

Breves notas críticas sobre la figura del “arrepentido”

*Fernando Díaz Cantón**

In ogni caso la chiamata in correità non è credibile quando sia stata effettuata sotto tortura. Francesco María Pagano

Resumen

En el presente artículo se analiza la figura del colaborador premiado (comúnmente conocido como “arrepentido”) introducida en nuestro Derecho Penal, en el año 2016, por la Ley N° 27.304. Desde una mirada crítica, se analiza el fracaso en el que está inmerso nuestro sistema penal que lleva a sus autoridades a pactar con los arrepentidos para descubrir delitos y sancionar a sus autores con el riesgo de implosionar nuestro sistema de garantías constitucionales por la inversión del principio de inocencia y de

* Profesor adjunto regular por concurso del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la UBA. Profesor de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Palermo en la materia Los Recursos en el Proceso Penal. Profesor invitado en la Especialización en Derecho Procesal Penal del Museo Social Argentino desde el año 2018 en la materia Teoría General del Proceso Penal. Profesor invitado en la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Austral desde el año 2017 en la materia Los recursos en el proceso penal. Autor del libro *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005. Coautor del Anteproyecto de Código Procesal Penal de la Nación, elaborado por la Comisión de Reforma creada por Decreto 114/2007 del Poder Ejecutivo Nacional en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Ha sido juez de la Excm. Cámara Nacional de Casación Penal. Ha sido asesor del Honorable Senado de la Nación durante los períodos 1992 a 2001 y 2008 a 2010, argentino; fdc@fdcabogados.com.ar.

carga de la prueba de la mano de un uso ilegítimo de la prisión preventiva como mecanismo para garantizar el funcionamiento de la figura en cuestión.

Palabras clave: arrepentido, colaborador premiado, sistema de garantías constitucionales, prisión preventiva, manifestaciones del arrepentido.

Brief Criticism of the Repentance Law

Abstract

In this article, we analyze the recently introduced “Repentance Law” (Law N° 27.304), introduced in our Penal Code in 2016. From a critical point of view, we study the failure of our Penal Code, which allows the suspects to ask for plea bargains. This reverses the presumption of innocence and utilizes preventive prison as a means to guarantee this law. This is very dangerous for our constitutional system.

Keywords: Repentance Law, Constitutional Guarantee, Preventive Prison, Penal System.

I. Introducción

Por medio de la Ley N° 27.304, sancionada el 19 de octubre de 2016, se consagró en nuestro país, para un catálogo de delitos considerados graves, la figura del colaborador premiado, que la propia ley denomina en varios de sus pasajes “arrepentido”.¹

Cuando estaba por comenzar su declaración en el Maxi Proceso de Palermo, el acusado Tomasso Buscetta no quiso hacerlo sin esta aclaración previa: “Yo no soy arrepentido porque no tengo nada de qué arrepentirme. Lo que yo era permanece en mí. Yo no apoyo más aquella estructura de la que yo era parte. Por eso no soy un arrepentido”.

De modo que hemos comenzado mal al no llamar a las cosas por su nombre o llamarlas con un nombre equivocado o insuficiente para definir el dispositivo normativo que se quiere consagrar y regular. Quiero decir que es irrelevante si la persona se somete al régimen que establece esta ley porque un incontenible impulso de contricción lo impele a hacerlo o porque desea mejorar su situación procesal, o porque le sobrevino un deseo justiciero contra la organización criminal a la que pertenecía o el de protegerse a sí mismo y a su familia por alguna traición a la organización criminal, o el que sea. Quizá sí estemos ante un genuino arrepentido, como aquel otro acusado, Antonino Calderone, si hemos de dar crédito a sus palabras: “No me molesta ser definido arrepentido porque estoy verdaderamente arrepentido de lo que he hecho... yo soy verdaderamente un arrepentido”. Pero la razón por la cual un imputado colabora es irrelevante.

Sin embargo, adivino que tras el término “arrepentido” anida una necesidad de edulcorar con calificativos éticamente virtuosos una conducta para la cual podrían utilizarse términos más apropiados, como el de delator o, más precisamente (curiosamente el argot más ajustado a la realidad proviene de las propias organizaciones criminales), “soplón”, “buchón” o “botón”. Así, con un eufemismo, los legisladores procuran, sin lograrlo, disimular el fracaso del sistema penal, cuya impotencia para descubrir el delito y sancionar a sus autores lo compele a pactar con ellos para lograrlo. O, peor, para encubrir con un artificio semántico benevolente una práctica deleznable, del mismo modo que –como recordarán los más viejos– se escribía en las actas policiales que el imputado se “sinceraba” con la instrucción cuando en realidad su “sinceramiento” era producto de algún tipo de vejación.

