

“XXXI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL”

Comisión 3: La devaluación del juicio oral como piedra basal del proceso penal. La delación premiada y la coacción. Validez constitucional. Valor probatorio.

Tema: *“La delación premiada integra el derecho de defensa del imputado”*

Abogado Carlos Enrique Llera
Lavalle 1362, piso 2º, oficina “15”, C.A.B.A. (1048)
4825 9321 y (15) 6511 4830
carlosellera@gmail.com

Síntesis de la propuesta: El instituto bajo análisis presenta dos caras:

- 1) constituye un medio probatorio extraordinario, del que se podrá valer el órgano acusador para iniciar o profundizar una determinada investigación; y
- 2) amplía el territorio del derecho de defensa del imputado.

A partir de su decisión libre y voluntaria el imputado amplía el campo de su derecho de defensa al contar con un mecanismo que le permite reducir la futura pena a partir de un aporte de información eficaz para el avance de la investigación o el esclarecimiento de los hechos (art. 7).

El acceso a la delación premiada ha de transformarse, para el imputado, en una de las “*garantías judiciales*” del artículo 8º, párrafo 2 inciso c), además del derecho a ofrecer y producir prueba del inciso f), ambos de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta manda claramente concede al imputado no sólo el tiempo sino “*los medios*” para preparar su defensa.

La “colaboración eficaz” se ha transformado en “*un nuevo medio para el ejercicio de la defensa*”, que el imputado podrá elegir, acceder y usar en su beneficio, siempre y cuando se cumplan en el proceso los principios y formalidades que rodean el instituto y su aplicación efectiva.

Lo prohibido por la Constitución Nacional es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad, pero no incluye los casos en los que la evidencia es de índole material o es producto de la libre voluntad del imputado.

1. Planteo del tema

El que reconoce su deuda, ha pagado la mitad de lo que debe (dicho popular).

En consonancia con los compromisos asumidos por nuestro país, al adherir a la Convención Interamericana contra la Corrupción mediante la ley 24.759 y a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, mediante la ley 26.097, el Congreso de la Nación dictó la ley 27.304, por la cual se expande la aplicación del instituto procesal del imputado arrepentido, también llamado colaborador eficaz, que establece la posibilidad de reducir la escala penal del delito que se le atribuye al imputado, cuando este colabore eficazmente con la investigación.

El Poder Legislativo es el único órgano con potestad de valorar conductas, instituir los tipos penales y decidir sobre la pena que estima adecuada al reproche respectivo¹; al tiempo que resulta ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones², por lo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley -acto de suma gravedad institucional- requiere que la contradicción con la Constitución Nacional sea manifiesta, clara e indudable³.

2. La garantía contra la autoincriminación compulsiva. Los límites de la coerción en el proceso penal

Centrando el análisis de la figura en la garantía según la cual nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (conocida con la fórmula latina *nemo tenetur se ipsum accusare* o *nemo tenetur* en su forma abreviada), receptada constitucional y convencionalmente⁴, es imperativo destacar que

¹ Fallos: 209:342

² Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424

³ Fallos: 314:424, "Pupelis", y 320:1166, "Café la Virginia S.A., entre otros

⁴ La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos internacional ha dicho de manera sostenida que "...*aunque no se encuentran específicamente mencionados en el artículo 6 de la Convención, el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse son normas internacionales generalmente reconocidas que se encuentran en el corazón de la noción de un procedimiento justo [artículo 6]...*". Casos "Saunders vs. UK", 1996VI; 23 EHRR 313, párr. 68, GC, citado en "Law of the European Convention on Human Rights", D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates and C. M. Buckley, p.

los textos normativos consagran la prohibición expresa de que un sujeto se vea obligado a declarar contra sí mismo dentro de un proceso penal, mas no impide que el sujeto voluntariamente se autoincrimine, confiese su participación en el o los delitos objeto del juicio y, eventualmente, aporte información sobre otros partícipes que colabore a dilucidar la verdad de lo sucedido.

Ahora bien, siempre desde la óptica de la garantía de no autoincriminación, deben evaluarse dos elementos: uno positivo y otro negativo: debe haber voluntad y no deber existir coerción. Entonces, es necesario que el sujeto que se somete al régimen del “*arrepentido*” declare voluntariamente al tiempo que sin coerción.

