

Arrepentidos^{1*}

Una crítica a la premiación del delator

Fernando Díaz Cantón

El llamado “arrepentido” —o delator premiado— forma parte del arsenal con que cuenta el denominado “derecho penal de la emergencia”, tan bien descrito por Luigi Ferrajoli (1997: 807-819)², estado que, con razón, ha llegado a ser calificado como permanente o perenne.

La figura de la delación premiada comprende al enorme catálogo de delitos indicados en el artículo 41 ter del Código Penal (narcotráfico, terrorismo, corrupción y prostitución de menores, secuestro extorsivo, trata de personas, asociación ilícita, corrupción de la función pública en sus diversas modalidades, delitos contra el orden económico y financiero, entre otros), pero ya en leyes anteriores se contempla para los casos de terrorismo (Ley 25.241 de 2000) y legitimación de activos de origen delictivo (Ley 26.683 de 2011).

1* Este texto es una síntesis, con algunas modificaciones y adaptaciones, de la ponencia defendida en el seminario de la cátedra de Daniel R. Pastor, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 23 de octubre de 2019.

2 Véase su obra cumbre en materia penal: *Derecho y razón*.

Dicha figura participa de la ambivalencia con que suele ser mirada la mayoría de estas herramientas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, a la vez que sostiene que la colaboración de los arrepentidos representa un instrumento muy importante en la lucha que las autoridades italianas libran contra la mafia, también reconoce que el uso de sus declaraciones plantea algunos problemas, ya que por su propia naturaleza son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones³.

Un artificio semántico

La perturbación provocada por esas posibles manipulaciones es lo que estimula este ensayo, que intenta hacer un diagnóstico, una crítica de la legislación vigente y una propuesta de reforma legislativa. Algunas lecturas y cierta experiencia nos muestran que la figura del delator premiado —un examen detenido del texto legal y de su contexto lo pondrá en evidencia— ha sido concebida para un uso que inevitablemente colisiona con la garantía constitucional que prohíbe toda forma de coacción orientada a la autoincriminación, contemplada en el artículo 18 de la Constitución Nacional. De nuevo, estamos ante el viejo conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad, es decir, entre una rápida y eficiente ejecución de la ley y la prevención del menoscabo de los derechos individuales de sus miembros a raíz de la aplicación de métodos inconstitucionales

3 TEDH, sentencia número 120, 6 de abril de 2000 (caso Labita contra Italia).

Arrepentidos

por parte de quienes se encuentran encargados de resguardar su cumplimiento⁴.

Nos proponemos también demostrar que todos los resguardos —muchas veces, de cuidadosa elaboración— que las leyes, la doctrina de los autores y las autoras, y la jurisprudencia de los tribunales de nuestro país y de muchos de los que han adoptado esta figura (nos centraremos en el modelo italiano) han incorporado con miras a asegurar la credibilidad intrínseca de los dichos del delator y su corroboración extrínseca “delatan” una mala conciencia, que es directa derivación del mencionado pecado original que, según creemos, está en la simiente del instituto y que, por lo tanto, nunca van a ser suficientes para “exorcizarlo”. Finalmente, formularemos una propuesta de reforma legal para posibilitar un uso de la figura de la delación premiada que deje al mejor resguardo posible dicha garantía, y a la vez desaliente las prácticas propensas a violarla.

Esto que decimos ya se insinúa en el plano del lenguaje. Tanto el término “arrepentido” como el de “premio” están cargados de hipocresía y constituyen recursos lingüísticos para exhibir como inocua una práctica en gran medida deletérea, que aquí se habrá de desenmascarar sin pretensión alguna de originalidad.

La voz “arrepentido” —utilizada en varias ocasiones por la ley que lo regula— es claramente inapropiada: al personaje al que se le aplica le cuadra mucho mejor la calificación de “delator coacto”. Sin embargo, en vez de llamar a las cosas por su nombre, se edulcora con un artificio semántico benevolente (arrepentido, *pentito*), del mismo modo que, como recordarán

4 *Obiter* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* Rayford (Fallos, 308:733 de fecha 13.05.86).

las generaciones mayores, se escribía en las actas policiales que el imputado se “sinceraba” con la instrucción, cuando en realidad tal sinceramiento era producto de algún tipo de vejamen⁵.