Y que quede claro que no me estoy refiriendo a aquella situación apremiante donde la colaboración está relacionada directamente con, por ejemplo, la necesidad de poner coto a una actividad delictiva ya comenzada y no consumada o con el rescate de un rehén –tan bien puesta de resalto por Marcelo Sancinetti en su exposición ante el Senado de la Nación el día 3/8/2016–,² sino a la tarea de descubrir la verdad de los hechos para la aplicación de la ley sustantiva, que es el fin principal del proceso penal.

II. La naturaleza de la figura en análisis

Porque de eso se trata: de un pacto, no de un arrepentimiento. Si realmente hubiera un arrepentimiento, entonces lo que correspondería sería que el imputado golpeará las puertas de la Justicia, se confesara y brindara los datos necesarios para el esclarecimiento del hecho y la individualización de los responsables sin pedir nada a cambio. La mejor prueba de que el arrepentimiento en nada importa es que la ley no contempla la solemne declaración del imputado de que se arrepiente de lo que ha hecho, que promete no cometer nunca más los delitos que ha cometido y que, en caso de quebrantar dicha promesa, por el solo hecho de hacerlo, cometería un delito y merecería una pena.

III. El sistema de garantías en juego

Como he dicho en otra ocasión,³ el instituto del “arrepentido”, “colaborador premiado” o “testigo de la corona” puede favorecer testimonios por conveniencia circunstancial que conduzcan a condenas de inocentes. En estos casos, como lo ha explicado un distinguido jurista italiano contemporáneo, se corre el riesgo de que todo el sistema de garantías quede desquiciado: la presunción de inocencia y la carga de la prueba sucumben debido a la primacía que se le atribuye a la confesión interesada sobre las demás pruebas, y todo se reduce a una relación de fuerzas entre investigador e investigado, en el que el primero no tiene que asumir obligaciones probatorias, sino presionar sobre el segundo y recoger sus autoacusaciones.⁴ El Estado se convierte así en parte de un intercambio perverso donde aquel, paradójicamente, infringe la normativa (constitucional) con la excusa de que ello es necesario para poder aplicar la ley (infraconstitucional). Ha dicho el profesor citado: “Por otra parte, el gigantismo procesal ha representado a su vez un terreno propicio para cualquier abuso posible. Es sobre todo gracias a ello como ha podido desarrollarse el perverso maridaje entre prisión preventiva y colaboración premiada con la acusación: la primera, utilizada como medio de presión sobre los imputados para obtener de ellos la segunda, y esta, como instrumento de ratificación de la acusación, a veces más allá de toda verificación e incluso de los careos con los coimputados

denunciados. Este maridaje se ha revelado en la práctica como una fuente inagotable de arbitrariedades”.⁵

No parece conveniente tratar de combatir la corrupción dotando de mayor extensión a mecanismos procesales cuyo uso puede instalar también, paradójicamente, el empleo de coacción sobre el delator para obtener la “colaboración”. Al respecto, se ha dicho con razón que una cultura jurídica se prueba a sí misma a partir de aquellos principios cuya lesión nunca permitirá, aun cuando esa lesión prometa la mayor de las ganancias (W. Hassemer). Como se ha visto en otros casos de nuestro país de triste notoriedad, esa supuesta “ganancia” no ha sido más que una lamentable ilusión.

