

## EL ARREPENTIDO: ENTRE PRUEBA Y ERROR

Anna Richter

UNC-CIJS-CONICET

anna.e.m.richter@gmail.com

**RESUMEN:** En los últimos años, la figura del arrepentido ha recibido un mayor interés, que también se refleja en su inclusión —de manera explícita o implícita— en diferentes ordenamientos jurídicos. Junto con ello aumentaron las discusiones alrededor de esta nueva herramienta de investigación de delitos y una de las preguntas más recurrentes versa sobre si y cómo se puede justificar la implementación de la delación premiada en nuestros ordenamientos jurídicos. En especial, me interesan dos cosas. Por un lado, intentaré ordenar y agrupar o sistematizar las diferentes posturas de aceptación o rechazo de la figura y, por otro, buscaré formas para evaluar la aceptabilidad de sus argumentos. Espero que estas observaciones tentativas tengan utilidad para un problema recurrente en el análisis de los procedimientos y la prueba: el riesgo de aceptar o no ciertos errores y su vinculación con los estándares de prueba.

**PALABRAS CLAVE:** arrepentido, prueba, sistemas procesales perfectos, imperfectos y puros, error material, error procedimental.

## THE CROWN WITNESS BETWEEN PROOF AND ERROR

**ABSTRACT:** In recent years, there has been a growing interest in the concept of the «Crown witness», which is also reflected in its inclusion—explicitly or implicitly—in different legal systems. Along with this, the discussions around this new tool of criminal investigation has increased, and one of the most recurrent questions is whether and how the implementation of the Crown witness in our legal systems can be justified. In particular, I am interested in two things. On the one hand, I will

try to sort and group or systematise the different positions of justification or rejection of the Crown witness and, on the other, I will search for ways to assess their convincing force. I hope that these tentative observations will be useful for a recurrent problem in the analysis of procedures and evidence: the risk of accepting or not accepting certain errors and their link with standards of proof.

**KEYWORDS:** crown witness, proof, perfect, imperfect and pure procedural systems, material error, procedural error.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. DISCUSIONES ALREDEDOR DEL ARREPENTIDO: 2.1. Preguntas de aplicación. 2.2. Aceptación (o rechazo) de la figura: 2.2.1. *Valoración de la posición pragmatista: sistemas procesales perfectos, imperfectos y puros.* 2.2.2. *Aplicación a la figura del arrepentido.* 2.2.3. *Procedimiento:* 2.2.3.1. *Información valorable.* 2.2.3.2. *Grado de probabilidad necesario – estándar probatorio.* 2.2.4. *Riesgo de error.* 2.2.5. *Ponderación de los criterios de justificación y riesgos de error.*—3. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

La investigación de la figura del arrepentido plantea muchas preguntas, de las que una gira ya alrededor de su nombre y definición, a saber, qué entendemos por «arrepentido». Esta pregunta se plantea porque a lo largo del tiempo y en los diferentes ordenamientos jurídicos, la figura en cuestión ha recibido nombres muy diversos con connotaciones variadas, como por ejemplo «delación premiada», «*king's*» o «*queen's evidence*» o «testigo de la corona».

En Argentina es conocida como «arrepentido», lo que ha despertado múltiples críticas, dado que la motivación de la persona que se ampara en esa institución es irrelevante, es decir, no se requiere arrepentimiento o remordimiento en el sentido común de la palabra (Díaz Cantón, 2016, p. 21). En España y algunos otros países hispanoparlantes se la denomina «delación premiada», expresión también usada por la dogmática penal argentina, aunque no por la legislación, y que parece conllevar cierto desprecio y recuerda a frases de la Biblia ampliamente citadas por la dogmática penal en ese contexto (Hairabedián, 2019, p. 13; Ortiz, 2017, p. 42). Desde el mundo anglosajón, y especialmente desde el Reino Unido, viene el término «*crown's evidence*», que también existe en las variantes «*king's*» o «*queen's evidence*» y se ha extendido por ejemplo a Alemania, donde se usa su traducción *Kronzeuge*, *i. e.* «testigo de la corona», lo que hace referencia al hecho de que ese testigo es propuesto por la acusación y no por la defensa.

Pese a los diferentes nombres que ha recibido, la idea básica es siempre la misma: a una persona imputada por algún delito se le ofrece una disminución o incluso la exención de la pena si proporciona información relevante para la investigación de algún delito. La diferencia con otros tipos de informantes estriba en el rol que el arrepentido desempeña en el proceso penal: se trata de alguien que va a ser imputado, no de un mero testigo. Y la diferencia con la confesión consiste en que la información facilitada

no se refiere (o no solamente) a la propia participación en algún delito, sino que se extiende a delitos cometidos por otros o a la colaboración de otros en delitos conjuntos.

En los últimos años, la figura del arrepentido ha suscitado un interés mayor, que también se refleja en su inclusión —de manera explícita o implícita— en diferentes ordenamientos jurídicos.

