciones penales, las partes se obligan: "A reserva de lo dispuesto por su Constitución ...". Nada muy distinto puede observarse en la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Transnacional Organizado, del 15 de noviembre de 2000, cuando al referirse a las "técnicas especiales de investigación" (art. 20), señala que para combatir eficazmente la delincuencia organizada los Estados pueden recurrir al uso de operaciones encubiertas, entregas vigiladas o vigilancia electrónica, a la vez que los alienta a formalizar acuerdos multilaterales para su implementación, pero condicionado a que "lo permitan los principios jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico" del respectivo Estado. Insistimos, esto no debemos olvidarlo"⁷.

Como se advierte a partir del recordatorio, es evidente que al revés de lo pretendido la "tendencia expansiva" goza de muy buena salud, tanto en lo que hace a la delación premiada (se verá que el elenco de tipos penales que ahora la admiten es tan vasto que casi es más fácil enumerar en qué casos no se puede utilizar), como a las técnicas especiales de investigación en general, como ha quedado patentizado con la ley 27.319. Además, proliferan e incluso se ha exhortado a nivel nacional y provincial para el avance de iniciativas tendientes incorporar o ampliar el uso de agentes encubiertos, infiltrados, informantes, reservas de identidad, entregas vigiladas y control de comunicaciones de todo tipo en los digestos adjetivos locales⁸.

2- Pasando al segundo aspecto, la regulación particular del instituto del "arrepentido", había señalado ante la variada normativa vigente la necesidad de "... impulsar su modificación para dotarla de mayor coherencia, equilibrio, condiciones de igualdad y, a la vez, tornar su operatividad más compatible con el orden constitucional"⁹. Esta idea se concreta con la nueva ley 27.304, cuyo art. 17 dispuso la derogación del art. 29 *ter* de la ley 23.737, del art. 31 de la ley 25.246 y de toda la ley 25.241. Todas las asimetrías que se

verá había cuando estos distintos regímenes convivían han desaparecido (parcialmente) y, ahora, con virtudes y defectos, lo que tenemos es un régimen único para la delación premiada (en la mayoría de los casos).

Luego del estudio comparativo realizado en 2011, sugerí “reformular las reglas en vigencia teniendo en cuenta las siguientes pautas:

1. Debiera tenderse a unificar el “sistema de premios”, tratando de que la respuesta penal sea más equitativa por comparación general y más igualitaria por comparación intrasistemática entre delaciones admitidas. En el primer sentido, se sugiere prescindir de la eximición absoluta de pena. En el segundo, que la reducción de pena sea con marcos análogos entre los distintos segmentos de delincuencia particular en que se admite. Además, que estos últimos sean expresados con una redacción clara, precisa, que evite la reproducción de discusiones como la existente en orden a interpretar la escala de la tentativa en el art. 44 del CP.
2. Tendría que diferirse el otorgamiento del premio al momento de la finalización del juicio, sin perjuicio de que la posibilidad de su concesión sea valorada tempranamente a efectos de cobrar incidencia al momento de resolver sobre posibles medidas de coerción personal, durante la tramitación del proceso.
3. Debiera aclararse que la posibilidad de delatar es para todo “participe” en sentido amplio, con la limitación de que siempre debe ser la delación en sentido vertical ascendente (“hacia arriba”) en el orden jerárquico dentro de la organización criminal que se integraba.
4. También aclarar que el círculo de sujetos “delatables” encuentra limitación siguiendo el criterio tradicional de las denuncias prohibidas, por lo que no puede “negociarse” la delación del cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano (arg. art. 178, CPPN)...
5. Tratándose de una medida “excepcional” deberá justificarse su utilización y, en consecuencia, la posibilidad de negociar con el delator se debe limitar por una suerte de “principio de imprescindibilidad (o insustituibilidad)”. En otras palabras, si hay medios alternativos viables de lograr la información, aun cuando ello importe un mayor esfuerzo o trabajo por parte de los encargados de llevar adelante la investigación, no pueden otorgarse “premios”... ¹⁰.