¿Qué queda entonces de la garantía constitucional que prohíbe la autoincriminación forzada, prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional,⁶ con la vigencia de la figura del colaborador premiado? Veremos que no queda nada. Sobre lo controversial de la figura en general ha dicho Marcelo Sancinetti: “La oferta de un premio o rebaja presupone, naturalmente, que esa oferta puede motivar al coimputado a decir algo; pero este ‘decir algo’ ha de llevarlo, al que delata, justamente a reconocer también su participación en el hecho. Pero esta participación en el hecho mediante una conducta también punible terminará llevando al delator a no poder volver sobre sus propios actos. El juez podrá darle una rebaja, o no; pero, en todo caso, el reo habrá declarado ante el riesgo de que, en caso contrario, pudiera tener una sanción más grave. De este modo, se obtiene por vía oblicua una confesión coactiva. Todo mecanismo que tienda a alentar la autoincriminación está proscripto por el art. 18 de la C.N., porque si nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, nadie puede tener un peor trato por quedarse callado, mientras otro lleva premio ‘por hablar’”.⁷

IV. El nuevo fin del encarcelamiento preventivo: la obtención de un pacto con el imputado

Como dije en mi intervención en el Senado de la Nación, la pregunta que debemos hacernos es si la persona que colabora con la Justicia es, realmente, una persona que actúa o no con libertad en su voluntad. Y aquí es donde hay que vincular la institución del arrepentido con otro instituto, que es el del encarcelamiento preventivo.

En este punto no dudé en sostener que la figura del arrepentido no funciona si no es necesariamente vinculada a un endurecimiento de los criterios acerca del mantenimiento o no de la libertad personal durante el proceso. Tibiamente la ley, en su artículo 4º, establece que: “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”.

Dije en ese momento que: “va a haber un cambio inexorable en la jurisprudencia en lo que tiene que ver con la restricción de la libertad para cumplir un tercer fin. Hasta ahora conocíamos dos fines de la restricción de la libertad anticipadamente en el proceso penal. Un fin era evitar que con la libertad el imputado pudiera ponerse en fuga. El segundo era evitar el entorpecimiento del proceso vía intimidación de testigos o destrucción de documentos o lo que fuera, lo que hace indispensable justificar, con esos parámetros, la restricción de la libertad de la persona. Un tercer fin que se discute mucho en el derecho comparado, que es de alguna manera anticipar los fines de la pena con una suerte de anticipación de la pena para estabilizar la norma, desde un punto de vista de la teoría funcionalista porque no se puede esperar al momento de la sentencia para apaciguar los ánimos contrariados a través de la comisión del delito. Obviamente, este es un fin totalmente inaceptable, pero ha sido sostenido por autores de renombre, como (Freund) en Alemania”.

Pero –agregué en dicha ocasión– “ahora se le agrega un nuevo fin. Este proyecto agrega un nuevo fin a la prisión preventiva, que es conseguir, a través del mantenimiento de la prisión, la confesión del imputado. No estará escrito en ningún lado. En ningún lado va a aparecer ‘lo mantenemos en

prisión preventiva, aunque ya no haya riesgo de fuga, aunque ya no haya riesgo de entorpecimiento'; pero la realidad va a ser 'lo mantenemos en prisión preventiva porque necesitamos obtener la confesión'. Lo cual, apunto, es un reconocimiento tácito de que no hay riesgo procesal de fuga o entorpecimiento y que por eso se puede hacer tal intercambio."

Mejor se ha expresado al respecto Sancinetti en su recordada intervención en el Senado: "Es que esa idea presupondría que la prisión preventiva debiera ser usada con fines de 'pena anticipada', pues, si uno respeta la jurisprudencia impuesta con el tiempo en pos de restringir la prisión preventiva para asegurar los fines del proceso, no es posible que el otorgamiento de la libertad durante el proceso dependa de las informaciones aportadas por el imputado. Pues ello implicaría a la vez constreñirlo a declarar, imputando a alguien, a fin de obtener una libertad a la que tendría derecho aunque guardara silencio (en tanto no hubiera peligro de fuga ni entorpecimiento de la investigación)".

Inevitablemente, como una amarga necesidad, el imputado debe soportar, dentro de ciertos cauces constitucionales, la coerción. Aquella que deriva del mero hecho de ser objeto de una imputación y una persecución penal, y que está destinada a averiguar si cometió o no la conducta presuntamente delictiva que le es atribuida. Su persona, su entorno, su casa, sus bienes, sus medios de interacción y comunicación electrónicos, todo es y puede ser objeto de injerencias, respetándose los recaudos constitucionales y legales. Pero en modo alguno ello significa que debe soportar la coacción, que es cosa muy distinta, al punto de que constituye un delito. En efecto, la libertad de voluntad para manifestarse sobre la imputación que se le formula debe ser respetada a rajatabla y no debe ser objeto de ningún tipo de condicionamiento. Allí se detiene la autoridad del "Príncipe" e incluso el poder de los particulares. Nadie puede presionar al imputado para que se declare culpable o involucre a terceros, menos aún bajo la amenaza de mantener la prisión preventiva si no lo hace y bajo la promesa de liberarlo si lo hace. La coacción, como dije, es un delito y una ley, como la del arrepentido, no puede transformar en lícito lo que no puede serlo, ya por un imperativo constitucional.