Así, en Argentina, entre los años 2016 y 2019 se implementó en el Código Penal de la Nación y diferentes Códigos Procesales Penales la unificación de la figura del arrepentido, que antes estaba regulada en diferentes leyes específicas y solo para delitos aislados. Ahora, y según el art. 41 ter CP, se pueden reducir las escalas penales para un imputado que brinda información precisa, comprobable y verosímil sobre delitos específicos enumerados en el art. 41 ter (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1992; Cámara Nacional de Casación Penal, 1995; Hairabedián, 2019). El art. 41 ter CP también establece que «los datos o información aportada [deben contribuir] a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o 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 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 previstos en el presente artículo». En algunos de los Códigos Procesales Penales de las provincias argentinas se ha establecido un procedimiento específico para la celebración del acuerdo de colaboración, como por ejemplo en los arts. 360 ter y ss. del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (CPPCor). En el art. 360 quater CPPCor se exige la firma de un acuerdo escrito entre el Ministerio Público fiscal y el imputado arrepentido en el que se establece no solo el tipo de información que proporcionará el imputado —con mención de nombres, hechos, fechas, números de teléfono, etc.— sino también el compromiso de la reducción de la escala penal. Tal acuerdo debe ser homologado por el Juez de Control (art. 360 quinques CPPCor), quien, según el art. 360 septies CPPCor, además ha de establecer en un plazo máximo de un año «si se ha logrado razonablemente corroborar la veracidad, pertinencia y grado de relevancia conviccional de la información proporcionada por el imputado arrepentido». Por último, el CPPCor establece que el Tribunal de Sentencia no podrá dictar una sentencia condenatoria ni contra el imputado arrepentido ni contra las personas delatadas solamente en base a la declaración delatoria.

En Alemania hubo varias idas y vueltas de implementación y derogación<sup>1</sup> hasta que en el 2013, la figura del arrepentido finalmente tomó la forma que tiene actual-

---

<sup>1</sup> Con la Ley para la modificación del Código Penal, del Código Procesal Penal y de la Ley sobre la Reunión y para la implementación de una regulación del testigo de la corona en delitos terroristas se incorporó en el 1989 por primera vez una regulación limitada en el tiempo del testigo de la corona en el ordenamiento jurídico alemán, que después de varias renovaciones, caducó en el 1999. Recién en

mente. Según el § 64 b inc. 1 StGB, el Tribunal puede disminuir la pena —y en casos excepcionales incluso prescindir de ella— cuando el autor de un delito aportó voluntariamente información para esclarecer o impedir un delito grave según el § 100a II StPO. El § 46 b inc. 1 StGB exige además que el delito informado tenga una relación con el delito cometido por el imputado arrepentido. Si el imputado arrepentido participó del delito informado, debe aportar información que se extienda más allá de su propia colaboración. Tal información debe brindarse antes de la elevación a juicio (§ 46 b inc. 3 StGB), pero más allá de eso no se ha establecido un procedimiento específico para la celebración del acuerdo. Más bien, el § 46 b inc. 2 StGB le concede discrecionalidad en la decisión sobre la celebración del acuerdo, indicando meramente que ha de incluir en su ponderación el tipo y alcance de los hechos informados y su relevancia para la investigación del delito, el momento de la declaración y la relación de la información dada y el aporte a la investigación con la gravedad del hecho cometido y la culpa del imputado.

En España no existe una regulación general del arrepentido, sino regulaciones específicas para delitos determinados, como por ejemplo el terrorismo. Además, el Tribunal Supremo español ha expandido la atenuante del art. 21 inc. 7 CP, según la cual «cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores» es una circunstancia atenuante. Entre tales circunstancias anteriores análogas a la situación del arrepentido se pueden mencionar especialmente el art. 21 inc. 4 CP, que se refiere a la confesión del imputado, y el art. 21 inc. 5, que comprende la disminución por parte del imputado de los efectos del daño ocasionado a la víctima<sup>2</sup>. De ello, el Tribunal Supremo español infiere una atenuante también para cualquier imputado arrepentido que colabore con la justicia mediante la facilitación de información a las autoridades.

En este breve y muy superficial recorrido ya vemos que las regulaciones del arrepentido pueden tomar formas muy diversas y contener criterios más o menos específicos para el otorgamiento de ese beneficio.

## 2. DISCUSIONES ALREDEDOR DEL ARREPENTIDO

Independientemente de la regulación específica, la figura del arrepentido despier-ta por lo menos dos tipos de discusiones, a saber, preguntas acerca de su aplicación y preguntas sobre su justificación.

---

el 2009 se implementó una regulación general del testigo de la corona en el § 46 b del Código penal alemán (Strafgesetzbuch, StGB), que, tras varios cambios, sigue vigente hasta la fecha.

<sup>2</sup> Art. 21 CP español: «Son circunstancias atenuantes: [...] 4.<sup>a</sup> La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades. 5.<sup>a</sup> La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral».

## 2.1. Preguntas de aplicación

Como ya indica su nombre, las preguntas acerca de la aplicación versan sobre la cuestión de cuándo es posible recurrir al beneficio de la delación premiada; es decir, si se requiere una imputación formal (Aboso, 2018, p. 174) para acogerse a ese beneficio o si también pueden ampararse bajo la figura del arrepentido aquellas personas que se presentan de manera espontánea ante los órganos de persecución penal sin que exista una sospecha previa contra ellas (Hairabedián, 2019, p. 50). Estas preguntas y sus posibles respuestas dependen principalmente de la regulación normativa específica de cada ordenamiento jurídico. A lo largo de este trabajo retornaré a algunas de ellas refiriéndome principalmente al ordenamiento jurídico argentino.

## 2.2. Aceptación (o rechazo) de la figura

El segundo grupo de discusiones sobre la figura del arrepentido no se ocupa de su aplicación en un caso concreto, sino de la pregunta sobre si y cómo se puede justificar la implementación de la delación premiada en nuestros ordenamientos jurídicos.

Es la pregunta más recurrente respecto del arrepentido y quisiera indagar un poco más en ella en lo que resta del texto. En especial, me interesan dos cosas. Por un lado, intentaré ordenar y agrupar o sistematizar las diferentes posturas y, por el otro, analizaré si sus argumentos resisten un examen más detenido. Espero que estas observaciones tentativas tengan utilidad para un problema recurrente en el análisis de los procedimientos y la prueba: el riesgo de aceptar o no ciertos errores y su vinculación con los estándares de prueba.