6. A efectos de preservar la función judicial, aun en un sistema procesal mixto o inquisitivo mitigado, como el vigente en el orden federal, la negociación con el delator debe estar exclusivamente en cabeza del Ministerio Público Fiscal, que será el encargado de requerir la autorización judicial para perfeccionarla, reservándose así al juzgador el rol natural de "control de legalidad" del instituto de derecho penal premial.
7. El delator es un partícipe imputado que traiciona a otro/s para obtener algún beneficio a cambio. Por eso, las formalidades que deben rodear su declaración son las mismas que se impone a la antes llamada declaración indagatoria y, ahora, declaración del imputado. En función de lo dicho en el punto anterior, debe ser recibida por el fiscal aun cuando, a solicitud de la defensa, podría estar presente el juez para garantizar la legalidad del acto. Para que sea válida, debe generalizarse la fórmula del art. 5° de la ley 25.241, es decir, debe realizarse de modo que esté asegurado el control por las partes en el proceso. Además, no debiera ser introducida por simple lectura en el debate si va a ser utilizada como elemento de cargo coadyuvante para fundar la condena del delatado. Si se trata del control por parte de la defensa, debe entenderse por tal el asegurar la posibilidad de que en tiempo oportuno ésta pueda producir prueba que refute o reste credibilidad al aporte del delator.
8. Relacionado, aunque pudiera a primera vista lucir algo sobreabundante, aclarar que no podrá fundarse una sentencia condenatoria exclusivamente sobre la base de los dichos del delator, aun cuando éstos serán considerados suficientes o aptos como elemento cargoso para impulsar una investigación penal.
9. En cuanto a las llamadas medidas tendientes a un "control de veracidad" sobre la declaración del delator, sería importante generalizar la regla del art. 6° de la ley 25.241 (penalización de señalamientos o informaciones falsos). Si bien esto, en verdad, no "compensaría" el problema oportunamente expuesto del error judicial en que se incurre, beneficiando al delator fraudulento sin que medie una posible revisión en contra, al menos importa un mínimo correctivo por su maliciosa conducta.
10. En cuanto a la oportunidad hasta la que resulta admisible la delación

premiada, atendiendo a que, en realidad, la lógica indica que lo preferible es que la colaboración interesada con la investigación se produzca en los primeros momentos de esta, a la vez que no puede soslayarse que la interrupción de la audiencia en el juicio propiamente dicho viene contraindicada por los principios que la rigen, en particular, los de continuidad o concentración e inmediación, *de lege ferenda* somos de la opinión de que es necesario introducir un “punto de corte” para la posibilidad de negociar, sugiriendo que este sea fijado en el momento de citación a juicio y ofrecimiento de prueba, con posible instrucción suplementaria (arts. 354 a 357, *CPPN*). De este modo se estaría asegurando llegar al debate en las mejores condiciones y evitar dos cosas fundamentales: un dispendio de recursos por realizarse una audiencia que, probablemente, habrá de tener que repetirse si el “arrepentimiento” es posterior a la recepción de la prueba; y la posible incursión en error judicial irreparable por otorgamiento de beneficio a un delator que introdujo una información falsa tardíamente para evitar se pueda controlar con plenitud (arg. art. 365, *CPPN*, que fija en diez días el término máximo de suspensión de las audiencias), obteniendo una sentencia favorable sin admisible revisión en contrario”¹¹.

Sin perjuicio de su posterior profundización, una rápida mirada del nuevo texto legal permite verificar que algunas de estas pautas tienen claro reflejo en aquél, a veces total y a veces parcial, así como que hay tópicos que fueron ignorados. La primera pauta tiene reflejo parcial porque si bien se unifica el “premio” por delatar o “colaborar” con eficacia y no se prevé en forma directa que se pueda prescindir de penar al arrepentido, lo cierto es que con la modificación introducida en la Cámara de Senadores se perdió la claridad que poseía en ese aspecto la propuesta de la Cámara de Diputados. Así, mientras la última fijaba para el art. 41 *ter* del *CP* que la reducción posible era de un tercio del mínimo y la mitad del máximo, en la primera se pasó a usar la fórmula vigente de reducción a la escala de la tentativa. Con esto se da lugar a la posible reproducción de la histórica disputa sobre cuál es la lectura correcta de la fórmula del art. 44, párr. 1° del *CP*. Y para muestra basta tener presente que lo que tuvo media sanción originaria en Diputados era la interpretación contraria a la que fijara la CFCEP en su segundo plenario, “Villariño”, cuyo punto primero de la parte dispositiva reza: “Establecer que

la reducción de la pena en un supuesto de delito tentado debe realizarse disminuyendo en un tercio el máximo y en la mitad el mínimo de la pena correspondiente al delito consumado”¹².

