



**Universidad de San Andrés**

**Departamento de Derecho**

**Abogacía**

**El arrepentido en los delitos de corrupción, ¿el fin justifica los medios?**

**Un estudio acerca de la figura del arrepentido a partir de sus problemas jurídicos**

**Autor: Racciatti, Victoria**

**Legajo: 24176**

**Mentor: Ezequiel Malarino**

**Victoria, 21 de julio de 2017.**



Universidad de  
**San Andrés**

Universidad de San Andrés

*Departamento: Escuela de Derecho*

*Abogacía*

**EL ARREPENTIDO EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN, ¿EL FIN JUSTIFICA  
LOS MEDIOS?**

---

*Un estudio acerca de la figura del arrepentido a partir de sus problemas jurídicos*

**Autor: RACCIATTI, Victoria**

**N° de Legajo: 24176**

**Mentor: Ezequiel Malarino**

Victoria, 21 de julio de 2017

**“Sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.”**

*Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*



Universidad de  
**SanAndrés**

## **AGRADECIMIENTOS**

**A la Universidad de San Andrés, por enseñarme, por formarme y por desafiarme.**

**A mis padres, por ser los mejores modelos, por los consejos acertados en el momento justo, por impulsarme siempre a más, por su sabiduría.**

**A mis hermanos, por su apoyo y ánimo.**

**A mis amistades, por pensar diferente, por su alegría, por su confianza.**

**A Jose –hermana por elección– por su admiración, por ser mi sostén, por compartir mi felicidad.**

**A Tomi –mi incondicional–, por todo.**



Universidad de  
**SanAndrés**

# TABLA DE CONTENIDO

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>2. LA NECESIDAD DE ADECUAR LAS LEYES A LOS TIEMPOS ACTUALES . 8</b>	<b>8</b>
<b>3. DESCRIPCIÓN DEL PLEXO NORMATIVO VIGENTE.....</b>	<b>12</b>
3.1 Análisis de los puntos centrales de la reforma introducida al artículo 41 ter del Código Penal de la Nación .....	14
3.1.1 Reducción de la escala penal .....	14
3.1.2 Ámbito personal de la aplicación.....	16
3.1.3 Ámbito procesal de aplicación.....	17
3.1.4 Calidad de la información.....	18
3.1.5 Oportunidad para colaborar .....	19
3.1.6 Criterios para aplicar los beneficios .....	20
3.2 Los delitos comprendidos en la reforma introducida al artículo 41 ter del Código Penal de la Nación.....	21
3.3 Los arrepentidos que no se arrepienten: críticas a la ley 27.304.....	22
<b>4. EL MARCO TEÓRICO Y LAS TEORÍAS DE LA PENA.....</b>	<b>25</b>
4.1 Teorías retribucionistas.....	26
4.2 Teorías consecuencialistas .....	27
4.3 ¿Puede un retribucionista ser un consecuencialista?.....	30
4.4 Primeras conclusiones .....	32
<b>5. LAS OBJECIONES CONSTITUCIONALES .....</b>	<b>34</b>
5.1 El principio <i>nemo tenetur</i> .....	36
5.2 El principio de igualdad.....	43
5.3 El principio de culpabilidad .....	46
5.4 Segundas conclusiones .....	47
<b>6. UNA MIRADA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.....</b>	<b>48</b>
<b>CONSIDERACIONES FINALES .....</b>	<b>54</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>57</b>
<b>ANEXO I.....</b>	<b>62</b>

# 1. INTRODUCCIÓN

A mediados del año 2016, y luego de un exhaustivo debate que aún persiste, se insertó en el sistema jurídico argentino la ley 27.304, para dar una nueva formulación al artículo 41 ter del Código Penal de la Nación y regular la figura del mal llamado “arrepentido”<sup>1</sup>. La delación premiada se conceptualiza, en los términos propuestos por la ley, como aquella figura que refiere a quien ha participado en la ejecución de un acto delictivo y, en el marco de un procedimiento penal, aporta pruebas para esclarecer el hecho delictivo e individualizar a los demás intervinientes, o para prevenir su consumación, o detectar otros hechos conexos. Como consecuencia, el delator será receptor de ciertos beneficios procesales, particularmente, de la reducción de la escala penal que le correspondería a la de la tentativa del delito cometido.

En este orden, se impone una aclaración inicial a fin de deslindar el objeto de estudio. Propongo analizar los problemas jurídicos que se suscitan como consecuencia de la reforma de la figura del arrepentido y exponer las críticas positivas y negativas a dicho instituto desde un análisis teórico jurídico. Procuraré, entonces, investigar si, efectivamente, nos encontramos frente a un instituto violatorio de los principios constitucionales y procesales que comprenden la prohibición de la autoincriminación, el principio de la igualdad y el principio de culpabilidad, o si, por el contrario, la discusión jurídica debería dar un respiro a la figura y permitir pacíficamente su aplicación.

La sanción de la ley 27.304 surgió para extender la aplicación de la figura del arrepentido a los delitos contra la administración pública, aunque acabó por sistematizar la regulación del instituto en forma general. Advierto que esta ley se materializa como un viejo esfuerzo por parte de quienes consideran que la lucha contra la corrupción es una

---

<sup>1</sup> Para la presente investigación adoptaré tanto el término “arrepentido” –toda vez que el discurso jurídico así lo ha instaurado y en tanto no busco contribuir a la discusión jurídica de la terminología del instituto– como así los términos “colaborador o delator premiado” –denominaciones que entiendo más precisas que hablar de “arrepentido” respecto de alguien que no lo está y se limita a sacar el mejor provecho posible para sí. Volveré sobre este punto más adelante.

necesidad, cada vez más notoria, en un mundo en el que dicho fenómeno se expande con ímpetu y en un país en el que las prácticas corruptas pocas veces reciben la sanción judicial merecida. En este contexto, el derecho penal clásico ha evolucionado, y ciertas conductas consideradas como disfuncionales por las sociedades modernas –tales como los crímenes organizados– han obligado a los Estados, en particular, y a la comunidad internacional, en conjunto, a crear nuevas formas de persecución penal. En el primer apartado de esta investigación, me propongo describir el contexto histórico, político y jurídico que delimitó el marco para la aprobación de la herramienta en cuestión, la que resulta de gran utilidad para combatir los altos índices de corrupción y los perturbadores niveles de crímenes organizados.

Por consiguiente, en el segundo apartado, apunto a realizar un análisis extenso de la ley 27.304. Propongo evaluar la viabilidad de la figura del arrepentido desde dos ópticas: por un lado, desde su ámbito general, deteniéndome sobre cada una de las características de este nuevo instrumento, y por el otro, desde los comentarios y los reproches que retrasaron su promulgación y que casi le cuestan su existencia.

Continuando, y para una mejor comprensión de la figura en cuestión, partiré de la afirmación que denuncia que, en tanto el derecho penal sirve para la protección subsidiaria de bienes jurídicos y, de este modo, al libre desarrollo del individuo dentro de un orden social, y puesto que el sistema sólo podrá establecer las conductas que puedan ser amenazadas con pena por el Estado, merece singular atención conocer de qué modo debe actuar la pena para cumplir con dicho orden. De ahí la importancia de las teorías de las penas. En virtud de ello, intentaré diferenciar las teorías de la pena que son compatibles con la figura del delator premiado de las que no lo son. Así, demostraré que la ley será viable únicamente cuando se la entienda a partir de algunas de estas teorías.

Adoptadas dichas teorías, será necesario, entonces, evaluar los problemas jurídicos que surgen de la figura en cuestión para poner en evidencia tanto sus comentarios positivos como los negativos. Para ello, partiré del reconocimiento de que para hacer política criminal hay límites que vienen dados. Y que, para un Estado social, constitucional y

democrático de derecho no cualquier alternativa es válida, sino que hay también límites impuestos por la ética (el fin no justifica los medios), los derechos fundamentales (la visión de los derechos humanos) y los principios que dieron nacimiento al Estado moderno (libertad, igualdad, solidaridad). Será motivo de mi interés confrontar dichos principios y evaluar si la figura del arrepentido los altera.

El conflicto jurídico aquí presentado toca algunos de los principios básicos de nuestra Constitución y de todo procedimiento penal judicial, y puede plantearse de la siguiente manera: ¿El fin justifica los medios? En términos dicotómicos la discusión se refleja en la siguiente disputa: garantías *versus* eficacia.

Una vez comprobada, como espero, la constitucionalidad del instituto del delator premiado, nos detendremos en el mejor argumento de sustento de dicho instituto: su verdadera utilidad práctica. Puesto que el utilitarismo sólo es argumento justificador de un instituto cuando este produce la mayor cantidad de beneficios a la mayor cantidad de personas y con el menor sacrificio posible, habrá que analizar si efectivamente ello sucede en la realidad penal Argentina. A partir de una mirada desde el análisis económico del derecho, indagaremos si la delación premiada contribuye a combatir la delincuencia organizada, o si por el contrario, son mayores los efectos perjudiciales de su uso.

San Andrés



## 2. LA NECESIDAD DE ADECUAR LAS LEYES A LOS TIEMPOS ACTUALES

La corrupción pública es un fenómeno presente en la realidad de nuestro país que deslinda nuestro contexto político y jurídico. La República Argentina construye su historia sobre escandalosos niveles de corrupción, que repercuten, de manera directa e inmediata, sobre la vida de nuestra sociedad desde tiempos remotos. En diferentes momentos y lugares este fenómeno social ha crecido exponencialmente, funcionando como una opresión para todos. En beneficio de unos pocos, a costa de la mayoría, distorsiona y dificulta el desarrollo económico y pone en jaque los derechos básicos y el debido proceso. Los sobornos, las extorsiones, los fraudes, la malversación de fondos, el tráfico de influencias, el prevaricato, el nepotismo y la impunidad son conductas que expresan diferentes modos de utilizar el poder confiado en beneficio propio. La corrupción no es solamente dañina *per se*, sino por las consecuencias que acarrea para las sociedades en donde se desarrolla.

Reconstruyendo brevemente nuestro paso por la historia, y sin irnos muy lejos, veamos las sucesivas dictaduras o golpes de Estado que comprenden el período entre el 1930 a 1980. El ensanchamiento del Estado en funciones ajenas al Poder Ejecutivo fue un factor determinante en el aumento de la corrupción estatal. La dictadura militar, que comenzó en el año 1976 y se prolongó hasta el gobierno de Raúl Alfonsín en 1983, tuvo como principal objetivo restablecer el orden en una sociedad sumida en el caos. Se caracterizó por su vigilancia escrupulosa y por la existencia de un disciplinamiento estricto dentro de todos los sectores políticos y sociales (Novaro y Palermo 2003, 22). El régimen militar impuso un terrorismo de Estado que desarrolló un proyecto planificado dirigido a destruir toda forma de participación popular, y así imponer el “orden” sin ninguna voz disidente.

A partir de la década del ochenta comenzaron en América Latina las transiciones democráticas, y para entonces surgió como justificación del sistema el inminente rechazo a la corrupción. Argentina no fue ajena a este movimiento. No obstante, la historia de la democracia ha demostrado que esta no puede vivir divorciada de la corrupción. Es en

verdad todo lo contrario. Se caracteriza por la traición de los gobernantes, la falta de credibilidad en las instituciones y un sistemático intento de ensanchar los poderes del gobierno de turno hacia otras funciones que le son ajenas.

Durante los últimos años, los niveles de actos corruptos se incrementaron de manera visible y preocupante, institucionalizándose en casi todos los ámbitos gubernamentales. Basta con remitirse a las noticias de público conocimiento para comprobarlo (Casal 2016). En este contexto, referimos a la situación argentina actual para afrontar el fenómeno de la corrupción.

Nuestro ordenamiento jurídico cuenta, en el presente, con una normativa local anti-corrupción que se enfrenta a un problema de gran complejidad: la errónea o escasa aplicación, o *enforcement*, de las normas con un promedio de duración de los procesos de corrupción de 11 años y una tasa de condena que no alcanza el diez por ciento (Granovsky 2012). El propio Poder Ejecutivo así lo señala en uno de sus mensajes que acompañó la promulgación de la ley que incorporó la figura del arrepentido en los delitos de corrupción:

“Los exiguos resultados logrados en nuestro país en su investigación, enjuiciamiento y sanción dejan en evidencia la necesidad de dotar a nuestro sistema penal de nuevos instrumentos que aumentan su eficacia (...) la amenaza de recibir sanciones penales o de sufrir el impacto derivado de una persecución penal por corrupción es, en términos generales, muy atenuada en la Argentina (...) si bien en nuestro país no se han publicado estadísticas oficiales en los últimos años, distintos estudios han registrado una tasa de condenas por delitos de corrupción de aproximadamente el 3% del total de los casos iniciados, y las condenas se dan, generalmente, en casos de menor cuantía. En los casos excepcionales en que se logra una condena por un delito de corrupción, las penas impuestas son de prisión en suspenso (no efectivas). Finalmente, los procesos por corrupción tienen una duración de 10 y 15 años. Los procesos investigados no prosperan, generalmente, porque finalizan mediante declaración de nulidad o por prescripción de la acción penal.” (Del Sel 2016).

En resumen, el Poder Ejecutivo dispuso que la necesidad de aplicar este tipo de incentivos de naturaleza premial al proceso de persecución penal de la corrupción responde

a tres motivos: en primer lugar, a las transformaciones que en las últimas décadas sufrió el fenómeno de la corrupción a nivel global en general, y en la Argentina en particular; en segundo lugar, a la comprobación del fuerte impacto negativo que esta problemática tiene para el desarrollo de los países; y por último, a la ineffectividad en nuestro país de los esfuerzos para prevenir, perseguir y sancionar la corrupción (Del Sel 2016).

Además de la normativa local anti-corrupción, nuestro sistema cuenta con el debido aval convencional, y en consecuencia constitucional. Ello, por las Convenciones Internacionales firmadas, que dan sostén a la adopción o uso generalizado de las herramientas anti-corrupción. Entre ellas, la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificada mediante la ley 25.632, y la Convención Internacional contra la Corrupción, ratificada mediante la ley 26.097, que comprometen a los Estados firmantes a adoptar las medidas apropiadas para alentar a quienes participan o han participado en grupos delictivos a proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines probatorios y de investigación, previéndose además, la posibilidad de mitigar las penas, e incluso de otorgar inmunidad judicial, a personas acusadas que presten una colaboración sustancial. Estos instrumentos internacionales promueven el surgimiento de leyes, en los países miembros, que sancionan duramente la participación en estos grupos delictivos organizados a través de mecanismos procesales novedosos que combaten la criminalidad (Llera 2016).