En el debate sobre si la disminución de la pena a cambio de información relevante es o no una propuesta aceptable en nuestros ordenamientos jurídicos actuales de índole occidental-liberal, se pueden distinguir a grandes rasgos por lo menos cuatro posiciones diferentes que llamaré posición garantista, procesalista, compatibilista y pragmatista. Ha de aclararse que las clasificaciones aquí realizadas no siempre se encuentran de manera tan pura en la realidad. Más bien, son construcciones teóricas e ideales para aprehender las discusiones dogmáticas y jurisprudenciales. Así, la argumentación sobre la figura del arrepentido puede presentar formas mixtas o matices de las cuatro posiciones. De hecho, es muy común que una persona se refiera a varias de las posiciones a la vez y las acepte en diferentes grados. Lo que aquí se pretende hacer es una presentación de las posiciones que mayormente se encuentran en la discusión sobre la figura del arrepentido, sin descartar que puede haber desviaciones de esas corrientes mayoritarias. Hecha esta aclaración, voy a presentar de manera muy breve las cuatro posiciones y detenerme un poco más en la última.

Según la posición garantista, habría que rechazar la figura del arrepentido porque no sería compatible con varios principios procesales básicos, como el derecho de

defensa, la presunción de inocencia, el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, el principio de igualdad o el de proporcionalidad de la pena. Entre otros argumentos, las y los defensores de esta posición afirman que la oferta de beneficios a cambio de información entra en tensión con el principio *nemo tenetur*, porque ante la opción de entrar en prisión preventiva o de confesar no solo los delitos propios sino también los ajenos, el imputado no puede tomar una decisión libre, sino que es coaccionado a declarar (Cámara Federal de Casación Penal, 2020; Ferrajoli, 2018; Krugilansky, 2019; Díaz Cantón, 2016).

Como se verá a continuación, la pregunta de si el arrepentido infringe ciertos principios fundamentales es uno de los puntos más discutidos respecto de esta figura, no solo por la posición garantista que afirma tales infracciones y por ende rechaza al arrepentido, sino también por quienes lo aprueban. Estos últimos basan su postura favorable en una interpretación de los principios compatible con la figura del arrepentido (Christoph, 2018). La aquí llamada posición procesalista afirma incluso que esta figura fomenta y fortalece ciertos principios fundamentales. Para ello, argumenta que en nuestras sociedades el Estado tiene el monopolio del poder, cuya contracara es su obligación de asegurar un proceso penal rápido y eficaz dirigido a la búsqueda de la verdad. Por ello, deberían adoptarse todas las medidas y herramientas que aceleren y agilicen el proceso, siempre y cuando también sirvan al fin ulterior del proceso penal, la condena de los culpables y la absolución de los inocentes. Si la figura del arrepentido cumple con esos requisitos, se puede exigir su incorporación al proceso penal basado en el principio del debido proceso y los fines ulteriores del proceso penal como la búsqueda de la verdad y la persecución de la delincuencia. Esta posición procesalista no se encuentra tan explícitamente en la discusión jurídico-penal, pero es —como se verá más adelante— el fundamento de la cuarta posición, la posición pragmatista. Pues, según la posición pragmatista, habría que aceptar la figura del arrepentido porque es una herramienta útil en la persecución de ciertos delitos difícilmente perseguibles con los métodos tradicionales, como la corrupción, el crimen organizado o los delitos de cuello blanco. Detrás de ello se puede percibir la opinión de que la persecución de tales delitos es valiosa y debe realizarse de la manera más eficiente posible, lo que nos lleva a los razonamientos de la posición procesalista. Por ello, quienes defienden la posición pragmatista, en última instancia también son reconducidos a esta posición procesalista.

La tercera posición, que llamo compatibilista, es en cierta medida la contracara de la garantista. Según esta posición, han de respetarse las garantías procesales, pero no hay que perder de vista que son solo excepciones a una norma más fundamental y general, según la cual no habría que mentir y habría que admitir voluntariamente y por iniciativa propia los delitos o errores cometidos. Dentro de ese deber de decir la verdad, el derecho a no autoincriminarse podría considerarse como una causa de exculpación (Green, 2006). Por ello, una limitación de las garantías procesales, por ejemplo mediante la figura del arrepentido, no sería ningún problema, sino simplemente una manera de reforzar la obligación moral básica de cualquier persona de colaborar con el proceso penal (Dolinko, 1986; Green, 2006; Laudan, 2006; Peralta, 2020).

Respecto de estas primeras tres posiciones pueden observarse dos cuestiones dignas de ser resaltadas. Primero, parece existir la posibilidad de argumentar tanto a favor como en contra de la figura del arrepentido en base a los principios procesales fundamentales. Y segundo, la valoración de si la figura del arrepentido es compatible o no con tales principios parece depender de la interpretación o el alcance que se da a esos principios. Tal alcance de los principios mencionados depende en gran medida de la relación entre Estado y ciudadano y, en última instancia, de la teoría política o moral que se elige como base para nuestras sociedades. Por ello, habría que aclarar primero qué teoría política o moral se va a elegir para dar alcance a los principios en cuestión y después se podría responder la pregunta de si la figura del arrepentido es compatible con ellos o no.