La segunda pauta se concreta en los arts. 11 y 12, la tercera en el art. 3° (párrafos que en el texto de Diputados estaban en el art. 1°), la sexta en el arts. 8° y 9° (y el mecanismo de homologación del art. 10°), la octava en el primer párrafo del art. 15, la novena en el art. 2° y, finalmente, la décima en el art. 3°. Las cuarta, quinta y séptima pautas han sido omitidas en la regulación vigente.

Luego del rápido ejercicio de contraste entre las propuestas de la obra anterior y el instrumento legal a analizar en esta, se impone recordar a qué se hizo referencia al comienzo cuando se anticipó que la matriz para hacerlo no se había modificado. En ese camino lo más lógico es recordar los presupuestos explicados en la introducción de 2011. Veamos.

§ 3. La tensión entre las garantías y la eficacia

Cuando se asume la consideración de un instituto como el que aquí nos proponemos abordar, una de las primeras cuestiones generales que aparece entrelazada es la relativa a la habitualmente presentada como “tensión” entre “garantías” y “eficacia”¹³ (o, en versión extrema e incorrecta, propia del derecho penal antiliberal, como “contraposición”¹⁴). Se trata de dos tendencias o fuerzas siempre presentes en el proceso penal y en torno a ellas se han organizado distintos sistemas a lo largo de la historia. Hoy día hay un cierto consenso en que un verdadero Estado de Derecho busca ser tan eficiente en un plano como en el otro, en establecer un sistema de resguardos frente al uso de la fuerza estatal como en lograr una aplicación efectiva de la coerción penal. Dice Binder: “La dialéctica eficiencia/garantía se resuelve en una síntesis —culturalmente condicionada— de la que surgen los modelos procesales que conocemos actualmente y los que se han ido formando a lo largo de la historia”¹⁵.

Es que cada vez que se impulsa una modificación legal que propicia elevar el nivel de eficacia en el funcionamiento del sistema penal (traducido en concreción efectiva de poder punitivo en un determinado segmento de delitos), la pregunta inmediata es sobre si esta se alcanzará sin que medie en el camino un sacrificio intolerable en términos de garantías¹⁶. Volviendo a las palabras de quien fuera recordado al inicio de este trabajo, Beccaria, claramente contrario al favorecimiento de la delación al punto de sostener que una ley

que admitiera su impunidad debía ser acompañada por el destierro del delator¹⁷, sintetizaba gran parte de los problemas a tratar en los siguientes términos: “Algunos tribunales ofrecen impunidad al cómplice de un grave delito, que descubriere los otros. Este recurso tiene sus inconvenientes y sus ventajas. Los inconvenientes son que la Nación autoriza la traición detestable, aun entre los malvados; porque siempre son menos fatales a una sociedad los delitos de valor, que los de vileza, por cuanto el primero no es frecuente, y con solo una fuerza benéfica, que lo dirija, conspirará al bien público; pero la segunda es más común y contagiosa, y siempre se reconcentra en sí misma. Además de esto, el tribunal hace ver flaqueza de la ley, que implora el socorro de quien la ofende. Las ventajas son evitar delitos importantes; y que siendo manifiestos los efectos, y ocultos los autores, atemoricen el pueblo. Contribuye también a mostrar, que quien es falto de fe con las leyes, esto es, con el público, es probable que lo sea con un particular”¹⁸.

En reciente obra dedicada, precisamente, a Beccaria, el profesor Luis Flavio Gomes apunta que una de las señales evidentes de la saturación del modelo de justicia criminal implantado al final del siglo XVIII por la ascendente burguesía fue la necesidad de adoptar la delación y la colaboración premiada, consagrando así un derecho premial que, como decía el maestro de Pisa, retrata la falencia moral de la justicia que, con estos institutos, pretenden una suerte de administración judicial “consensuada” o “consensual”, género que comprende cuatro especies: a) la justicia reparatoria, que se hace por medio de la conciliación y la reparación de los daños; b) la justicia restaurativa, que exige un mediador distinto del juez buscando la solución definitiva de un conflicto; c) la justicia negociada, que se hace por medio de institutos con el plea bargaining estadounidense y, finalmente, d) la justicia colaborativa, que premia al imputado cuando colabora consensualmente con la “justicia criminal” y es, entonces, donde incardina la institución del, por nosotros, llamado “arrepentido”¹⁹.