Del mismo modo en que surgieron instrumentos internacionales como los mencionados en el párrafo que antecede, también se advierten ciertos avances en los diferentes Estados del globo en la misma dirección. La mundialización de la economía sin previa homogeneización de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados, que coexisten en este nuevo marco de relaciones instantáneas, ha dado lugar a un proceso de expansión de la criminalidad que traspasa las fronteras nacionales y torna inútiles a muchos de los instrumentos de investigación tradicionales existentes (Benítez Ortúzar 2016, 297). Los últimos años han sido escenario de grandes progresos en la lucha contra la corrupción a nivel global. El primer paso ha sido reconocer que la corrupción no es un fenómeno exclusivamente local. Por el contrario, los actos de corrupción suelen tener puntos de

conexión con más de un país, razón por la cual los esfuerzos por luchar contra ella también se han expandido en magnitud. Algunas iniciativas de distintos países a nivel individual, tales como la ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (“FCPA”) de Estados Unidos, la *Bribery Act* del Reino Unido de Gran Bretaña (“*UK Bribery Act*”) y la ley 12.846 de Brasil son ejemplo de ello y se suman a las iniciativas multilaterales como la Convención de la OECD y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción anteriormente mencionadas (Spahn 2013).

Los actos de corrupción en la administración pública se dan en diversa magnitud, y la lucha contra aquella ilegal conducta no logra ser suficiente. Dos son los factores principales del despliegue de la corrupción y la delincuencia organizada en el mundo y la necesidad de crear nuevas herramientas contra ellas. El primero, la transnacionalidad en la que la sociedad del siglo XXI se desenvuelve, acelerada por una tecnología que permite a los individuos actuar en tiempo real en cualquier economía local, en cualquier momento y lugar. Junto con el fenómeno de la corrupción, la globalización ha generado un aumento en los niveles de crímenes organizados, que logra poner en jaque la existencia misma del concepto de Estado Constitucional de Derecho (Terranova 2016). El segundo, la perpetración del delito y la alteración de su estructura organizativa, que torna inviables las técnicas de investigación tradicionales (Benítez Ortúzar 2016, 297).

Frente a este panorama, en Argentina y en el mundo, han ido surgiendo diversos instrumentos y técnicas de investigación direccionados a suplir las deficiencias normativas. Se hizo evidente que las herramientas y medios tradicionales de persecución penal no resultan suficientes. Por el contrario, los instrumentos tradicionales desilusionan a la ciudadanía y a la opinión pública. Conforme con Wortman Jofré, “El sistema de prevención y castigo articulado por el Estado –Agencias Policiales y Poder Judicial– sigue siendo percibido como alejado de la realidad y su eficacia resulta llamativamente baja.”<sup>2</sup> (2015,

---

<sup>2</sup> El informe “Los procesos judiciales en materia de corrupción. 2012”, elaborado por la Asociación Civil por la Igualdad y Justicia, da cuenta de que, sobre un total de veintiún casos de corrupción, con más de diez años de trámite, tres prescribieron, nueve están en el tribunal oral, seis todavía están en etapa de investigación escrita y sólo tres tuvieron condena (ACIJ; CIPCE, OCDAP, 2012).

159). Todo ello pone de manifiesto la urgencia de introducir reformas para reaccionar frente a estos conflictos y crear nuevas herramientas que mejoren la situación actual. Aparece, así, la necesidad y utilidad de una herramienta como la figura del arrepentido.

El incorporar favorablemente una ley como la del colaborador premiado para perseguir estos delitos ya no es novedad. La mayor parte de los ordenamientos contemporáneos admite la figura del arrepentido, colaborador con la justicia o delincuente delator –cualquiera sea el término que se utilice–, sin perjuicio de no haber podido sustraer por completo las críticas que la acompañan (Casal 2016, 421). En el mundo entero, y no sólo en los países subdesarrollados como suele pensarse, la corrupción ha demostrado ser un fenómeno apabullante, culpable de varias consecuencias negativas que las sociedades padecen. Por este motivo, la necesidad de combatirla se ha tornado en una cuestión de suma relevancia en la agenda política de los Estados. De hecho, actualmente se mide la madurez política y el grado de compromiso que los gobiernos y las sociedades asumen al respecto según el nivel de tolerancia o el ímpetu con el que los Estados persiguen la corrupción (Greene 2012).

Por ello, el presente trabajo de investigación propone analizar las medidas legales que se toman para combatir el fenómeno en cuestión y para cumplir con las obligaciones contraídas internacionalmente. Más precisamente, propone elaborar un análisis de la mal llamada ley del arrepentido. Entre las finalidades que se persiguen con su incorporación legal aparecen no sólo reprimir la delincuencia organizada, sino también velar por la justicia, la seguridad pública, la imposibilidad de obtener determinado tipo de información y la capacidad que el presente instituto muestra en el sentido de romper el núcleo mismo de una organización criminal. Por sobre todo, hacer frente a un sinnúmero de años sumidos en la corrupción. Si el objetivo final es combatir y disuadir este tipo de delincuencia, es inevitable que el Estado tienda los puentes suficientes para ello y acepte algunos compromisos.

### **3. DESCRIPCIÓN DEL PLEXO NORMATIVO VIGENTE**

La ley 27.304<sup>3</sup> se insertó en nuestro sistema jurídico, luego de un extenso debate, y dio nueva textura al artículo 41 ter del Código Penal de la Nación. Regula, como ya quedó expresado, la figura del mal llamado arrepentido. En el ámbito jurídico-penal, dicha figura corresponde a quien ha participado en la ejecución de un acto prohibido por la ley y aporta pruebas para esclarecer el hecho delictivo e individualizar a los demás intervinientes, responsables ante la ley penal, o para prevenir su consumación, o detectar otros hechos conexos. Es así una herramienta de investigación que tiene como finalidad recaudar información y elementos probatorios para identificar a las personas involucradas en un delito, esclarecer los hechos investigados y/o prevenir la consumación de nuevos delitos. El arrepentido será aquella persona que colabore con la Justicia, en el marco de un proceso penal, brindando información acerca de los delitos en los que ha participado o no, a cambio de beneficios procesales.

Nos encontramos frente a una figura que no es novedosa. Ella ya había sido prevista en los siguientes delitos: i) en el artículo 29 ter de la ley de estupefacientes 23.737 (con las modificaciones introducidas por la ley 24.424; ii) en la ley 25.241 a los hechos de terrorismo; iii) y en la ley 26.364 al Código Penal de la Nación como artículo 41 ter para los tipos penales de privación ilegítima de la libertad (art. 142 bis), trata de personas (arts. 145 bis y ter) y secuestro extorsivo (art. 170).

Ahora bien, durante la presente investigación hago fundamental hincapié en los delitos contra la administración pública –particularmente en los delitos de corrupción– pues estos fueron recientemente incorporados al instituto del arrepentido y han reanimado el debate que lo persigue. Es decir, la figura que mediante la incorporación de la ley 27.304 se legisla, ya se encontraba vigente para un conjunto de delitos distintos, y fue ampliada en su aplicación para los delitos de cohecho y tráfico de influencias (artículos 256 y 259), malversación de caudales públicos (artículos 260 al 264), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (artículo 265), exacciones ilegales (artículos 266 al 268),

---

<sup>3</sup> Véase Anexo I.

enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (artículo 268), prevaricato (artículo 269 al 272) y el delito de fraude en perjuicio de una administración pública (inciso 5 del artículo 74 del Código Penal). Sin embargo, creo esencial remarcar que los argumentos a favor y en contra del instituto del arrepentido, que aquí pondremos de manifiesto, se corresponden no solo con los delitos de la administración pública, sino más bien con la figura del delator premiado en general. Por lo tanto, adviértase que la presente investigación expone un análisis que alcanza a todos los delitos para los que la figura del arrepentido fue prevista, siendo los argumentos enunciados aplicables tanto para unos como para los otros.

Vayamos a un análisis de la ley 27.304 para una mejor comprensión del instituto.

### **3.1 Análisis de los puntos centrales de la reforma introducida al artículo 41 ter del Código Penal de la Nación**

#### **3.1.1 Reducción de la escala penal**

“Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa [...]”. Así señala el primer párrafo del primer artículo de la ley 27.304. Con estas primeras líneas, se habilita el beneficio principal de la norma que consiste en la reducción de pena a la escala de tentativa. Se trata de una aplicación facultativa que reviste a los jueces con la posibilidad de reducir la pena cuando se configuren los supuestos distinguidos en la ley en cuestión.

Investiguemos el alcance y las consecuencias de la reducción de la pena para ahondar en el principal efecto de la aplicación del presente instituto. Como es bien sabido, la obligación del Estado de tipificar delitos es producto del principio de legalidad, una de las reglas fundamentales del Estado Constitucional de Derecho. De este modo, cada uno de los delitos que se pretendan castigar, dentro del marco de un Estado Constitucional de Derecho, debe ser tipificado. A partir de este acto, es posible advertir que toda norma penal se encuentra integrada por dos partes: el tipo y la pena.



Los tipos penales suelen incluir aspectos objetivos y subjetivos. En lo que refiere al componente objetivo del tipo penal, este consiste en una conducta exterior manifestada por una persona. En la mayoría de los casos la existencia de un acto exterior no es suficiente para que se cumpla la situación prevista en el tipo penal, siendo necesario que exista, también, un componente subjetivo. Comprendemos este último a partir de la intención, o dolo, de realizar la conducta exterior descripta, y la negligencia, o culpa, en el accionar.

Como consecuencia de incurrir en alguno de los tipos previstos, la segunda parte de todo tipo penal establece una pena. Esto es, la sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva. La aplicación de la figura del arrepentido importa la reducción de esta pena, lo que sienta una consecuencia mucho más leve que la que de otro modo habría sido prevista. Téngase en cuenta lo manifestado por el diputado Luis Petri (UCR) durante la discusión parlamentaria, en la que expresó lo siguiente:

“Pero esta no es una concesión graciosa [...]. Lo que estamos haciendo es otorgar beneficios procesales que no serán como en la actualidad, en la que tienen la posibilidad de eximirse de pena. El arrepentido no va a quedar eximido de castigo, sino que va a tener que someterse al proceso penal, testimoniar y declarar, dar información que sea de utilidad al juez y al fiscal para que avancen en la investigación. Pero independientemente de eso, también va a tener reproche penal, porque tendrá condena” (Gómez Urso y Sivo 2016, 101).

Tal como surge de su declaración, las reducciones de las penas deberán ser siempre la excepción y podrán estar razonablemente sujetas a la supervisión adicional por parte de los jueces de condena (Lippke 2011, 157).

Hasta aquí hemos desmembrado el efecto general de la norma; a saber, la reducción de la pena a la escala de las tentativas. Por consiguiente, agregó tres aclaraciones referidas a tres escenarios excepcionales. La primera, en lo que concierne a los delitos reprimidos con prisión y/o reclusión perpetua. El artículo 1 de la ley 27.304 establece que frente a estos, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince años de prisión. La segunda aclaración refiere al párrafo siguiente, donde consta que la reducción de pena no procederá respecto de las penas



de inhabilitación o multa. Estos dos casos permiten advertir cierto límite a la posibilidad de reducir la escala penal. Se altera el espacio de juego previsto por la oportunidad de atribuir al imputado una pena de menor escala fundamentada principalmente en la gravedad del delito, para los casos de prisión y/o reclusión perpetua, y en su menor importancia, para los casos de penas de inhabilitación y multa. Bajo este mismo hilo de análisis, señalo la tercera aclaración: en el mismo artículo del caso anterior, la ley en cuestión dispone que “Los acuerdos previstos en esta ley y sus beneficios no serán aplicables en procesos en los que se investiguen delitos de lesa humanidad”. Es decir, se limita la posibilidad de aplicar la figura del delator premiado a los casos en los que se involucren delitos de lesa humanidad.

### **3.1.2 *Ámbito personal de la aplicación***

La norma en estudio alcanza a “los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo”. La redacción de esta segunda parte del primer párrafo del artículo 1° de la ley 27.304 lleva a inferir que los sujetos alcanzados deben encontrarse imputados. De hecho, el artículo 3° de la presente ley refiere expresamente a la necesidad de que el delator deba ser imputado. Este mismo artículo específicamente dispone la oportunidad para “arrepentirse”, la que “deberá realizarse antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente”.

De la presente redacción surge la necesidad de esclarecer si es necesaria una imputación formal para que partícipes y autores se constituyan en beneficiarios de la norma. Sostengo una postura material, y no meramente formal, del concepto de imputado. Así, considero partícipe o autor, en los términos del art. 41 ter del Código Penal de la Nación, a toda persona respecto de quien el Estado hubiera dirigido un acto de persecución penal material que habilite el legítimo ejercicio de una defensa efectiva, independientemente de si se hubiere iniciado o no el proceso judicial formal pertinente (Gómez Urso y Sivo 2016, 103). No hay dudas respecto de que toda persona vinculada por motivos suficientes y verosímiles a la comisión de un delito adquirirá la calidad de imputada. Sin embargo, desde un punto de vista material, creo que una persona, incluso antes de la indagatoria, podría beneficiarse del presente instituto.

### 3.1.3 *Ámbito procesal de aplicación*

El art. 41 ter permite la colaboración durante la sustanciación del proceso del que autores y partícipes “sean parte”. Sin embargo, la alternativa para que un arrepentido brinde información pertinente para otros procesos no está prohibida.

Precisamente, el párrafo primero del actual artículo en cuestión autoriza la reducción para quien declare como arrepentido en el proceso que se le sigue, respecto de los delitos allí enunciados y por los que se encuentre imputado. Ello supone que la colaboración sea respecto del proceso del que el imputado sea parte. Asimismo, el párrafo tercero de esa misma norma agrega que para que el beneficio proceda será necesario que la información aportada permita esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos o revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de los hechos investigados o de otros conexos. La redacción completa del artículo habilita, entonces, a que el colaborador aporte información que permita esclarecer el hecho o revelar la identidad de personas en su proceso, o bien, que aporte información respecto de hechos conexos, no investigados en la misma causa.

Se impone aquí una breve aclaración. Cuando el arrepentido declare respecto de personas, únicamente podría brindar la información que vincule a aquellas con una responsabilidad igual o mayor a la suya. Este requisito sólo puede cumplirse en tanto lo haga respecto de partícipes de su propio hecho, pues si lo hiciera en relación a personas que hubieran intervenido en otros hechos, no cabría posibilidad de medir su responsabilidad con la de aquellas.

Por lo tanto, el arrepentido podrá brindar información pertinente tanto en su proceso, como en otros. En cuanto a su proceso, podrá declarar respecto del hecho objeto de la investigación u otros conexos o revelar la identidad de partícipes del hecho investigado o de otros conexos. En cambio, cuando lo haga en otros, deberá brindar únicamente información respecto de hechos conexos.

La conexidad debe interpretarse a partir del texto del artículo 41 del Código Procesal Penal de la Nación. De acuerdo con este, las causas serán conexas en los siguientes casos: a) si los delitos imputados han sido cometidos simultáneamente por varias personas reunidas; o aunque lo fueren en distinto tiempo o lugar, cuando hubiere mediado acuerdo entre ellas; b) si un delito ha sido cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro, o para procurar al autor o a otra persona su provecho o la impunidad; y c) si a una persona se le imputaren varios delitos.

### **3.1.4 *Calidad de la información***

Conforme con el primer párrafo del artículo primero de la ley 27.304, los sujetos anteriormente nombrados deberán, durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brindar información o datos precisos, comprobables y verosímiles. Con ello entendemos que se condiciona la aplicación de la figura del arrepentido a un aporte que deberá ser valioso, en razón de la investigación de los ilícitos que se encuentran en curso de investigación.