Los críticos de la ley 27.304 puntualizan que el imputado no declara de manera libre y en ausencia de coerción puesto que se encuentra negociando el acuerdo del art. 8, entre el Ministerio Público Fiscal y el imputado colaborador y de ese pacto depende su libertad (art. 4) y una futura disminución de pena (art. 11). Abundando, dicha voluntad no es libre, porque hay un beneficio producto de su declaración⁵.

Del texto del art. 18 de la Constitución Nacional, cuanto declara que “*nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo*”, se extrae -sin esfuerzo alguno- que en nuestro ordenamiento jurídico está prohibido el uso de compulsión física o moral para obtener comunicaciones o expresiones de una persona, y que dicha norma la protege de verse obligada a testificar contra sí misma o de proveerle al Estado alguna otra prueba de naturaleza testimonial o comunicativa.

La norma consagra el derecho del imputado a guardar silencio sobre la imputación, como derecho a no ser compelido (obligado) por ningún medio, a

423, nota 517, 4th. Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2018, y “El Khoury v. Alemania”, Aplicación Nº 42836/12, rta. 09/07/2015, párr. 98.

De análoga forma, pero con un referente normativo específico sobre el punto (art. 8.2.g, CIDH, que entre las garantías judiciales consagró el derecho durante el proceso de “no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”), la Corte Interamericana ha concluido en la violación de dicho precepto en los casos “*Cantoral Benavidez vs. Perú*” y “*Tibi vs. Ecuador*”, en los que las víctimas fueron sometidas a torturas para doblegar su resistencia física y obligarlas a auto inculparse o a confesar determinadas conductas delictivas.

Por su parte, en el caso “*Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador*” señaló que “... *al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial...*”.

⁵ NEIRA, Claudia, “*El arrepentido y el agente encubierto – Reflexiones acerca del proyecto de ley contra las actividades terroristas*”, La Ley, 1997-B, 1431, p. 3.

realizar actos comunicativos (declarar) que constituyan una cooperación a la prueba de la acusación. Ese derecho integra el privilegio contra la autoincriminación, pero su campo es menor, pues se ciñe al derecho a no realizar declaraciones, y a gozar de garantías para no ser compelido a formular declaraciones que podrían ser incriminantes.

El derecho al silencio presenta una faz negativa y otra positiva, esto es, el derecho a no declarar y en simultáneo el derecho a obtener protección jurídica contra cualquier acto estatal que persiga obligar a declarar. En conexión con el privilegio contra la autoincriminación y el llamado principio de inocencia se encuentra la regla según la cual la carga de la prueba de la acusación pesa sobre el acusador.

De todos modos, es inconcebible e impracticable un proceso de enjuiciamiento y un juicio, sin cierto ejercicio de coerción sobre el imputado para la práctica de la prueba. Aparece entonces en este aspecto la pregunta acerca de la llamada "*incoercibilidad*" del imputado.

Existe la tendencia a identificar el derecho al silencio y el privilegio contra la autoincriminación, como si se tratase de denominaciones intercambiables de un mismo concepto. Esto es incorrecto. Las dos garantías pueden ser vistas como dos círculos en el que el más pequeño representa el derecho al silencio y se ciñe al derecho a no hablar, mientras que el otro mayor lo trasciende, y no se restringe a las comunicaciones verbales.

En lo que se refiere al empleo de coerción sobre el imputado, no puede obligarse al imputado a ser sujeto u órgano de la prueba en su propio perjuicio; en cambio, bajo ciertas condiciones, puede el imputado ser objeto de prueba, de examen, inspección, medición, etc.

Desde sus inicios, el art. 18, CN, ha sido entendido como una superación de los procedimientos de las Leyes de Partidas, que regulaban los tormentos como medio de investigación, procurando arrancar al reo la confesión⁶, y su texto no ha sido originalmente concebido para prohibir toda forma de coerción sobre el sospechoso o imputado de un delito. La cláusula alude *únicamente* a la transmisión o revelación por el imputado de conocimientos o datos, por vía oral, escrita, por signos, ademanes o gestual,

⁶ GONZÁLEZ, Joaquín V., "*Manual de la Constitución Argentina*", 16º edición, Ed. Ángel Estrada y Cía., Buenos Aires, sin fecha, p. 188.

que se refieran a la imputación que se le formula o que podrían tener relevancia para la imputación.

A este respecto, Julio MAIER⁷, define también quién es el imputado: la persona que sufre la persecución penal y, tras una larga evolución, uno de los sujetos esenciales del proceso penal. Sin embargo, puede ser objeto de la investigación y, centro de las medidas de coerción. Bajo el primer aspecto, es objeto de prueba al menos en dos sentidos diferentes: uno de ellos se basa en que su cuerpo o su persona puede portar rastros o señales físicas importantes para la averiguación del hecho imputado (por ejemplo, la determinación de una lesión o su gravedad).