Evitando una suerte de lógica de código binario, Sancinetti plantea la necesidad de reconocer que, per se, no siempre sería contrario a la ética de un Estado de Derecho negociar con un delincuente ya que los términos de cualquier negociación deben ser medidos desde tal perspectiva en sus justos límites. Así, por ejemplo, en un caso de toma de rehenes es bien recibido que el Estado cuente con personas idóneas para persuadir a los autores del hecho de que no agraven la situación ya ocasionada y la conveniencia de un comportamiento en reversa. Distinto sería si se quiere legitimar la negociación

que prometiera rebaja o impunidad al autor del hecho que ya hubiera matado a tres rehenes²⁰.

Hay un prejuicio básico, cual es que un Estado de Derecho impone, demanda, exige, el respeto de un nivel de garantías que se traduce necesariamente en la correspondencia de un sistema penal blando e ineficaz, favorecedor de la impunidad. Aquel es expresamente negado por autores como Cafferata Nores, quien sostiene que, por el contrario, el sistema penal de un Estado de Derecho tiene que ser eficiente para lograr igualmente el castigo del delito en todos los casos que establece la ley, pero "especialmente en los relacionados con sus expresiones más violentas, con la criminalidad organizada, con el ilícito financiero y económico, y con la corrupción gubernamental y administrativa". Afirma que ésa es la forma de dar protección (penal) a las víctimas. Seguido, aclara: "Lo que sí ocurre es que el Estado de Derecho fija marcos legales dentro de los que la actividad de aplicación de la ley penal debe desarrollarse, y además establece normas de garantía individual que se deben respetar en la búsqueda y el logro de la necesaria eficacia punitiva. Lograr la simultánea vigencia de esta eficacia y de aquellas garantías es el desafío mayor al que se debe enfrentar la administración de justicia penal en una democracia"²¹.

La envergadura de tal desafío queda exteriorizado cuando, enfatiza Ercolini, se tiene presente que a dos recientes siglos de ideas y prácticas humanitarias (de un sistema que se ha esforzado o creído esforzarse en la dirección indicada por el Iluminismo, decía Vassalli²²), antecedieron muchos de antiquísimas metodologías eficientistas, especialmente en los regímenes absolutistas medievales, donde la averiguación de la verdad justificaba su logro por cualquier medio, el acusado era castigado desde el inicio del proceso en que se le presumía culpable y tenía deber de confesión. Como afirma el nombrado, no es fácil borrar del inconsciente colectivo la impronta de todo ese tiempo pasado, traducido en la tendencia de algunas políticas actuales hacia el logro de un Estado penalmente "eficiente", entendido como uno "fuerte", "enérgico", dotado de un instrumental y medios amenazantes de los derechos del sometido a proceso²³. Se construye una investigación, al decir de De Luca, presidida por una filosofía "fundamentadora", que considera que la justicia debe librar o luchar una guerra contra la delincuencia, que parte de la base de extraer de las personas la mayor porción de la información para descubrir y comprobar la perpetración de hechos delictivos y la responsabilidad de distintos individuos en ellos, que vuelve a entro-

nizar a la confesión como reina de las pruebas y a producirlas a espaldas del imputado que no debe enterarse lo que se está gestando en su contra, quien permanecerá preferentemente en prisión preventiva bien publicitada como respuesta simbólica a la sociedad desde la prevención general, y confiar en nuevas formas de colaboración que siempre tienen por origen los dichos de alguien²⁴.

Frente al arsenal inquisitorial de prácticas atroces, la reacción se manifestó en las ideas iluministas que abrieron paso al nacimiento del "Estado de Derecho", que importa un sistema de control al control del Estado. Ante los excesos en ejercicio del poder punitivo es que se enarbolan normas fundamentales de límites ("garantías"²⁵) para tornar operativa la dignidad de la persona mediante la protección de los derechos individuales²⁶. En su traslado al escenario del proceso penal, mientras que el Estado bajo imperativo de los principios de legalidad y oficialidad se encuentra obligado a ejercer sus poderes de persecución y reacción penales, el imputado dispone de una serie de derechos fundamentales que le dotan de la facultad de defenderse actuando contra aquel poder²⁷. Siguiendo a De Luca, estaríamos frente a una investigación guiada por una filosofía "instrumental", donde administrar justicia en un Estado de Derecho es algo totalmente distinto de transformarse en un justiciero, la ley y el juez penal no ganan ninguna guerra cuando se condena, ni pierden cuando se absuelve a un sospechoso²⁸.