De hecho, y a fin de delimitar todavía más la calidad de la información, el mismo artículo agrega las siguientes líneas:

“Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo”.

De acuerdo con Grisetti, si bien la cooperación prestada por el delator debe cumplir con la exigencia de ser eficaz, no debe entenderse dicha exigencia más allá de sus

posibilidades. De este modo, la eficacia debe encontrarse condicionada al cumplimiento de los fines expuestos, más no a su agotamiento (2016). Por ello, se habrá cumplido con la exigencia normativa, y será oportuna la posibilidad de acudir al beneficio, desde el momento que el delator ejecute cualquiera de los actos descritos como eficaz. En este sentido, no podrá exigirse el éxito efectivo de las operaciones, debiendo ser suficiente la aportación de datos que hubieran debido conducir a este.

Por último, remarco que la ley 27.304 deja sentada una pena de prisión de cuatro a diez años, y con la pérdida del beneficio concedido, a quien, “acogiéndose al beneficio del presente instituto, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos”. El sentido de la norma es evitar falsas acusaciones y un aprovechamiento de la figura del arrepentido. Para que el presente castigo se configure, es necesario que se encuentre presente el elemento subjetivo de dolo directo, no basta el dolo eventual.

### **3.1.5 Oportunidad para colaborar**

El artículo 3° dispone que “el acuerdo con el imputado arrepentido, deberá realizarse antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente”. Respecto de ello, Castiglione señala que la verdadera novedad consiste en la delación como acto no sugerido ni insinuado por el juez (2014). De allí que, para que este sea oportuno, debe llevarse a cabo durante la sustanciación. Por el contrario, será inoportuno cuando el arrepentido lo haga en la etapa del juicio, o bien, cuando se hubiera dictado sentencia condenatoria, aunque ella no se encuentre firme.

Merece la pena atender a la modificación introducida en el Senado al Proyecto de Diputados que redujo la extensión procesal del mecanismo del arrepentido a la que aquí hemos comentado. El texto final excluye la posibilidad de aceptar el aporte “antes de la iniciación del proceso”. Creo acertada esta decisión en tanto, incluso formalizándolo como una colaboración, dicho aporte podría comprender manifestaciones autoincriminatorias que derivasen en su inconstitucionalidad, conforme con el artículo 18 de la Constitución Nacional (Gómez Urso y Sivo 2016, 161).

El proceso penal transita por tres etapas fundamentales: etapa de instrucción o investigación preparatoria, etapa intermedia que ofrece un control de la imputación y etapa final o juicio oral. Como se advierte de la norma, el legislador decidió comenzar desde la investigación, aunque sin extenderla, como lo hacía el Proyecto de Diputados, hasta el punto extremo de su conclusión. Por lo tanto, podrá presentarse un acuerdo de colaboración hasta que el juez resuelva el auto de elevación a juicio, según lo dispuesto por los artículos 350 y 351 del Código Procesal Penal de la Nación y sin entrar en las distinciones que existieren en los distintos códigos provinciales.

La esencia del acto reside en su carácter voluntario, no coercitivo, razón por la cual no sería válida la intromisión del juez en la decisión del revelador de “arrepentirse”. De hecho, una actuación similar por parte del magistrado sería inconstitucional y probable causal de remoción. El instituto y los derechos que del mismo derivan han sido establecidos, en forma expresa, como un beneficio propio del individuo perseguido penalmente, a consecuencia de su colaboración voluntaria en el proceso. Debemos, por ello, velar por un marco libre de coerciones, reforzado por la asistencia de un letrado defensor y la presencia pasiva de un juez.

### **3.1.6 Criterios para aplicar los beneficios**

Frente al presente instituto no interesan las casusas, los motivos ni las razones que podría haber tomado en consideración el acusado para actuar. Lo verdaderamente relevante para otorgar los beneficios establecidos en el nuevo artículo 41 ter del Código Penal será considerar el tipo y alcance de la información brindada, su utilidad para alcanzar las finalidades previstas, el momento procesal en el que el imputado brinda la colaboración, la gravedad de los delitos que el imputado ha contribuido a esclarecer o impedir, la gravedad de los hechos que se le atribuyen y la responsabilidad que le corresponde por ellos, conforme al artículo 5° del Código. Este último inciso agrega, además, que “Se beneficiará especialmente a quien se arrepintiere en primer término”.

### **3.2 Los delitos comprendidos en la reforma introducida al artículo 41 ter del Código Penal de la Nación**

En las siguientes líneas, me detendré en la exposición, en forma detallada, de los delitos comprendidos en la ley 27.304. Como ya tuve la oportunidad de mencionar, la figura del arrepentido no es un instituto novedoso y se advierte su existencia en la legislación argentina desde hace aproximadamente veinte años. Sin embargo, hasta el momento, la operatividad del instituto en cuestión estaba acotada a ciertas áreas y delitos específicos; de allí la enorme repercusión que causó la ley 27.304.

La norma establece que “el proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos” (Ley 27.304). En primer lugar, los delitos de narcotráfico en todas sus etapas: producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos.

En segundo lugar, hace mención a los delitos e infracciones previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero. Inequívocamente, los delitos aquí señalados cuentan con características similares a los del inciso anterior, en tanto suponen la intervención de una pluralidad de personas en las distintas etapas o desarrollo del *iter criminis*.

En tercer lugar, comprende a todos los casos en los que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal, con lo cual incluye los hechos de terrorismo.

En cuarto lugar, incorpora los delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal, referidos a la promoción y facilitación de la prostitución, con (artículo 125) o sin (artículo 125 bis) consentimiento de la víctima. El artículo 126 agrava la penalidad para el supuesto de la utilización de determinados medios comisivos. El artículo 127 hace referencia a la explotación económica del ejercicio de la prostitución por medios coercitivos. Y el artículo 128 considera la pornografía infantil.

En quinto lugar, alcanza a los delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal; a saber, la sustracción, retención u ocultamiento de una persona, con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad, la desaparición forzada de personas y el secuestro extorsivo.

En sexto lugar, añade los delitos previstos en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal. Entre estos comprendemos la trata de persona, aunque mediare consentimiento de la víctima, y la agravación de la pena cuando concurrieren los distintos supuestos previstos en el artículo 145 ter.

En séptimo lugar, alude a los delitos cometidos en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal, que refieren a asociación ilícita y asociación ilícita agravada.

En octavo lugar, entiende a los delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174, del Código Penal. Estos refieren a los delitos de cohecho y tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, prevaricato y fraude en perjuicio de una administración pública.

Por último, menciona a los delitos previstos en el título XIII del libro segundo del Código Penal, entre los que encontramos a los delitos contra el orden económico y financiero.

### **3.3 Los arrepentidos que no se arrepienten: críticas a la ley 27.304**

Como ya he puesto de manifiesto, nos encontramos frente a un instituto que se materializa en una expresión del derecho penal premial en la lucha contra el crimen organizado. Se caracteriza por los siguientes elementos: a) que el arrepentido revista calidad del imputado de un delito vinculado con una organización criminal, b) que entregue información completa y significativa, c) que dicha información tenga una finalidad de



identificación de personas o de hechos, y d) aquel que preste su colaboración sea favorecido con una reducción de pena.

Propongo analizar la viabilidad de esta herramienta desde dos ópticas: por un lado, desde el ámbito general de la figura del arrepentido, y por el otro, desde las críticas y observaciones que retrasaron su promulgación y casi le cuestan su existencia. Habiendo expuesto un desarrollo extenso del primer punto, abordemos este segundo partiendo de la clasificación del Senado que alude al mal llamado “imputado arrepentido”, Me referiré así a la primera crítica al mecanismo de colaboración premiada, que, como ya he adelantado, comparto en su totalidad. Ella refiere a la noción de *arrepentido*.

Como es de saber, el arrepentimiento connota aspectos íntimos relacionados a la contrición personal, estado subjetivo que no es tenido en cuenta por la ley. De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, arrepentirse significa “sentir pesar por haber hecho o haber dejado de hacer algo” o “cambiar de opinión o no ser consecuente con un compromiso” (Gómez Urso y Sivo 2016, 97). Una definición como la expuesta lejos está de corresponderse con el comportamiento que la ley espera de quien decide brindar información en el marco de un proceso penal. No hace falta que un imputado se arrepienta, pues su arrepentimiento pesa sobre su propia conciencia. Sin entrar en los aspectos subjetivos que motivan al beneficiario a colaborar lo que la presente ley busca es la colaboración en sentido objetivo. Por ello, creo que sin perjuicio de la decisión del Senado de llamarlo “arrepentido”, la expresión que más se ajusta a la presente figura es la de “colaborador premiado” o “delator premiado”, toda vez que el aporte útil, y la consecuente contribución al proceso penal, siempre derivará en la concesión de los beneficios previstos en la ley. Es, por lo tanto, erróneo delimitar el presente instituto dentro del concepto de “arrepentido”.

Asimismo, y en segundo lugar, pongo de manifiesto ciertas críticas que, a pesar de no consentir, señalo por ser útiles para enriquecer la presente investigación y para exponer la totalidad de los puntos de debate que se han expresado acerca de la figura en cuestión. De este modo, me interesa destacar la línea de pensamiento que desconfiaba del instituto en



cuestión, fundándose en los delitos alcanzados por la figura. Por un lado, aparece la postura de Margarita Stolbizer (GEN), quien expuso su preocupación por el abanico de delitos que quedó comprendido, lo que habilita a los jueces a entremeterse en todo tipo de organizaciones sociales, utilizando el Derecho como mecanismo de control y disciplinamiento social. Por el contrario, pero aún en crítica, encontramos las corrientes de pensamiento opuestas que reprochan el haber delimitado taxativamente los delitos a los que puede aplicar esta figura, sin incluir alguna suerte de cláusula que permita a los fiscales y jueces su utilización excepcional en otros delitos complejos en los que el instituto en cuestión pudiera funcionar con éxito. Juan María del Sel sostiene que esta autolimitación parecería expresar una cierta actitud culposa por parte de los propulsores de la norma, representada por el apoyo a la implementación del instituto pero únicamente en la mínima medida que se estima absolutamente necesaria (Del Sel 2016). Marcelo Sancinetti ha llegado a sostener que esta consciencia culposa se demuestra en la falta de inclusión de los delitos de lesa humanidad. En sus palabras, si la normativa en cuestión fuese noble, los primeros que deberían estar incluidos serían los delitos de lesa humanidad, pues este instituto les permitiría esclarecerse (2016).

A más de ello, y también en referencia a una crítica con la que no concuerdo, remito a los dichos de la diputada Nilda Garré (FPV-PJ), quien enfocó parte de sus observaciones en la estructura del proceso conforme al nuevo sistema instaurado. Criticó al instituto por relegar al Ministerio Público Fiscal a un rol secundario, de escasa intervención, que resulta incoherente con el sistema acusatorio que se está buscando implementar. De acuerdo con la diputada, esta técnica es un canal para que los jueces sigan manteniendo un control de hecho en las investigaciones penales, en detrimento de los fiscales y afectando flagrantemente tanto a las garantías como la eficacia del proceso penal.

Agrego otra crítica, que tampoco comparto, y que se formula a partir de la imposibilidad de la acción penal de ser objeto de transacción. Se ha sostenido que incluso ya el Código Civil de Vélez Sarsfield disponía que el Ministerio Público no podía poner la acción penal como objeto de los negocios jurídicos. Esta idea se funda en que si uno así lo hiciera, entonces, lo que estaría decidiendo sería el pragmatismo y no la justicia (2016). Es

decir que, frente a aquel supuesto, la pena no será la pena justa sino la pena más conveniente.

Sumo a todo lo anteriormente dicho una crítica más, también contraria a mi parecer, que refiere a la aplicación de la figura del delator premiado. Conforme con esta, en su aplicación, el delator premiado sirve como herramienta de incitación a la formación de organizaciones criminales. Esta opinión se fundamenta en dos condiciones esenciales de nuestra actualidad. La primera, la globalización económica y tecnológica, que permite la fácil cooperación de los individuos a través del globo, con poco o casi nulo esfuerzo. La segunda, y como consecuencia de la anterior, la posibilidad de que las organizaciones criminales sumen cada vez más individuos a su estructura y, de este modo, exista siempre alguien de mayor envergadura a quien delatar.

En ningún caso esta figura resuelve los problemas de eficacia del aparato de investigación criminal. Por el contrario, ante un sistema que funciona con irregularidades constantes y con poca capacidad de investigación, son altas las chances de que estas figuras promuevan más desviaciones. Nos encontramos frente a un instituto que muchos critican por contradecirse con los derechos individuales y porque parece propagar la corrupción y la manipulación política. Ahora bien, y a la luz de las presentes críticas, creo pertinente desarrollar un análisis que responda a la pregunta, aun sin responder, acerca de si los posibles peligros de legalizar el uso de una técnica como esta son mayores o menores que los beneficios que ella ofrece para enfrentar el crimen moderno.

Por lo pronto, parece existir un consenso mundial acerca de la necesidad y aceptación de esta figura para enfrentar eficazmente los fenómenos modernos de la delincuencia organizada y compleja, más allá de la existencia de reparos a su aceptación.

#### **4. EL MARCO TEÓRICO Y LAS TEORÍAS DE LA PENA**

El Derecho es una herramienta en la mano del hombre y tiene por finalidad introducir un orden en la vida social (Lascano (h) 2002, 25). El principal instrumento de que dispone el Estado para ello es la ley penal. La función del derecho penal depende de la

concepción de la pena que se siga. La pena es la reacción fundamental del Estado frente al delito y consiste en una restricción de derechos que los órganos competentes de control social imponen a toda persona a la que se considere responsable de la comisión de un hecho punible (Righi 2010, 25). Ello da lugar a dos enfoques principales que pueden sintetizarse en dos enunciados: las teorías absolutas y las teorías relativas. Para las teorías absolutas, la pena se agota en sí misma y consiste en un mal que se impone necesariamente para lograr justicia, como retribución por haber cometido el delito. Por el contrario, las teorías relativas de la pena pretenden maximizar un bien, el que para nuestro análisis consistirá en la prevención.

El derecho penal sirve para la protección subsidiaria de bienes jurídicos y, por consiguiente, para el libre desarrollo del individuo dentro de un orden social basado en ese principio. Fundado en este criterio, el sistema puede establecer qué conductas puedan acarrear sanciones o penas por parte del Estado. En ese marco, para comprender la figura del arrepentido, es necesario preguntarse acerca de la función que quiere el Estado atribuirle a la pena y, de este modo, cumplir con el fin del derecho penal mencionado. De ahí la importancia de las teorías de las penas. En virtud de ello, es necesario ver las distintas teorías en mayor detalle.

#### **4.1 Teorías retribucionistas**

Las teorías retributivas ofrecen una fundamentación de la pena basada en que lo que legitima el ejercicio del *ius puniendi* es la realización del ideal de justicia. De acuerdo con este criterio, la culpabilidad del autor es lo que permite fundamentar el derecho subjetivo del Estado a imponer una pena (Righi 2010, 26). Consiste en la noción de que el deber de castigar existe sólo, y solo porque, el ofensor lo merece, y que ello es una condición suficiente, además de necesaria, para un castigo justo (Moore 2014). Tal suficiencia fundamental, en opinión del autor de la versión actualmente más influyente de la retribución, Michel Moore, no es sólo un derecho de penar, sino un *deber* de hacerlo (Moore 2014).