La utilidad de la delación, si bien se nutre de la autoincriminación, se manifiesta fundamentalmente en la heteroincriminación, es decir, en la imputación que se hace a terceros para poner al desnudo e involucrar a la organización criminal que se quiere combatir. Por eso es necesario aclarar que la garantía que protege contra la autoincriminación forzada no solo tutela a quien se ve obligado a autoincriminarse, sino también —y en la misma medida— al tercero que resulta involucrado por el sujeto coaccionado⁶.

También resulta inadecuada la ubicación de esta figura dentro de lo que se conoce como “derecho premial”, o más precisamente dentro de una función promocional del derecho penal, entendida como aquella “manifestación del Estado dirigida a

5 Sobre los problemas que se derivan del *nomen iuris* dado al instituto que nos ocupa, véase el excelente trabajo comparativo de Del Llano (2019: 888-889).

6 Recuerdo el epígrafe de mi artículo antes citado, evocando a Francesco Maria Pagano: “In ogni caso la chiamata in correità non è credibile quando sia stata effettuata sotto tortura”. Pero con independencia de la cuestión de la credibilidad, es claro que la “libertad de decisión del imputado durante su declaración [...] no puede ser coartada por ningún acto o situación de coacción, física o moral” (Maier, 1996: 666), sea que fuera para obtener la autoincriminación o la incriminación de terceros. En esto ha sido clara también la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* Rayford: “En tales condiciones, la incriminación de B. por Rayford no puede tenerse en cuenta porque las circunstancias en que se efectuó autorizan a descartar que sus manifestaciones sean el fruto de una libre expresión de la voluntad”.

Arrepentidos

estimular comportamientos que se reputan como beneficiosos para el interés público”⁷. Ello porque si, como se habrá de apreciar, se subvierte la prisión preventiva para hacerle cumplir una función coactiva con el fin de obtener del encarcelado la confesión del propio delito y la delación de los copartícipes, la libertad otorgada a cambio (excarcelación) no es un premio, es decir la recompensa a una acción virtuosa; y no lo es, desde luego, como no lo sería el cese del tormento cuando el imputado confiesa bajo el influjo de la tortura. Se trata, en cambio, del cese de la coacción debido a que ella ha logrado su objetivo —la confesión y la delación—, lo que nos obliga, como hombres de derecho atentos a los embustes de etiquetas, a posar nuestra mirada no sobre el denominado premio sino sobre la práctica desviada que se debe denostar⁸.

En un importante artículo referido a la coerción, Nozick se refiere a una idea de base moral que denomina como “el curso esperado de los acontecimientos”: si la propuesta mejora el curso esperado de los hechos, no es coercitiva; si la empeora, es coercitiva (Nozick, 1969)⁹. El curso esperado de los hechos hace referencia a lo que sucede usualmente en un grupo particular de situaciones o de prácticas y alude a lo que puede esperarse en es-

7 Definición recogida por Agustín Labombarda, *Dimensiones antigarantistas de la delación premiada*, trabajo de tesis para la maestría en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, en preparación bajo nuestra dirección.

8 Labombarda, en la obra citada, evoca a Kelsen, para decir que “tanto el castigo como la recompensa son especies de un mismo género de sanciones, que se remite al *principio unitario de la retribución*” (Kelsen, 1988: 17-21).

9 Este artículo fue publicado de nuevo en Nozick (1997: 23-31, n. 29), citado por Langer (2006).

tas situaciones de acuerdo a la moral. Para ilustrar esta distinción, Nozick propone el siguiente caso:

Supongan que el dueño de un esclavo usualmente golpea al esclavo cada mañana en el estómago sin una razón vinculada con el comportamiento de este. Hoy le dice a su esclavo “Mañana no te golpearé si y solo si no realizas A”. De acuerdo al curso esperado de hechos, esta propuesta no sería coercitiva porque mejoraría la base moral. Pero, de acuerdo al curso de los hechos moralmente esperados, esto es coercitivo porque empeora la situación a la que B tiene derecho moralmente [...] a no ser golpeado, y por eso A tiene el deber moral de no poner una condición a algo a lo que B tiene derecho de forma incondicionada (Langer, 2006).

