

REVISTA DE
**DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGÍA**

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCIÓN DE LA PENA

AÑO VII • NÚMERO 01 • FEBRERO 2017

DIRECTOR
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ÁREA PROCESAL
MIGUEL Á. ALMEYRA

COMITÉ ACADÉMICO

ALEJANDRO J. ALAGIA

LUIS ARROYO ZAPATERO

NILO BATISTA

MARY BELOFF

ROBERTO BERGALLI

ALBERTO BINDER

PEDRO DAVID

EDGARDO ALBERTO DONNA

LUIGI FERRAJOLI

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

CARLOS JULIO LASCANO

JULIO B. J. MAIER

SERGIO MOCCIA

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

LUIS FERNANDO NIÑO

ESTEBAN RIGHI

JOSÉ SÁEZ CAPEL

ALEJANDRO W. SLOKAR

NORBERTO SPOLANSKY

JUAREZ TAVARES

JOHN VERVAELE

COORDINADORES

MATÍAS BAILONE

RODRIGO CODINO

THOMSON REUTERS

LA LEY

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEDO
JAVIER BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
VERÓNICA BILCZYK
MARÍA LAURA BÖHM
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA
LEONARDO BROND
CARLOS CARAMUTI
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CHIARA DÍAZ
MELINA DE BAIROS MOURA
JAVIER DE LUCA
HORACIO DIAS
MATÍAS EIDEM
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
MARIANO GUTIÉRREZ

JUAN MANUEL LEZCANO
MANUEL MAROTO CALATAYUD
JULIANA OLIVA
LORENA PADOVAN
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ
MARCELA PAURA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
JONATHAN POLANSKY
PABLO QUALINA
RODRIGO M. RASKOVSKY
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ
MÁXIMO SOZZO
PABLO TELLO
VALERIA VEGH WEIS
MYRNA VILLEGAS DÍAZ
JONATAN WAJSWAJN
VERÓNICA YAMAMOTO
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

CON EL AUSPICIO DE
ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.redaccionjuridica@thomsonreuters.com
Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

DERECHO PENAL

DOCTRINA

Análisis de mercados criminales: de "casos y personas" a "estructuras y regularidades"
Por **Alejandra Freire y Agustín Carrara** 3

Comentarios al nuevo régimen legal del arrepentido en los "delitos de corrupción"
Por **Gabriel González Da Silva** 19

El profesor Dr. Pedro R. David, un ciudadano y jurista muy distinguido de la Ciudad de Buenos Aires
Por **Luis Arroyo Zapatero** 29

El cumplimiento de la ley en la ciudad globalizada
Por **Pedro R. David** 31

NOTA A FALLO

La omisión en la práctica médica
Por **Alejandro H. Ferro** 44

HOMICIDIO CULPOSO / Procesamiento de un médico de guardia. Omisión objetiva del deber de cuidado (CNCrim. y Correc.) 44

DERECHO PENAL INTERNACIONAL

DOCTRINA

Criminalizar los movimientos sociales: la resistencia a la construcción del tren de alta velocidad en el norte de Italia
Por **Xenia Chiamonte y Alessandro Senaldi** 55

Comentarios al nuevo régimen legal del arrepentido en los "delitos de corrupción"

POR GABRIEL GONZÁLEZ DA SILVA

Sumario: I. Introducción. — II. Características de la figura del arrepentido y delitos a los que puede aplicarse. — III. Requisitos y formalidades para poder acceder al beneficio: la reglamentación de cuestiones procesales. — IV. Las cuestiones procesales reglamentadas a través de la ley 27.304 ¿obligan a las provincias? — V. Algunas particularidades del proceso de formación de la ley derivadas del debate parlamentario. — VI. Colofón.

I. Introducción

Por medio de la ley 27.304, sancionada por el Congreso Nacional el 19 de octubre de 2016, promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional el 1° de noviembre del mismo año a través del Decreto N° 1194/2016 y publicada en el Boletín Oficial al día siguiente, se introdujo una nueva modificación al Código Penal argentino, sustituyendo el texto del artículo 41 ter hasta entonces vigente.

A través de dicha norma se incorporó, entre otros, a los vulgarmente llamados "delitos de corrupción" (delitos contra la administración pública) dentro del elenco de tipicidades susceptibles de ser abarcadas por la figura legal del "arrepentido".

Es decir, si bien el instituto que establecía el régimen del arrepentido ya se encontraba previsto en nuestro digesto sustantivo (e incluso en leyes penales complementarias, como por ejemplo la ley de estupefacientes) para ser utilizada en el marco de investigaciones penales relativas a los delitos de privación ilegítima de la libertad calificada, secuestros extorsivos y trata de personas (como podrá advertirse, todos ellos delitos "federales"); a partir de la entrada en vigencia de la novel ley 27.304, el Estado podrá ofrecer una merma significativa en la mensuración de la pena a aquellos que "brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles", en especial en el marco de investigaciones vinculadas a los genéricamente denominados "delitos de corrupción estatal", entre otros supuestos.