Aquí no indagaré más en este punto. En lo que resta del trabajo me centraré más bien en la cuarta posición, que toma un camino diferente. No sigue un razonamiento basado en principios, como las primeras tres, sino se centra en los efectos que la adopción de la figura del arrepentido podría tener. A diferencia de las anteriores, que se podrían denominar deontológicas, esta posición es pragmatista y, si se quiere, consecuencialista. Según ella, el arrepentido es una herramienta útil para la obtención de prueba en delitos específicos cuya investigación es muy difícil si no imposible sin conocimiento interno o *insight*. Así, Ortiz (2017, p. 41) afirma para el caso español que la delación premiada es una «herramienta muy efectiva para destapar, investigar y castigar las conductas relacionadas con la corrupción pública y la delincuencia económica empresarial [porque] una privilegiada fuente de información en la delincuencia económica suelen ser los propios miembros de dicha trama». De la dogmática argentina se puede mencionar a Hairabedián (2019, p. 9), según el cual «las dificultades propias de los delitos de criminalidad compleja, organizada de cuello blanco o cometidos en aparatos organizados de poder» consisten en una suerte de «pacto de silencio» y la impermeabilidad de esas organizaciones. Por ello harían falta figuras como la del arrepentido, cuya «relativa eficacia [queda] demostrada por la práctica nacional y comparada».

### 2.2.1. *Valoración de la posición pragmatista: sistemas procesales perfectos, imperfectos y puros*

Para valorar esta posición habría que analizar si la utilidad de la figura del arrepentido realmente es tan grande como asumen los pragmatistas. Para ello habría que realizar un cálculo de costos y beneficios de la delación premiada. Este cálculo viene dificultado por el hecho de que, generalmente, las posiciones pragmatistas solo se limitan a resaltar los supuestos beneficios de la figura del arrepentido. Pero para poder emitir un juicio razonable sobre la utilidad de la delación premiada habría que incluir también los costos, es decir, las desventajas que puede conllevar la inclusión de la figura del arrepentido en el ordenamiento jurídico. Además, habría que contemplar el riesgo de error en la asunción de costos y beneficios. Es decir, la probabilidad de que se den o no se den los alegados beneficios y desventajas.

Con ello, el cálculo debería contemplar tres elementos: los beneficios, las desventajas y la probabilidad o el riesgo de error de que efectivamente se den tales beneficios o desventajas.

Este cálculo se puede traducir en los conocidos sistemas procesales perfectos, imperfectos o puros, en los que se establece si un determinado procedimiento da o no el resultado esperado (Rawls, 1971; Celano, 2001).

Como es sabido, los análisis de sistemas normativos o de justicia en términos procesales incluyen al menos cuatro variables. Un «stock» de cargas y beneficios a dividir o distribuir (*pena, indemnización, libertad, servicio militar, derecho a la salud*), un criterio de justicia (*a todos por igual, solo a los hombres blancos, a los que menos tienen*), un procedimiento (*tirar la moneda, código de procedimiento X*) y un resultado o «match». Esto último significa la relación entre el criterio de justicia y el resultado del procedimiento o, en otras palabras, la respuesta a la pregunta de si el resultado obtenido mediante el procedimiento establecido cumple el criterio de justicia elegido.

Los sistemas procesales perfectos, imperfectos y puros se distinguen respecto de esas cuatro variables de la siguiente manera: un sistema procesal perfecto establece un procedimiento que asegura que el resultado obtenido coincida siempre con el criterio de justicia elegido. Un ejemplo para ello es la muy citada división de una torta o una *pizza* (Rawls, 1971). Aquí, el criterio de justicia consiste en la exigencia de que cada comensal obtenga un trozo igual de grande que las y los demás, y el procedimiento a seguir es la división de la torta en trozos de igual tamaño según las reglas de la geometría. De esta manera, el resultado, *i. e.* los trozos obtenidos, cumplen siempre el criterio de justicia, porque cada uno de ellos tendrá el mismo tamaño que los demás y, por ende, cada comensal obtendrá la misma porción de torta.

Un sistema procesal imperfecto también establece un criterio de justicia independiente del proceso, pero no existe ningún procedimiento que pueda asegurar que el resultado obtenido coincida siempre con ese criterio de justicia. El ejemplo famoso usado por Rawls (1971) para este tipo de justicia procesal es el proceso penal, que, incluso con el mayor cuidado, no puede asegurar que solo se sancione a los culpables o que todas las sanciones impuestas reflejen totalmente la gravedad de los hechos.

En un sistema procesal puro, en cambio, no existe un criterio de justicia independiente del proceso: solo hay un procedimiento correcto o justo. Esto significa que cualquier resultado que da el procedimiento elegido también ha de considerarse justo. El ejemplo de Rawls (1971) para este tipo de sistema son los juegos de azar. Si participo en una lotería y no obtengo ningún premio, porque los números elegidos por mí no coinciden con los sorteados, no se puede decir que me trataron injustamente. El criterio de justicia de una lotería consiste justamente en que los números sorteados según el procedimiento establecido sean premiados.

### 2.2.2. *Aplicación a la figura del arrepentido*

Si se aplican estas consideraciones más teóricas a la cuestión que me interesa aquí, la evaluación de la utilidad de la figura del arrepentido, han de identificarse en un primer paso las cuatro variables antes mencionadas, el *stock* de bienes a distribuir, el criterio de justicia, el procedimiento y el resultado. En un segundo paso ha de analizarse si nos encontramos ante un sistema procesal perfecto, imperfecto o puro, lo cual depende —como se ha visto antes— de la coincidencia o no del resultado con el criterio de justicia y de la independencia del criterio de justicia del procedimiento establecido.