En este contexto, la relación "natural" entre el Estado y el ciudadano a quien se endilga la posible comisión de un delito es de contraposición o contradicción, no de cooperación o colaboración. Mientras el primero procurará lograr la averiguación de la verdad histórica y, en consecuencia, la actuación de la ley penal en el caso concreto, el segundo buscará contrariarlo defendiéndose. Podría decirse que, en la medida que lógicamente la delación es una actividad de colaboración con el interés estatal, subvierte el orden mencionado y, como se verá, en el fondo, potencialmente puede poner en seria crisis todo el sistema de garantías. Esto ya es suficiente para rechazarla o, al menos, demandar que su admisión sea con carácter estrictamente excepcional. No se trata de negar la posibilidad de que un imputado, voluntaria, espontáneamente, decida facilitarle las cosas al Estado y, naturalmente, nada malo hay en que este aproveche el aporte que con voluntad libre en plenitud se le brinde. Que el imputado no esté obligado a declarar en su contra ni a reconocer su culpabilidad no quiere decir que le esté impedido hacerlo, en condiciones de libertad. El potencial dañoso del que habla-

mos no procede de este último orden de situaciones, sino de la institucionalización de un modelo en el que se busca en forma expresa provocar la cooperación (llámese “arrepentimiento”, llámese “confesión”), ofreciendo como moneda de cambio una recompensa que podrá adoptar forma de eximición de pena, atenuación de ella o diversos beneficios procesales. Esto, en cuanto pone en juego la que ha sido calificada como “una de las cardinales prohibiciones que el Estado de Derecho le impone a su sistema penal, en resguardo de la vigencia de los derechos fundamentales, a partir del reconocimiento de la dignidad humana”, sintetizada bajo el conocido axioma «*nemo acusador se ipsum accusare*» (nadie tiene que acusarse a sí mismo) o «*nemo tenetur edere contra se*» (nadie está obligado a obrar contra sí mismo)²⁹.

Las leyes de colaboración premiada (junto a las reformas penitenciarias y los procedimientos diferenciados o alternativos instalados en Italia desde los '70), son mencionadas por Ferrajoli como ejemplo de máxima realización de las tendencias eficientistas y la lógica de la diferenciación y la negociación penal, integrando un movimiento que en modo inicialmente inadvertido ha venido a instalar directamente un cambio de paradigma del sistema penal³⁰. Si una de las notas del derecho penal “especial o de excepción” es la llamada mutación sustancialista del modelo de legalidad (introducción del paradigma del “enemigo”), la distorsión subjetivista y sustancialista de la “verdad procesal” dio por fruto la predilección por métodos acentuadamente inquisitivos en el proceso penal, donde también opera el esquema del amigo/enemigo. Así, se ha transformado al proceso en un momento de “lucha” contra el terrorismo y la delincuencia organizada. No es más, como decía Beccaria, un “proceso informativo” con el juez como “indiferente indagador de la verdad”, sino en un “proceso ofensivo” donde el juez “se hace enemigo del reo”. La confesión y delación hacen que el imputado sume filas con la acusación y dé prueba de su elección por el campo anticriminal. El proceso es, de este modo, otro lugar donde se pone en práctica y se define el carácter de “amigo” o de “enemigo” (en caso que no se sitúe del lado de la acusación y prefiera el de la defensa que, sin embargo, es el que tendría derecho a representar). Por eso entiende el maestro italiano que “tras esta subjetivización del proceso todas las garantías procesales clásicas —del principio de contradicción a la carga de la prueba, de la defensa a la presunción de inocencia— terminan despojadas de sentido”³¹.