Concretamente, el instituto señalado habilita la reducción de la pena para ciertas personas que participaron de la comisión del ilícito investigado, que presten una colaboración efectiva, entre otros fines, para posibilitar la individualización y sanción de sujetos también involucrados en el episodio delictivo, de igual o superior jerarquía en la organización delictiva de que se trate. En esta oportunidad, el presente comentario se detendrá en la individualización y en una breve descripción de las modificaciones sufridas por la norma penal; los alcances de la figura; los delitos respecto de los cuales esta puede aplicarse y, por último, un detalle sobre las modalidades establecidas para la celebración del acuerdo con los imputados que pretendan acogerse a este beneficio. Por último, se realizarán ciertas observaciones en torno al ámbito de aplicación del instituto y a las potestades legislativas provinciales, en lo que atañe a la regulación de sus aspectos procesales para, finalmente, abordar algunos segmentos relevantes del debate parlamentario entablado hasta su sanción definitiva, que permitirán conocer con mayor precisión los alcances de la figura analizada.

II. Características de la figura del arrepentido y delitos a los que puede aplicarse

Conforme establece el nuevo art. 41 ter del Código Penal, las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa (1), respecto de los partici-

(1) Conf. art. 44, en función del art. 42 del C.P.: "La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad. Si la pena

pes o autores de determinados delitos cuando, durante la sustanciación del proceso, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles que permitan un mejor desarrollo de la investigación conforme a pautas específicas que detalla la propia ley.

En primer término, para la procedencia de este beneficio resulta necesario que los datos o información aportados, en forma indefectible contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito o también para concretar alguna de las siguientes circunstancias: 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 que específicamente enumera la normativa.

Por su parte, el proceso sobre el cual resulten aportados eventualmente tales datos o información debe 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 esos delitos.

b) Delitos previstos en la Sección XII, Título I del Código Aduanero:

i) Contrabando (art. 863) y contrabando a través de la clandestinidad, la ocultación, la sustitución o la desviación de mercadería (art. 864, inc. a y d).

fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años. Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente".

ii) Contrabando documentado (art. 864, inc. b, c y e); contrabando agravado, (art. 865) concretamente por la intervención de tres o más personas (art. 865, inc. a).

iii) Contrabando agravado por la intervención de un funcionario público (art. 865, inc. b); contrabando agravado por la intervención de un funcionario o empleado del servicio aduanero o un integrante de las fuerzas de seguridad (art. 865 inc. c); contrabando agravado por su comisión con violencia o fuerza (art. 865, inc. d); contrabando agravado por el uso de un medio de transporte aéreo clandestino (art. 865, inc. e); contrabando agravado por el uso de documentos adulterados o falsos (art. 865, inc. f); contrabando agravado de mercadería prohibida (art. 865, inc. g); contrabando agravado de sustancias o elementos que pudieren afectar a la salud pública (art. 865, inc. h); contrabando agravado de mercadería cuyo valor supere los tres millones de pesos (art. 865 inc. i).

iv) Contrabando de estupefacientes; contrabando de estupefacientes agravado por la concurrencia de alguna de las circunstancias del art. 865 y contrabando de estupefacientes destinados a la comercialización (art. 866).

v) Contrabando de armas y elementos que puedan afectar la seguridad común (art. 867).

vi) Ejercicio manifiestamente negligente del control aduanero (art. 868, inc. a).

vii) Libramiento manifiestamente indebido de documentos destinados a lograr un tratamiento aduanero o fiscal más favorable (art. 868, inc. b).

viii) Uso manifiestamente negligente de documentos irregulares, adulterados o falsos (art. 869).

ix) Tentativa de contrabando (arts. 871, 872 y 873).

x) Encubrimiento de contrabando (art. 874).

c) Todos los casos en los que sea aplicable el artículo 41 *quinquies* del C.P., en cuanto establece que cuando alguno de los delitos previstos en el Código Penal hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización interna-

cional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, a escala penal debe incrementarse en el doble del mínimo y el máximo.

d) Delitos previstos en los artículos 125 (promoción o facilitación de la corrupción de menores de 18 años); 125 bis (promoción o facilitación de la prostitución de menores de 18 años); 126 (promoción o facilitación de la prostitución de mayores de 18 con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos); 127 (explotación económica del ejercicio de la prostitución), y 128 (producción, financiación, ofrecimiento, comercialización, publicación, facilitación, divulgación o distribución de representaciones de menores de 18 años en actividades sexuales explícitas o de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales —primer supuesto del primer párrafo—; organización de espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en los que participaren menores de 18 años —segundo supuesto, primer párrafo—; tenencia de representaciones de menores de 18 años de edad en las circunstancias mencionadas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización -segundo párrafo-; facilitación del acceso a espectáculos pornográficos o suministro de material pornográfico a menores de 14 años —tercer párrafo—).