Los retribucionistas encuentran como propiedad moral justificatoria para el castigo el merecimiento (Moore 2014, 41). Este merecimiento es una propiedad del autor que integra las propiedades morales de la incorrección del acto realizado y la culpabilidad con la que se lo cometió. En este sentido, el castigo consiste en un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el que ha causado con su comportamiento errado. En su formulación original esta teoría agotó el fin de la pena en la retribución, “la que fue explicada por Kant como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia, y fundamentada dialécticamente por Hegel como la negación de la negación del derecho, ya que la pena niega (aniquila) el delito, restableciendo así el derecho lesionado” (Righi 2010, 27).

Las teorías retributivas se fundamentan en que es incompatible la prevención con la dignidad humana, toda vez que para los seres humanos la única motivación admisible es la que surge de la norma. Como la pena no puede ser instrumento de motivación, los seres humanos no pueden ser destinatarios de la norma, la que se encuentra dirigida hacia el propio Estado, para que, en uso de su coacción y mediante sus órganos jurisdiccionales, imponga un castigo al culpable de un hecho delictivo (Righi 2010, 27). Conforme con esta concepción, la pena no está destinada a evitar hechos futuros por lo que agota su sentido en construir una reacción frente a la violación de una norma por un autor responsable. De este modo, establece una consistente vinculación con el delito cometido, acotado el sentido del castigo a realizar el ideal de justicia. Nace de este modo, y como consecuencia, el concepto de la individualización de la pena, que queda asociado a la gravedad del hecho realizado y al grado de culpabilidad del autor, “enunciándose así un criterio de proporcionalidad entre delito y pena” (Righi 2010, 28).

## **4.2 Teorías consecuencialistas**

Conforme con el “consecuencialismo”, la justificación de toda práctica humana depende de sus consecuencias actuales o esperadas. Para ello, se deben identificar primero los bienes que se buscan proteger, y luego, justificar las prácticas que sean eficientes a tal fin. Se trata de demostrar que la práctica no sólo genera un bien a la comunidad, sino

también, y en primer lugar, que no provoca ningún daño, es decir, que sus beneficios superan a sus costos y, en segundo lugar, que ninguna otra alternativa generaría mayor o igual beneficio a un menor o igual costo (Duff 2001, 3).

En lo que concierne a los bienes, advertimos que para la variante consecuencialista que a los fines de este análisis compete, el bien fundamental consiste en la prevención criminal. De acuerdo con Duff, la ley define como criminal a toda conducta que causa o amenaza con causar un daño (Duff 2001, 4). Por lo tanto, reducir la incidencia de aquellas conductas provocará tanto la minimización de su ocurrencia como la reducción del miedo a dicho daño. La prevención como un justificativo para la aplicación de la pena es la conclusión más importante que se formuló desde este punto de vista. Así, estas teorías, adoptando una perspectiva utilitaria, explicaron que la pena es un instrumento de motivación, y como tal consiste en una herramienta estatal de prevención del delito (Righi 2010, 30).

El foco principal de las teorías consecuencialistas consiste en la maximización de un bien fundamental para la sociedad, que contribuya a minimizar los índices de criminalidad. Parte de la doctrina que se inclina por estas teorías, considera que aquel bien es el de la prevención. Por lo tanto, el sentido sugerido por estas teorías reconoce maximizar la prevención para atenuar la criminalidad. Ahora bien, los medios a través de los cuales se opte por lograrlo merecen una discusión apartada. Son las teorías de los medios las que proponen diferentes métodos de prevención.

De los distintos medios surgieron las siguientes versiones de las teorías utilitarias. La primera, relacionada con la prevención general, y la segunda, con la prevención especial. En cuanto a la prevención general, cabe la oportunidad de clasificarla en negativa o positiva. Dentro del punto de vista de la prevención general negativa, la coacción que la ley formula en abstracto se torna concreta en la sentencia, toda vez que con la condena el juez refuerza la amenaza, haciendo saber a los demás que les ocurrirá lo mismo que al autor de la pena si realizan comportamientos similares (Righi 2010, 31). Así, se proyecta un fin intimidatorio. Por el contrario, la meta del Derecho conforme con la prevención general

positiva no es la intimidación, sino afirmar y asegurar las normas fundamentales que en cada sociedad se consideran indispensables. Es decir que, en la medida en que el delito desestabiliza el sistema social, la función de la pena consiste en restablecerlo, con lo que su finalidad sería la de preservar la estabilidad del sistema y de la integración social mediante la fidelidad al derecho (Righi 2010, 41).

Aquí, una breve digresión: es claro que cuando se fundamenta la pena en la prevención general, se prescinde de la culpabilidad. Es por ello, en el ámbito de la individualización judicial de la pena donde la prevención general presenta mayores dificultades, por la imposibilidad de determinar cuál es el énfasis punitivo a imponer al delincuente para lograr aquel efecto intimidatorio que se persigue. Sin embargo, cabe resaltar que es incorrecto sostener que la intensidad de la amenaza es proporcional al efecto preventivo.

En lo que concierne a la prevención especial, la pena encuentra fundamento en la necesidad de prevenir nuevos hechos del mismo autor, es decir, evitar la reincidencia. Nuevamente cabe la posibilidad de distinguir entre prevención especial negativa y positiva. Así, en la primera la amenaza está dirigida al mismo autor, a quien se anuncia que si reincide sufrirá nuevamente la pena, mientras que en la segunda se trata de evitar la reincidencia intentando neutralizar las causas que gravitaron sobre el autor, a quien se busca adaptar mediante tratamientos de resocialización (Righi 2010, 33).

En virtud de las distintas variantes de las teorías consecuencialistas es posible advertir tres grandes vías mediante las cuales la pena se podría justificar como un método distintivo y eficiente de prevención criminal. En primer lugar, la amenaza del castigo podría disuadir a posibles delincuentes futuros, mediante su imposición real que deja constancia a otros que la amenaza es grave y verídica. En segundo lugar, el castigo podría incapacitar a potenciales ofensores, entendiendo por incapacitar a todo aquello que les impida o les imposibilite actuar en determinada forma. Por último, el castigo podría rehabilitar potenciales ofensores.

Cabe destacar que las teorías consecuencialistas vuelcan especial atención hacia los costos del castigo. Los más comunes de ellos se materializan en las molestias que el castigo inflige sobre los castigados y los recursos necesarios para operar el sistema penal de castigos. Pero además de ellos, es necesario considerar cualquier efecto dañino ulterior del castigo y del proceso criminal, tanto para quien se encuentre directamente involucrado como para el resto de la comunidad. En tal sentido, un análisis acertado desde un punto de vista consecuencialista requiere de una larga y compleja investigación empírica cargada de predicciones y cálculos.

Cualquiera sea el medio por el que se opte, y cualquiera sea su costo, la idea principal de las teorías consecuencialistas consiste en la maximización, y conforme a la concepción de la teoría consecuencialista prevencionista a la que aquí referimos, la maximización de la prevención, cuya finalidad es lograr la atenuación de los niveles de criminalidad.

### **4.3 ¿Puede un retribucionista ser un consecuencialista?**

La polémica entre las tradicionales teorías absolutas y relativas de la pena no logró ser exitosa en imponer alguna de ellas, quedando un tanto desacreditados tales puntos de vista marcadamente unidimensionales. Así, y a partir de las fundamentales diferencias que separan a ambos grupos de teorías, irrumpieron criterios pluridimensionales. Estos modelos ponen de manifiesto una crisis derivada de la ausencia de respuestas doctrinarias para fundamentar el *ius puniendi* estatal. Se concretaron esfuerzos por articular soluciones de compromiso entre las doctrinas en pugna. De este modo, se dio origen a una corriente de pensamiento que manifestó su rechazo al castigo de algunas personas culpables en virtud de la posibilidad de castigar a otras personas aún más culpables (Moore 2014).

Ya hemos visto que las teorías de la retribución, desde una perspectiva vinculada a las demandas morales, agotan la justificación del castigo en una reacción frente al autor responsable de la violación de una norma. Ahora bien, los consecuencialistas, desde una perspectiva moral, consideran que lo correcto es la acción que maximice las consecuencias



positivas. Es decir, la acción dependerá de sus consecuencias generales. Para Moore nada impide construir una teoría retributiva bajo la ética consecuencialista, y rechaza a los autores que sostienen una visión de retribución pura, que sólo pueda ser deontológica. Si bien Moore adopta una postura deontológica, o como él la llama “relativa al agente”, según la cual penar al culpable de acuerdo a su merecimiento es obligatorio en cada ocasión separadamente, no niega una teoría consecuencialista de la retribución, o “neutral al agente”, que considera el hecho de que el culpable reciba su merecido más bien como un estado de cosas a ser maximizado. Así, un consecuencialista retribucionista encuentra que el bien a maximizarse es dar a los culpables su debido castigo y, por lo tanto, el valor retributivo se justifica en su contribución a la maximización del buen castigo reparador, o bien, la maximización del merecimiento de la pena (Moore 2014, 17). Una teoría consecuencialista retributiva intenta obtener las mejores consecuencias en conjunto, y su teoría del bien asume el deber de penar a los culpables de acuerdo a su merecimiento. Para ellos, este último deber existe siempre que la imposición de la pena en el caso concreto maximice el estado de cosas considerado valioso, esto es, que los culpables sean penados de acuerdo a su merecimiento.

Los consecuencialistas retribucionistas nacen como una corriente de pensamiento con características particulares. No necesitan maximizar el castigo de los culpables con la exclusión de maximizar otros estados de cosas igualmente valiosos, como el no castigo de los inocentes. Por el contrario, se interesan por maximizar ambos, es decir, que aquellos que merecen el castigo lo reciban y que aquellos que no lo merecen no. Moore esclarece que no existe incoherencia en la creación de esta institución que castigue a algunos inocentes con el fin de castigar a los culpables y renuncie a castigar a algunos culpables con el fin de no castigar demasiados inocentes (Moore 2014, 19). En segundo lugar, aquellos que predicán esta teoría se negarán intencionalmente a castigar a personas culpables siempre que se castiguen más personas culpables (o de mayor culpabilidad). En otras palabras, no importa qué tan intrínsecamente bueno sea que el culpable reciba su castigo, más de aquel bien será preferible antes que menos. En este sentido, la presente reformulación de las teorías tradicionales posibilita la justificación de la pena a través de la coexistencia de las fundamentaciones más relevantes de las teorías retributivas y de las



teorías consecuencialistas. O sea, castigar a quien lo merece cuando con ello se maximice el bien que nace de aquel castigo.

#### **4.4 Primeras conclusiones**

Asentadas las presentes doctrinas de justificación de la práctica punitiva estatal, se extraen las primeras conclusiones específicamente dirigidas en la materia. Si bien este no es el lugar para ocuparme profundamente de las distintas teorías, advertimos, como corolario de la cuestión, que la introducción de la delación premiada será únicamente posible y viable a partir de las teorías consecuencialistas prevencionistas de la pena y de las teorías consecuencialistas retribucionistas. Por el contrario, adoptada una postura de retribucionismo puro, la mal llamada ley del arrepentido deberá rechazarse por incorrecta.

Aquí una brevísima digresión: si la presente conclusión resulta preocupante, creemos que podría ser porque los individuos que aceptan recompensas de exención parecen obtener algo que no merecen. Muchos podrían considerar que los oficiales estatales actúan en forma ilícita cuando ofrecen tales premios, del mismo modo que se encuentran seguros en afirmar que la ley en discusión es cuestionable. Prima facie, parece haber algo sospechoso en aceptar una práctica que produce resultados diferentes en individuos que parecen merecer consecuencias similares. De este modo, hemos llegado a lo que creo es el quid de estas primeras conclusiones: si se puede defender la práctica de ofrecer recompensas de exención.

En lo siguiente me ocuparé de ahondar en la explicación de estas primeras conclusiones. Examinando la cuestión en términos del retribucionismo puro, entendemos que si la justificación principal de la pena según esta corriente consiste en castigar a quien lo merezca. Y si comprendemos por esto último que todo autor de un delito merece ser castigado, y si el merecimiento penal depende de la gravedad del delito que, a su vez, se encuentra tipificado en una ley penal, entonces cabe concluir que desde esta concepción no parece posible poder dar cuenta de la posibilidad de aceptar la delación premiada. Como ya he explicado, el instituto en cuestión supone la posibilidad de reducir las escalas penales a

las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los anteriormente detallados, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles, de acuerdo con las condiciones y los procedimientos previstos en la ley. La presente concepción debe rechazar explícitamente la posibilidad de introducir al ordenamiento jurídico este tipo de ley que permite la atenuación de la pena merecida por el condenado. La delación premiada parece promover un escenario completamente injusto en el que se permite a algunos individuos, autores de la comisión de delitos, evadir el correspondiente castigo. Como tal, estas recompensas por la cooperación – como lo llama Richard Lippke – parecen estar en desacuerdo con las cuentas retributivas de la sentencia, según las cuales las personas deben tener que soportar sanciones proporcionales a la gravedad de todos sus crímenes (Lippke 2011, 147). Además, parece haber algo preocupante en recompensar a las personas por cumplir lo que suponen ser obligaciones de su parte. Es decir, no parecería ser correcto recompensar a los culpables de un crimen, ni aun cuando colaboren con el procedimiento, porque ante todo son ello: culpables de un crimen. Por todo, y desde esta corriente, la respuesta a la pregunta de si se puede defender la práctica de ofrecer recompensas de exención no puede responderse en forma positiva.

En otro orden de ideas, las teorías consecuencialistas parecen ser más propensas a aceptar la delación premiada. Desde una perspectiva avocada a las teorías consecuencialistas prevencionistas puras, es posible advertir que si la pena no se encuentra justificada en términos de merecimiento por la infracción cometida sino en vistas de maximizar la prevención de la comisión de delitos, entonces estarán de acuerdo en introducir una ley cuyo objetivo principal sea incentivar a aportar pruebas para esclarecer el hecho delictivo e individualizar a los demás intervinientes o a prevenir su consumación, o detectar otros hechos conexos, como la aquí en cuestión. En palabras de Lippke, los fiscales buscan maximizar el número de criminales que reciben el castigo que merecen, incluso si esto significa, en algunas ocasiones, que deban otorgar recompensas de cooperación y que ello resulte en que algunos delincuentes no reciban todo el castigo que merecen. En un mundo perfecto, todos los delincuentes admiten sus delitos y aceptan el castigo justo que les corresponda. En un mundo menos perfecto, los fiscales podrían obtener pruebas

suficientes en contra de los delincuentes sin ofrecer recompensas de cooperación a uno o más de sus cómplices. Sin embargo, no vivimos en ninguno de ambos mundos. Entonces los fiscales, con los recursos limitados que tienen a su disposición y evidencia insuficiente, deben aceptar algunos compromisos (Lippke 2011, 152).