Dos estructuras diferentes

La vivisección del dispositivo en cuestión no sería fructífera sin advertir —como lo hizo Marcelo Sancinetti con singular agudeza en su exposición ante el Senado de la Nación el 3 de agosto de 2016, cuando se discutía el proyecto que hoy se convirtió en la Ley 27.304— que no es objetable que se prevea una disminución de la escala penal 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

Arrepentidos

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.

Un trueque desigual

Con lo dicho queda claro que nuestra crítica se centra en el plano del denominado “colaboracionismo procesal” y, más concretamente, en el expediente de recurrir al encarcelamiento preventivo como modo de dar pie a un trueque desigual consistente en el cese o morigeración de dicha medida de coerción procesal a cambio de la colaboración. La experiencia internacional muestra que es la modalidad de uso más frecuente, al punto de que nos animamos a sostener que ha sido concebida para funcionar de esta manera y no de otra: más allá de la declamación legislativa que dice mirar (con mira telescópica) la reducción de la pena en la sentencia como precio de la delación, la *ratio legis* inconfesada —e inconfesable— parece situarse en una óptica cortoplacista: el uso de la prisión preventiva no para conjurar riesgos para el proceso sino centralmente para obtener confesiones y delaciones, a cambio de su cese cuando estas ya se hayan producido.

La primera pregunta que debemos hacernos es si la persona que colabora con la justicia hallándose privada de la libertad o amenazada con el encarcelamiento —que es lo que de ordinario sucede— es una persona que realmente actúa o no con libertad. Es fácil, a esta altura, sostener que la figura del delator no funciona —y quienes la instituyeron, y quienes la usan, lo saben mejor que nadie— si no se halla necesariamente vinculada a un endurecimiento de los criterios acerca de la disposición y el mantenimiento o no de la libertad personal durante el proceso.

La Ley 27.304, en su artículo 4, al establecer 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”, no parece tomar en cuenta el peligro de que el encarcelamiento mismo —o su mera amenaza— procure centralmente la confesión y la delación, sin que haya riesgo alguno de fuga ni de entorpecimiento, y que la excarcelación se otorgue con un cómodo anclaje en la colaboración, ya que es sencillo sostener que quien colaboró aminoró el riesgo de fuga o de entorpecimiento de la investigación.

De la coerción a la coacción

Inevitablemente, como una amarga necesidad (Pastor, 2006: 109 ss.), el imputado debe soportar, dentro de ciertos cauces constitucionales, la coerción, derivada del mero hecho de ser objeto de una imputación y una persecución penal, y destinada a averiguar si cometió o no la conducta presuntamente delictiva que le es atribuida. Así, su persona, su entorno, su casa, sus bienes, sus medios de interacción y comunicación electrónicos, todo es y puede ser objeto de injerencias, que son legítimas si y solo si se respetan ciertos recaudos constitucionales y legales.

Pero en modo alguno ello significa que deba soportar la coacción, que es algo muy distinto, 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

Arrepentidos

declare culpable o involucre a terceros, menos aún usando bastardamente la prisión preventiva, disponiéndola con ese objeto, amenazando con mantenerla si no colabora y bajo la promesa de hacerla cesar si colabora.

La coacción, como quedó dicho, es un delito y una ley, como la del delator premiado, no puede —por un imperativo constitucional— transformar en lícito lo que no puede serlo. En efecto, la norma del artículo 149 bis, segundo párrafo, del Código Penal, que reprime a todo aquel que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer algo contra su voluntad, implica una observancia, una reglamentación de la norma constitucional que prohíbe, en todo un campo de conductas posibles, obligar a alguien, bajo la amenaza de seguir preso pese a no merecerlo, a declarar contra sí mismo y contra terceros (art. 18 de la Constitución Nacional).

Intentando salvar la credibilidad del delator

Como anticipamos, esta falla de origen, que está en las venas mismas de la delación premiada, se proyecta en la faceta de la valoración probatoria, donde la doctrina y la jurisprudencia foránea revelan el remordimiento antes referido y se desvelan por encontrar la mayor cantidad de resguardos para salvar la credibilidad del delator premiado.