e) Delitos previstos en los arts. 142 bis (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 —compelimiento—); 142 ter (privación de la libertad seguida de la falta de información o de la negativa de reconocerla o de informar sobre el paradero de la persona) y 170 (secuestro extorsivo).

f) Delitos previstos en los arts. 145 bis y 145 ter (trata de personas y sus agravantes).

g) Delitos cometidos en los términos de los arts. 210 (asociación ilícita) y 210 bis (asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la constitución nacional).

h) Delitos previstos en los capítulos VI), VII), VIII), IX), IX bis) y X) del Título XI (delitos contra la administración pública), concretamente:

ii) Cohecho y tráfico de influencias: cohecho pasivo (art. 256); tráfico de influencias (art. 256

bis); cohecho pasivo agravado (art. 257); cohecho activo (art. 258), soborno transnacional (art. 258 bis); admisión y ofrecimiento de simples dadas (art. 259).

ii) Malversación de caudales públicos (art. 260); peculado (art. 261, párrafo primero); peculado de trabajos y servicios (art. 261, párrafo segundo); facilitación imprudente de sustracción de bienes públicos —malversación culposa— (art. 262) malversación de caudales privados equiparados a caudales públicos (art. 263); demora injustificada de pago (art. 264 primer párrafo); negativa a entregar bienes requeridos por la autoridad (art. 264 segundo párrafo).

iii) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265).

iv) Exacciones ilegales (art. 266); exacciones agravadas por intimidación o engaño (art. 267); concusión (art. 268) y enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (art. 268 [1, 2 y 3]).

v) Prevaricato (art. 269 al 272).

i) Fraude en perjuicio de alguna administración pública (art. 174, inc. 5 del CP).

j) Delitos previstos en el Título XIII del Libro Segundo del Código Penal (delitos contra el orden económico financiero), concretamente: lavado de activos (art. 303); lavado de activos de personas jurídicas (art. 304); financiamiento del supuesto del 41 *quinquies* (art. 306); abuso de información privilegiada y agravantes (arts. 307 y 308); otras infracciones contra el orden económico y financiero específicos (art. 309 y ss.).

Cabe señalar asimismo que el artículo 41 ter del Código Penal establece la improcedencia de la reducción de penas de inhabilitación y multa.

Por otro lado, se destaca que la reforma legislativa operada a través de la sanción de la ley 27.304 creó un nuevo tipo penal, el art. 276 bis, que reprime con pena de cuatro a diez años de prisión —y la pérdida del beneficio acordado— a aquél que acogiéndose al régimen del art 41 ter del C.P., proporcionar maliciosamente información falsa o datos inexactos.

Puntualmente se trata de un delito que protege el correcto desenvolvimiento de la administra-

ción de justicia y se encuentra incluido dentro de las figuras que regulan el falso testimonio.

Por último, no puede dejar de mencionarse que, complementariamente a la norma comentada, se sancionó la ley 27.319 (2) que tuvo por objeto proporcionar herramientas que faciliten la "investigación, prevención y lucha de los delitos complejos". En concreto esta ley se ciñó a habilitar tales recursos para los siguientes casos:

i) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o materias primas 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.

ii) Delitos previstos en la Sección XII, Título I) del Código Aduanero.

iii) Todos los casos en que sea aplicable el artículo 41 *quinquies* del Código Penal.

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

v) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal.

vi) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.

vii) Delitos cometidos por asociaciones ilícitas en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal.

viii) Delitos previstos en el Libro Segundo, Título XIII del Código Penal.

Por exceder el objeto de este comentario no resulta posible adentrarse en el análisis específico de las herramientas procesales que habilitó a emplear (o bien extendió su aplicación ya prevista con anterioridad a otros supuestos) la citada ley 27.319: figuras del "agente encubierto" (arts. 3° y 4°); del "agente revelador" (arts. 5° y 6°) y del "informante" (arts. 13 y 14); régimen de "entrega vigilada" (arts. 15 y 16) y prórroga de la actuación jurisdiccional territorial en hipótesis en las que se encontrase en peligro la vida de la víctima o

(2) Sancionada el 2/11/16; promulgada el 21/11/16 y publicada en el B.O. el 22/11/16.

su integridad psíquica o la demora del procedimiento pudiese comprometer el éxito de la investigación (art. 18) (3).