Para el primer paso, la identificación de las cuatro variables en la figura del arrepentido, se obtiene el siguiente panorama: en la figura del arrepentido, el «*stock*» de cargas y beneficios es el tratamiento penal que reciben las personas imputadas, es decir, las sanciones (o absoluciones) que se les imponen. Lo que en la justicia procesal se llama «criterio de justicia» es entonces el objetivo que se persigue en el proceso penal en general o específicamente con la figura del arrepentido, un fin más o menos ideal, como por ejemplo un supuesto beneficio de la delación premiada. Bajo este marco de «beneficios» pueden ponerse varias cosas: averiguación de la verdad, punición de culpables, ahorro de tiempo y recursos, etc. También se pueden establecer criterios de justicia en los que el beneficio consiste en evitar una posible desventaja, como garantizar el cumplimiento de principios procesales (*in dubio pro reo*, *nemo tenetur se ipsum accusare*, etc.).

### 2.2.3. *Procedimiento*

El procedimiento para perseguir tal objetivo consiste en la obtención de información mediante la figura del arrepentido y la disminución de la pena por la colaboración brindada bajo las reglas y estándares probatorios establecidos por las normas del derecho penal y procesal penal.

Respecto de este punto se da la siguiente particularidad: en la figura del arrepentido se pueden distinguir dos hechos. Por un lado, el hecho principal (hecho<sub>1</sub>) por el que la persona arrepentida misma está (o estará) investigada como autora o partícipe y que determina su condición de imputada. Este hecho generalmente ya es conocido por los órganos públicos, aunque está discutido si una persona contra la que todavía no existe una sospecha inicial puede presentarse ante los órganos de persecución penal para ofrecerse como arrepentido (Hairabedián, 2019; Aboso, 2018). Lo que sí está claro es que el goce del beneficio de la disminución de la pena a cambio de información requiere que en algún momento se impute e imponga una sentencia condenatoria a la persona imputada como arrepentido, porque solo entonces es posible imponerle una sanción que puede ser disminuida en el marco del acuerdo de colaboración. Este es el momento que me interesa en el presente trabajo, por lo que no indagaré

más en las mencionadas cuestiones iniciales. Por otro lado, existe un segundo hecho cometido por terceras personas (o por lo menos no cometido solamente por la persona arrepentida misma) sobre el que el arrepentido informa para obtener los beneficios de la delación premiada (hecho<sub>2</sub>). De esta manera, la declaración de la persona imputada tiene dos objetos, el hecho<sub>1</sub>, en el que declara como imputado propiamente dicho, y el hecho<sub>2</sub>, en el que declara como arrepentido. En materia probatoria, los hechos a los que se refieren la prueba y que pretenden ser probados en el proceso penal generalmente se llaman «objetos de prueba», por lo que aquí también se podría hablar de «objeto de prueba<sub>1</sub>» y «objeto de prueba<sub>2</sub>». Si el hecho<sub>1</sub> y el hecho<sub>2</sub> pueden ser dos hechos sin conexión alguna o si la información dada como arrepentido, *i. e.* la información sobre el hecho<sub>2</sub>, debe tener relación con el hecho<sub>1</sub> por el que la persona está imputada depende de las exigencias de cada ordenamiento jurídico. Por ello puede darse el caso de que el hecho<sub>1</sub> y el hecho<sub>2</sub> no sean dos hechos separados, sino que simplemente se refieran a aspectos diferentes de un mismo hecho delictivo, como cuando la persona imputada delata información sobre sus cómplices en la comisión del mismo delito por el que está imputada. Aun así, y para poder distinguir las exigencias a la declaración como persona imputada de las exigencias a la declaración como persona arrepentida se usarán aquí los términos hecho<sub>1</sub> y hecho<sub>2</sub>, independientemente de si realmente se trata de dos hechos delictivos diferentes.

Dado que el otorgamiento del beneficio de una sanción disminuida por la ayuda brindada solo depende del hecho<sub>2</sub>, aquí me puedo centrar en el procedimiento establecido para este, dejando de lado lo regulado para el hecho<sub>1</sub>. Esta cuestión depende obviamente de la normativa probatoria específica aplicable en un determinado ordenamiento jurídico. Por ello, su análisis debe realizarse dentro de un marco normativo específico. Aquí me centraré en la normativa argentina y me limitaré más aún, porque en Argentina existen veinticinco códigos procesales penales diferentes con exigencias probatorias no necesariamente coincidentes: tanto la Ciudad de Buenos Aires como cada una de las veintitrés provincias argentinas tiene su propio código procesal penal a lo que se suma el Código Procesal Penal Federal. Esta competencia provincial en materia procesal penal se basa en los arts. 75 inc. 12, 121, 126 CN, que no le adjudican tal competencia al Congreso de la Nación. Por ello, me limitaré al Código Penal y sus exigencias generales respecto de la figura del arrepentido y al Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (CPPCor). Esta elección se basa en las siguientes consideraciones: el Código Penal establece con su alcance nacional un marco general y uniforme para la aplicación de la figura del arrepentido en todo el territorio argentino. Pero dado que la competencia en materia procesal penal está en manos de las provincias, ha de tenerse en cuenta también la traducción de la normativa penal general a las particularidades procesales expresadas en los diferentes códigos procesales penales. Aquí se plantea por un lado la pregunta de si las provincias están obligadas o no a implementar la figura del arrepentido en sus legislaciones procesales penales, en la que no indagaré más (Cafferata Nores, 2020; Rissi, 2016; Hairabedián, 2019; Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, 2020). Por otro lado, y dado que no todas las provincias han adoptado una regula-

ción del arrepentido, surge la pregunta sobre cuál normativa debería analizarse. Aquí se va a tomar como punto de referencia el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba porque junto con algunos otros códigos procesales penales, como los de Mendoza o la Ciudad de Buenos Aires, incluye una regulación específica para la figura del arrepentido, mientras que la Provincia de Buenos Aires, por ejemplo, todavía no ha establecido una normativa específica.

