

El imputado arrepentido en el derecho penal argentino: ¿testigo o coimputado?

Eugenio C. Sarrabayrouse*

Sumario: **I.** Introducción **II.** La evolución legislativa del llamado “arrepentido” en la Argentina **III.** Similitudes y diferencias con la regulación en Alemania del “testigo de la corona” **IV.** Breve noticia sobre las críticas y discusiones en la doctrina argentina **V.** El problema del rol del coimputado colaborador **VI.** Resumen y ¿posible? solución

Resumen: El trabajo repasa la evolución legislativa en el derecho argentino del denominado “imputado colaborador” o, según la reforma más reciente, “arrepentido”. También sintetiza las principales críticas y cuestionamientos a esta figura. Luego, tras una breve comparación con la figura del “testigo de la corona” del derecho alemán, describe el sistema procesal argentino y analiza uno de los principales problemas que enfrenta esta figura. Aceptada su incorporación al derecho penal argentino ¿cómo debe declarar el “arrepentido” según los diferentes códigos procesales? ¿el imputado?, ¿el testigo? La respuesta a estos interrogantes genera diferentes consecuencias. El trabajo propone una solución considerando los derechos *de la persona coimputada y señalada por el arrepentido*.

Abstract: This article reviews the legislative evolution in Argentinian law of the so-called “defendant collaborator” or, according to the most recent reform, “repentant”. It also synthesizes the main criticisms and questions of this figure. Then, after a brief comparison with the figure of the “crown witness” of German law, it describes the Argentinian procedural system and analyzes one of the main problems faced by this figure. If we accept its incorporation into Argentinian criminal law, how should the “repentant” declare according to the different procedural codes? And the defendant? And the witness? The answer to these questions generates different consequences. This work proposes a solution considering the rights of the co-defendant and indicated by the repentant.

Palabras clave: Imputado “arrepentido”, Evolución legislativa, Comparación con Alemania, Derechos de la persona imputada

* Doctor por la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Derecho), área Derecho penal.

Key words: repentant defendant, legislative evolution, comparison with Germany, defendant's rights

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas y por distintas razones, en mayor o menor medida los sistemas procesales propios de la tradición continental — europea (entre ellos, Alemania, la Argentina y México),¹ recibieron algunos institutos cuyo origen puede rastrearse en el *common law*. En particular, con la exportación e importación de *mecanismos propios de la llamada justicia negociada*. Entre los más relevantes, cabe citar los acuerdos (“Absprache” o “Verständigung” en Alemania; “procedimientos abreviados” en la Argentina y México) y el denominado en Alemania “testigo de la corona” (“Kronzeuge”), en Argentina “el imputado arrepentido” y los “testigos colaboradores” en México, figuras emparentadas con el *whistleblower* de los Estados Unidos de Norteamérica.²

En este trabajo presentaremos brevemente cuál ha sido la evolución legislativa de este último instituto en la Argentina (II), haremos una comparación con el sistema alemán (III), sintetizaremos las principales críticas y discusiones en torno a él (IV), y nos centraremos en uno de los problemas que presenta, esto es, *si la declaración del “arrepentido” ingresa y de qué modo al juicio oral y público y cómo debe valorarse* (V). Finalmente, propondremos algunas soluciones tanto de *lege lata* como de *lege ferenda* (VI).

Para una mejor comprensión de este trabajo, conviene señalar que, por razones de espacio, al narrar la evolución de la legislación penal argentina, prescindiremos de un análisis detallado del contexto político criminal en que fueron sancio-

¹ El derecho argentino presenta varias paradojas, particularmente en materia penal, algunas de las cuales serán presentadas en este trabajo. Aquí nos interesa remarcar, nada más, en cuanto a la afirmación de la tradición europeo — continental de nuestro derecho que de acuerdo con el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, la fuente principal de las normas jurídicas es *la ley*. Esa regla constitucional, vigente casi sin modificaciones desde su sanción en 1853 —con otra numeración— establece la facultad del Congreso Nacional de dictar los *códigos* civil, comercial, penal, de minería, y del trabajo y seguridad social. Por su parte, los arts. 24, 75, inc. 12 y 118 *establecen el juicio por jurados como forma de terminación de los juicios criminales*, de estirpe claramente anglosajona.

² Sobre esta figura, y sus diferencias con las reguladas en los sistemas jurídicos de tradición europea continental, véase RAGUÉS i VALLÈS, Ramón, “*¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal*”, publicado en InDret, Revista para el análisis del derecho, disponible en www.indret.com, InDret 3/2006, julio de 2006, pp. 1–19; disponible en <https://indret.com/heroes-o-traidores/> (visita del 14/07/2022); del mismo autor, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013; también RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel, *Delación premiada. Límites éticos al Estado*, Temis, Bogotá, 2019, pp. 1–19.

El imputado arrepentido en el derecho penal argentino: ¿testigo o coimputado?

nadas las distintas leyes vinculadas con el “arrepentido”. Para ello, nos remitimos a los distintos trabajos que se han ocupado exhaustivamente del tema.³

Este pequeño aporte para la celebración de los 90 años de *Criminalia* tiene como finalidad destacar los vínculos permanentes entre la ciencia penal mexicana y la argentina; y mostrar cómo algunos problemas, vinculados con la importación de ciertos institutos jurídicos, nos afectan de modo similar.

II. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL LLAMADO “ARREPENTIDO” EN LA ARGENTINA

La regulación de la declaración de la persona imputada que decide confesar, involucrando a quienes participan o participaron con él de un delito, nunca fue totalmente ajena al Derecho penal argentino. Ya el art. 217 del Código Penal (en adelante, CP) de 1921, actualmente vigente, y la ley 13.985 (sobre espionaje y sabotaje, sancionada en 1950) eximían de pena a quienes revelaban una conspiración, antes de haber comenzado el procedimiento. En ambos casos, se trata de delitos (pues siguen vigentes) en los cuales está comprometida “la seguridad de la Nación”, en particular, algunas formas de la *traición a la patria*. De este modo, en sus comienzos, era una figura acotada y que, tanto por la gravedad de los delitos implicados como por la técnica legislativa empleada, nunca recibieron grandes cuestionamientos.⁴

³ Dentro de la extensa bibliografía sobre el tema, puede citarse: Riquert, Marcelo, *“El arrepentido ¿colaborador eficaz o delator premiado?”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, en particular, el capítulo V, pp. 122-160; entre otras obras que se han ocupado del “arrepentido” cabe citar: Francolino, Marcelo, *“La figura del arrepentido: ¿eficacia procesal o mercantilización de la justicia?”*, Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2022; Llera, Carlos Enrique *“Arrepentido. Régimen penal y procesal”*, Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2021; Carabajal, Fernando, *“Los ‘colaboradores’ en el proceso penal adversarial. ‘Arrepentidos’ y ‘buchones’”*, Contexto, Resistencia, 2021; Gómez URSO, Juan Facundo / SIVO, César Raúl, *“Ley del ‘arrepentido’”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020; Hairabedian, Maximiliano, *“Régimen penal y procesal del arrepentido y la delación premiada”*, 2º ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019; ABOSO, Gustavo, *“El arrepentido en el Derecho penal premial”*, B. de F., Buenos Aires, 2020.

⁴ El art. 216 del CP establece: *“Será reprimido con reclusión o prisión de uno a ocho años, el que tomare parte en una conspiración de dos o más personas, para cometer el delito de traición, en cualquiera de los casos comprendidos en los artículos precedentes, si la conspiración fuera descubierta antes de empezar su ejecución”*. A su vez, el art. 217 determina: *“Quedará eximido de pena el que revelare la conspiración a la autoridad, antes de haber comenzado el procedimiento”*. En esencia, la revelación (una verdadera “confesión”) de la confabulación en marcha puede asimilarse al desistimiento propio de la tentativa, ámbito que parece natural a este instituto. Su regulación (art. 43, CP: *“El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”*), puede ser considerada, en definitiva, como una forma de *arrepentimiento*. Por lo demás, la reglamentación de la traición como un delito también es, en cierto modo, paradójal. Por un lado, se castiga *traicionar* a la Nación; pero, en simultáneo se *premia* a quien *traiciona* a las personas confabuladas para cometer ese delito, esto es, a los *traidores*.

Sin embargo, la “nueva era” de esta figura comenzó en materia de narcotráfico con la introducción de los arts. 29 *bis* y *ter* de la ley 23.737 (contra el tráfico de estupefacientes) a comienzos de 1995.⁵ El primer artículo, al igual que el art. 217, CP, y la ley 13.985, recién citados, eximía de pena a quien *revelaba* la confabulación para cometer algunos de los delitos castigados como tráfico de estupefacientes, así como a quien espontáneamente impedía la realización del plan. Por su parte, el segundo artículo (29 *ter*) *premiaba* con una importante reducción de pena a la persona imputada que revelaba la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o conexos, o si aportaba información útil para secuestrar sustancias cuyo consumo y comercialización penaba esa ley, o incautar dinero o bienes provenientes de esos delitos.

Unos años después (17/3/2000), el Parlamento argentino sancionó la ley 25.241 sobre “*reducción de penas a quienes colaboren en la investigación de hechos de terrorismo*”. Se trataba de una ley *que no modificó el CP* sino que fue considerada una norma complementaria, dictada al calor de la búsqueda de esclarecer dos atentados terroristas que sacudieron a la sociedad argentina: los realizados contra la Embajada de Israel (1992) y la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA - 1994).⁶

Tras definir los hechos de terrorismo en su art. 1, luego, en su art. 2, autorizaba, *excepcionalmente*, reducir la escala penal aplicando la de la tentativa o limitándola a la mitad “...*al imputado que, antes del dictado de la sentencia definitiva, colabore eficazmente con la investigación...*”. Para obtener el “beneficio”, la persona imputada debía brindar información esencial para evitar la consumación o continuación del delito o la realización de otro, o ayudar a esclarecer el hecho investigado u otros conexos. Era condición necesaria que el delito en que estaba involucrado el imputado fuera más leve que aquel respecto del cual brindaba información o colaboración. También era posible otorgar esa disminución de la sanción si la información brindada permitía acreditar la existencia de la asociación ilícita o desbaratar sus actividades. Además, si la reducción de la escala penal aparecía como probable, en virtud de la información o colaboración prestada, podía ser considerada a los fines de la excarcelación.

Por su parte, la ley 25.742 (4/6/2003) estableció reglas para el imputado que decidía colaborar, pero *ya* en el texto del CP, y sólo para algunos delitos específicos. Así, incorporó el art. 41 *ter*, ubicado sistemáticamente luego de las dos reglas (los arts. 40 y 41) que regulan la medición judicial de la pena en el Derecho penal argentino. La nueva regla permitía reducir “...*en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo...*” las escalas previstas para los delitos de secuestro (arts. 142 *bis* y 170, CP) respecto de los partícipes o encubridores “...*que durante la sustanciación*

⁵ La ley que reprime el tráfico de estupefacientes es complementaria al Código Penal argentino (es decir, no lo integra).