III. Requisitos y formalidades para poder acceder al beneficio: la reglamentación de cuestiones procesales

La ley 27.304 también estableció tanto la oportunidad en la que una persona puede acogerse al comentado régimen del arrepentido, como los criterios para celebrar el beneficio e incluso estableció diversas particularidades relacionadas con el procedimiento del convenio de colaboración y sus formalidades.

Conforme se estableció expresamente en la norma, el acuerdo con el imputado arrepentido sobre lo previsto por el artículo 41 ter del C.P. deberá realizarse "antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente". En el actual ordenamiento ritual nacional ello se verifica en la oportunidad prevista por los artículos 349 último párrafo (cuando la defensa no deduce excepciones o no se opone a la elevación a juicio, luego de haber sido notificadas de las conclusiones del dictamen fiscal requiriendo dicha remisión a la etapa de juicio o debate —art. 347, inc. 2°—) y 351 (auto de elevación a juicio que dicta el juez instructor de no estar de acuerdo con la oposición o las excepciones eventualmente interpuestas por la defensa). A su turno, en la nueva normativa procesal prevista por la ley 27.063, que habrá de regir a la justicia federal (y a la nacional ordinaria de la Capital Federal, hasta tanto complete el proceso de traspaso de competencias a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conf. art. 129 de la C.N.), ello se verifica en la ocasión a que alude el actual art. 235, en cuanto determina que practicadas las diligencias necesarias para la investigación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores y para garantizar el comiso, el representante del Ministerio Público Fiscal debe declarar cerrada la investigación preparatoria, debiendo formular acusación (salvo que opte por solicitar el sobreseimiento del imputado).

(3) Sobre esta última cuestión ya nos hemos referido en ocasiones anteriores (conf. GONZÁLEZ DA SILVA, Gabriel, *Anotaciones al Proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Nación con motivo de los secuestros extorsivos. El desembarco del Sistema Acusatorio, La Ley, T. 2003-E, Sec. Doctrina, págs. 968/984*).

Por su parte, según se especifica en la nueva ley aquí anotada, la información que se aporte debe referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que se haya sido partícipe y relativa a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido. No resulta posible celebrar acuerdos de colaboración con aquellos funcionarios públicos que hayan ejercido o estén ejerciendo cargos susceptibles del proceso de juicio político, de acuerdo a lo establecido por la Constitución Nacional (arts. 53 y 59 C.N.), ni tampoco resultan aplicables en los procesos en los que se investiguen delitos de lesa humanidad.

La ley además establece que cuando la reducción de la escala penal prevista por el 41 ter del C.P. aparezca como de probable aplicación, podrá ser considerada a los fines de conceder la exención de prisión, de acuerdo a las normas procesales comunes.

Para otorgar los beneficios acordados por dicha norma, deben evaluarse diversas premisas, tales como el tipo y alcance de la información brindada; la utilidad de la información aportada para lograr las finalidades previstas; el momento procesal en que el imputado suministra la colaboración; la gravedad de los delitos que el imputado ha contribuido a esclarecer o impedir y la gravedad de los hechos que se le atribuyen y la responsabilidad que le corresponde por ellos. También, conforme determina la propia norma, corresponde "beneficiar [...] especialmente a quien se arrepiente en primer término" (conf. art. 5 e).

Las declaraciones que el imputado arrepentido efectúa en el marco del acuerdo de colaboración deben registrarse a través de cualquier medio técnico idóneo que garantice su evaluación posterior. Además, el acuerdo debe celebrarse por escrito, en donde necesariamente se impone consignar "con claridad y precisión" (conf. art. 7°) la determinación de los hechos atribuidos, el grado de participación que se le endilga al imputado arrepentido y las pruebas en las que se funda dicha imputación. También debe detallarse el tipo de información a proporcionar por el imputado arrepentido; en concreto: nombre de otros coautores o partícipes; precisiones de tiempo, modo y lugar de los hechos por los cuales se brinda 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, así como 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 brinda la colaboración. Por lo demás, debe consignarse sin vaguedades o imprecisiones los alcances del beneficio que se otorgarán al imputado arrepentido por la colaboración prestada.

El acuerdo de colaboración debe ser celebrado por el fiscal de la investigación y las personas que brinden información en los términos antes detallados, garantizándose al imputado la asistencia de su defensa en todos los casos. Una vez concretado, debe presentarse al juez de la causa para su homologación. A este efecto, el juez se encuentra habilitado a aprobar o rechazar el acuerdo en una audiencia a cuyo efecto debe convocar a las partes intervinientes (el imputado arrepentido, su defensor y el fiscal) y en el marco de la cual debe escucharlas asegurándose que el imputado arrepentido tenga debido conocimiento de los alcances y de las consecuencias del acuerdo suscripto.