Muchas leyes recogen disposiciones similares a la del artículo 15 de la Ley 27.304, que establece: “El órgano judicial no podrá dictar sentencia condenatoria fundada únicamente en las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido” (la bastardilla es nuestra, porque en nuestra propuesta propiciaremos la eliminación de ese adverbio).

Entre otras cosas, se sostiene que hay que evitar el *innamoramento del pentito*, entendido como la sobrevaloración de su declaración (Di Chiara, 1987: 226). No hay que olvidar, también se dice, que se trata de la palabra de un sujeto particularmente interesado en el epílogo del caso, dado que él mismo está envuelto de algún modo en la comisión del episodio criminal¹⁰. Por eso es que se exige, además de la corroboración externa, que la declaración revele intrínsecamente sinceridad, espontaneidad, desinterés del declarante, constancia, especificidad y coherencia lógica general¹¹.

Esos patrones provienen de Italia, donde la experiencia sobre el denominado *pentito* es, por razones hartamente conocidas, vasta, lo que hace recomendable acudir a ella. La Corte de Casación italiana ha dicho que una correcta valoración de la delación premiada, de conformidad con el dispositivo del artículo 192, 3 del CPP italiano¹², debe partir de una profunda investigación acerca de la credibilidad personal del colabo-

10 Véase Dominiononi (1986: 755); véase también Iacoviello (2004: 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, De Cataldo Neuburger (1992: 192).

11 Con referencia al orden con que se debería proceder a la verificación de la credibilidad intrínseca de la declaración respecto de la extrínseca, véase Maggio (2006: 299-303, n. 42 y 44, con citas de doctrina y jurisprudencia).

12 Artículo 192, 3 del CPP italiano: “Las declaraciones rendidas por el coimputado del mismo delito o de una persona imputada en un procedimiento conexo [...] son valoradas conjuntamente con los otros elementos de prueba que confirman la credibilidad”.

Arrepentidos

rador: examen preventivo, general e indefectible, sin el cual los sucesivos exámenes sobre la credibilidad intrínseca, de coherencia y lógica interna y de búsqueda de correspondencia externa serían incompletos y no autosuficientes, además de secundarios. Por lo tanto, en primer lugar se debe afrontar el problema de la credibilidad del declarante (confidente y acusador) con relación, entre otras cosas, a su personalidad, a sus condiciones socioeconómicas y familiares, a su pasado (biografía), a la génesis remota y próxima de su decisión de confesar y de acusar a coautores y cómplices; y en segundo lugar se deben verificar la consistencia intrínseca y las características de las declaraciones del delator, a la luz de criterios como la precisión, coherencia, constancia, espontaneidad, para finalmente examinar la correspondencia externa con otras pruebas (Tribisonna, 2015: 88 ss.)¹³.

Se sostiene (siempre según los jueces de la Corte de Casación italiana) que el juez no puede limitarse a valorar la correspondencia con otras fuentes, o la convergencia de declaraciones acusatorias entre sí, sino que debe, ante todo, focalizar la valoración en el declarante en sí mismo. La corroboración de lo narrado con los otros elementos de prueba recogidos, en procura de confirmar o desmentir las declaraciones rendidas, será un aspecto a valorar en un segundo momento, solo en cuanto sea positivamente superada la atendibilidad intrínseca del delator. En palabras de Francesca Tribisonna, “pasar por

13 El artículo es un comentario a una sentencia de la Corte de Casación italiana, sección III, del 6 de octubre de 2014, 41347. Cita también el fallo emblemático de la misma corte, en secciones unidas, del 21 de octubre de 1992, n° 1653, en Centro Elettronico di Documentazione (CED) Cass, n. 192465.

los rayos X la credibilidad del declarante” (Tribisonna, 2015: 88 ss.), que es en sí “impura”¹⁴.

Sobre el punto se ha dicho que la verificación intrínseca y extrínseca de la delación representa dos temas de investigación estrechamente interdependientes: un juicio fuertemente positivo de atendibilidad intrínseca bien puede balancear una menor fuerza de la corroboración externa, que debe de todos modos existir, del mismo modo en que el menor grado de atendibilidad intrínseca del declarante necesita de una correspondencia externa de un espesor más acentuado. Entre estos elementos, entonces, existe una proporcionalidad inversa¹⁵.