⁶ Cf. RIQUERT, Marcelo, op. cit, p. 143.

El imputado arrepentido en el derecho penal argentino: ¿testigo o coimputado?

del proceso o antes de su iniciación..." proporcionaban información "...que permita conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de su libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento....". Solo podían gozar de ese beneficio quienes tuvieran una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identificasen. Si correspondía la pena de prisión o reclusión perpetua podía reducirse de ocho a quince años de esas mismas especies de pena. Además, la ley preveía otras reducciones de pena para el partícipe que desvinculándose de los otros "...se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad..." (arts. 142 bis y 170, CP). Esta ley se dictó ante el aumento de los secuestros extorsivos. Un año después, en 2004, la privación de la libertad de un joven, que culminó trágicamente con su muerte, originó una serie de manifestaciones populares ante el Congreso de la Nación, movilización cuyo resultado fue la sanción de una serie de leyes que endurecieron las sanciones y la ejecución de la pena privativa de la libertad.⁷

Posteriormente, la ley 25.764 (13/8/2003) creó el "Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados", destinado a la realización de medidas para preservar la seguridad de testigos e imputados en situación de peligro para su vida o integridad física que "...hubieran colaborado de modo trascendente y eficiente en una investigación..." referida a los delitos establecidos en los arts. 142 bis, 170, CP y los de las leyes 23.737 y 25.241. De este modo, quedaban abarcadas en este programa todas las reglas que preveían la figura del imputado colaborador. Luego, la ley 26.364 (9/4/2008) agregó al régimen de art. 41 ter, CP, dos delitos más: los previstos en los arts. 145 bis y 145 ter, que castigan la trata de personas y fueron establecidos por esa misma ley.

Después de este recorrido, llegamos a la ley 27.304 (2/11/2016) que con el título de "Imputado arrepentido" sustituyó el art. 41 ter CP. Estableció la posibilidad de reducir las escalas penales a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores de alguno de los delitos detallados en la ley "...cuando durante la sustanciación del proceso que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles...". Los delitos abarcados son todos aquellos vinculados con el tráfico de estupefacientes, el contrabando, el terrorismo, la corrupción de menores, la promoción de la prostitución, la pornografía infantil, secuestros, corrupción en la administración pública, lavado de dinero, asociación ilícita destinada a cometer delitos indeterminados o delitos que pongan en peligro la vigencia de la Constitución Nacional; en fin, *contra el crimen organizado*. Esta nueva ley reconoce cierta influencia del caso

⁷ Por ej., aumentando las sanciones, estableciendo nuevas agravantes o prohibiendo egresos anticipados en la ejecución de la pena privativa de la libertad antes de su agotamiento para ciertos delitos. Este fenómeno fue llamado por Julio Maier como "*Blumbergstrafrecht*" (el derecho penal de Blumberg) por el nombre del padre del joven cruelmente asesinado en 2004. Cf. RIQUERT, Marcelo, op. cit., p. 147; MAIER, Julio, "*Blumbergstrafrecht*", en "Nueva Doctrina Penal", 2004/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, ps. I-VI.

“Lava Jato” de Brasil vinculado con la empresa “Odrebrecht”, a partir del cual, se robusteció la tendencia a incorporar este instituto.⁸

Para la procedencia de este beneficio, según la ley, “...será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o la consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un avance significativo de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo. [...] “Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince años de prisión. [...] “La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa.”

Además, la ley 27.304 estableció otras reglas procesales, por ende, no incluidas en el CP.⁹ Entre las más importantes, el art. 3º establece el momento en que puede realizarse el acuerdo con el “imputado arrepentido” (antes del auto de elevación a juicio, el cierre de la investigación preparatoria o el acto procesal equivalente). También los casos excluidos (la información brindada debe referirse a hechos ilícitos en que el imputado hubiere participado y a personas con la misma o mayor responsabilidad penal de quien colabora). No puede aplicarse a funcionarios sometidos a juicio político y con respecto a delitos de lesa humanidad. El art. 4º determina que la reducción de pena puede ser considerada a los fines de la excarcelación o eximición de prisión, según las reglas procesales comunes. También establece el modo de registrar los actos de colaboración (art. 6), los requisitos formales del acuerdo (arts. 7, 8 y 9), su homologación e incorporación al proceso (arts. 10 y 11), y su valoración en la instrucción o etapa preparatoria (arts. 12). Además, establece un *plazo de corroboración* (no superior a un año) sobre las obligaciones contraídas por la persona imputada “...especialmente la verosimilitud y utilidad, total o parcial...” de la información proporcionada. Durante ese lapso se suspenden los plazos de la prescripción de la acción penal. Cabe destacar, por último, que el art. 15 prohíbe al tribunal “...dictar sentencia condenatoria fundada únicamente en las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido...”.

Además, la ley 27.304 introdujo el art. 276 *bis*, CP, que castiga con pena de prisión de cuatro a diez años “...y con la pérdida del beneficio concedido el que, aco-

⁸ Ver el prólogo de RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea, en RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel, op. cit., p. XII.

⁹ Como veremos en los puntos siguientes, otra característica paradójica del sistema jurídico argentino es que existe un solo Código Penal, pero cada Estado provincial dicta su propio código procesal penal, además del sancionado por el Estado federal. Esto genera un sinnúmero de problemas analizados en el punto III.