De este modo, el juez debe aprobar el acuerdo únicamente cuando hubiese constatado que el imputado arrepentido actuó voluntariamente y que se observaron los demás requisitos previstos por la norma, conforme el detalle que se efectúa en los párrafos anteriores.

El rechazo judicial del acuerdo resulta susceptible de apelación por ambas partes. Como no se establecen los términos y las formalidades para interponer dicho recurso, resultan aplicables las reglas establecidas en el Capítulo III del Libro Cuarto del CPPN que reglamenta dicho remedio procesal, determinando el plazo de tres días para su interposición por escrito ante el juez que dictó la resolución que causa agravio (art. 450). Si el rechazo a la homologación quedase firme, las actuaciones deben quedar reservadas, mientras que las manifestaciones efectuadas por el arrepentido no podrán valorarse en su contra ni en perjuicio de terceros.

En caso de aceptarse, el acuerdo debe ser incorporado al proceso y la ejecución del beneficio se difiere para el momento en que el tribunal de

juicio dicte sentencia condenatoria al imputado arrepentido (aunque devenga una obviedad, no está de más aclarar que si la misma fuese absoluta el acuerdo carecería de efectos y resultaría inaplicable). Mientras tanto (y aun después del dictado de la sentencia condenatoria) el imputado arrepentido puede acogerse a las disposiciones del Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados creado por la ley 25.764 y sus modificatorias.

Según consigna expresamente la comentada norma en su art. 12, durante el período de investigación preliminar al juicio (instrucción o etapa preparatoria), el juez interviniente debe valorar el acuerdo arribado o la información a través de este brindada "a los fines de dictar las medidas cautelares del proceso respecto de las personas involucradas por el imputado arrepentido". Como no se formulan mayores precisiones sobre el particular, puede inferirse que ello obedece a los fines de determinar la expectativa de la pena que eventualmente pudiese llegar a aplicarse al imputado arrepentido, de recaer una sentencia condenatoria en su contra (pauta de importancia, pero no excluyente a la hora de analizar el riesgo procesal de fuga). Desde esta perspectiva, una reducción del monto punitivo podría jugar a favor del imputado para mantener u obtener su libertad, mientras se sustancia la investigación y el juicio. De otro costado, de la información por aquel prestada, paradójicamente también podría deducirse un posible entorpecimiento de las investigaciones de su parte que repercutiría negativamente a la hora de evaluar su libertad provisional.

En todos los casos, dentro del plazo no superior a un año, "el juez o el fiscal" (disyunción que se efectúa en la norma para comprender tanto a los regímenes mixtos de investigación —a cargo de los jueces— como a los de corte acusatorio —en cabeza de los fiscales—) deben 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 suspenden los plazos de la prescripción de la acción penal (conf. art. 13).

Finalmente, en la ley se advierte que el órgano judicial no puede dictar una sentencia conde-

natoria que se funde exclusivamente en las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido. Por el contrario, para la asignación de responsabilidad penal sobre la base de estos elementos, el órgano judicial debe indicar de manera precisa y fundada la correlación existente entre esas manifestaciones y las restantes pruebas en que se sustenta la condena. Tampoco la materialidad del hecho delictivo puede probarse únicamente sobre la base de tales manifestaciones.

IV. Las cuestiones procesales reglamentadas a través de la ley 27.304 ¿obligan a las provincias?

A través del artículo 18 de la comentada ley 27.304 se dispuso "invita[r] a las provincias a adoptar las normas procesales correspondientes a los efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente ley".

Por carecer de potestades constitucionales al efecto y con el objeto de evitar cualquier vulneración a las autotomías de los estados provinciales en materia de legislación procesal (penal), en la norma se consignó tal convite que permite afirmar que todo lo relativo con el procedimiento de aplicación del régimen del arrepentido, rige exclusivamente para la jurisdicción nacional (justicia federal del país y ordinaria de la Capital Federal), que es el ámbito en donde el Congreso nacional se encuentra limitado a legislar al respecto (conf. art. 75, incs. 30 y 32 C.N.). Luego, siguiendo esta suerte de *ley-contrato*, las provincias pueden adherir a aplicar en sus jurisdicciones idéntico procedimiento al reglamentado por la Nación para hacer efectivo el beneficio acordado por el art. 41 ter del C.P. cuyos alcances, en cambio, sí le concierne, al haber sido legislado por delegación al Congreso federal, en los términos del art. 75, inc. 12 C.N.

Pero nada obsta a que aquellas —en ejercicio de tales poderes no cedidos a la Nación— reglamenten su propio procedimiento para aplicar la figura del arrepentido, que incluso, más allá de las razones de oportunidad, mérito y conveniencia en que fuera pautado podría diferir, por ejemplo, con los límites temporales impuestos por el Congreso federal para acceder al beneficio en la jurisdicción nacional.