La discusión gira en torno a establecer si estos rastros pueden ser hallados o conocidos coercitivamente, esto es, contra la voluntad expresa del imputado, que rechaza el examen o la prueba que lo habilita. Para MAIER, la regla constitucional que protege contra la autoincriminación, según es comprendida, sólo se refiere, como su texto lo indica, a la libertad de informar del imputado en un procedimiento, a su posibilidad de callar total o parcialmente acerca de la imputación que se le dirige, esto es, de no informar él como "*testigo en causa propia*" mediante su declaración oral o escrita.

El imputado es un sujeto incoercible del procedimiento penal⁸, pero el principio de inocencia –según su sentido histórico y cultural no excluye, de modo absoluto sino relativo, el empleo legítimo de la coerción estatal durante el procedimiento penal⁹.

Si no pudiese ejercerse coerción sobre el imputado a ningún fin, sería imposible llevar adelante un proceso penal, salvo que se admitiesen los juicios en ausencia¹⁰, o al menos que ello equivaldría a excluir no sólo todo sometimiento del imputado a determinadas medidas de prueba, prescindiendo

⁷ MAIER Julio, "*Derecho procesal penal: parte general: sujetos procesales*", 1º edición., 3º reimpression, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2013, pp. 242/243.

⁸ MAIER Julio, "*Nemo tenetur e investigación de la filiación*", en Anitúa, G. I. / Gaitán, M. (Compiladores), "*Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2012, p. 144

⁹ CÓRDOBA, G., "*Buscando ADN. Cuestiones procesales en torno a las nuevas medidas de prueba. Obtención de ADN y Nemo tenetur*", en Anitúa, G. I. / Gaitán, M. (Compiladores), "*Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2012, p. 156

¹⁰ DE LUCA, J., "*Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y garantías constitucionales*", en Anitúa, G. I. / Gaitán, M. (Compiladores), "*Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2012, p.9

de su voluntad, sino que, además, significaría directamente dejar librado a su voluntad el someterse al proceso penal.

Al contrario, y como contrapartida del interés estatal de perseguir la comisión de hechos punibles y de aplicar la ley penal, se exige al imputado tolerar el proceso y someterse a él con cierta carga de coerción que le es inherente, según la necesidad.

Sería una exageración pretender que del privilegio contra la autoincriminación, garantizado por reglas de incoercibilidad del imputado, se deban inferir interpretaciones extensivas que lleven a la prohibición absoluta de medidas que obliguen al imputado a colaborar de algún modo en el proceso, sino que debe considerarse una prohibición de toda disposición o acto que lo obligue a colaborar "*activamente*" en su propia incriminación, sin perjuicio del deber de tolerar "*pasivamente*" la realización de medidas de investigación sobre él.

En rigor, sobre el imputado se pueden ejercer legítimamente todas las medidas de coerción que permiten la ley y la Constitución, pero ninguna de esas medidas puede tener como finalidad el obligarlo a declarar ni, por tanto, se pueden utilizar con ese sentido. Se afirma así que su incoercibilidad es sólo moral y da inmunidad contra todo menoscabo de su libertad de decisión y de manifestación en todo lo que se refiere al objeto del proceso, pero que, en cambio, "*su corporeidad física está constreñida a los actos de coerción o aseguramiento*"¹¹.

Debe garantizarse la libertad moral del imputado, y los derechos que son consecuencia de ella, aquel "*está también obligado por una serie de deberes comprendidos en el genérico de sometimiento a la jurisdicción*"¹², que comprende el deber de presentación personal y la sujeción a medidas coercitivas previstas en la ley.

3. La voluntariedad de la autoincriminación como núcleo del instituto

¹¹ DE LA RUA, Fernando., "*Proceso y Justicia*", Buenos Aires 1980, p. 265

¹² DE LA RUA, Fernando., "*Proceso y Justicia*", Buenos Aires 1980, p. 267

La previsión acordada por el legislador en el art. 1º de la Ley 27.304, en tanto dispone una disminución de la escala penal a efectivizarse en la sentencia de condena para aquel imputado que hubiera aportado a la investigación mediante el acuerdo de colaboración allí reglado, no infringe la garantía de prohibición de autoincriminación.