El imputado arrepentido en el derecho penal argentino: ¿testigo o coimputado?

giéndose al beneficio del art. 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos...". Poco tiempo después (1/12/2017), el Congreso argentino sancionó la ley 27.401 que estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los arts. 16 y sigs. regulan "el acuerdo de colaboración eficaz", en los cuales la persona jurídica se obliga a cooperar con la fiscalía mediante el aporte de información útil, de modo similar al regulado para las personas físicas.¹⁰

III. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON LA REGULACIÓN EN ALEMANIA DEL "TESTIGO DE LA CORONA"

Resulta interesante comparar el régimen argentino con el establecido en Alemania, país que a través de su dogmática jurídico-penal y sus instituciones procesales, ejerció (y ejerce) una gran influencia en toda Latinoamérica.¹¹ Esa comparación revela los aspectos comunes y diferencias importantes.

En cuanto a los aspectos similares, pueden señalarse varios. Por un lado, de una regulación específica para los delitos de tráfico de drogas, tanto el "arrepentido" argentino como el "testigo de la corona" alemán lentamente se expandieron hacia otros tipos penales que reprimen diversas *formas de criminalidad organizada*. Además, en cuanto a la ubicación sistemática, en ambos casos la regulación aparece dentro de la medición de la pena.¹² Del mismo modo, la legislación argentina y la alemana crearon un tipo penal específico para sancionar al "arrepentido" o "testigo de la corona" que brinda información falsa.¹³ También, en uno y otro ordenamiento existe una regla de preclusión, es decir, establecen un momento límite hasta el cual *puede producirse la colaboración*. Además, es posible encontrar similitudes *en cuanto a algunas críticas*. Así, en los dos ordenamientos, la doctrina cuestiona la denominación elegida para el instituto. De este modo, en Argentina, incluso para quienes están a su favor, se considera equívoca la denominación "imputado arrepentido". Es que no es posible saber *concretamente* las razones por las cuales la persona acusada decide brindar información (puede ser por arrepentimiento, cálculo, deseo de venganza contra otra persona imputada, o simplemente obtener una reducción de la pena esperable). Por esa razón, se considera preferible la expresión "imputado colaborador". Por su parte,

¹⁰ El examen de esta ley y sus características exceden por mucho el objeto de este trabajo.

¹¹ En materia procesal penal, la influencia alemana es visible a través de Julio Maier, cuyas obras y proyectos legislativos tuvieron una enorme preponderancia en las reformas latinoamericanas. Al respecto, véase LANGER, Máximo, *"Revolución en el proceso penal latinoamericano. Difusión de las ideas legales desde la periferia"*, Centro de Estudios Jurídicos de las Américas, Santiago, Chile, 2008; el mismo trabajo está reproducido en "Revista de Derecho Procesal Penal", El proceso penal adversarial, t. II, 2009, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires — Santa fe, pp. 53-134.

¹² Art. 41 *ter*, CP; § 46 b, StGB.

¹³ Art. 276 *bis*, CP; § 164 III 1, StGB; también entran en consideración el § 145, StGB.

también en Alemania se cuestiona la expresión “testigo de la corona”, porque, en realidad, es *de la fiscalía*.¹⁴

En cuanto a las diferencias, la regulación argentina *unificó* las reglas del llamado “imputado arrepentido”, es decir, derogó el régimen específico de la ley de estupefacientes (mantenido en Alemania). Por lo demás, en la Argentina, se establecieron algunas reglas polémicas, como por ejemplo, el *plazo de corroboración de un año* de la información brindada (el cual, si quienes deciden colaborar son varios, puede generar *demoras* en el proceso); y su utilización para decidir una prisión preventiva. Del mismo modo, la nueva legislación *introduce pautas de valoración de la declaración del arrepentido*, lo cual contradice el principio de la libre valoración de la prueba. Tampoco está claro cómo ingresa la información brindada por el “colaborador” al juicio oral y público (si debe declarar y en qué calidad, esto es, imputado o testigo). Al menos mayoritariamente, se considera que el “arrepentido” continúa siendo imputado, es decir, no es *un testigo*. En nuestra opinión, y como desarrollaremos en los puntos siguientes, esta posición genera innumerables dificultades, particularmente en referencia a los derechos de la persona coimputada “acusada” por quien decide arrepentirse o colaborar.

Por último, otra diferencia relevante se encuentra en los acuerdos de colaboración que puede celebrar una persona jurídica, en tanto, hasta el presente, Alemania no cuenta con un régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

IV. BREVE NOTICIA SOBRE LAS CRÍTICAS Y DISCUSIONES EN LA DOCTRINA ARGENTINA

Desde sus inicios, la figura del coimputado que brinda información inculcando a otros imputados fue duramente criticada por la doctrina argentina mayoritaria. Los penalistas más prestigiosos, en distintos momentos, se pronunciaron en contra de esta figura. Así lo hicieron Marcelo Sancinetti, Julio Maier, Edgardo Donna, Fernando Díaz Cantón, Carlos Arslanián, Alejandro Carrió, por citar los más relevantes.¹⁵ En muchos de esos casos, manifestaron su posición contraria en el Congreso argentino durante la discusión del proyecto legislativo finalmente transformado en la ley 27.304.¹⁶ Las críticas fueron en tres direcciones: la violación de los principios del

¹⁴ AMBOS, Kai, “*Die Kronzeugenregelung in Deutschland*”, ZStW 2020, ps. 24-25.