La nueva redacción del artículo 41 ter del C.P. establece que la reducción punitiva a la que ha-

bilita puede acordarse cuando el imputado arrepentido brinde la información sensible que allí se especifica “durante la sustanciación del proceso” del que sea parte (no se permite acordarlo para personas condenadas, a cambio de una reducción del monto de pena impuesto, como sí lo habilitan algunos ordenamientos extranjeros). De modo que, en tanto y en cuanto se respete ese límite (que el proceso penal no haya fenecido) no existe obstáculo legal o constitucional alguno (ni aun invocando el principio de igualdad ante la ley, pues en la República rige una forma de estado federal) que impida que las provincias decidan extender la oportunidad de celebrar el acuerdo con el imputado en un estadio posterior al cierre de la instrucción preparatoria.

V. Algunas particularidades del proceso de formación de la ley derivadas del debate parlamentario

El producto que derivara en la ley 27.304 fue parte de un conjunto de iniciativas que el Poder Ejecutivo Nacional giró al Congreso con el objetivo de encarar un amplio proceso de reforma en el sistema de justicia penal. Cabe recordar que junto esta, se propuso: 1) la mencionada incorporación de otras herramientas para la investigación de casos complejos, como ser: el agente encubierto, el agente revelador e informante y la entrega vigilada (ley 27.319); 2) la modificación del procedimiento para los casos de “flagrancia” en la legislación procesal penal nacional, que recientemente fue aprobada por la ley 27.272 (4), y 3) la sanción de la denominada “ley de extinción de dominio”, que al momento de efectuarse el presente comentario permanece bajo tratamiento en el Senado de la Nación con numerosas observaciones, pese a haber obtenido media sanción en la Cámara de Diputados.

Adentrándonos en el tema que nos ocupa no puede dejar de señalarse —aunque resulte una cuestión obvia— que una norma es el producto de un determinado momento histórico y por lo tanto, en su tratamiento legislativo suelen cobrar mayor relevancia aquellas razones prácticas que justifican el abordaje de una problemática puntual, tal como ocurrió en este caso.

(4) Sancionada el 7/9/16, promulgada el 30/9/16 y publicada en el B.O. el 1/12/16.

Esta apreciación es útil para introducirnos en la primera cuestión que se advierte al analizar el contenido de las sesiones parlamentarias que tanto los diputados como los senadores nacionales dedicaron al debate de la publicitada “*Ley del arrepentido*”. Y es que, en su mayoría, los argumentos pronunciados en favor o en contra de la iniciativa se encontraron imbuidos de argumentaciones de tenor político más que técnicas. La razón de esta particularidad puede hallarse en los hechos de corrupción estatal que por esos días formaban parte de la agenda judicial y periodística, que conmocionó a la opinión pública. Como no podía ser de otra manera, las peculiaridades de tales sucesos afloraron en cada una de las intervenciones del debate.

Hecha esta salvedad, corresponde señalar que en una primera instancia del debate parlamentario el argumento preponderante se centró en la necesidad de sistematizar adecuadamente en una única norma del Código Penal todas las variantes de un instituto que ya había sido receptado por nuestro ordenamiento, de modo tal de brindar una suerte de previsibilidad para los destinatarios de la norma que, a hasta ese momento y según el proceso que se tratase, presentaba diferencias en su aplicación.

En línea con lo anterior, otro de los razonamientos propiciados para la sanción de la ley fue la necesidad de incorporar al catálogo de tipicidades contempladas para la aplicación del instituto a los aludidos “delitos de corrupción”. De esta manera se habría de cumplimentar el compromiso oportunamente asumido por nuestro país en el ámbito internacional (5), para combatir una figura que es causa y consecuencia de otros tantos delitos en virtud de su ámbito de comisión.

En esta dirección, se hizo hincapié en la obligación de dotar a las administraciones de justicia

(5) La República Argentina adhirió en el año 1996 a la Convención Interamericana contra la Corrupción —CICC—, (conf. ley 24.759, sancionada el 4/12/96, promulgada el 13/1/97 y publicada en el B.O. el 17/1/97), y más tarde, en el año 2003, a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción —CNUCC— (conf. ley 26.097, sancionada el 10/5/06, promulgada el 6/6/06 y publicada en el B.O. el 9/6/06), dos instrumentos a través de los cuales los Estados Parte se obligaron a materializar las acciones que resulten necesarias para prevenir, detectar, sancionar y erradicar prácticas de corrupción.

de todo el país de una herramienta que permitiera generar una mayor efectividad en la investigación de los hechos perpetrados por organizaciones criminales de estructura compleja, en las que resulta dificultoso el descubrimiento de los individuos que las dirigen y, por ende, poseen mayor responsabilidad en los múltiples y disímiles hechos delictivos cometidos a través de aquellas, no obstante lo cual, generalmente no son descubiertos ni por ende juzgados, ni mucho menos sancionados (6).