En cuanto a la valoración, se sostiene que, al tratarse de una prueba compleja, reclama gran capacidad técnica y profesional del juzgador. Un juzgador especialista, dotado de amplios conocimientos de la historia del fenómeno de la criminalidad organizada, de la psicología del testimonio y del comportamiento humano en general; un juez capaz de excavar en la psique humana y de apreciar incluso aquello que no sea estrictamente jurídico. Un rol ciertamente incómodo, pero del cual el juzgador no puede desentenderse, siendo el único sujeto llamado a fundar el juicio de existencia del hecho y de la culpabilidad de su autor (Tribisonna, 2015). Un juzgador (una suerte de *Übermensch*) que sondee y extirpe de las profundas concavidades de la mente humana todo vestigio de factor que conduzca a la desconfiabilidad de sus manifestaciones.

14 La locución es de V. Grevi (1991: 1173). Labombarda cita el fallo *Crawford v. United States*, 212, U.S. 183 (1909), para decir que “the evidence of such witnesses is to be received with caution and suspicion, and is not entitled to de same credence as that given to ordinary witnesses”.

15 Tribisonna (2015), quien cita a Criscuolo (2014: 27).

Arrepentidos

En palabras de Tribisonna, considerada la “viscosidad” de la prueba no se debería poner la delación como principal fundamento del juzgador. La investigación debería salir a la búsqueda de pruebas objetivas —sostiene—, de modo de reservar a la delación un rol menos preponderante, en especial teniendo en cuenta que la responsabilidad se deriva en mayor grado de declaraciones heteroacusatorias particularmente frágiles al provenir de una particular categoría de sujetos (Tribisonna, 2015).

A todo esto se agrega, por cierto, la debilidad intrínseca de la prueba declarativa en general, que es por definición una prueba desvalida por el hecho de estar sujeta a diversos factores de distorsión capaces de influirla negativamente. Como demuestra la experiencia cotidiana de las salas de justicia (episodios de amnesia, superposiciones mnemónicas, etc.), tal tipo de prueba es asediada constantemente por la falibilidad perceptivo-mnemónico-lingüística¹⁶. Se trata de un instrumento útil pero que contendrá en sí un pecado originario difícilmente removible: el hecho de provenir de seres humanos que inevitablemente se hallan sujetos a la posible falla de los recuerdos¹⁷.

Existe, como dijimos, un pecado originario que se antepone a aquel: la prueba proviene, sí, de seres humanos, con todos sus condicionamientos y labilidades, pero además proviene de seres humanos movilizados por el interés y la coacción. Porque de lo que no se habla —si bien es difícil no ver que el rey está desnudo— es de que la principal razón para desconfiar del delator es que se trata de una persona que confesó e inculcó a terceros,

16 Consideraciones similares en Bevere (2001: 73). Véase, asimismo, el valioso trabajo de Mazzoni (2010: 9 ss.).

17 *Ibidem*.

tremendamente urgido por salir en libertad en forma inmediata, a merced de la amenaza de prisión decretada o mantenida para provocar dicha reacción, y que eso es lo que hace particularmente desconfiable su declaración y lo que explica toda la serie interminable y siempre insuficiente de reaseguros sobre su credibilidad.

El pensamiento jurídico italiano no ha sido indiferente a este problema: se ha referido a la necesidad de verificar que las declaraciones sean rendidas de manera espontánea, auténtica, genuina, sin haber estado determinadas por “heterogéneas instrumentalizaciones desviatorias” o de concertaciones entre varios sujetos. La espontaneidad de la declaración implica, desde un punto de vista subjetivo, la libertad moral, la ausencia de sugerencias y de presiones externas de parte de los órganos investigadores o de otros colaboradores llamantes en codelinquencia en el momento en el cual el *loquens* haya formulado su propia declaración acusatoria. En estos casos, a fin de conjurar el peligro de dichas contaminaciones, se impone la separación entre los arrepentidos en el ámbito carcelario y un registro preciso (o, mejor aún, de grabación audiovisual) de los interrogatorios. Esto permite valorar también eventuales comportamientos no verbales del colaborador, además de verificar la profesionalidad, la técnica escogida y la ausencia de influencia indebida de parte del magistrado, que no deberá nunca extraer información recurriendo a modalidades que puedan influir sobre la libertad moral del declarante, por ejemplo a través de amenazas o bajo la coerción de una medida cautelar personal, desvaneciendo de este modo el “sacrosanto derecho al silencio”¹⁸.