No habrá aquí de reiterarse la discusión en cuyo marco se produce el men-

cionado cambio de paradigma, bastando a modo de síntesis el recordatorio de que, en lo básico, se trata de la visión contrapuesta entre quienes, por un lado, postulan que la actual sociedad globalizada ofrece una fenomenología compleja para cuyo tratamiento no alcanzan los principios y reglas del derecho penal clásico, por lo que se necesita construir otro “nuevo” o “moderno”, que lo adapte para enfrentar los novedosos retos que ofrece la realidad y, por otro, una corriente bien representada en la llamada “Escuela de Frankfurt” que demanda la vuelta al “núcleo duro” del derecho penal representado justamente en aquellos clásicos principios limitadores que fueron particularmente desarrollados en los últimos dos siglos³². En ese tránsito, un motor de cambio es la presentación y reconocimiento de situaciones de delincuencia que se califican como “no convencionales” a partir de alguna nota singular que justificaría considerar ese segmento como distinto de lo “tradicional” y, a la vez, habilitante por ello de un tratamiento diferencial. Así, la distinción de una “criminalidad no convencional” abre el paso a la incorporación de institutos sustanciales y adjetivos que también son “no convencionales”³³. Sin dudas, la adopción de un sistema de premios favorecedor de la delación (que regía ya en variados supuestos, conforme se resaltó, y se amplía ahora a otros casos de criminalidad organizada y, por lo tanto, de dificultosa investigación, del que seguidamente nos ocuparemos), encuadra con claridad en las notas del nuevo canon modélico de actuación.

Notas

¹ Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, ed. 1993, p. 215.

² *BO*, del 2/11/16.

³ Se trató de *La delación premiada en el derecho penal. El "arrepentido": una "técnica especial de investigación" en expansión*, prologado por el doctor Eduardo Julio Pettigiani, ed. 2011, 232 páginas.

⁴ Se trata del nombre que ha primado en el Mensaje del Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación de fecha 27 de setiembre de 2016, mediante el que se propone una masiva reforma al aun no implementado nuevo *CPPN* (ley 27.063), entre las que cuenta la regulación de los llamados "acuerdos de colaboración". Oportunamente, se volverá en el texto principal sobre sus detalles.

⁵ *BO*, del 22/11/16.

⁶ Cf. UNODC, *Prácticas óptimas y recomendaciones sobre los obstáculos jurídicos a las entregas vigiladas y operaciones encubiertas*, 2009:32/33

⁷ Conforme *La delación premiada en el derecho penal. El "arrepentido": una "técnica especial de investigación" en expansión*, ya citado, Capítulo 8, "Colofón". Durante el trámite parlamentario de la que ahora es la ley que se comenta expuse mi oposición a la expansión en el artículo *¿Necesitamos más delatores premiados ("arrepentidos")?*, *elDial* - DC20F4, sección "Actualidad", edición del 4/5/16.

⁸ En el caso de la reciente propuesta de reforma de la ley 27.063 (nuevo *CPPN*), se proyecta un nuevo Título VI del Libro Cuarto de la Primera Parte del Código, con varios capítulos que van desde la adopción de "normas generales" para su uso, hasta la regulación de la vigilancia acústica, de las comunicaciones, remota sobre equipos informáticos, por medio de dispositivos de captación de imágenes y de seguimiento y localización, pasando por agentes encubiertos, reservas de identidad e informantes.

⁹ Conforme *La delación premiada en el derecho penal. El "arrepentido": una "técnica especial de investigación" en expansión*, Capítulo 8, "Colofón".

¹⁰ Puede acotarse que, en el marco de su presentación absolutamente crítica del instituto, la diputada bonaerense Bregman señaló que "...nos oponemos a que nos vengan con el cuentito del arrepentido. Si quieren investigar, hagan una auditoría. Si realmente quieren investigar, desde el Frente de Izquierda proponemos la apertura de todos los libros contables de las empresas ligadas con la obra pública. Es necesario que esas empresas sean investigadas por representantes elegidos por los trabajadores y por las universidades públicas..." (cf. sesión taquigráfica oficial provisoria, Honorable Cámara de Diputados, sesión del 23/6/16). Sin que se trate de avalar esta propuesta alternativa, es de interés reflejar que la idea que debiera presidir el análisis es que primero debieran agotarse los cauces de investigación tradicionales y solo luego dar uso de aquello que con mayor o menor intensidad rompe el molde del debido proceso.