Al respecto, la Cámara Federal de Casación rechazó algunos planteos de inconstitucionalidad de la figura y, a modo de breve ejemplo, se ha sostenido que el imputado no es obligado normativa ni físicamente a transmitir información útil, sino que es el imputado y su abogado quienes deberán calcular cuáles son las consecuencias más ventajosas para sus intereses; y que las reglas están claras desde un principio y quien se acoge a la figura elige voluntariamente ese camino¹³.

La colaboración eficaz se basa en la manifestación expresa, voluntaria y espontánea del colaborador de someterse al proceso especial.

La información debe ser voluntaria, sin coacción; para garantizar la voluntariedad deben realizarse actas o registros de cualquier tipo donde conste lo actuado (arts. 6 y 7), y el órgano jurisdiccional debe comprobar muy especialmente la voluntariedad del acuerdo (arts. 8, 9 y 10).

Ello así, por cuanto la expectativa de obtención de tal beneficio final en la pena prevista no importa por sí solo para el imputado en una causa penal un condicionamiento o compulsión moral que impacte en su voluntad libre de declarar o no, y con ello un menoscabo de su garantía de no autoincriminación forzada.

4. Propuesta

La garantía contra la autoincriminación forzada se encuentra resguardada siempre que se cumpla con la “*regla de la voluntariedad en la autoincriminación*”¹⁴, lo que resulta perfectamente compatible con los incentivos relativos a las reducciones de pena.

¹³ Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, “De Vido, Julio Miguel y otros s/recurso de casación”, 30/11/2020; Cámara Federal de Casación Penal, Sala 2, voto del juez Martín Irurzun, causa “Valiente, Juan Domingo s/ procesamiento con prisión preventiva y embargo”, 05/10/2018.

¹⁴ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, “*Régimen penal y procesal del arrepentido y la delación premiada. Incorporación de la ley 27.304 al Código Procesal Penal Federal-Ley 27.482*”, 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, p. 50

El instituto bajo análisis presenta dos caras: 1) constituye un medio probatorio extraordinario, del que se podrá valer el órgano acusador para iniciar o profundizar una determinada investigación, y con relación al cual la ley establece a modo de incentivo y recompensa, por la colaboración recibida, un criterio de oportunidad procesal, dado que una colaboración eficaz puede producir efectos en la escala penal de los delitos atribuidos a aquel imputado que voluntariamente se coloque en el rol de órgano de prueba; y 2) integra el territorio del derecho de defensa del imputado.

A partir de su decisión libre y voluntaria el imputado amplía el campo de su derecho de defensa al contar con un mecanismo que le permite reducir la futura pena a partir de un aporte de información eficaz para el avance de la investigación o el esclarecimiento de los hechos (art. 7).

Esta facultad ha sido construida por el legislador nacional y dada en uso, no sólo por la ley sustancial sino también por la adjetiva, mostrando así una clara voluntad de empleo en la toda la *praxis judicial*.

Una vez que la herramienta se libera al uso, aplican sobre ella las garantías mínimas con que el derecho constitucional y convencional han revestido al debido proceso y la defensa en juicio. En este sentido el acceso a la delación premiada se transforma para el imputado, en una de las “*garantías judiciales*” del artículo 8º, párrafo 2 inciso c) de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁵.

Esta manda claramente concede al imputado no sólo el tiempo sino “*los medios*” para preparar su defensa, además del derecho a ofrecer y producir prueba del inciso f)¹⁶.

Por lo dicho la “*colaboración eficaz*” se ha transformado en “*un nuevo medio para el ejercicio de la defensa*”, que el imputado podrá elegir, acceder y usar en su beneficio, siempre y cuando se cumplan en el proceso los principios y formalidades que rodean el instituto.

¹⁵ Conferencia del Diputado Nacional, Mg. Ramiro Gutiérrez en el marco de las Jornadas Preparatorias del XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal celebradas en la Universidad del Salvador el 04/05/2022.

¹⁶ El artículo 8.2.f) de la CADH consagra el *principio de contradicción*, en virtud del cual, cada parte en un proceso debe ser puesta en condiciones de conocer y rebatir los argumentos y las pruebas aducidos por la contraria, garantizándose el derecho de los litigantes de ofrecer, y exigir la producción, de todas las medidas de prueba que estimen conducentes en sustento de sus fundamentos.