18 *Ibidem*.

Arrepentidos

Esta suerte de deontología de la delación premiada, centrada en las condiciones para la obtención y valoración de sus dichos, no parece suficiente para conjurar el riesgo de autoincriminación y heteroincrimination forzadas, dado que como se ha dicho anteriormente es en la simiente misma del mecanismo donde anida el trueque entre libertad procesal y colaboración. ¿De qué sirve la grabación audiovisual si ya en la misma orden de detención —o en la amenaza de impartirla— se encarna el propósito central de coaccionar para obtener una delación premiada con la excarcelación?

¿Arrepentido, informante o testigo?

Como suele ocurrir en el ámbito del derecho penal material y formal de la emergencia interminable, en este particular instrumento que estamos estudiando la colisión entre intereses, tanto políticos como jurídicos, y de valores muestra una imagen perturbadora. En nuestro caso entran en tensión tres necesidades: la de prevenir y reprimir el fenómeno del crimen organizado (aspecto pragmático basado en una determinada política criminal), la de preservar al individuo imputado de afectaciones a su dignidad e integridad personal (aspecto jurídico constitucional relacionado con las garantías del debido proceso) y la de conservar un *minimum* ético (aspecto axiológico) en la actividad estatal (es decir, no generar las condiciones que permitan la formación del crimen organizado y no acordar luego con los propios delincuentes para combatirlo).

Ante este singular panorama y como primer paso, una metodología analítica en el tratamiento de los problemas puede ser prometedora. Por ejemplo, la distinción entre estructuras ela-

borada por Sancinetti es fecunda, porque de ese modo se puede reservar la figura del delator premiado al ámbito de la prevención y desactivación del delito en curso de ejecución (y estudiar cuidadosamente las afectaciones constitucionales que podrían acontecer en ese ámbito), y mirar con absoluta desconfianza su irrupción en el ámbito procesal de la investigación y prueba del delito, por su imposible desvinculación de la autoincriminación forzada.

En este último espacio, la constatación empírica del uso espurio de la prisión preventiva como mecanismo de coacción para obtener confesiones y delaciones obliga a un vuelco copernicano de la herramienta procesal que estamos analizando en el plano de la valoración probatoria. En vez de mirar prioritariamente hacia el declarante y su delación y hacerlos pasar por los “rayos X”, como paso previo a verificar la correspondencia externa de sus dichos con otras pruebas (como se acepta en forma dominante), proponemos devaluar al máximo las declaraciones de los delatores en sí mismas. En otros términos: nada de lo que diga el delator premiado puede ser valorado como prueba para fundar una sentencia condenatoria, sea del delator o del delatado, aunque reúna todas las condiciones de credibilidad personal, consistencia interna y correspondencia externa que hemos repasado.

Despejada esta cuestión, queda por preguntarse qué postura correspondería adoptar respecto de la prueba externa a la que se haya podido arribar a partir de sus declaraciones. Y aquí es donde podemos hacer la siguiente distinción: si hubiera una certeza o una fundada sospecha de que a esa prueba se arribó a partir de una declaración obtenida bajo coacción, la protección que habría que acordar a la garantía que protege contra la autoincriminación y heteroincristinación forzada implicaría la prohibición de valoración de la *totalidad* esa prueba, por aplicación

Arrepentidos

de la doctrina del “fruto del árbol venenoso”. Esta es lo que podríamos denominar la protección en sentido “fuerte” de la garantía. La regla podría formularse de la siguiente manera: toda vez que se compruebe, con certeza o con un determinado grado de probabilidad, que el encarcelamiento preventivo fue amenazado, dispuesto o mantenido, prioritaria o secundariamente, con la finalidad de obtener la colaboración del imputado, no solo no podrá ser aprovechada su declaración sino que tampoco podrá ser aprovechada la prueba externa a la que se arribe como consecuencia directa o indirecta de su declaración, además, por supuesto, de hacer “responsable al juez que la autorice” (art. 18 de la Constitución).