Respecto de la valoración probatoria, se pueden distinguir por lo menos dos cuestiones diferentes. Por un lado, las exigencias probatorias determinan cuál es la información valorable que ha de ser distinguida de todo aquello que no se supone relevante. De esta manera, las normas respectivas limitan el actuar probatorio a aquellas cuestiones que se supone pueden aclarar y comprobar los hechos bajo discusión y que excluyen de la discusión todas las demás preguntas cuya respuesta no es necesaria para verificar los hechos alegados.

Por otro lado, establecen un estándar probatorio que expresa el grado de probabilidad necesario para dar un hecho por probado. Como se verá a continuación, estas dos cuestiones se encuentran en los requisitos probatorios establecidos tanto para el hecho<sub>1</sub> como para el hecho<sub>2</sub>, pero reciben respuestas diferentes.

#### 2.2.3.1. Información valorable

La información valorable depende principalmente de la determinación de lo que se considera el hecho a probar o el objeto de prueba, pues en base a este se determina qué información ha de considerarse relevante y cual no.

Respecto del hecho<sub>1</sub>, el objeto de prueba se determina en la acusación tal como está expresada en la elevación a juicio (arts. 355, 358 CPPCor). Con ello, el objeto de prueba se refiere a la existencia del hecho, que debe ser explicitado de manera «clara, precisa, circunstanciada y específica» en la acusación, así como a su calificación legal y a la individualización de la persona imputada. En el caso bajo análisis, el de la persona imputada arrepentida, estos requisitos generales respecto del objeto de prueba reciben una exigencia adicional, a saber, que el delito que se le atribuye al imputado arrepentido sea uno de los enumerados en el art. 41 ter CP. Con ello, no cualquier hecho delictivo susceptible de formar parte de una acusación es apto también como hecho<sub>1</sub> en el marco de la figura del arrepentido. Más bien, el hecho<sub>1</sub> tiene que referirse a uno de los delitos especialmente graves enumerados en el art. 41 ter CP. Esta relación entre la información valorable y el objeto de prueba puede especificarse aún más: según el art. 364 CPPCor, el tribunal puede rechazar «prueba evidentemente impertinente o superabundante». La prueba es impertinente cuando «evidentemente no [tiene] vinculación alguna con el objeto del proceso» (Jauchen, 2017, p. 39). De esta exigencia negativa se puede sacar la conclusión inversa de que la prueba debe ser pertinente, lo que establece la necesidad de una relación entre la prueba en cuestión y el objeto de prueba. Esta relación puede referirse a la existencia o a las particularidades del hecho que conforma el objeto de prueba, o a la participación de

la persona imputada en ese hecho (Jauchen, 2017, p. 39). Sin embargo, no se requiere una relación directa entre ambos, sino que se aplica un criterio amplio que también está satisfecho cuando la prueba no pretende comprobar el objeto de prueba mismo, sino que se refiere, por ejemplo, a la veracidad de otra prueba directamente relacionada con el objeto de prueba. En resumen, se puede decir que respecto del hecho<sub>1</sub> la información valorable como prueba ha de referirse de alguna manera al objeto de prueba delimitado tanto por los delitos enumerados en el art. 41 ter CP como por la acusación, debe ser apta para conducir a la verdad y, además, debe referirse a un hecho que todavía no se ha dado por probado.

En el caso del hecho<sub>2</sub>, las exigencias respecto de la información valorable son más estrictas aún. En primer lugar, el objeto de prueba está limitado tanto respecto del hecho delictivo como respecto de la persona imputada. Así pues —como ya se ha mencionado antes—, no solo el hecho delictivo por el que la persona imputada arrepentida recibe su condición de imputada (*i. e.* el hecho<sub>1</sub>) ha de ser uno de los delitos enumerados en la lista del art. 41 ter CP: también el hecho delictivo sobre el que informa la persona arrepentida (el hecho<sub>2</sub>) ha de estar vinculado con alguno de los delitos de esa lista.

Respecto de la persona imputada, el art. 360 ter CPPCor requiere que esta haya participado como autora o partícipe del hecho delictivo sobre el que informa y que las personas sobre las que informa tengan una responsabilidad igual o mayor que ella (Aboso, 2018; Hairabedián, 2019).

Además, se excluyen del beneficio de la delación premiada «los funcionarios que hayan ejercido o estén ejerciendo cargos susceptibles del proceso de juicio político de acuerdo con lo establecido en la Constitución Provincial» (art. 360 ter CPPCor). La razón para esta exclusión parece consistir en la existencia de otras formas procedimentales de desafuero o destitución para este grupo de personas (Hairabedián, 2019). Según el art. 3 Ley 27.304, la figura del arrepentido tampoco puede aplicarse en procesos por delitos de lesa humanidad. Detrás de ello se encuentra la idea de que la figura del arrepentido no debe favorecer a nadie que haya contribuido al terrorismo de Estado. Aun así, pueden imaginarse casos excepcionales, en los que el acceso a información muy valiosa, por ejemplo, respecto de la identidad de niños sustraídos, podría justificar la concesión del beneficio (Hairabedián, 2019).