¹⁵ SANCINETTI, Marcelo A., “*Observaciones críticas sobre el proyecto de ley de tratamiento privilegiado al “testigo de la corona” (¿“arrepentido”?)*” Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, n° 7, pp. 791 y sigs.; crítico en general con las nuevas formulaciones del derecho procesal penal, MAIER, Julio, “*Estado Constitucional de Derecho y procedimiento penal*” en SARRABAYROUSE, Eugenio (Comp.) *Lecturas de Derecho procesal penal*. Julio Maier en Tierra del Fuego, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2021, p. 41, y pp. 55 y sigs.

¹⁶ Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., “*Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de “Arrepentido” y de “Extinción de dominio*”, en LERMAN, Marcelo D. / DÍAS, Leandro, *Hacia un derecho penal más*

El imputado arrepentido en el derecho penal argentino: ¿testigo o coimputado?

nemo tenetur, el de culpabilidad y el de igualdad ante la ley, en tanto, no debería limitarse su aplicación a ciertos delitos.

Por su parte, quienes defienden esta clase de legislación, alegan la necesidad de enfrentar supuestos de criminalidad grave, en los cuales el Estado carece de los medios para combatirla; no se trata más del Estado del siglo XIX sino otro, que enfrenta organizaciones muy poderosas, por lo cual, debe recurrir a estas prácticas, a las que se suman el agente encubierto, el revelador y el informante. Como se ve, la discusión aquí tampoco es muy distinta a la ocurrida en Alemania.¹⁷

Sin embargo, y pese a las objeciones de peso formuladas, finalmente la figura del arrepentido se instaló en el Derecho penal argentino. Su establecimiento no fue precedido por una discusión profunda, por la cual, podría decirse que de algún modo sorprendió a la doctrina y la jurisprudencia argentinas. Esto originó múltiples problemas, algunos de los cuales ya han sido enumerados (ver punto III). Con algo de resignación, analizaré una de esas dificultades, que hasta ahora ha recibido respuestas confusas y contradictorias. Se trata del papel del coimputado colaborador o arrepentido, cómo ingresa su declaración al juicio oral y público, y cuáles son las facultades que frente a él tiene la persona coimputada que no ayudó a la investigación. Para analizar estas cuestiones, corresponde describir previamente la *caótica* situación del derecho procesal penal argentino. Se trata una tarea particularmente difícil, y para simplificarla, prescindiré de varios aspectos con el fin de que pueda ser (mínimamente) comprendida por quien lea este trabajo.

Consecuencia de la interpretación de su organización federal, hoy la Argentina aplica un único Código Penal en todo su territorio, pero *cada Estado federal* (provincia) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (establecida como tal con la reforma constitucional de 1994) sancionan su propio código procesal penal.¹⁸

Por otro lado, para los delitos federales (en general, aquellos que comprometen un interés de la Nación o involucran alguna forma de tráfico —por ej. de estupeficientes o de personas—) y *en todo el territorio estatal* se aplica otro código (hoy, el Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984 —en adelante, CPPN—). Además, y

racional. Contribuciones sobre castigo estatal e imputación, Editores del Sur, Buenos Aires, 2022, pp. 185-206.

¹⁷ Sobre las críticas en Alemania a la introducción de esta clase de institutos, ver por todos, SCHÜ-NEMANN, Bernd, *“Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur”*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2005.

¹⁸ Como puede apreciarse, la organización federal argentina es *diametralmente opuesta a la mexicana en este aspecto*. En México rige un único código procesal pero cada Estado de la federación dicta el propio en materia penal. Quizás esta sea una forma de salvar los innumerables problemas (principalmente, con respecto al principio de igualdad) que el federalismo argentino genera en la práctica.

para hacer más difícil esta explicación, el legislador argentino sancionó otro para reemplazarlo (el Código Procesal Penal Federal, ley 27.482, —en adelante, CPPF). Este nuevo Código se aplica *parcialmente* en dos provincias argentinas (Salta y Jujuy) y (de modo ya inexplicable) *algunos de sus artículos se aplican en todo el país* por disposición del Congreso Nacional (por ej., los que regulan diversas formas del principio de oportunidad o las medidas de coerción).¹⁹

Es decir, en el ámbito federal *coexisten* dos códigos procesales que, además *responden a dos tradiciones jurídicas distintas*. El CPPN, ley 23.984, es un código *inquisitivo reformado*, que conserva la figura del *juez de instrucción* (aunque distintas reformas otorgaron mayores facultades a la fiscalía),²⁰ más cercano a la tradición europeo continental. La instrucción es escrita, formalizada, puede ser secreta en algunos tramos, y otorga al tribunal múltiples facultades para intervenir en las diferentes etapas del proceso. Además, durante el juicio oral y público, es posible incorporar por lectura distintos documentos, *incluso declaraciones de coimputados y testigos* recibidas en la instrucción. La *búsqueda de la verdad* otorga al tribunal del juicio múltiples facultades (desde interrogar a los testigos, producir prueba e incluso decidir la calificación jurídica de los hechos, con independencia de lo pedido por los sujetos intervinientes).