Aun cuando fueron reiteradas las referencias para aquellas figuras penales que ya admitían la aplicación de este instituto, como por ejemplo el narcotráfico, el debate se vertebró en torno a la necesidad de mejorar los estándares de investigación sobre los delitos cometidos en perjuicio de la administración pública que, como se afirmara, presentan características endémicas en nuestro país.

Este aspecto fue relevante en la discusión parlamentaria, dado que se puso de resalto el alto grado de penetración que estas figuras tienen en los estados, donde los protagonistas resultan ser funcionarios públicos de distintos estamentos que, a través de procedimientos formalmente establecidos (*v. gr.*, la denominada "burocracia estatal") encubren o facilitan la consumación de tales maniobras, otorgándoles visos de legalidad.

(6) Durante el desarrollo del debate se hizo mención al informe elaborado por el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE) junto con la Oficina de Coordinación y Seguimiento en Materia de Delitos contra la Administración Pública (OCDAP) y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), en el cual se destaca que "sobre un total de 21 causas relevadas, se desprende que el promedio de duración de los expedientes es de 137 meses, es decir, más de 11 años. Aunque el panorama así ya es alarmante, la situación todavía es más grave pues ese promedio está compuesto por 21 expedientes de los cuales solo 15 llegaron a la etapa de juicio —que es aquella comprendida desde el momento de radicación de la causa en tribunal oral hasta su finalización por cualquier causa—, y de esos 15 la gran mayoría —9— no tuvieron ninguna resolución al momento de finalizar el relevamiento, 3 fueron declaradas prescriptas por violación al plazo razonable y en solo 3 casos en los que se realizó juicio oral o abreviado" (conf. Los procesos Judiciales en Materia de Corrupción. Los tiempos del proceso. Estado de situación (2012), disponible en http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_arg_proc.pdf).

Sin perjuicio del acompañamiento mayoritario que logró la iniciativa en todas las instancias legislativas, lo cierto es que también fue objeto de cuestionamientos y observaciones centradas, principalmente, en la designación que correspondía asignársele al instituto y en la convivencia o discrepancia del régimen por él establecido, con aquellas las cláusulas constitucionales que hacen al debido proceso.

En efecto, una de las críticas más repetidas por los representantes de ambas cámaras se ciñó a la terminología escogida para nominar al instituto. Así fue, que la denominación "arrepentido" con el cual se habría de identificar al imputado devenido en colaborador, cosechó una enorme cantidad de cuestionamientos por su vinculación con el plano moral y el equívoco evidente que suponía, en términos estrictamente semánticos, confundir un acto de contrición voluntaria y resarcitoria con una operación consensual (con carices mercantilistas) de corte netamente individualista.

En consonancia con las opiniones doctrinarias que censuran la figura del arrepentido, se dijo que esta diferenciación radicaba en el hecho de que el imputado que habría de someterse al régimen analizado, lo haría animado por la idea de obtener un beneficio en su situación procesal y no por una vocación altruista o bien un compromiso con el descubrimiento de la verdad.

Es preciso aclarar sobre este punto que no obstante haber sido propuestos durante el debate nombres alternativos para el instrumento, como por el ejemplo el de "delator premiado" (del ordenamiento penal brasileño (7) o el "colaborador eficaz" al que aluden otros sistemas extranjeros, los representantes optaron por el de "imputado arrepentido". Probablemente esta modificación en la denominación que originariamente tuviera la figura se debió al alto grado de identificación y reconocimiento público que la iniciativa había adquirido durante su peregrinaje legislativo.

(7) Sobre las características de la figura del "arrepentido" ese país y, concretamente, sobre los resultados de su aplicación en la investigación penal conocida como operación "lava jato", véase GONZÁLEZ DA SILVA, Gabriel. Consideraciones sobre la operación "lava jato". Régimen legal del arrepentido, prisión preventiva e "impeachment" en el Brasil, en "Revista de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires, La Ley, Volumen: 2016-5, págs. 201/213.

En el devenir de las sesiones también surgieron otros cuestionamientos de mayor entidad que apuntaban a que la figura en cuestión conculcaba el derecho de defensa y al principio de inocencia, puesto que, en el marco del procedimiento, la promesa de una mejora punitiva actuaría como un mecanismo de coacción sobre el imputado quien, para acogerse al beneficio, se vería obligado a desprenderse de la prerrogativa de no declarar contra sí mismo al encontrarse condicionado a brindar datos que resulten “provechosos” para eventuales investigaciones.