V. El peligro de la sobrevaloración probatoria de las manifestaciones del arrepentido

El artículo 15 de la Ley establece que: “El órgano judicial no podrá dictar sentencia condenatoria fundada únicamente en las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido”. Considero, por el contrario, contra la corriente generalizada, que nada de lo que diga el arrepentido puede ser valorado como prueba en el contexto de la justificación, sino solo en el contexto del descubrimiento, si hace algún aporte o brinda una información que permita, a través de alguna medida, obtener alguna prueba independiente. Por esa razón aconsejé al Senado la supresión del adverbio “únicamente”. De lo que se trata es de evitar el *innamoramento del pentito*, entendido como la sobrevaloración de su declaración.⁸ No hay que olvidar que se trata de la palabra de un sujeto particularmente interesado en el epílogo del caso, dado que está él mismo envuelto de algún modo en la comisión del mismo episodio criminal.⁹ La única manera que entiendo apta y útil para evitar esa sobrevaloración es la lisa y llana prohibición de la valoración como prueba de la declaración del colaborador premiado.

Admití en esa ocasión la inconsecuencia lógica que implicaba sostener –como yo lo hice en ese momento y ahora lo mantengo– que podemos aprovechar lo que una persona dice en el sentido de admitir su declaración solo en el contexto del descubrimiento, para conseguir un elemento probatorio que de otra manera no es posible obtener, con la prohibición del aprovechamiento de la declaración del colaborador como prueba en sí misma, sola o en conjunto con las demás, en el contexto de la justificación, para fundar un fallo condenatorio.

Quiero decir que la motivación de la sentencia, para ser válida, debe basarse solo en las pruebas, ya sea que estas deriven de la declaración del arrepentido o que sean independientes de ella, pero esta no debe ingresar en modo alguno al ámbito de la valoración, debiendo establecerse una prohibición probatoria al respecto. Por cierto, como resguardo adicional, se necesita que la declaración revele, intrínsecamente, genuinidad, espontaneidad, desinterés del declarante, constancia, especificidad y coherencia lógica general del relato¹⁰ y, extrínsecamente, que sea precedida

de una imputación ya formulada sobre la persona que puede ser perjudicada por esa declaración, es decir que la declaración del arrepentido no sea la fuente de toda la investigación sobre la persona por él involucrada.

Entiendo que esta es la única manera de hacer mínimamente tolerable, desde un punto de vista constitucional, la controversial figura de la que nos estamos ocupando.

VI. Conclusiones

El esfuerzo del conjunto del sistema penal, hoy desviado, debe estar colocado, más que en la inconcebible condescendencia con el crimen – pactando.

con él, para poder combatirlo–, en la prevención del delito, en evitar la formación de las organizaciones criminales o en desbaratarlas prontamente. En el reforzamiento de las fronteras desguarnecidas, en la radarización, en la adecuada formación, en el adiestramiento y el armamento de los cuadros policiales, en la vigilancia preventiva mediante los innumerables mecanismos de detección que brinda la tecnología y, en lo que hace a la fase de investigación y represión del crimen, con un eficiente sistema de policía judicial y de policía científica y, desde luego, con el incremento de la calidad institucional de todos esos estamentos como así también en los cuadros del poder judicial, antes que en la inmólación de los principios fundamentales que hacen a la protección de la dignidad humana de la persona objeto del procedimiento penal.