Por su parte, el CPPF, ley 27.482, es *un código acusatorio*.²¹ Allí, la investigación preliminar está a cargo de la fiscalía, ella decide qué casos remite a juicio, y cuenta con la posibilidad de disponer de la acción penal mediante la aplicación de distintas variantes del principio de oportunidad. Además, el proceso no es formalizado, prevé una organización judicial horizontal y, en cuanto a las pruebas, *solamente son consideradas tales aquellas producidas ante el tribunal del juicio, en la audiencia oral y pública*. Además, y a diferencia del CPPN, ley 23.984, los tribunales *no pueden intervenir* en la elaboración de la hipótesis acusatoria, ya sea dirigiendo la instrucción o realizando medidas de prueba. Tampoco pueden modificar la calificación jurídica elegida por la fiscalía (salvo que sea a favor de la persona imputada y haya sido discutida durante el desarrollo del juicio oral y público). La víctima tiene un papel preponderante. En cuanto a la forma de litigación, la contradicción adquiere un papel decisivo como “garantía de verdad” basada en la discusión entre las partes para un mejor conocimiento de los hechos.

¹⁹ Se trata de resoluciones adoptadas por la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, las cuales pusieron en vigencia *algunas* reglas de este nuevo ordenamiento.

²⁰ WOISCHNIK, Jan, “*Juez de Instrucción y Derechos Humanos en Argentina*”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

²¹ Aquí utilizamos las categorías acusatorio — inquisitivo solamente con fines didácticos. Sobre los múltiples problemas de esas categorías, ver LANGER, Máximo, “*From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*”, Harvard Law Review, Vol. 45, Nr. 1, Winter 2004, pp. 1 – 65.

El imputado arrepentido en el derecho penal argentino: ¿testigo o coimputado?

V. EL PROBLEMA DEL ROL DEL COIMPUTADO COLABORADOR

Como consecuencia de la descripción efectuada en el punto anterior, hoy es posible que una misma clase de delito federal pueda ser investigado y juzgado con alguno de esos dos códigos distintos. Esto repercute en el tratamiento *totalmente diferente* de un sinnúmero de institutos, entre ellos, el papel del “imputado arrepentido” o “colaborador”.²² En particular, *de qué modo ingresa su declaración en el juicio oral y público cuando ella indica a una persona coimputada*.

Desde la sanción de la ley 27.304, se han sucedido diferentes casos en los cuales las fiscalías celebraron acuerdos de colaboración con personas imputadas. Se trató de supuestos vinculados con el lavado de dinero, tráfico de estupefacientes o de corrupción en la administración pública. Muchos de estos casos alcanzaron gran notoriedad, por el impacto en la opinión pública de las denuncias realizadas, que involucraban, por ejemplo, a altos funcionarios. Uno de los problemas planteados en estos es, justamente, el objeto de este trabajo: si el imputado “arrepentido” o “colaborador” podía ser citado a declarar en el juicio oral y público; y, si esto era así, en qué rol lo hacía (imputado o testigo).

Para resolver la cuestión, las reglas son diferentes según el código procesal aplicable. Así, según el art. 392, CPPN, ley 23.984, durante el juicio oral y público es posible incorporar por lectura, “...*las declaraciones prestadas por coimputados, ya sobreseídos o absueltos, condenados o prófugos, como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo...*”. En cuanto al imputado, establece como un deber del presidente recibirle declaración indagatoria luego de iniciado el debate. Este acto de defensa está minuciosamente reglado (arts. 296 a 299; 378 a 380), que incluye, por ejemplo, un exhaustivo interrogatorio de identificación (abarca desde sus datos personales hasta sus eventuales condenas penales). La persona imputada goza del derecho de negarse a declarar; y si declara, puede también negarse a responder alguna o varias preguntas. En caso de guardar silencio, se lee su declaración prestada en la investigación preliminar (si lo hizo). También es posible que si declara en ambas oportunidades (la instrucción y el juicio oral y público), el presidente de la audiencia le marque las contradicciones detectadas entre ambas.

En el CPPN, si el juicio es conjunto (es decir, contra quien se “arrepintió” y otros acusados), el coimputado arrepentido *decide* si quiere declarar. Si lo hace, incluso se admite que puede mentir, en tanto es un acto de defensa. También *puede negarse a responder alguna o algunas preguntas*. Ahora bien, si el coimputado arrepentido decide *no declarar* se debe leer su declaración indagatoria previa (que puede ser independiente de aquella con la cual alcanzó un acuerdo), realizada, en cualquier caso, *sin control de la defensa*.

²² Esta forma de tratamiento diferente es posible extenderla a todos los otros códigos procesales vigentes en las restantes provincias argentinas, en tanto es posible celebrar acuerdos de colaboración por delitos no federales. Ese estudio es aquí imposible de emprender por razones espacio.

En cambio, el CPPF, ley 27.482, regula escuetamente la declaración del imputado en el juicio oral y público. Solo refiere, en el último párrafo del art. 294: *"En el curso de la audiencia, el imputado podrá hacer todas las declaraciones que considere oportunas. Las partes podrán formularle preguntas o requerirle aclaraciones..."*.