Asimismo, y para el caso de las teorías consecuencialistas retributivas, avocadas a maximizar que los culpables sean castigados cuando así lo merezcan, parecería ser posible defender la práctica de ofrecer recompensas de exención. La razón de ello se fundamenta en que la incorporación de la figura de la delación premiada introduce una herramienta de investigación que tiene como finalidad recaudar información y elementos probatorios para identificar a las personas involucradas en un delito y lograr el esclarecimiento de los hechos investigados. En otras palabras, con la incorporación de la ley se permite identificar y confirmar un mayor número de personas involucradas y culpables de un delito, lo que implica ampliar el número de culpables castigados merecedores de la pena, sin perjuicio de que no todos los involucrados sean penados de acuerdo con su merecimiento. No importa si la pena aplicada a quienes lo merecen es la originalmente prevista, lo importante, desde el punto de vista de esta concepción, es maximizar el estado de cosas considerado valioso: que aquellos que merecen una pena, la reciban; y así, aumentar la cantidad de penas aplicadas a las personas culpables en delitos punibles.

## **5. LAS OBJECIONES CONSTITUCIONALES**

Incluso si el instituto de la delación premiada pudiera admitirse desde la concepción de las teorías consecuencialistas prevencionistas y consecuencialistas retribucionistas de la pena, aún debe prestarse especial atención a las objeciones constitucionales contra las que esta figura se enfrenta.

Recordemos que conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en un juicio de control de constitucionalidad, el principio general es la constitucionalidad, mientras que la declaración de inconstitucionalidad configura una excepción. Por lo tanto, quien pretenda el ejercicio de este escrutinio deberá demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente un grave menoscabo a las reglas de la Constitución Nacional. En otras palabras, quien

pretende la inconstitucionalidad tendrá la carga probatoria de demostrar aquello que intenta alcanzar para que prospere según el control de constitucionalidad. Con este criterio, la inconstitucionalidad no podría plantear dudas y bastará con cuestionar las objeciones para impedir que prospere.

Antes de ocuparme de las objeciones constitucionales que se han planteado contra la figura en análisis, resulta interesante dar cuenta de la distinción que realizó Marcelo Sancinetti respecto de las dos figuras que introduce la ley 27.304 (Sancinetti 2016). En sus palabras, existen dos casos que deben ser claramente distinguidos. Por un lado, encontramos lo que en el derecho alemán suele denominarse como “testigo de la corona” (Sancinetti 2016, 2), con lo que se entiende a la figura de un declarante a favor del Ministerio Público, “pero con la particularidad de que se trata de un imputado del mismo hecho, que, a cambio de ese aporte, recibe una disminución de la pena”. Aquel declarante forma parte de “ ‘una negociación’ sobre la acción penal, brindando información a cambio de ‘rebajas de ocasión’ ” (Sancinetti 2016, 1). Por el otro lado, distinguimos el caso en que el autor o partícipe de un delito “contribuya a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o la consumación del delito”<sup>4</sup>. Es decir, que la colaboración impida la comisión de un hecho o la ocurrencia de la lesión de un bien posterior a la acción. Para Sancinetti, mientras en el primer caso se puede advertir la producción de una lesión a las garantías constitucionales –tema que argumentaremos a continuación– en el segundo se muestra una estructura completamente distinta, sin ningún vicio constitucional (Sancinetti 2016, 4).

En los títulos siguientes abordaremos las objeciones constitucionales que alcanzan a la figura del delator premiado y que resultan inconsistentes con el Estado Constitucional de Derecho en el que se concibe nuestra República. Para ello, es interesante hacer una referencia a tres períodos fundamentales de la organización de la sociedad que fueron sistematizados por Maier (1996, 471-478). El primero, el de la sociedad primitiva formada sobre la base de grupos parentales, donde el poder penal correspondía al ofendido y a su

---

<sup>4</sup> Véase Anexo I.

tribu. El segundo, una sociedad culturalmente evolucionada que organizaba definitivamente un poder político central, el del Estado. El poder penal, en esta instancia, se transfirió desde el grupo parental al Estado y la venganza privada se transformó en acción penal. El tercero, la sociedad moderna, que reconoce las ventajas y desventajas, para la vida del hombre en sociedad, de la organización estatal, y actúa en consecuencia. Así, el poder penal representó el medio más poderoso para el control social y el resguardo de ciertos valores para la vida de una comunidad organizada, y con ello se desarrollaron limitaciones básicas para ceñirlo. Con la creación del Estado Constitucional de Derecho, se dio origen a una serie de derechos y garantías que intentan proteger a los individuos, cualquiera sea su comportamiento, del poder penal del Estado. Son estos principios constitucionales, que emanan de la ley Suprema, los que conforman la base política de orientación para la regulación del derecho penal en un Estado. Se trata de un conjunto de principios que se traducen en valores que alcanzan la cúspide de nuestro orden jurídico y tienen como foco principal al individuo que se coloca bajo la vigilancia del orden jurídico nacional. Son valores que aparecen como superiores en rango a la misma potestad penal del Estado y que, por lo tanto, resulta oportuno defenderlos frente a las decisiones políticas del legislador común en la persecución penal.

Adviértase que los principios que abordaremos son altamente complejos. No pretendo abordar cada principio en profundidad, sino referir a las objeciones constitucionales que se fundamentaron en ellos, explicarlas y argumentarlas.

## **5.1 El principio *nemo tenetur***

El principio *nemo tenetur* encuentra respaldo en el artículo 18 de la Constitución Nacional, y establece que “nadie está obligado a declarar contra sí mismo”. Con base en esta regla, se ha elaborado una fuerte crítica a la figura del arrepentido. Ello con sustento en que el uso de la figura de la delación premiada implica una reducción en la pena y que dicha reducción ocurre como consecuencia de brindar información útil en el proceso de investigación. Desde este punto de vista, aceptar una figura como la del arrepentido

incentivaría al imputado a colaborar en los procesos criminales, lo que implicaría una suerte de coerción sobre el sujeto.

Ampliando la presente crítica, esta parte de la doctrina sostuvo que es falso aceptar que en tanto el autor o partícipe de un delito concurra “voluntariamente” a reconocer sus actos, entonces no habría lesión alguna del artículo 18 de la Constitución Nacional. Ello fundamentado en que si nadie está obligado a declarar contra sí mismo, entonces tampoco debería ser correcto que deba sufrir una pena más elevada por no declararse culpable o por no brindar información en el procedimiento (Sancinetti 2016, 8). Agregan, además, que como es cierto que respecto de quien confiese hay una reducción de su pena en términos comparativos con aquel que no confiesa, entonces aquel que no reconoce su culpabilidad sufrirá un incremento de su punición. Por consiguiente, se encontrará incentivado, y hasta coercionado, a aceptar su culpabilidad a cambio de una mejor pena. Y como todo estímulo a la autoincriminación implica una lesión del artículo 18 de nuestra Constitución, entonces, bajo esta línea de pensamiento, se cree que la figura de la delación premiada debería considerarse inconstitucional.

Sostengo, por el contrario, que el considerar el arrepentimiento como una forma de coerción al imputado, llegando incluso a expresar que elimina su voluntad, importa una mirada muy sesgada de la figura. La validez de la objeción constitucional anterior dependerá de analizar si efectivamente hay, o no, coerción en la aplicación de la figura del arrepentido. Me basaré en los estudios filosóficos sobre la coerción y en particular en el estudio de Robert Nozick para una comprensión más acertada del concepto (2006). De acuerdo con Nozick, el término coerción representa un concepto muy amplio, que puede acotarse si se entiende la distinción entre una amenaza coercitiva y una oferta. Ambas tienen en común que tornan algunas alternativas más atractivas que otras. Pero, ¿qué distingue a una amenaza de una mera oferta? La coerción. No todas las proposiciones ni todos los incentivos son coercitivos. Se tratará de una amenaza, cuando ponga a su receptor en un estado menos favorable, y por el contrario, de una oferta, cuando mejore el estado de su receptor. En base a ello, será posible advertir cuándo nos encontramos efectivamente frente a una alternativa coercitiva. Para evaluar esta comparación deberá considerarse, en

primer lugar, la cuestión de qué aspecto de la propuesta es relevante para la comparación, lo que Nozick denomina “estado relevante”, y, en segundo lugar, qué caso de la comparación relevante debe ser usado, lo que implica determinar lo que el autor llama “línea base”.

Consiguientemente, Nozick propone un ejemplo, a través del uso de proposiciones bicondicionales, que ajusto para el caso del arrepentido. Partimos de la siguiente proposición: “Si A comete X, entonces le corresponde una pena de 2 a 6 años”. Supongamos para el presente ejercicio que A es un funcionario público, en abuso de su cargo, y que X es el delito de convertir en provecho propio o de terceros las exacciones ilegales solicitadas, exigidas o entregadas indebidamente.

Por aplicación de la figura del arrepentido, al imputado del presente ejemplo que colaborase, le correspondería una pena de 1 a 3 años. Es sentido común considerar que, en principio, no habría coerción en el caso en que aquel que colaborase recibiera una pena entre 1 a 3 años y aquel que no lo hiciese recibiera una pena entre 2 a 6 años. También es sentido común creer que habría coerción si quien colaborase recibiera una pena entre 1 a 3 años y aquel que no lo hiciese recibiera una pena mayor a 6 años.

Ahora bien, podría ocurrir que aquel que colaborase recibiera una pena entre 1 a 3 años, y aun así ella podría ser coercitiva. Para evaluar si existe o no coerción debemos concentrarnos en la determinación concreta de la pena, caso a caso. Ello, en tanto parecería inoportuno dejar de analizar si existe o no coerción en la pena concreta solo porque ella se encuentre dentro del rango que determina la pena aplicable al delito, cuando podría ocurrir que, incluso dentro de este, la pena concreta oculte algún tipo de coerción. Es decir, supongamos que en el caso concreto, y por las características del delito, al imputado de haber cometido X le corresponda, si no colabora, una pena de 2 años. Supongamos también que el juez le propone las siguientes alternativas: la primera, “Si el imputado colabora, entonces se le aplicará una pena de 2 años”; la segunda, “Si el imputado no colabora, entonces se le aplicará una pena de 6 años”. Tanto 2 como 6 años se encuentran dentro del rango que determina la pena aplicable al delito, sin colaboración. A la vez, 2 años también



parecería ser una pena aplicable al delito, con colaboración. Sin embargo, y como Nozick ha sostenido, los análisis de coerción deben partir necesariamente de la “línea base” –lo que se considera *normal*– y en el presente caso lo *normal* para el imputado que no colabore habría sido 2 años. Si según las características del delito en el caso concreto, la pena que le correspondería al acusado, aun cuando no colabore, fuera de 2 años, entonces proponer al imputado la aplicación de aquella pena, únicamente cuando colabore, e imponerle la pena de 6 años, cuando no lo haga, sería una amenaza coercitiva.

Contrario sería el supuesto en que, en el caso concreto, al imputado de haber cometido X le correspondiera, si no colabora, una pena de 5 años. Y que el juez propusiera las siguientes alternativas: la primera, “Si el imputado colabora, entonces se le aplicará una pena de 3 años”; la segunda, “Si el imputado no colabora, entonces se le aplicará una pena de 5 años”. Comparando, en el presente ejemplo, las alternativas con la línea base, y siendo la línea base 5 años, es posible advertir que estaremos frente a una oferta sin coerción. Conforme con Nozick, debemos comparar ambos condicionales con la “línea base” para ver qué propuesta pone al imputado en una situación peor a la que hubiese alcanzado en el “estado alternativo relevante”. Con ello concluimos que el que haya un incentivo para colaborar no necesariamente implica coerción. Este análisis debe hacerse caso a caso y comparando el incentivo a la línea base. Si así lo entendemos, entonces queda solucionado el problema de la coerción.

A lo anterior agrego una aclaración. Creo válida la crítica a la teoría de la coerción elaborada por Nozick que establece que no siempre se puede determinar con certeza cuál es la línea base. Es decir, que no siempre es claro qué pena exacta le corresponde a cada persona, porque los criterios de determinación de la pena en sí no son claros y no existe dogmática elaborada sobre la determinación de la pena. Sin embargo, ello no impide utilizar el modelo de coerción de Nozick para decretar casos de desproporcionalidad extrema. Si bien es cierto que la línea base no siempre puede determinarse con certeza y que, por consiguiente, no resulta suficiente para resolver todos los casos de desproporción, la teoría de coerción de Nozick sí alcanza para resolver los casos de desproporción manifiesta, como el supuesto aquí explicado. En todo caso, si no puede determinarse la



pena justa, tampoco podrá determinarse si hay coerción y, consecuentemente, tampoco si hay una lesión al principio *nemo tenetur*.

A pesar de que existan dificultades en cuanto a la determinación judicial de la pena, el análisis de coerción anterior parece ser el resultado de una evaluación de la pena en concreto. Y puesto que la determinación de la pena se concretiza caso a caso, también la declaración de su inconstitucionalidad debería realizarse con la misma modalidad. En nuestro sistema el control de constitucionalidad se ejerce en el marco de una causa judicial, no existe otra alternativa. Como ha resaltado repetidamente la Corte Suprema, el control de constitucionalidad exige la presencia de un caso, causa o controversia judicial concreta, sin que sea posible obtener pronunciamientos genéricos al respecto. Dicho ello, nunca podría determinarse *ex ante* la inconstitucionalidad del instituto en general. Con este criterio, la figura del arrepentido no podría ser declarada inconstitucional en sí misma, sino que debería analizarse en el caso en concreto y depender de la determinación que se haga de la pena.

Como ha quedado demostrado, no cabe la posibilidad de hablar de coerción para referirnos al hecho de que la figura del arrepentido importa una reducción de la pena respecto de quien confiese en términos comparativos con aquel que no confiesa, sino más bien de un beneficio procesal que, en general, premia al colaborador y deja en igual condición a quien decide guardar silencio. El imputado gozará en todo momento de la libre elección de hacer lo que a él mejor le convenga. Será, en última instancia, un cálculo económico el que lo llevará a decidir si desea colaborar, y recibir una atenuación de su pena, o por el contrario, no hacerlo y ser condenado por el término que le correspondía inicialmente conforme con el delito cometido.

Al margen de ello, creo que los reproches a la presente figura se originan a partir de la existencia de un desprecio socio-cultural hacia la persona que habiendo participado de un delito decide confesarlo; es decir, al conocido en la jerga como “buchón” (Wortman Jofré 2015, 169). Este desprecio, sin embargo, no debe llevar a entender el principio *nemo tenetur* como una prohibición legal a la confesión libre y voluntaria. Si un imputado decide,

bajo las condiciones estipuladas en la ley y con la debida asistencia letrada, confesar su participación en un hecho criminal, puede hacerlo y nadie debería poder impedirlo. Cabe advertir que en nuestro ordenamiento jurídico, el ciudadano común no tiene la obligación de denunciar los delitos que conoce. Pero sí puede decidir por sí misma confesar sus crímenes ante la sociedad. En otras palabras, el delator premiado no es obligado normativamente a transmitir información útil. Tampoco lo es físicamente. Será, en efecto, él mismo quien deba calcular cuáles le son los resultados más ventajosos, y actuar en consecuencia.