Si, en cambio, no estamos ante una constatación o sospecha concretamente fundada del uso efectivo de la coacción del modo desviado que comentamos —pero habida cuenta que la experiencia demuestra que ese es el modo natural de funcionamiento del instituto—, se impone una protección “débil” de la garantía, fundada en una presunción *hominis*, fruto de una regla de experiencia: otorgarle valor solo a esa prueba externa que deriva de esa declaración, aunque no a la declaración misma. Es decir que la delación premiada solo podría tener relevancia en el contexto del descubrimiento, es decir si hace algún aporte o brinda una información que permita, a través de alguna medida, obtener alguna prueba externa de valor para el caso.

Admitimos ya, en nuestra anterior publicación citada, la posible inconsecuencia axiológica y/o lógica que implica sostener que podamos aprovechar lo que una persona dice en el sentido de aceptar 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. Quizá la propuesta de distinción entre diferentes niveles de protección dependiendo de la constatación de la coacción en un caso y de la presunción *iuris et de iure* de coacción en el otro pueda salvar esa posible objeción.

En este último supuesto y para ser válida, la motivación de la sentencia debe basarse solo en las pruebas diferentes a la declaración del delator, ya sea que deriven de su declaración o sean independientes de ella, pero esta no debe ingresar en modo alguno al ámbito de la valoración, debiendo establecerse una prohibición probatoria al respecto. En caso de que la prueba externa a la declaración del colaborador —sea la obtenida a través de ella o la conseguida a través de fuentes independientes— no resulte suficiente para arribar a la convicción acerca de la culpabilidad, no quedará otro camino que absolver al acusado, sin que la declaración del delator pueda tener incidencia alguna en la decisión.

Según creemos, esta pérdida total de peso probatorio de la declaración del delator premiado en sí misma, sumada a este doble orden de niveles de protección que se proponen respecto de la prueba derivada, configurará un fuerte desaliento al uso de la prisión preventiva con el fin de conseguir la delación, además de volver mínimamente tolerable, desde un punto de vista constitucional, la controversial figura de la que nos estamos ocupando.

De este modo, la figura del delator premiado quedaría más recostada sobre la faz preventiva del delito que sobre la investigativa y se aproximaría a la del informante:

tendrá carácter de informante aquella persona que, bajo reserva de identidad y a cambio de un beneficio económico, aporte a las fuerzas de seguridad, policiales u otros organismos encargados de la investigación de hechos ilícitos, datos, informes, testimonios, docu-

Arrepentidos

mentación o cualquier otro elemento o referencia pertinente y útil que permita iniciar o guiar la investigación para la detección de individuos u organizaciones dedicados a la planificación, preparación, comisión, apoyo o financiamiento de los delitos enunciados en este Título (artículo 191 del Código Procesal Penal Federal).

Por último, y ya con la mirada puesta en el juicio penal, es claro que el delator premiado no podrá declarar en el debate, porque si así se hace la prohibición de valoración de sus dichos sería impracticable. Como esto implicaría un desconocimiento flagrante de su derecho de defensa en juicio, el fiscal debería proponer al juez que, concluida la investigación preliminar, se sobresea al colaborador y se lo convierta en testigo, es decir darle total inmunidad de persecución y castigo penal. Así sucede, por ejemplo, en el derecho anglosajón, con el llamado *witness crown* (testigo de la corona) que obtiene inmunidad (*grant of immunity*) a cambio de su testimonio. Allí el delator entra en escena como testigo en el juicio oral y está obligado a declarar bajo juramento de decir verdad.¹⁹

Nuestra propuesta —que, como vimos, postula que su aporte solo sirva en el contexto del descubrimiento para obtener pruebas en la fase preliminar— plantea, en cambio, que el delator no pueda ser traído al juicio a prestar declaración testimonial a menos que lo requiera la defensa de los coimputados delatados por aquel, con el objeto de asegurar el derecho fundamental a interrogar a los testigos de cargo (artículo 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU).