Notas:

1. Tuve el honor de expresar mis opiniones sobre esta figura en la Reunión Plenaria de las Comisiones de Justicia y Asuntos Penales y de Seguridad Interior y Narcotráfico, celebrada en el Salón Azul del H. Senado de la Nación el 3 de agosto de 2016, bajo la presidencia del señor senador Pedro Guillermo Ángel Guastavino y de la señora senadora Sigrid Elisabeth Kunath.
2. Dijo Marcelo Sancinetti: “Ante todo, ese caso debe ser distinguido claramente de aquel otro que también contiene el proyecto de ley en examen, en el art. 1, al prever una disminución de la escala penal, asimismo, para el caso de que el autor o partícipe evite o impida el comienzo, la permanencia o la consumación del delito”. Esta hipótesis muestra una estructura

completamente distinta, que sí merece una disminución de la pena, sin ningún vicio constitucional, pues ella describe una situación que guarda cierta analogía con el desistimiento de una tentativa de delito (art. 42, *a contrario sensu*, CP, y art. 43, en forma expresa, CP, lo que sin embargo ya está contenido implícitamente en el art. 42, CP), pero presuponiendo que ya se haya dado algún hecho en sí punible y que, por ello, no llega a haber un desistimiento eximente de pena.

3. Fernando Díaz Cantón, “Cuidado con el arrepentido”, disponible en <http://www.perfil.com/columnistas/Cuidado-con-el-arrepentido-20150816-0039.html>, publicado el 16/08/2015.

4. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, segunda edición, 1997, p. 749.

5. *Ibidem*, pp. 823-824.

6. Formulada también bajo el modo: *nemo tenetur se ipsum accusare* (ver, por todos, Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal argentino. Fundamentos*, Buenos Aires, Hammurabi, segunda edición, 1989, p. 434).

7 Marcelo Sancinetti, “Observaciones Críticas sobre el Proyecto de ley de tratamiento privilegiado al ‘testigo de la corona’ (‘¿arrepentido?’)”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1997, nro. 7, p. 816.

8. Giuseppe Di Chiara, “Chiamata di correo, garantismo collettivo e diritto di difesa” en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1987, p. 226.

9. Ver Oreste Dominioni, “La valutazione delle dichiarazioni dei pentiti”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, p. 755; ver también Francesco M. Iacoviello, “La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione”, en *Cass. pen.*, 2004, p. 3452: “la prueba de declaración está basada, desde siempre, en la fe que merece el declarante. En la declaración del arrepentido, por principio, falta justamente la fe”. En general, sobre la declaración del arrepentido en el proceso penal puede verse, entre muchos otros, Luisella De Cataldo Neuburger, “Arrivare ad una decisione: analisi dei criteri di giudizio adottati in alcune sentenze e ricerca di regole empiriche per la valutazione della chiamata in correità” en *AA. VV.*, *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, Padova, Cedam, 1992, p. 192.

10. Con referencia al orden con que se debería proceder a la verificación de la credibilidad intrínseca de la declaración respecto de la extrínseca, ver Paola Maggio, “Il testimone forte: specificità ed anomalie della prova dichiarativa nei processi di criminalità organizzata”, en Luisella De Cataldo Neuburger, *Testimoni e testimonianze deboli*, Padova, Editorial Cedam, 2006, I, pp. 299-303, notas 42 y 44, con citas de doctrina y jurisprudencia.

Bibliografía

De Cataldo Neuburger, Luisella, “Arrivare ad una decisione: analisi dei criteri di giudizio adottati in alcune sentenze e ricerca di regole empiriche per la valutazione della chiamata in correità” en *AA. VV.*

- “*Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*”, Padova, Cedam, 1992.
- Di Chiara, Giuseppe, “Chiamata di correo, garantismo collettivo e diritto di difesa”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1987.
- Díaz Cantón, Fernando, “Cuidado con el arrepentido”, disponible en <http://www.perfil.com/columnistas/Cuidado-con-el-arrepentido-20150816-0039.html>, publicado el 16/08/2015.
- Dominioni, Oreste, “La valutazione delle dichiarazioni dei pentiti”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, editorial Trotta, segunda edición, 1997.
- Iacoviello, Francesco, “La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione”, en *Cass. pen.*, 2004.
- Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal argentino. Fundamentos*, Buenos Aires, Hammurabi, segunda edición, 1989.
- Maggio, Paola, “Il testimone forte: specificità ed anomalie della prova dichiarativa nei processi di criminalità organizzata” en De Cataldo Neuberger, Luisella, *Testimoni e testimonianze deboli*, Padova, Editorial Cedam, 2006.
- Sancinetti, Marcelo, “Observaciones Críticas sobre el Proyecto de ley de tratamiento privilegiado al ‘testigo de la corona’ (‘¿arrepentido?’)”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1997, nro. 7.