Por otra parte, no se pueden dejar de mencionar los argumentos a favor de la constitucionalidad del juicio abreviado, instituto incorporado desde hace tiempo en nuestro sistema procesal penal de derecho, y que opera en nuestros tiempos actuales en forma pacífica. Considero que si rechazamos la figura del arrepentido por violar el principio *nemo tenetur*, entonces también deberíamos eliminar el instituto del juicio abreviado. Y hacerlo es contrario al modo en que ha estado actuando la práctica jurídica y la jurisprudencia desde su incorporación.

Brevemente, el juicio abreviado consiste en un mecanismo de negociación entre dos de las partes del proceso penal –el fiscal con el imputado y su defensa– que tiene por objetivo principal el cumplimiento del derecho material a través de la aplicación de la pena, de manera rápida respecto de aquellos asuntos que no ofrezcan dificultades ni probatorias ni de subsunción (Bruzzone 1998, 577-578). En otras palabras, se trata de un acuerdo entre la Fiscalía, el imputado y su Defensor, cuando el fiscal estimare suficiente la imposición de una pena privativa de la libertad de no mayor de quince años o de una pena no privativa de la libertad. Esta figura ha levantado un gran número de objeciones a lo largo de su existencia, aunque en la actualidad se trata de un instituto consolidado al que se recurre con frecuencia.

Una de las críticas más pertinentes para nuestro análisis consiste en la trascendente circunstancia de que el acusado debe reconocer, confesando, tanto la existencia del hecho como su intervención en él. No es mi objetivo ahondar en las justificaciones que respaldan

el juicio abreviado; simplemente, propongo resaltar que la presente figura se ha fundamentado exigiendo especial consideración hacia el hecho de que el consentimiento del imputado sea fruto de su libre voluntad, de manera espontánea y con el debido asesoramiento técnico legal para optar por este mecanismo. En otras palabras, es de especial consideración la conformidad del imputado y su defensa respecto de la pena pedida y la calificación del hecho que efectúa el fiscal. Dicha concertación refuerza las posturas que sostienen la constitucionalidad del juicio abreviado, dado que su carácter de consensual derriba cualquier pretensión de inobservancia de la prohibición a declarar contra uno mismo. Se habilita una zona discrecional en la que prevalece la autonomía de la voluntad de las partes, con la libertad de adherir al acuerdo o rechazarlo (Terrón 2012). No interesa que esta voluntariedad sea razón suficiente, o que no lo sea, para aceptar el instituto. Lo cierto es que este ya ha sido adoptado por nuestro sistema procesal penal y es utilizado según el libre interés de los imputados. Por ello y por todo lo anterior, concluyo que en tanto aquellos que pretendan la inconstitucionalidad del instituto tienen la carga de la prueba y como las objeciones constitucionales no han alcanzado un nivel de certeza razonable para declararla, entonces no parece caber la posibilidad de considerar inconstitucional a la figura del arrepentido.

Entre la discusión sobre la inconstitucionalidad y la constitucionalidad del instituto, surge una corriente de pensamiento en la que no creo relevante ahondar, aunque sí considero oportuno hacer mención, en esta última instancia. De acuerdo con esta, se ha considerado que no habría inconveniente en adoptar una figura como la del delator premiado en la medida en que al imputado le quedara muy claro que él no tiene la obligación de declarar, que no hacerlo no perjudica sus posteriores chances de demostrar su inocencia, y que esa negativa tampoco afecta otros derechos suyos (Carrió 2007). Pero para ello, se ha sostenido que sería fundamental que se le reconociera jerarquía constitucional tanto al derecho del imputado de negarse a declarar, como a la obligación del juez de comunicarle al imputado ese derecho

## 5.2 El principio de igualdad

El principio de la igualdad surge del artículo 16 de la Constitución Nacional y del artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de jerarquía constitucional. Conforme con este principio, se ha sostenido que si la pena a ser aplicada se encuentra influida por el comportamiento procesal, entonces ello implica que se producirá un trato desigualitario entre aquellos que actúen de una u otra manera; a saber, entre quienes colaboren y quienes no lo hagan, y peor aún, entre quienes tengan información para brindar y quienes, por el contrario, no gocen de ninguna información especial sobre el hecho.

Una primera objeción que una parte de la doctrina ha elaborado consiste en sostener que especialmente en las organizaciones criminales bien podría ocurrir que un partícipe de muy escaso poder en la organización no tenga los conocimientos suficientemente interesantes para el Ministerio Público, que si podría tener algún sujeto de mayor importancia en la asociación ilícita. Entonces, el primero podría ser penado más gravemente que el otro, únicamente bajo el argumento de que no dispone de información. Ello, según esta parte de la doctrina, alteraría gravemente el principio de igualdad, toda vez que este comprende que cada uno responda según su contenido de ilícito y culpabilidad (Carrió 2007, 9). En suma, consideran que también otorgaría mayor desprotección y un trato menos favorable a los sujetos de menor envergadura en la asociación, quienes probablemente tengan una menor participación y se encuentren involucrados en una menor cantidad de hechos punibles. Así, concluyen que la presente institución permitiría mejores oportunidades para personas más importantes para evitar la punición a quienes, en los hechos, el poder político preferiría perseguir. En palabras de Sancinetti, “Desde siempre es sabido que estos institutos permiten que el delincuente más temible sea el que ‘se salga con la suya’ ” (2016).

A más de ello, otra objeción que se ha planteado consiste en que como consecuencia de la admisibilidad de la figura del delator premiado, el Ministerio Público y los jueces gozarán de un mayor poder de discrecionalidad. Ello en tanto será la elección de los

miembros del Poder Judicial la que decidirá acerca de la utilidad de la información brindada. De modo que la arbitrariedad no podría ser evitada en la aplicación concreta de la disposición (Carrió 2007). Por lo tanto, se ha protestado que el otorgar al Ministerio Público y a los jueces el poder de la discreción abre la puerta a la arbitrariedad, característica que no es propia de un juez al que constitucionalmente se le exige el deber de imparcialidad, ni tampoco de un fiscal de quien se requiere objetividad. Por otra parte, se ha considerado que todavía más peligroso, aunque de una cuestión diferente, será que estos basen su elección en la mera palabra del imputado, convirtiendo a esta en prueba suficiente de acusación.

No obstante lo anterior, y por mi parte, argumento las siguientes líneas con el objeto de brindar la contracara a las objeciones constitucionales presentadas. Con la finalidad de refutar la primera objeción, parto del hecho de que, tal como lo establece la ley, la reducción de las escalas penales alcanza a *todo* partícipe o autor de alguno de los delitos señalados en la misma ley, cuando durante la sustanciación del proceso del que cualquiera de ellos sea parte, brinden información o datos precisos, comprobable y verosímiles. Es decir, que no existe distinción en el beneficio procesal brindado como tampoco en los sujetos destinatarios de aquella posibilidad. Si bien es cierto que quienes acepten actuar como delatores premiados gozarán de una mejor pena en relación con quienes no decidan hacerlo, no cabe fundamentar la inconstitucionalidad del instituto en el diferente resultado que recibe uno y otro. Ni tampoco en la mera suerte de conocer, o no, información útil. De igual forma para todos, el incentivo es colaborar, el beneficio es la reducción en la pena y el objetivo es la encarcelación de los culpables.

Por otra parte, encuentro desacertado el argumento que critica a la figura de la delación premiada por considerar que otorgaría mayor desprotección y un trato menos favorable a los sujetos de menor envergadura en la asociación por no ser conocedores de información útil. En tanto la información que se brinde ayude, en lo mínimo, a la averiguación de los hechos, ella permitirá la oportunidad de valerse del beneficio procesal del arrepentido. Y mientras cualquiera de los involucrados pueda ser poseedor de información mínima, no debería existir una diferenciación entre sujetos de menor o mayor

envergadura frente al instituto. Con ello quiero decir que la figura del colaborador premiado no exige que el imputado identifique la totalidad de la cadena criminal, sino únicamente que aporte algún dato relevante para el proceso. Creo, entonces, que la única diferencia entre sujetos de mayor o menor envergadura consiste en que estos últimos merecerán penas menores y, por lo tanto, su incentivo para colaborar (o delatar a los miembros de su organización) no será igual al de quienes, por la magnitud de los delitos cometidos, se los condene con penas extraordinarias. De hecho, son los acusados que se enfrentan a sentencias formidables quienes, con sus pocas perspectivas de indulgencia, se encuentran ansiosos, quizás desesperados, de ofrecer a las autoridades una asistencia sustancial que reduzca su tiempo detrás de las rejas (Lippke 2011, 146). Así, queda asentado el criterio que sostengo de que la existencia de mayores incentivos para algunos sujetos no es fundamento válido para denunciar la inconstitucionalidad del instituto del arrepentido.

En suma a ello, y en referencia a la segunda objeción, considero erróneo criticar al Ministerio Público y a los jueces de gozar de un mayor poder de discrecionalidad y arbitrariedad. Es cierto que sí existe en estos funcionarios un grado de valoración en los hechos, pero existe dentro del margen razonable. En todo caso es la ley la que debe establecer un estándar, tal como lo hace, que busque determinar la utilidad de la información brindada que torne al instituto en una figura conveniente, y no en una mera oportunidad de evasión del castigo. De hecho, se observa que el estándar se encuentra redactado de la manera menos arbitraria posible, mediante la solicitud de datos que permitan esclarecer los hechos o, al menos, avances significativos en la investigación y que siempre se trate de circunstancias acreditadas en cada caso atendido. El diputado José Cafferata Nores señaló la necesidad de establecer condiciones que eviten abusos, entre las que incluyó que la colaboración premiada debe ser “decisiva”, es decir, de tal entidad que si no hubiera existido no se podría haber llegado al resultado de la condena (Riquert 2016). Fundamentó la necesidad de establecer un estándar de colaboración significativa en la fragilidad y desconfianza histórica hacia los delatores, por lo que la regla debería ser la no credibilidad de todo aquello que no sea confirmado por pruebas externas y objetivas. Es más, refiriendo al derecho comparado, es posible advertir que la jurisprudencia española ha descalificado el valor probatorio de la declaración del arrepentido cuando se presenta como

única evidencia de cargo sin corroboración, opción que no deberíamos descartar (Hairabedián 2016). Recordemos que la declaración de un arrepentido no deja de ser la declaración de un imputado, sujeto a su interés personal en lo que dice. De allí la necesidad de la acreditación en sus dichos y, por lo tanto, de la valoración judicial.

### **5.3 El principio de culpabilidad**

En el derecho penal material se entiende por “principio de culpabilidad” al hecho de que una pena sólo puede ser aplicada si el sujeto es culpable, en el sentido de que este tomó la decisión de quebrantar con su comportamiento las normas, a pesar de haberse encontrado en las condiciones de motivar su comportamiento conforme a ellas. La culpabilidad concurre como un requisito fundamental de la pena y, además, sienta la medida de la pena justa (Sancinetti 2016, 10). Es decir que ella se medirá según lo que el imputado ha realizado o no en el momento del hecho que le es atribuido. Por lo tanto, sobre ello se sustentará la aplicación de la pena que le corresponda. De ahí la mención de esta garantía en la presente instancia.

Se ha criticado, a mi juicio en forma errónea, que el prever disminuciones de la escala penal como recompensas procesales alteraría el principio de culpabilidad en general en cuanto en la determinación de la pena influyan comportamientos posteriores al hecho que ni siquiera reparen el daño causado. En palabras de Sancinetti, “Es en esta medida que la pena dejaría de tener una referencia a la culpabilidad personal en el hecho cometido” (2016, 10).

Sin embargo, y por mi parte, considero que no es correcto hablar de una violación al principio de culpabilidad. La discusión se encuentra en la proporcionalidad exigida por este principio, es decir, en el grado de adecuación entre pena y culpabilidad. Mir Puig explicó que el principio de proporcionalidad surgió como un límite a las penas en la intromisión en los derechos fundamentales. Con este se pretende legitimar toda afectación de derechos fundamentales por parte del Estado (Grisetti y Kamada 2015). Ahora bien, en tanto la finalidad de este principio consiste en interponer un freno a la fuerza del Estado, este límite



no parece corresponderse con una reducción en la escala penal –la que implica un beneficio para el imputado– siendo lo inconstitucional, en todo caso, su aumento. Por lo tanto, resulta posible concluir que la introducción de una figura como la del arrepentido no puede corresponderse con una violación a la proporcionalidad.

A más de ello, si se considera que el principio de culpabilidad no sólo abarca un límite –en el sentido de que no puede penarse más que lo merecido– sino que, además, refiere a que siempre debe penarse con lo merecido, entonces el principio constitucional estaría inclinándose por defender una teoría retributiva de la pena. En otras palabras, si extendemos el principio de culpabilidad de manera tal que comprenda que todos los culpables deben ser penados exactamente de la misma manera de su reproche, estaríamos otorgando a las teorías retributivas de la pena un amparo constitucional, postura que no parece apropiada en tanto nuestra Constitución guarda silencio sobre esta cuestión.

Por lo tanto, concluyo que el prever disminuciones en la escala penal como recompensas procesales no viola el principio de culpabilidad, entendido como un límite a la posibilidad de penar al imputado más de lo merecido. No habrá culpables sin condenas, a pesar de que hayan condenas reducidas. Y estas no serán condenas inconstitucionales, cuando su efecto sea la reducción de lo que alternativamente se hubiera obtenido.

#### **5.4 Segundas conclusiones**

Como ya hemos aclarado, ni el delator premiado ni la discusión sobre su legitimidad son nuevos en la legislación argentina. He puesto de manifiesto las objeciones y los reproches que, fundamentados en la Constitución Nacional, rechazan el instituto de la delación premiada, como así también los argumentos y fundamentos que, en observación de esas mismas garantías, le dan sustento.

La práctica judicial y la jurisprudencia han respaldado la idea de que, a pesar de las críticas, hay buenas razones para admitir esta figura y que existe un consenso mundial acerca de la necesidad y aceptación de esta figura para lidiar con la delincuencia compleja, como ampliaremos a continuación.



Ante la imperativa necesidad de lograr la ansiada eficacia en la persecución penal, se concluye que delitos excepcionales y modernos sólo pueden ser afrontados con técnicas especiales y modernas de investigación y medios extraordinarios de recaudación de pruebas. Como afirma Diego Luciani, el instituto del arrepentido se presenta como una herramienta sumamente eficaz para coadyuvar en investigaciones complejas y de difícil comprobación probatoria, por lo que merece tener favorable acogida (Hairabedián 2016). Estas técnicas, si se las utiliza mal, arrasan con la Constitución y, si se las utiliza con prudencia, procurando compatibilizarlas con nuestro ordenamiento, sirven como solución para los problemas más complejos en nuestros tiempos. Se ha planteado, y estoy de acuerdo, que no existe ningún otro modo de alcanzar el éxito en la persecución penal en estos días (Riquert 2016).

Tampoco debe perderse de vista que en ninguna manera se cambiará la configuración general de la calidad ciudadana porque, al fin y al cabo, la delación premiada sirve únicamente para los delitos tan graves y complejos a los que se aplicará por excepción. La ley del arrepentido no es, entonces, más que eso: una figura excepcional necesaria, aunque no suficiente, para combatir los delitos modernos de criminalidad organizada que arrasan cada vez con mayor ímpetu.