Esta circunstancia, según se expuso, supondría un desdoblamiento en el rol del imputado, quien de manera prematura y en una etapa incipiente del proceso, vería modificado su estatus de inocente. Así, se destacó que la sujeción al acuerdo de colaboración actuaría como una suerte de reconocimiento; una admisión de la responsabilidad (en el alguno de los grados que esta se plantea), y consecuentemente, en un augurio concreto respecto del resultado del proceso (y de la pena a recibir).

Por otra parte, algunos representantes resaltaron que el régimen del arrepentido habría de generar categorías de imputados dentro de un mismo proceso y también dentro del mismo régimen, advirtiendo que ello podría impactar en el principio de igualdad. Según esta idea, la naturaleza misma del instituto llevaría a promover un trato diferencial entre los imputados que eventualmente decidan acogerse al régimen y los que no. De este modo, según se argumentó, la atenuación de la pena que opera respecto del delator primario no se haría extensiva a aquellos coimputados que hubiesen decidido plegarse al régimen con posterioridad.

Finalmente, debe desatacarse el cuestionamiento que le realizaran tanto los legisladores como los especialistas (doctrinarios) que fueron convocados por las comisiones para analizar la norma, y que de algún modo engloba todos los argumentos dirigidos en su contra, relacionada con la inclusión de un antivalor como herramienta en la administración de justicia. En este orden de ideas se observó que el favorecimiento de la conducta del delator y su incentivación para procurar mejores resultados en términos de las investigaciones podría llegar constituir una excepción costosa al principio más elemental que rige la acti-

vidad del Estado; concretamente, aquel que apela a la superioridad ética de sus actos (8).

VI. Colofón

Este comentario únicamente pretendió presentar los alcances generales de la nueva reglamentación integral de la figura del arrepentido y de las potestades provinciales para regular el procedimiento pertinente para su aplicación. De todas formas, a modo de reflexión final puede observarse que más allá de las discusiones que en particular puedan plantearse sobre ciertos hitos de la vida institucional de una república, como pueden ser las modificaciones generales al sistema de justicia o incluso la incorporación de nuevas herramientas puntuales de investigación necesarias para hacer frente a las variaciones que presenta la denominada “criminalidad compleja”, resulta imperioso encarar una reforma profunda en la que todos los actores involucrados se presten al debate para alcanzar un punto de maduración suficientemente razonable, en lo posible desprovisto de intencionalidades políticas y superador de cualquier coyuntura parcial.

Dicho de otra forma, es prioritario que al momento de dar contenido al sistema jurídico y de fijar las reglas para el ejercicio del poder punitivo, se tenga como horizonte el equilibrio entre las prerrogativas del Estado y los derechos de los ciudadanos cualquiera fuese el rol que a estos les toque en suerte ocupar en la sustanciación de un proceso penal (como imputados, víctimas o meramente testigos de cualquier hecho delictivo).

Esta pauta de trabajo —sin dudas— será una muestra concreta para los operadores judiciales de todo el país de que con ella se persigue una coherencia entre la producción normativa y su aplicación concreta en la práctica judicial diaria. Y, por otro lado, representará una clara señal

(8) El contenido íntegro de los debates parlamentarios entablados para la sanción de la comentada ley pueden consultarse en los portales de las respectivas cámaras del Congreso de la Nación (www.diputados.gov.ar y www.senado.gov.ar); conf. Cámara de Diputados de la Nación, versión taquigráfica, Período 134º, 9ª Reunión, 8ª Sesión ordinaria del 23 de Junio de 2016, (O.D. Nº 246/16) y versión taquigráfica, Período 134º, 17ª Reunión, 16ª Sesión ordinaria del 19 de octubre de 2016, (O.D. Nº 745/16); Cámara de Senadores de la Nación, versión taquigráfica, Período 134º, 13ª Reunión, 5ª Sesión ordinaria del 7 de septiembre de 2016 (O.D. Nº 605/16).

hacia la ciudadanía de que habrán de articularse los recursos para alcanzar una administración de justicia eficaz y eficiente, que en ese quehacer no habrá de desatender los derechos y garantías que deben verificarse en toda investigación penal. Sólo así habrá de recuperarse el elemento más importante que cualquier sistema debe poseer para lograr su vigencia y operatividad: la confianza de sus intérpretes y de sus destinatarios.

Por lo demás, y en el caso concreto de la figura legal analizada, será el devenir del tiempo el que determine la oportunidad para formular los diagnósticos que sean necesarios a fin de concretar un juicio certero sobre su viabilidad y resultados, así como para precisar si su aplicación en la praxis resulta verdaderamente respetuosa de los principios básicos emanados del Estado constitucional de Derecho. ♦

.....