También ha de mencionarse que la única fuente de información relevante para adjudicar el beneficio de la delación premiada consiste en la declaración de la persona imputada. Sin embargo, se encuentran diferencias entre las exigencias a la declaración de la persona imputada como tal y aquellas establecidas para su declaración como arrepentido sobre el hecho<sub>2</sub>. Si bien la declaración de la persona imputada en su calidad de arrepentido ha de ser voluntaria (art. 360 quinquies CPPCor), una vez asumido el compromiso, la persona imputada está obligada a decir la verdad y la proporción maliciosa de información falsa o datos inexactos conlleva pena de prisión (art. 276 bis CP), lo que según el art. 259 CPPCor no significa una violación de las reglas generales sobre la libertad de declaración de la persona imputada. Si esta impo-

sición de una sanción para las declaraciones falsas es compatible o no con el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* es una cuestión arduamente discutida, pero aquí no me puedo detener en ella (Eiroa, 2002; Ferrajoli, 2018; Peralta, 2017; Rivera Ramos, 2017; Cámara Federal de Casación Penal, 2020).

Aparte de ello, se exige en el art. 41 ter CP que los datos o la información aportada contribuyan a una finalidad específica, a saber, «evitar o impedir el comienzo, la permanencia o 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 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 previstos en el presente artículo».

De esta manera, la información valorable respecto del hecho<sub>2</sub> se limita de varias maneras. Primero, solo los hechos delictivos relacionados con los delitos enumerados en el art. 41 ter CP pueden convertirse en objeto de prueba. Segundo, solo una persona que participó de los hechos informados y cuya participación es igual o menor que la de las personas sobre las que informa puede convertirse en arrepentido. Tercero, la información a valorar ha de provenir de la declaración de la persona imputada, no de otras fuentes. Cuarto, la información aportada ha de tener cierta calidad, a saber, tiene que ser novedosa y relevante para el esclarecimiento del hecho<sub>2</sub>.

#### 2.2.3.2. Grado de probabilidad necesario—estándar probatorio

Como es sabido, la valoración probatoria en todo el proceso penal argentino ha de realizarse según las reglas de la sana crítica racional, bajo pena de nulidad (arts. 193, 406, 413 inc. 4 CPPCor). Estas reglas se dividen en tres grupos, las de la lógica, las de la experiencia y las de la psicología común (Bouvier y Pérez Barberá, 2004).

Sin embargo, esta exigencia solo determina los tipos de razonamiento permitidos para llegar a una conclusión y no dice nada sobre el grado de probabilidad exigido para dar algo por sentado. Así pues, para determinar cuándo un determinado hecho puede darse por probado hay que sumar a las reglas de razonamiento un estándar probatorio que establezca un umbral de suficiencia probatoria (Ferrer Beltrán, 2018; Coloma Correa, 2016). Por ello, ha de plantearse la cuestión del estándar probatorio necesario para dar por sentado el hecho<sub>2</sub>.

Respecto del hecho<sub>2</sub>, la primera exigencia para un estándar probatorio se encuentra en el art. 41 ter CP, en el que se requiere que la información o los datos aportados sean «precisos, comprobables y verosímiles». Este requerimiento se ve especificado en el CPPCor, en el que se pueden distinguir varios momentos relevantes para la valoración de la prueba. El primero consiste en la celebración escrita del acuerdo de colaboración entre la persona imputada y el Ministerio Público Fiscal (art. 360 ter y

quater CPPCor). El segundo momento consiste en la audiencia de homologación, en la que el juez de control ha de asegurar «que la información o datos que [la persona imputada] proporcione sean *prima facie* precisos, verosímiles y comprobables» (art. 360 quinquies CPPCor). Estos primeros dos momentos todavía no son decisivos, ya que su alcance solo permite avanzar con el procedimiento establecido para el acuerdo de colaboración, pero no tiene consecuencias fijas para la disminución de la pena de la persona imputada arrepentida.

El momento decisivo se alcanza recién con la corroboración provisional por parte del juez de control. En un plazo máximo de un año desde la homologación, este ha de establecer en audiencia oral «si se ha logrado razonablemente corroborar la veracidad, pertinencia y grado de relevancia conviccional de la información proporcionada por la persona imputada arrepentida, el que deberá alcanzar el previsto por los artículos 281 o 354 de este Código» (art. 360 septies CPPCor). El estándar probatorio aplicable en este momento, o —en palabras del Código— el «grado de relevancia conviccional», es entonces el de los arts. 281 y 354 CPPCor, a saber, la existencia de «elementos de convicción suficientes para sostener como probable» la información dada por la persona imputada. Como es sabido, el recurso a la convicción es discutido porque se refiere a un estado mental subjetivo de la persona decisora que no es comprobable por terceros ni conlleva una relación necesaria con los hechos a los que se refiere. Pero el punto central del estándar probatorio así descrito, «sostener [algo] como probable», también puede interpretarse sin tales recursos a estados subjetivos. Así, en la dogmática procesal penal suele entenderse por probabilidad que «los elementos que afirman [una determinada] conclusión superan a otros que la rechazan» (Maier, 2004, p. 464). Una definición mucho más precisa propone Ferrer Beltrán (2007) con la probabilidad lógica o inductiva de la hipótesis. En ella, una hipótesis recibe apoyo inductivo si las predicciones hechas en base a esta hipótesis se cumplen. Cuanto más apoyo inductivo recibe la hipótesis, más probable es. Con ello, y dicho de manera muy acortada, una hipótesis es probable si con ella se pueden predecir los hechos considerados relevantes para el caso en cuestión y si no existen hechos relevantes que no pueden ser predichos mediante ella.