## **6. UNA MIRADA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

Abordemos ahora el más sólido argumento de sustento para la figura del delator premiado: su utilidad práctica. Puesto que el utilitarismo sólo es argumento justificador de un instituto cuando este produce la mayor cantidad de beneficios para la mayor cantidad de personas y con el menor sacrificio posible, habrá que analizar si efectivamente ello sucede en la realidad penal argentina con el instituto del arrepentido. En otras palabras, a partir de una mirada del análisis económico del derecho penal, indagaremos si la delación premiada contribuye a combatir la delincuencia organizada, o si por el contrario, son mayores los efectos perjudiciales de su uso.

Si bien no analizaré los estudios empíricos que acrediten la postura aquí manifestada, mencionaré las conclusiones en común que derivaron de algunos de ellos. Creo que, con fundamento en estas, pueden hacerse argumentos racionales para confiar en la eficiencia de la implementación del instituto.

El delito es un fenómeno social complejo que alcanza conductas muy distintas entre sí que responden a motivaciones diversas. Estas motivaciones pueden ser estudiadas desde varios puntos de vista. Una importante explicación sobre los estímulos que influyen a los sujetos de una sociedad a decidir actuar de una u otra manera se encuentra en las posibilidades de prevención. El análisis sobre la delincuencia ofreció dos medios de prevención que aquí nos competen. Por un lado, la incapacitación, que consiste en el efecto que brinda la encarcelación, al menos durante el tiempo que dure la pena. Por el otro lado, la disuasión, entendida como el margen de decisión antes de delinquir, sujeto a los costos y beneficios de hacerlo o no hacerlo. Analicemos ambos medios de prevención en términos económicos.

Partimos de la incapacitación entendida como la imposibilidad de reincidir, al menos durante el tiempo que dure la condena. A pesar de que los estudios empíricos sobre el efecto de incapacitación de la prisión tienen diferencias en cuanto a la medida en que el encierro evita delitos, todos coinciden en que, efectivamente, lo evita (Piquero y Blumstein 2007, 270). Así, este efecto dependerá de la duración de la pena y de la tasa de reincidencia de los delitos. En base a estas variables, la incapacitación será mayor cuando las penas duren más, y –por sentido común– cuando ellas sean más. En tanto la figura del arrepentido aumenta la cantidad de personas encarceladas, aumentará también los niveles de incapacitación. Veamos un ejemplo que determine la utilidad de la figura en cuestión para una mejor comprensión de estas conclusiones. Con este, daremos cuenta de los costos y beneficios de aumentar el número total de encarcelaciones, a costas de minimizar las penas de unos pocos.

Hagamos el ejercicio mental de suponer que S y T son ambos culpables de un crimen por el cual el castigo proporcional es diez años de prisión para cada uno.

Supongamos, además, que el Estado tiene pruebas en contra de T, aunque no respecto de S. Este ejercicio supone, también, que, por la aplicación de la figura del arrepentido, T podría obtener un descuento en su pena a cambio de ayudar a identificar a S. Su colaboración reduciría su condena a cinco años. Frente al caso en que T aceptara colaborar, el efecto final sería la aplicación de una pena reducida de cinco años contra T y una pena completa de diez años contra S. Esto llevaría a un saldo de años en prisión mayor al que de otro modo habría si únicamente encarceláramos a T por la pena completa. Es decir, por la aplicación del instituto del arrepentido el saldo total de años de prisión de T y S será de quince, en lugar de sólo diez años contra T si dicho instituto no se aplicara. Presumiblemente, la figura del arrepentido aumentará los años de encarcelaciones totales, lo que incrementa, a su vez, los de incapacitación. El resultado de este ejercicio indica un aumento en la cantidad de personas penadas y, como consecuencia, un incremento en las penas totales. Todo ello, a costas de una reducción en la pena promedio para quien colabore.

La conclusión que explica el análisis económico del derecho es que la consecuencia de implementar las recompensas por cooperación es doblemente conveniente. Lo será tanto para la sociedad, porque habrá una mayor cantidad de culpables encarcelados, como para los imputados que colaboren, toda vez que verán minimizada la pena que de otra manera habrían obtenido. Concluyo, por ello, que la aceptación de la figura en cuestión y la introducción a la posibilidad de cooperación debe hacerse de manera parsimoniosa, en la medida necesaria (aunque no de más) para asegurar el castigo de quienes con sus conductas actúan de manera intolerable en la sociedad civilizada, incluso aunque con ello obtengan un castigo menor (aunque razonable) por tal conducta.

Adviértase que la incapacitación representada por la encarcelación como medio de prevención criminal ha sido argumento de fuertes críticas, sobre todo por los costos elevados que los procedimientos penales y la prisión imponen a la sociedad en general. No es de mi interés ahondar en los costos de encarcelación, solamente dejar sentado que existen. Pero ni siquiera creo que un sistema penal sin prisiones sea la solución correcta. Para el derecho penal la compensación perfecta de los daños causados es imposible.

¿Cuánto dinero se necesitaría para dejar a una víctima indiferente entre ser atacado con un cuchillo y no serlo? Esta pregunta no tiene mucho sentido. En lugar de fijarle un precio al delito, la meta del castigo es su prevención. Por lo tanto, si entendemos a la encarcelación como medio de prevención y si observamos la figura del arrepentido como una herramienta que aumenta los niveles de encarcelaciones totales y reduce los tiempos dentro de prisión de algunos, podría hallarse una solución adecuada que atenúe estas críticas.

Hasta aquí hemos analizado la incapacitación como medio de prevención. Ahora bien, el análisis económico del derecho sirve, también, para dar cuenta de que la figura en cuestión aumenta la prevención de hechos futuros a través de la disuasión. El artículo de Becker sobre el análisis económico del delito es prueba de esta forma de pensamiento (Ortíz de Urbina Gimeno 2015, 56). Y los estudios empíricos sobre la teoría económica del delito que realizaron Cooter y Ulen son prueba de estas conclusiones (2016). Para comprenderlos, es necesario partir de un enfoque del derecho que entienda al comportamiento criminal en base a las elecciones hechas por los delincuentes. Conforme con esta visión, los delincuentes son seres racionales amoraless que delinquirán cuando la utilidad que esperan obtener de aquel delito excede el costo asociado con ellos, y cuando no existan actividades económicas alternativas que ofrezcan a estos individuos la misma, o mayor, recompensa (Teichmann 2009, 87-88).

Desde este punto de vista, Becker estudió la decisión de delinquir en base a conductas muy distintas entre sí que responden a motivaciones diversas. A partir de este enfoque, construyó una función que pone en relación el número de los delitos que un sujeto comete con la probabilidad de condena por cada delito y el castigo que se le impondría en caso de ser condenado. Respecto de tal relación, Becker advirtió que para la disuasión es esencial que la sanción esperada suponga un costo esperado superior al beneficio esperado del delito, y señaló que ese costo esperado viene determinado fundamentalmente por la gravedad de la sanción y su probabilidad de imposición efectiva. En efecto, la sanción esperada depende de dos criterios fundamentales. El primero es la magnitud de la sanción impuesta a los criminales que son capturados y condenados por los tribunales. El segundo es la probabilidad de que un delincuente sea realmente sancionado, teniendo en cuenta que

esta probabilidad es el resultado de una serie de sucesos que van desde la probabilidad de que el criminal sea capturado hasta la probabilidad de que el tribunal lo condene. Dado un determinado costo esperado, éste se mantiene incrementando una de las dos magnitudes (gravedad o probabilidad) en la misma proporción en que disminuimos la otra<sup>5</sup>. Desde este punto de vista, es posible advertir que existen dos herramientas fundamentales para incrementar los costos de delinquir. La primera, incrementar la probabilidad de detección y/o la probabilidad de condena de los criminales. La segunda, incrementar la severidad del castigo de aquellos que son condenados.

Con base en la teoría de Becker, Ortíz de Urbina Gimeno dio cuenta de varios estudios empíricos y tradujo a términos económicos los resultados de estas investigaciones, logrando, demostrar que el nivel de actividad delictiva es más sensible a los cambios en la probabilidad de detección y/o de condena que los que se producen en la magnitud de la sanción. Así, y apartándose de las conclusiones de Becker en esta instancia, advirtió que estos estudios demostraron que los delincuentes se ven más disuadidos por la probabilidad de detección y/o de condena, que por el castigo que se les impone una vez condenados. Como Cesare Beccaria ya había escrito hace siglos, una mayor probabilidad de imposición de la pena y sanciones menos extremas probablemente funcionan mejor para amortiguar las intenciones criminales, y agregó Becker, sobre todo si estamos frente a criminales a los que les gusta el riesgo (Donohue 2007, 382-383). Al fin y al cabo, los estudios empíricos han demostrado que los autores de los delitos se ven más disuadidos cuando hay una sanción que se impone, y no cuando la magnitud de la pena es más alta. En este sentido, si entendemos a la figura del arrepentido como una herramienta a través de la cual se aumentan las probabilidades de detección y/o de condena, entonces comprenderemos la importancia de la implementación de dicho instituto para aumentar la prevención de la actividad delictiva.

---

<sup>5</sup> Conforme a este modelo, una pena de dos años de prisión con una probabilidad de imposición del 10% disuadirá lo mismo que una de 1 año de prisión con una probabilidad de imposición del 20%.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, sugiero que podamos enfrentar con mayor confianza la concesión justificada de recompensas por la cooperación y la practicidad de su uso. Más aún, cuando los delitos que con su implementación pueden resolverse son graves y significativos en cantidad. Acepto que exista todavía una mirada con cierta ambivalencia sobre la conveniencia de aceptar la figura aquí analizada, pero lo cierto es que muchos tipos graves de actividades criminales podrían quedar impunes si negamos su uso; tipos graves de actividades criminales que no podemos permitirnos tolerar. Creo que la incorporación de la figura de la delación premiada en nuestro ordenamiento significa un arma vital en la lucha contra las conductas que ninguna sociedad civilizada puede aceptar.

Al margen de la discusión sobre las objeciones constitucionales que dificultan el acondicionamiento de la delación premiada en nuestro ordenamiento jurídico, la teoría económica del derecho ha demostrado su enorme contribución. Al fin y al cabo, la tendencia mundial pareciera ser que, frente a la discusión actual, se da primacía a la eficacia del instituto (Wortman Jofré 2015, 168).



Universidad de  
San Andrés

## CONSIDERACIONES FINALES

La discusión acerca de la figura del arrepentido ha cobrado presencia en el discurso jurídico, periodístico y público a raíz de la iniciativa impulsada por el Ministerio de Justicia para ampliar su uso a los delitos de corrupción. Comprometida con la trascendencia de la discusión, creí oportuno desarrollar un análisis que estudiara la validez constitucional de la nueva ley 27.304.

Luego del detenido examen que antecede, surgen tres conclusiones respecto del instituto del arrepentido. En primer lugar, que el paso inicial para poder aceptar una figura como la del delator premiado es adoptar la perspectiva de alguna de las teorías consecuencialistas prevencionistas y/o consecuencialistas retribucionistas de la pena. En tanto la primera se ocupa de maximizar la prevención a fin de atenuar los niveles de criminalidad *ex ante*, y la segunda se ocupa de maximizar el buen castigo reparador para incrementar el número de culpables castigados de acuerdo a su merecimiento, la introducción de la delación premiada, entendida como una herramienta a través de la cual se aumentan las probabilidades de condena de culpables, será únicamente posible y viable a partir de alguna de estas dos teorías de la pena.

En segundo lugar, que tal y como ha quedado demostrado, hay buenas razones para sostener que la delación premiada, en la redacción de la ley que la reglamenta, y tanto en su versión adecuada para los delitos de la administración pública como también en su forma general, es consistente con nuestro ordenamiento jurídico. No hay argumentos que, con el grado de certeza requerido según las exigencias establecidas por nuestro sistema de control de constitucionalidad, sean suficientes para considerar esta regla inconstitucional en sí misma. En todo caso, queda en los legisladores la responsabilidad por la sanción de la ley y en los jueces, luego, su control de constitucionalidad.

Por último, que nos encontramos frente a una herramienta ya conocida y ampliamente utilizada, tanto a nivel nacional como internacional, cuya verdadera utilidad práctica ha quedado demostrada por la teoría económica del derecho. Mediante esta variante del derecho, hemos podido advertir la enorme contribución del instituto del



arrepentido para combatir la delincuencia organizada a través del incremento en la incapacitación y en la disuasión criminal, dos medios diferentes de prevención. Respecto del primero, hemos demostrado que con esta figura aumentará el número de encarcelaciones totales que de otro modo se podrían obtener. En referencia al segundo, entendida la figura del arrepentido como una herramienta a través de la cual se aumentan las probabilidades de detección y/o de condena, su efecto será aumentar la prevención de la actividad delictiva mediante una mayor efectividad en la disuasión.

Para concluir, no podemos dejar de referir específicamente a los delitos contra la administración pública, en tanto estos dieron cuenta de la necesidad y la preocupación de ampliar los delitos respecto de los cuales resulta posible aplicar figuras como la del arrepentido. Creo relevante comprender que la corrupción es hoy un fenómeno global de las sociedades modernas que debemos enfrentar con herramientas también globales y modernas. El Estado continúa siendo la forma jurídica por excelencia para la adopción de reglas obligatorias de convivencias. Los Estados poseen el monopolio de la fuerza; la capacidad de dictar normas y hacerlas cumplir. Pero hay ciertos delitos que sobrepasan sus defensas y debilitan sus instituciones. La globalización ha traído nuevos aires a la forma en la que se expande la corrupción. Y resulta esencial incorporar un sistema de incentivos que condicionen a los actores a obrar de una u otra manera. La delación premiada parece ser una solución adecuada.

Si alguna vez pudimos vernos como una sociedad anestesiada frente a la corrupción, en el presente se destaca el crecimiento de nuestra conciencia social y jurídica. Urge comenzar con una tarea de coordinación, con la finalidad de establecer una regulación normativa unificada. Todo ello debe realizarse sin perder de vista los procesos similares que están llevando a cabo los demás países. La mirada tanto regional como mundial nos permitirá aprovechar el estudio de las experiencias extranjeras y consensuar con la sociedad civil un abordaje de este nuevo modelo de investigación de la corrupción. Lo concreto es que la figura del delator premiado es utilizada tanto en la legislación internacional como nacional. Basta con abrir los periódicos para comprobarlo. Su eficacia reside en alcanzar la averiguación de la verdad, finalidad fundamental del sistema penal.



La cooperación de imputados a cambio de recompensas procesales permite advertir que el mundo ha comenzado un cambio que no podrá ser detenido. Estamos ante la disyuntiva de resistirnos a lo inevitable o continuar debatiendo la mejor manera de instrumentar esta herramienta. “Toda esta adecuación normativa debe realizarse con el debido respeto de nuestra tradición jurídica y sin retroceder un ápice en la defensa de los derechos constitucionales de las personas sometidas a proceso, pero receptando las tendencias más modernas y eficaces” (Wortman Jofré 2015, 175). Claro que resulta más cómodo fijar posición en favor de las garantías y afirmar que la justicia tiene que permanecer al margen de negociaciones con delincuentes. Pero el desafío está en conciliar nuestro ordenamiento jurídico con las nuevas herramientas de persecución penal y lograr convivir con una figura como la del delator premiado.