Hasta el momento, en los casos reglados por el CPPN, ley 23.984, los imputados arrepentidos que aceptaron declarar en el juicio, lo hicieron como tales, *pero se limitaron a reconocer el acuerdo celebrado con la fiscalía y se negaron a responder preguntas de las defensas*. En tanto que, en el CPPF, ley 27.482, los casos han sido pocos, pero parte de la doctrina sostiene que la fiscalía debería elaborar su caso *sin contar* con la declaración del colaborador en el juicio. Según esta posición, la fiscalía debe aprovechar la información provista por aquel para conseguir la evidencia que le permita sostener la acusación, *prescindiendo de su declaración*. De este modo, el imputado arrepentido o colaborador declara como imputado en el juicio en el cual se juzga su responsabilidad *solamente* si expresamente lo acepta, y si declara, *puede decir lo que quiera, incluso mentir y contradecirse con su declaración anterior*. Según esta posición, esto no tendría efecto alguno sobre el acuerdo ni significa responsabilidad con respecto al art. 276 bis, CP, porque ya cumplió con lo pactado. Sin embargo, no renunció a su derecho de defensa, lo cual justifica ese comportamiento durante el juicio.²³

La doctrina y la jurisprudencia argentinas *siempre consideraron a la declaración del coimputado* como un elemento de convicción de menor valor, semejante a un indicio,²⁴ al igual que ocurre, por ejemplo, en Alemania.

Con el transcurso del tiempo, y la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos se agregó una cuestión relevante, esto es, *el derecho a la examinación del testigo de cargo*, previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2.f) y la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6.3.d). Dicho de modo muy sintético, por "testigo de cargo" debe entenderse *toda declaración de una persona en que se funda una acusación o una decisión judicial condenatoria*.²⁵ Por lo demás, la jurisprudencia americana y europea sobre derechos humanos permiten sostener este estándar.²⁶

²³ CARBAJAL, Fernando, op. cit., pp. 174 y sigs., en particular, 176.

²⁴ La Corte Suprema argentina consideró, en una sentencia antigua, con respecto a las incriminaciones de los coimputados "...que las acusaciones de esta especie son siempre, en principio, sospechosas, aunque quienes la formulen no hayan de conseguir con ellas excusar o aminorar su responsabilidad penal, por lo cual, para que constituyan prueba, es decir, para que susciten convicción en quien juzga, han de tener particular firmeza y estricta coherencia". También la Corte se refirió a la escasa fiabilidad de los dichos de coimputados cuando son tardíos, cambiantes, contradictorios e interesados Caso "Josefina Panelatti de Domper", del 24/11/1949, Fallos de la Corte Suprema, t. 215, p. 334

²⁵ Un estudio minucioso en SANCINETTI, Marcelo A., *Análisis crítico del caso "Cabezas"*, t. II, "El juicio", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 832 y sigs.

²⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos "Bönisch vs Austria", Serie A, N° 92, 6/5/1985; "Unterperlinger vs. Austria", Serie A, N° 110, 24/11/1986; "Barberà, Messegue y Jobardo vs. España", Serie A, N° 146, 6/12/1988; "Saïdi vs. Francia", Serie A, N° 261-C, del 19/12/1990; Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Castillo Petrucci c/ Perú", del 30/5/1999.

El imputado arrepentido en el derecho penal argentino: ¿testigo o coimputado?

Ahora bien, el punto es *cómo* este derecho del coimputado *señalado* por otro que ha decidido colaborar se lleva a la práctica. Es posible pensar diversos universos de casos de acuerdo con la clase de colaboración, la participación y la información prestada²⁷ (ayuda en un proceso conexo; colaborador que no participó en el hecho informado) pero *siempre* aparecerá la siguiente paradoja. Si el colaborador declara como *testigo* (porque *ya* lo hizo como arrepentido, *pero* en *otro proceso*) siempre existirá la posibilidad de autoincriminarse en el que *ahora* está obligado a manifestarse (por ej. un integrante de una asociación criminal que al ser preguntado “confiesa” su participación en otro hecho). Es que, más allá de las amplias facultades que le concede, por ej. el derecho procesal penal alemán de contar con un asesor, el testigo *no puede negarse* a contestar preguntas.

En este punto, resulta interesante recordar una polémica surgida hace ya muchos años, en la década de 1980, que ocupó a la doctrina procesal penal alemana. Se trató de la discusión sobre la llamada *teoría del cambio de roles*, ácidamente criticada por Karl Peters.²⁸

Uno de los argumentos principales de este autor para rechazar esta teoría desde el punto de vista de la psicología judicial, consistía en que la declaración del testigo tenía un valor más alto que la del imputado, con lo cual, esa mutación de roles, permitía adquirir mayor certeza. De ese modo, una declaración de por sí sospechosa (la de la persona coimputada) adquiriría un estatus más elevado. Sin embargo, ya entonces se ponía en duda el fundamento empírico de esa afirmación. Y hoy, gracias a la *psicología del testimonio*, se ha hecho evidente los déficits epistemológicos de esta prueba. No por casualidad, un capítulo relevante en la valoración de la prueba es la *teoría de la credibilidad del testimonio*, y los intentos de distinguir entre *error* y *mentira*.²⁹ De allí también cierto escepticismo acerca de su valor probatorio.³⁰

²⁷ Sobre la diferente información que puede aportar, ver KÜHNE, Hans-Heine *Strafprozessrecht*, 8a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2010, pp. 490 - 491, nm. 800.1.

²⁸ Se trataba de una práctica procesal, consistente en separar los procesos en los cuales había más de un imputado, para recibir sus declaraciones como testigos con respecto a los otros coimputados.