También puede recordarse que el diputado por Entre Ríos D'Agostino, contestando a la antes nombrada, postuló que no había ninguna incompatibilidad entre fiscalizar la contabilidad de las empresas contratistas de la obra pública y que se regule el "arrepentido", figura sin la que se debilita o genera una vulnerabilidad en el procedimiento (misma fuente citada).

¹¹ Las referencias al CPPN que se hacen en la transcripción corresponden a la ley 23.984 y sus modificatorias.

¹² El plenario es del 21/4/94.

¹³ Silva Sánchez observa que los problemas de articulación del principio de eficiencia (del análisis de coste-beneficio) con las garantías del derecho penal se plantean en un doble nivel: a) es preciso determinar si la eficiencia tiene la capacidad de integrar en su seno tales garantías y en qué medida puede hacerlo; b) si no fuera así, es preciso determinar la posibilidad de limitar la eficiencia por otros principios externos, caso en el que debiera establecerse la difícil relación jerárquica entre la eficiencia y esas garantías y su traducción práctica. El nombrado, postula como principio el de maximización de prevención y garantías, que reconoce alberga elementos de profunda tensión en su seno, "germen de su propia evolución dialéctica", que en definitiva aspira a "obtener un derecho penal con el mínimo coste posible: eficiente en grado máximo" (*Política criminal y persona*, ed. 2000, ps. 77 a 79).

¹⁴ Como enseña Zaffaroni: "La consigna antiliberal postula que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, o sea que por sentada una relación inversa entre garantías y seguridad. Este nuevo avance del derecho penal antiliberal no se presenta como derecho penal autoritario ni se enmarca en los pensamientos políticos totalitarios como los de entreguerras, sino que invoca la eficacia preventiva, como una cuestión casi pragmática" (*lectio doctoralis*, "El derecho penal liberal y sus enemigos", en ocasión del Doctorado *Honoris Causa* por la UCLM, 2004, publicado en *En torno de la cuestión penal*, ed. 2005, p. 154).

¹⁵ Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, ed. 1993, ps. 52 y 53. Allí aclara que esta confrontación entre eficiencia y garantía es también tributaria de la oposición entre "poder/derecho", aunque esta última se desarrolla en otro nivel.

¹⁶ Uno de los campos donde esto se evidencia en la actualidad con mayor claridad es el de la legislación antiterrorista. Como afirma Sueiro, desgraciadamente puede constatarse como un denominador común que las medidas implementadas en la lucha contra el terrorismo suelen instrumentarse mediante el debilitamiento y la flexibilización de las garantías constitucionales y de los derechos humanos de los ciudadanos, recurriendo a discursos político-criminales que terminan instaurando un verdadero derecho penal del enemigo (cf. *Terrorismo y derecho penal*, ed. 2015, 122).

¹⁷ Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, ed. 1993, p. 217, donde decía seguidamente: "Pero en vano me atormento para destruir el remordimiento que siento, autorizando con las leyes sacrosantas, con el monumento a la pública confianza, y

con la basa de la moral humana, la traición y el disimulo”.

¹⁸ Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, ed. 1993, p. 216.

¹⁹ Conforme su obra *Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbarie?*, ed. 2014, ps. 196/197.

²⁰ Conforme su *Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de “Arrepentido” y de “Extinción de dominio” (Explicaciones complementarias a la intervención del 3/8/2016 a disposición del H. Senado en versión taquigráfica de esa fecha*, fechado en Buenos Aires el 16/8/16, parág. 26, p. 12 (versión digital disponible en la revista virtual “Pensamiento Penal”, www.pensamientopenal.com.ar).

²¹ Cafferata Nores - Zaffaroni, *Crisis y legitimación de la política criminal, del derecho penal y procesal penal*, ed. 2002, p. 28.

²² Vassalli, “Emergencia criminal y sistema penal”, en *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Alberto M. Binder - Julio B. J. Maier (comps.), ed. 1995, p. 443.

²³ Ercolini, *La conducta procesal en la determinación de la pena (y el “delator” en la ley)*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, n° 6, ago. 1997, ps. 361 y 362.

²⁴ De Luca, *Notas sobre la cláusula contra la autoincriminación coaccionada*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, n° 9-B, 1999, trabajo XLI, ps. 273 y 274.