Este procedimiento exige el cumplimiento estricto de los principios de:

- i) *Eficacia*: la colaboración debe ser realmente útil. Debe contribuir a la desarticulación de la organización delictiva, la captura de sus miembros, la delación de los jefes o cabecillas o la incautación de drogas o insumos. De adverso, si la colaboración no se corrobora con pruebas o si la información ya se ha colectado durante el proceso investigatorio, la petición no puede ser atendida (art. 41 ter del Código Penal y arts. 1 y 7);
- ii) *Proporcionalidad*: Mediante este principio se busca que el beneficio que se pretende otorgar al colaborador por la delación proporcionada sea equitativo, debiendo para ello existir una relación entre la información brindada por el colaborador, la entidad del delito y la magnitud del hecho, a fin de calcular de manera precisa el beneficio premial que debe concederse. A mejor información, mejores beneficios. El beneficio que se otorga debe medirse en relación con la colaboración que se proporciona, el beneficio debe ser congruente con la información recabada (art. 41 ter del Código Penal y arts. 5, 7, 13);
- iii) *Formalidad*: la información debe ser voluntaria, sin coacción; para garantizar la voluntariedad deben realizarse actas o registros de cualquier tipo donde conste lo actuado. Principio vinculado con el peligro de la “coacción” (arts. 6 y 7);
- iv) *Oportunidad*: la información debe ser oportuna, se beneficiará especialmente a quien se arrepintiere en primer término (arts. 3 y 5);
- v) *Comprobación*: la información que presta el colaborador requiere de la verificación por medios y elementos probatorios para que la misma sea considerada como legítima en el proceso penal (arts. 13 y 15);
- vi) *Autoridad competente*: se otorgan siempre por la autoridad judicial; y
- vii) *Control judicial*: el órgano jurisdiccional debe comprobar muy especialmente la voluntariedad del acuerdo (arts. 8, 9 y 10).

Mediante este acto procesal, realizado voluntariamente, el imputado solo trata de mitigar lo más eficazmente posible —para sí mismo— los eventuales y futuros efectos que le acarrearán el proceso por el que viene transitando, previendo una probable atribución de responsabilidad penal (condena).

Ni el beneficio que la ley otorga al imputado colaborador —reducción de la pena—, ni la probabilidad del otorgamiento de la libertad durante el proceso son, en sí mismos, condicionamientos ilegítimos que atenten contra

la libertad, de manera que impliquen una obligación o compulsión a la autoincriminación, eliminando la voluntariedad de la declaración.

La ley 27.304 insta un mecanismo especialmente tuitivo de los derechos del imputado: 1) el registro documental de sus declaraciones (art. 6) que garantiza que todo lo actuado pueda ser luego controlado; 2) se impone la obligatoriedad de la asistencia letrada (art. 8); 3) en caso de que las tratativas prosperen, el acuerdo se presenta ante el juez, quien “... *asegurará que el imputado arrepentido tenga debido conocimiento de los alcances y las consecuencias del acuerdo suscripto*” y solo aprobará los acordado si “...*el imputado arrepentido hubiera actuado voluntariamente y se hubieran cumplido los demás requisitos previstos en el artículo 41 ter del Código Penal*” (art. 10); 4) si no se homologa el acuerdo (o, si no se alcanza dicha etapa por falta de anuencia de las partes) “...*las actuaciones deberán quedar reservadas y las manifestaciones efectuadas por el imputado no podrán valorarse en su contra ni en perjuicio de terceros*” (art. 10); 5) se prevé expresamente el derecho a impugnar la decisión jurisdiccional (art. 10); y 6) el fiscal que decide o no prestar su consentimiento para el acuerdo tiene la obligación de motivar sus requerimientos y resoluciones (art. 69 CPPF).

Insisto, la ley prevé los mecanismos para asegurar y verificar la voluntariedad de la declaración, no solo por la presencia y asesoramiento de un defensor para celebrar el acuerdo de colaboración (art. 8), sino porque el pacto arribado entre el imputado y el fiscal debe presentarse al juez para su homologación y en la audiencia que prevé el art. 10 de la ley 27.304.

El juez aprobará el acuerdo si el imputado hubiera actuado *voluntariamente* y se hubieran cumplido los demás requisitos previstos en el artículo 41 ter del Código Penal y de la ley 27.304 (art. 10, segundo párrafo).

Lo prohibido por la Constitución Nacional es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad, pero no incluye los casos en los que la evidencia es de índole material o es producto de la libre voluntad del imputado¹⁷.

¹⁷ Fallos, 255:18, "Cincotta", 13/2/1963; Fallos, 320:1717, "Zambrana Daza", 12/8/1997