²⁹ La bibliografía y los estudios sobre la psicología del testimonio son amplísimos; entre otros, pueden citarse BENDER/NACK/TREUER, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, 4ª ed., C.H. Beck, 2014, pp. 1 - 127; ARNTZEN, Friedrich, *Psychologie der Zeugenaussage*, 5ª ed., München, 2011; JANSEN, Gabriele, *Zeuge und Aussagepsychologie*, 2ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2012; DE PAULA RAMOS, Vitor, *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con psicología y epistemología*, Marcial Pons, Madrid, 2019; MAZZONI, Giuliana, “¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria”, Trotta, Madrid, 2010; DIGES, Margarita, “Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense”, Madrid, Trotta, 2016; DEANESI, Laura, “Introducción a la psicología del testimonio: Nuevas perspectivas”, en “Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires”, 2010, pp. 5 - 14; ese trabajo está reproducido en PASTOR, Daniel (director) / GUZMÁN, Nicolás (coordinador), “Problemas actuales del Derecho procesal penal”, Ad - Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 439 - 448; véase en particular la bibliografía que se indica en las ps. 447 - 448.

³⁰ ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd, “Strafverfahrensrecht”, 28ª ed., 2014, p. 202, nm. 1.

Pero lo decisivo es que la declaración del coimputado colaborador contradice la *máxima*, según la cual el imputado *no puede ser testigo*.³¹ Sin embargo, la solución que prohíbe la declaración como testigo del coimputado colaborador, lo *protege* a él, pero, en simultáneo, afecta irremediablemente la defensa de la otra persona coimputada, en tanto dependerá de la voluntad de quien lo imputa poder ejercer su derecho al contra interrogatorio.³² En este aspecto entonces, y así como hasta hoy está regulado el instituto, la decisión de colaborar *se transforma casi de modo necesario en un desmedro de las facultades del coimputado*.

VI. RESUMEN Y ¿POSIBLE? SOLUCIÓN

El problema aquí resumido quizás tenga su origen en el modelo anglosajón desde donde fue importado. En el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, toda persona que declara en un juicio lo *hace como testigo*. Sin embargo, por los principios constitucionales que gobiernan el derecho penal procesal argentino no es posible que la persona imputada declare bajo juramento.

En general, quienes se pronuncian sobre esta clase de institutos basados en la “colaboración” hacen hincapié en las nuevas formas de la criminalidad, frente a las cuales el Estado está indefenso o no puede actuar (ver punto III). Sin embargo, el principal problema que no ha podido ser resuelto *es el valor epistemológico* de esta clase de declaraciones. Si la búsqueda de la verdad real —con todas sus limitaciones— sigue siendo un objetivo del proceso penal, lo cierto es que las declaraciones del coimputado que acusa a otra persona, máxime cuando recibe un beneficio, *no pueden despojarse de las dudas y sospechas que genera*. De allí que pueda ser *una fuente real* de sentencias erróneas.

Frente a estos múltiples problemas del “arrepentido”, en Alemania, se han propuesto de *lege ferenda*, diferentes soluciones: el recurso de revisión en contra del imputado colaborador, una solución en la ejecución de la pena y la obligatoriedad de contar con otros medios de prueba para validar su declaración.³³

El derecho argentino ya ha establecido una regla similar a esta última (de este modo, contradiciendo la libre valoración de la prueba).³⁴ En este contexto, las solu-

³¹ ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd, loc. cit., nm. 4.

³² Sobre las diferentes formas de interrogar a un imputado colaborador es muy ilustrativa la obra de CAROFIGLIO, Gianrico, “*El arte de la duda*”, traducción de Luísa Juanatey, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 117 y sigs.

³³ CHRISTOPH, Stephan, “*Der Kronzeuge im Strafgesetzbuch*”, Nomos, Baden-Bande, 2019, pp. 262 – 268.

³⁴ Así, el art. 208, del CPPF, establece que la sentencia de condena no puede fundarse únicamente en las manifestaciones efectuadas por el imputado. “*Para la asignación de responsabilidad penal sobre*

El imputado arrepentido en el derecho penal argentino: ¿testigo o coimputado?

ciones hasta ahora propuestas son variadas. Así, para algunos autores, y como ya se vio, el imputado colaborador es totalmente libre de declarar (lo que incluye negarse a hacerlo), contestar preguntas o no responderlas. Otros autores señalan que si esto ocurre (negativa a declarar o a responder preguntas) obliga a una valoración más cuidadosa de la información brindada por el coimputado.³⁵ Sin embargo, en todos estos supuestos, sigue ausente el problema de la otra persona imputada, quien frente a la negativa de quien colabora, *no puede interrogarla*. Frente a esa situación de *lege lata* podría pensarse en incorporar en los acuerdos de colaboración entre la fiscalía e imputado, una cláusula que lo obligue a ratificar la información brindada en el juicio, y a la vez, contestar los interrogatorios de las partes.³⁶ Otra posibilidad, aunque de *lege ferenda*, es convertir al imputado colaborador *en testigo*, pero ya no por el valor epistemológico de su declaración sino para permitir el adecuado ejercicio del derecho de defensa de quienes han sido apuntados por él. Pese a estas posibles soluciones, siempre se chocará con un obstáculo: la declaración del coimputado nunca podrá ser un medio de prueba.

la base de estos elementos, el órgano judicial deberá indicar de manera precisa y fundada la correlación existente entre tales manifestaciones y las restantes pruebas que dan sustento a la condena. La materialidad de un hecho delictivo no podrá probarse únicamente sobre la base de dichas manifestaciones."

³⁵ Un completo análisis de las diferentes posiciones por MORILLO-GUGLIELMI, Gisela, en DONNA, Edgar-do / DÍAS, Leonardo (Comps.), *"Código procesal penal federal comentado"*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2022, comentario a los arts. 195 a 208, en particular pp. 710-713.

³⁶ Además de otras salvaguardas internas al funcionamiento de la fiscalía, que aquí no podemos desa-rrrollar.