²⁵ Aclara Ferrajoli que “garantía” es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo. Este significado amplio del término y la introducción del neologismo “garantismo” para referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales son relativamente recientes, se ha producido particularmente en el terreno del derecho penal. Por derechos fundamentales se entienden aquellos derechos universales y, por ello, indisponibles o inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar, ya se trate de derechos negativos, como los derechos de libertad a los que corresponden prohibiciones de lesionar; o de derechos positivos, como los derechos sociales, a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos. En cuanto a la expresión “garantismo penal”, ubica su surgimiento en la cultura jurídica italiana de izquierda en la segunda mitad de los años ‘70, como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que, por aquel entonces, redujeron de diferentes formas el ya de por sí débil sistema de garantías procesales, de allí que aparezca como asociado a la tradición clásica del pensamiento penal liberal (“Garantías”, en *Jurisdicción y democracia*, ed. 2004, ps. 9 y 10).

²⁶ Ercolini, *La conducta procesal en la determinación de la pena (y el “delator” en la ley)*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, n° 6, ago. 1997, p. 373, con cita en nota 49 de Alejandro W. Slokar, *El sistema de derechos en la ejecución penitenciaria*, inédito.

²⁷ Ercolini, *La conducta procesal en la determinación de la pena (y el “delator” en la ley)*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, n° 6, ago. 1997, p. 375.

²⁸ De Luca, *Notas sobre la cláusula contra la autoincriminación coaccionada*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, n° 9-B, 1999, trabajo XLI, p. 273.

²⁹ Así, Favarotto, “El derecho a negarse a cooperar con la acusación”, en *Garantías penales*, Nicolás García Rivas - Marcelo A. Riquert (dirs.), 2011. Allí, recuerda la normativización del «*nemo tenetur...*» en el art. 18 de la Const. Nacional y repasa la existencia de previsiones de similar tenor en los textos constitucionales de Paraguay, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela, con algún matiz en Bolivia, destacando que en la región sólo Brasil y Uruguay carecen de cláusula constitucional específica, pero sin olvidar que son signatarios tanto del PIDCyP como de la CADH, que lo consagran en los arts. 14.3.g y 8°.2.g, respectivamente.

³⁰ Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ed. 1995, p. 750.

³¹ Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ed. 1995, ps. 821 y 822.

³² Nuestra aproximación a esta cuestión la hemos brindado en Riquert, *Crisis penal. Política criminal, globalización y derecho penal*, ed. 2007, prologado por el doctor Carlos J. Lascano (h).

³³ Así, por ejemplo, Sánchez Velarde habla de una “delincuencia especial”, que aparece progresivamente, conforme evoluciona la sociedad, la técnica o la ciencia, que es la delincuencia del crimen organizado, de carácter no convencional que va aparejada con los cambios generados por el progreso económico, social y político. Esta genera “la necesidad de un cambio de sistema procesal acorde con las nuevas formas de criminalidad” (*Los procedimientos penales ante la criminalidad no convencional*, en “Anuario de Derecho Penal”, 1996, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, sección “Bibliografía”; en www.unifr.ch/dpp1/anuario/an_1996_13.pdf). En nuestro medio, Vidal Albarracín sostiene que: “Es una realidad que los delitos socioeconómicos o no convencionales requieren de normas de procedimiento especiales” (*Inconvenientes que plantea la aplicación de normas procesales convencionales a delitos “no convencionales”. Su análisis con relación a la materia penal aduanera*, en “Revista de Estudios Aduaneros”, n° 11, 2° semestre de 1997; y en www.iaea.org.ar/biblioteca.htm); mientras que Moras Mom afirma que la delincuencia organizada ha provocado hoy un enfrentamiento con características “de una verdadera guerra a cuyo teatro los contendientes—criminales y Estado— han trasplantado todos los sistemas útiles de la guerra clásica, tanto para agredir como para defenderse”, con lo que surge la admisión en el proceso penal del espionaje, la delación, el soborno, la permisón de consumación de delitos controlados, entre otros, a los que se rotula de “nuevas técnicas investigativas”, que califica de “esencialmente inmorales porque fomentan todo lo bajo que hay en el ser humano”, pero que el Estado tuvo que admitir “insertas en una muy delicada y exigente legislación” ante la necesidad, sin otra posibilidad, “de un exitoso combate contra lo sucio y malo del delito” (*Manual de derecho procesal penal. Juicio oral y público penal nacional*, 6ª ed., 2004, ps. 185 y 186).