¹⁹ Sánchez García de Paz (2005: 5).

Por un incremento de la calidad institucional

En casi todos los países donde estas herramientas son utilizadas, los propios Estados han contribuido, por desidia o por tolerancia política, a la formación de las organizaciones criminales que luego intentan combatir, a veces enquistadas en su propio seno. Un verdadero huevo de la serpiente que revela el curioso fenómeno por el cual el Estado se declara enemigo y combate lo que él mismo prohibió, paradoja a la que se suma el perverso maridaje con la delincuencia a fin de combatirla²⁰.

Por ello es que el esfuerzo del conjunto del sistema penal debe estar colocado más que en la inconcebible condescendencia con el crimen, pactando con él para poder enfrentarlo, en su prevención, en evitar la formación de las organizaciones criminales o en desbaratarlas prontamente, alentando medidas como el reforzamiento de las fronteras desguarnecidas, la radarización, la adecuada formación, adiestramiento y armamento de los cuadros policiales, la vigilancia preventiva a través de los innumerales mecanismos que brinda la tecnología, el eficiente sistema de policía judicial y de policía científica y el incremento de la calidad institucional de todos esos estamentos, así como también en los cuadros del Poder Judicial, antes que en la inmolación de los principios fundamentales que hacen a la protección de la persona objeto del procedimiento penal.

20 En renovada aproximación al tema, véase la reciente nota de Daniel Pastor, “Mudar de enemigo sin destruir el derecho penal del enemigo”, en *La crisis del Poder Judicial en Argentina*, panel coauspiciado por la Feria del Libro de Miami, y en *American Museum de la Diáspora Cubana*, *The Democracy Paper* n° 19, Interamerican Institute of Democracy, 2019.

Fuentes

- Criscuolo, I. (2014), “La valutazione della chiamata in correità”, en *Arch. pen.*
- De Cataldo Neuburger, Luisella (1992), “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.
- Del Llano, Hernán (2019), “Una aproximación a la figura del arrepentido desde una perspectiva comparada. Análisis de la legislación argentina y brasileña”, en *Revista Derecho Penal y Procesal Penal*, fundada por Andrés D’Alessio y Pedro Bertolino; directores: Patricia Ziffer y Mauro Divito, n° 5, mayo, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Di Chiara, Giuseppe (1987), “Chiamata di correo, garantismo collettivo e diritto di difesa”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*.
- Dominioni, Oreste (1986), “La valutazione delle dichiarazioni dei pentiti”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*.
- Ferrajoli, Luigi (1997), *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 2ª ed.
- Grevi, V. (1991), “Le ‘dichiarazioni’ rese dal coimputato nel nuovo codice di procedura penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*.
- Iacoviello, Francesco M. (2004), “La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione”, en *Cass. pen.*
- Kelsen, Hans (1998), *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, trad. de Eduardo García Maynez.

- Langer, Máximo (2006), “Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure”, 33, *American Journal of Criminal Law* 223.
- Maggio, Paola (2006), “Il testimone forte: specificità ed anomalie della prova dichiarativa nei processi di criminalità organizzata”, en De Cataldo Neuburger, Luisella, *Testimoni e testimonianze deboli*, Padova, CEDAM.
- Maier, Julio B. J. (1996), *Derecho procesal penal*, t. 1, “Fundamentos”, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Mazzoni, Giuliana (2010), ¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria, Madrid, Editorial Trotta, trad. de José Manuel Revuelta.
- Nozick, Robert (1969), “Coercion”, en *Philosophy, Science and Method*, 440 (S. Morgenbesser *et al.* eds.).
- (1997), *Socratic Puzzles* 15, Cambridge, Harvard University Press.
- Pastor, Daniel (2006), “Las funciones de la prisión preventiva”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni.
- Sánchez García de Paz, Isabel (2005), “El coimputado que colabora con la justicia penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, recuperado en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>.
- Tribisonna, Francesca (2015), “Sull’attendibilità del pentito quale logico presupposto di una valida chiamata in correità”, en *Rivista Processo penale e giustizia*, Turín, G. Giappichelli Editore, dirección de Adolfo Scalfatti, nº 3.