Universidad de  
**San Andrés**

# BIBLIOGRAFÍA

## *Libros y revistas*

- BRUZZONE, Gustavo. 1998. “Acerca de la adecuación constitucional del juicio abreviado” en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires: Ad hoc.
- CARRIÓ, Alejandro. 2007. “Garantías constitucionales en el proceso penal”. 5ta ed. Buenos Aires: Hammurabi.
- CASAL, Armando. 2016. “Actos de corrupción. Ley del arrepentido”. En *Profesional y Empresaria*. Errepar. N° 200.
- CASTIGLIONE, Hugo. 2014. “El arrepentido en materia de estupefacientes: reparos al instituto y dificultades procesales frente a una posible solución eficaz. Propuesta armonizadora”. Cita: MJ-DOC-6998-AR|MJD6998.
- GÓMEZ URSO, Juan Facundo y César Raúl Sivo. 2016. Ley del “arrepentido”. Buenos Aires: Hammurabi.
- GRISSETTI, Ricardo Alberto. 2016. Ley del arrepentido. Una normativa que regula nuevas técnicas de investigación criminal. Buenos Aires: La Ley. Tomo La Ley 2016-F.
- LASCANO (h), Carlos Julio. 2002. “Conceptos fundamentales del derecho penal” en *Derecho Penal. Parte General*.
- MAIER, Julio. 1996. “Derecho procesal Penal, T. I: Fundamentos”. 2da ed. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- RIGHI, Esteban. 2010. “El sistema de reacciones penales” en *Derecho Penal. Parte General*. Reimpresión. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

SPAHN, Elizabeth. 2013. "Implementing Global Anti-Bribery Norms: From the Foreign Corrupt Practices Act to the OECD Anti-Bribery Convention to the U.N. Convention against Corruption". En Boston Legal Studies Research Paper Series. N° 13-16.

TEICHMANN, Doron. 2009. "The economics of crime control". Oxford University Press.

### *Artículos periodísticos*

BASCH, Fernando. 2016. "Bien usada, la ley del arrepentido resulta efectiva". La Nación. 16 de enero. Consultado: 17 de junio de 2017. <http://www.lanacion.com.ar/1862656-bien-usada-la-ley-del-arrepentido-resulta-efectiva>.

BBC Mundo. 2015 "¿Cómo obtiene la FIFA su dinero y cómo lo gasta?". BBC Mundo. 30 de mayo. Consultado: 17 de junio de 2017. [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150529\\_economia\\_dinero\\_fifa\\_blatte\\_r\\_copa\\_mundo\\_amv](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150529_economia_dinero_fifa_blatte_r_copa_mundo_amv)

BBC Mundo. 2015. "Los 16 dirigentes latinoamericanos de FIFA que acaban de ser acusados de corrupción en Estados Unidos". BBC Mundo. 3 de diciembre. Consultado: 17 de junio de 2017. [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/12/151203\\_nueva\\_acusacion\\_justicia\\_corrupcion\\_fifa\\_bm](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/12/151203_nueva_acusacion_justicia_corrupcion_fifa_bm).

CIFUENTES, Pedro. 2015. "Las claves del caso Petrobras". El País. 5 de marzo. Consultado: 17 de junio de 2017. [http://internacional.elpais.com/internacional/2015/02/04/actualidad/1423075550\\_469907.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/02/04/actualidad/1423075550_469907.html).

GRANOVSKY, Martin. 2012. “El poder económico quiere disciplinar al magistrado que lo encuentre”. Página 12. 23 de diciembre. Consultado: 3 de marzo de 2017. <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-210462-2012-12-23.html>.

INFOBAE. 2017. “Brasil: delator clave del caso Petrobras fue compensado con la prisión domiciliaria”. Infobae. 12 de junio. Consultado: 17 de junio de 2017. <http://www.infobae.com/america/america-latina/2016/11/18/brasil-delator-clave-del-caso-petrobras-fue-compensado-con-la-prision-domiciliaria/>.

### ***Recursos en línea***

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio. 2016. “El colaborador con la justicia en el ordenamiento jurídico español”. En *El derecho penal en tiempos de cambios*. Cuba: Editorial UNIJURIS.

COOTER Robert y Thomas Ulen. 2016. “Topics in the Economics of Crime and Punishment” en *Law and Economics*. 6ta ed. Berkely Law Books. Consultado: 23 de julio de 2017. <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2/>.

DEL SEL, Juan María. 2016. “El arrepentido. Reflexiones acerca de una herramienta útil pero no suficiente”. El Dial, editorial Albremática. Consultado: 14 de marzo de 2017.

DONOHUE, John. 2007. “Economic models of crime and punishment”. Stanford University. Consultado: 15 de julio de 2017.

DUFF, Antony. 2001. “Punishment, Communication, and Community”. Oxford University Press. Consultado: 22 de marzo de 2017.

GREENE, Catherine. 2012. “La responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción”. Tesis, Universidad de San Andrés. Consultado: 15 de marzo de 2017. <http://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/bitstream/10908/2498/1/%5bP%5d%5bW%5dT.%20Ab%20CATHERINE%20GREENE.pdf>.

- GRISSETTI, Ricardo Alberti y Luis Kamada. 2015. “La pena de prisión perpetua no es eterna”. Thomson Reuters.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano. 2016. “Nueva legislación sobre los arrepentidos que no se arrepienten”. El Dial, editorial Albremática. Consultado: 21 de abril de 2017.
- LIPPKE, Richard. 2011. “The ethics of Plea Bargaining”. *Oxford University Press*. Consultado: 7 de diciembre de 2016.
- LLERA, Carlos Eneique. 2016. “Arrepentido. Herramienta para investigación, prevención y lucha contra delitos complejos”. El Derecho. Consultado: 12 de marzo de 2017.
- MOORE, Michael. 2014. “Justifying Retributivism”. HeinOnline. Consultado: 24 de marzo de 2017.
- NOZICK, Robert. 2006. “Coercion”. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Consultado: 20 de junio de 2017. <https://plato.stanford.edu/entries/coercion/#NozNewAppCoe>.
- ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. 2015. “Análisis económico y delito: lo que hay y lo que puede haber”. Consultado: 22 de junio de 2017. <http://www.minetad.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/398/ÍÑIGO%20ORTIZ%20DE%20URBINA.pdf>.
- PIQUERO Alex y Alfred Blumstein. 2007. “Does Incapacitation Reduce Crime?”. Consultado: 23 de julio de 2017. [http://www.public.asu.edu/~gasweete/crj524/readings/02-09%202007-Piquero-Blumstein%20\(does%20incapacitation%20reduce%20crime\).pdf](http://www.public.asu.edu/~gasweete/crj524/readings/02-09%202007-Piquero-Blumstein%20(does%20incapacitation%20reduce%20crime).pdf).
- RIQUERT, Fabián L. 2016. “Corrupción en Latinoamérica”. El Dial, editorial Albremática. Consultado: 12 de junio de 2017.
- RIQUERT, Marcelo. 2016. “Necesitamos más delatores premiados?”. El Dial, editorial Albremática. Consultado: 12 de abril de 2017.

SANCINETTI, Marcelo Alberto. 2016. “Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de “Arrepentido” y de “Extinción de Dominio””. Consultado: 2 de abril de 2017. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/08/doctrina44019.pdf#view=er.action=download>.

SANCINETTI, Marcelo. 2016. “Opinión de la ley del arrepentido”. Consultado: 17 de marzo de 2017. <https://youtu.be/UL4VDsILTIM>.

TERRANOVA, Marco. 2016. “La delación premiada”. Consultado: 14 de marzo de 2017. [http://www.academia.edu/28820583/La\\_delacion\\_premiada\\_-\\_El\\_arrepentido](http://www.academia.edu/28820583/La_delacion_premiada_-_El_arrepentido).

TERRÓN, Sergio Manuel. 2012. “El juicio abreviado”. Consultado 22 de junio de 2017. [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120025-terron-juicio\\_abreviado.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120025-terron-juicio_abreviado.htm).

WORTMAN JOFRÉ, Hugo. 2015. “Mecanismos y herramientas de investigación”. En Corrupción y transparencia. Buenos Aires: Eudeba. Consultado: 12 de junio de 2017. <http://www.poderciudadano.org/libros/CorrupcionyTransparencia-InformeAnual2014.pdf>.

### ***Jurisprudencia***

CNCasación Penal, Registro N°1748/09, Causa N°10997- Sala III CNCP- “M., L.S. s/ recurso de revisión”, 27/11/10.

### ***Legislación***

Ley 27.304. Publicada en el Boletín Oficial del 02/11/10. N°33495, Página 1.

# ANEXO I

## CÓDIGO PENAL

### Ley 27.304

#### Modificación.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

ARTÍCULO 1° — Sustitúyase el artículo 41 ter del Código Penal por el siguiente:

Artículo 41 ter: Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles.

El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos:

a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos;

b) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero;

c) Todos los casos en los que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal;

d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal;

e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal;

f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal;

g) Delitos cometidos en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal;

h) Delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174, del Código Penal;

i) Delitos previstos en el título XIII, del libro segundo, del Código Penal.

Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince (15) años de prisión.

La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa.

ARTÍCULO 2° — Incorporase como artículo 276 bis del Código Penal el siguiente:

Artículo 276 bis: Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogándose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos.

ARTÍCULO 3° — *Oportunidad*. El acuerdo con el imputado arrepentido sobre lo previsto por el artículo 41 ter del Código Penal deberá realizarse antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente.



La información que se aporte deberá referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido.

No podrán celebrar acuerdos de colaboración los funcionarios que hayan ejercido o estén ejerciendo cargos susceptibles del proceso de juicio político de acuerdo a lo establecido por la Constitución Nacional.

Los acuerdos previstos en esta ley y sus beneficios no serán aplicables en procesos en los que se investiguen delitos de lesa humanidad.

ARTÍCULO 4° — Cuando la reducción de la escala penal prevista por el artículo 41 ter del Código Penal aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación o de la exención de prisión, de acuerdo a las normas procesales comunes.

ARTÍCULO 5° — *Criterios para aplicar los beneficios.* Para otorgar los beneficios establecidos en el artículo 41 ter del Código Penal, deberá considerarse:

- a) El tipo y el alcance de la información brindada;
- b) La utilidad de la información aportada para alcanzar las finalidades previstas;
- c) El momento procesal en el que el imputado brinda la colaboración;
- d) La gravedad de los delitos que el imputado ha contribuido a esclarecer o impedir;
- e) La gravedad de los hechos que se le atribuyen y la responsabilidad que le corresponde por ellos. Se beneficiará especialmente a quien se arrepintiere en primer término.

ARTÍCULO 6° — *Actos de colaboración. Registro.* Las declaraciones que el imputado arrepentido efectuare en el marco del acuerdo de colaboración deberán registrarse a través de cualquier medio técnico idóneo que garantice su evaluación posterior.

ARTÍCULO 7° — *Acuerdo de colaboración. Requisitos formales.* El acuerdo de colaboración se celebrará por escrito, y deberá consignar con claridad y precisión lo siguiente:

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

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

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

ARTÍCULO 8° — *Procedimiento del acuerdo de colaboración.* El acuerdo de colaboración se celebrará entre el fiscal y las personas que brindaren información en los términos del artículo 41 ter del Código Penal y de la presente ley. En todos los casos, el imputado arrepentido contará con la asistencia de su defensor.

ARTÍCULO 9° — *Acuerdo de colaboración celebrado con el fiscal.* Al celebrarse el acuerdo entre el fiscal y el imputado arrepentido, el mismo se presentará para su homologación ante el juez de la causa.

ARTÍCULO 10. — *Homologación del acuerdo de colaboración.* El juez que intervenga en la homologación aprobará o rechazará el acuerdo presentado en una audiencia convocada al efecto con la presencia del imputado arrepentido, su defensor y el fiscal de la causa. El juez escuchará a las partes y se asegurará que el imputado arrepentido

tenga debido conocimiento de los alcances y las consecuencias del acuerdo suscripto.

El juez aprobará el acuerdo si el imputado arrepentido hubiera actuado voluntariamente y se hubieran cumplido los demás requisitos previstos en los términos del artículo 41 ter del Código Penal y de la presente ley.

El rechazo judicial del acuerdo será apelable por ambas partes. Si la homologación fuera rechazada finalmente, las actuaciones deberán quedar reservadas y las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido no podrán valorarse en su contra ni en perjuicio de terceros.

ARTÍCULO 11. — *Incorporación del acuerdo al proceso.* En caso de aceptarse, el acuerdo será incorporado al proceso, y la ejecución del beneficio se diferirá al momento del dictado de la sentencia de condena por el tribunal de juicio.

ARTÍCULO 12. — *Valoración en la instrucción o etapa preparatoria.* El juez deberá valorar preliminarmente el acuerdo arribado y la información brindada a los fines de dictar las medidas cautelares del proceso respecto de las personas involucradas por el imputado arrepentido.

ARTÍCULO 13. — *Corroboración.* Dentro de un plazo no superior a un (1) año, el juez o el fiscal deberán corroborar el cumplimiento de las obligaciones que el imputado arrepentido hubiera contraído en el marco del acuerdo, especialmente la verosimilitud y utilidad, total o parcial, de la información que hubiera proporcionado. Durante ese lapso se suspenderán los plazos de la prescripción de la acción penal.

ARTÍCULO 14. — *Protección de los imputados arrepentidos.* Los imputados que colaboren en el marco de la presente ley se encuentran alcanzados por las disposiciones del Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados creado por la ley 25.764 y sus modificatorias.

ARTÍCULO 15. — *Sentencia*. El órgano judicial no podrá dictar sentencia condenatoria fundada únicamente en las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido. Para la asignación de responsabilidad penal sobre la base de estos elementos, el órgano judicial deberá indicar de manera precisa y fundada la correlación existente entre esas manifestaciones y las restantes pruebas en que se sustenta la condena. La materialidad de un hecho delictivo no podrá probarse únicamente sobre la base de esas manifestaciones.

ARTÍCULO 16. — *Ministerio Público Fiscal*. La Procuración General deberá remitir a la Comisión Bicameral un informe detallado del funcionamiento y aplicación de la presente ley en los términos del artículo 6° de la ley 27.148, orgánica del Ministerio Público Fiscal.

ARTÍCULO 17. — Derógase el artículo 29 ter de la ley 23.737, la ley 25.241 y el artículo 31 de la ley 25.246.

ARTÍCULO 18. — Invítase a las provincias a adoptar las normas procesales correspondientes a los efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente ley.

ARTÍCULO 19. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS DIECINUEVE DÍAS DEL MES DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL DIECISÉIS.

— REGISTRADO BAJO EL N° 27304 —

EMILIO MONZÓ. — JUAN C. MARINO. — Eugenio Inchausti. — Juan P. Tunessi.