La corroboración provisional por parte del juez de control es el momento decisivo para la determinación del estándar probatorio respecto del hecho<sub>2</sub>, porque con el alcance del estándar probatorio «sostener como probable» establecido en el art. 360 septies CPPCor se considera que la persona imputada cumplió sus obligaciones asumidas en el acuerdo de colaboración. Este cumplimiento por parte de la persona imputada obligará al Ministerio Público Fiscal a cumplir por su parte con el compromiso asumido, a saber, exigir una pena reducida a la escala penal de la tentativa. Según los arts. 360 quater y septies CPPCor, este compromiso también vincula al Tribunal de Juicio. Sin embargo, y dado que el tribunal sentenciante no participó del acuerdo, se plantea la pregunta de si realmente se puede hablar de una vinculación directa de este tribunal. Otra posibilidad sería interpretar el compromiso como una limitación para el Ministerio Público Fiscal, en el sentido de que el acuerdo celebrado

no solo vincula al funcionario o funcionaria concreto que participa en la celebración del acuerdo, sino también a cualquiera de sus colegas que intervenga en el juicio. Si se considera que la acusación en su pretensión punitiva determina el límite máximo de la pena, entonces el acuerdo celebrado podría establecer este monto máximo de manera vinculante, y el Tribunal de Juicio tendría que determinar la pena entre este máximo y el mínimo establecido para la tentativa (Hairabedián, 2019).

Con ello, el estándar probatorio decisivo respecto del hecho<sub>2</sub> tiene consecuencias directas para la sanción que se impondrá al imputado por el hecho<sub>1</sub>. Esto también significa que aquí hay una interrelación entre los estándares probatorios establecidos para el hecho<sub>1</sub> y el hecho<sub>2</sub>, pues el monto de la pena impuesta por el hecho<sub>1</sub> depende de la corroboración de la información dada sobre el hecho<sub>2</sub>. Sin embargo, esta relación solo se refiere a la determinación de la pena impuesta por el hecho<sub>1</sub>, no a la corroboración y subsiguiente condena por ese hecho. Esto es así porque ni la condena de la persona imputada por el hecho<sub>1</sub> ni la de las personas sobre quienes la persona imputada informa pueden basarse únicamente en la información dada por la persona imputada arrepentida. Así, el art. 360 octies CPPCor aclara que el estándar probatorio necesario para tales condenas, la certeza positiva, no se alcanza solamente en base a la declaración de la persona imputada arrepentida. Más bien, el Tribunal de Juicio en cuestión ha de «indicar de manera precisa y fundada la correlación existente» entre las afirmaciones de la persona imputada arrepentida y las demás pruebas producidas en el juicio para llegar al grado de probabilidad establecido para la condena (art. 360 octies CPPCor).

Aquí se ve claramente que en la figura del arrepentido se pueden distinguir tres estándares probatorios diferentes. El primero es el estándar necesario para emitir una sentencia sobre la responsabilidad penal de la persona arrepentida respecto del hecho<sub>1</sub>, y para ello rigen los estándares generalmente establecidos de la certeza positiva para la condena y cualquier otro estándar para la absolución. Los otros dos estándares se refieren al hecho<sub>2</sub>, pero son necesarios para la toma de dos decisiones diferentes: la sentencia condenatoria de terceras personas por el hecho<sub>2</sub> y la disminución de la pena para la persona arrepentida por el hecho<sub>1</sub>.

Para evaluar la utilidad de la figura del arrepentido solo es relevante el estándar probatorio establecido para obtener los beneficios de la delación premiada, a saber, el estándar vigente para disminuir la pena por el hecho<sub>1</sub>. Como se ha visto arriba, el estándar probatorio aplicable en este momento consiste en la existencia de «elementos de convicción suficientes para sostener como probable» la información dada por la persona imputada respecto del hecho<sub>2</sub> (arts. 281 y 354 CPPCor).

#### 2.2.4. *Riesgo de error*

Así descritos el procedimiento y, especialmente, el estándar probatorio establecidos para otorgar el beneficio de la delación premiada, queda por identificar el resultado o «*match*» que puede dar ese procedimiento. Como se ha visto arriba, en él

se responde la pregunta de si o hasta qué punto el procedimiento establecido puede asegurar que se alcancen los beneficios y no se den las desventajas y con qué riesgo de error respecto del alcance de beneficios ha de contarse. Dicho en los términos antes mencionados, aquí se determina si se trata de un sistema procesal perfecto, imperfecto o puro.

El sistema procesal puro puede descartarse aquí, ya que tal sistema destaca por carecer de un criterio de justicia que en la figura del arrepentido sí existe. Por ende, solo se puede tratar de un sistema procesal perfecto o imperfecto. En el caso en que el procedimiento cumpla necesariamente con el objetivo, estaríamos ante un sistema procesal perfecto y no habría lugar para el riesgo de error, mientras que los procedimientos que no siempre pueden asegurar el cumplimiento del objetivo pertenecen a los sistemas procesales imperfectos. En este último sistema procesal cobra relevancia el grado del riesgo de error.

La evaluación de si estamos ante un sistema procesal perfecto o imperfecto debe contener el análisis de si se pueden lograr los beneficios alegados y se pueden evitar las supuestas desventajas de la figura del arrepentido. Si, por ejemplo, se afirma que el objetivo perseguido con la figura del arrepentido consiste en facilitar la investigación de determinados delitos (Christoph, 2019), parece que cualquier información lo suficientemente novedosa y abarcadora puede suponer un avance en la investigación. Esto nos llevaría a afirmar que estamos ante un sistema procesal perfecto, porque el procedimiento —la obtención de información mediante la delación premiada— necesariamente lleva al cumplimiento del objetivo establecido: el avance en la investigación. Aquí no hay lugar para el riesgo de error, siempre y cuando la vara para el otorgamiento de los beneficios del arrepentido sea lo bastante alta para exigir la revelación de información verídica y no superflua y se rechace información conocida o irrelevante para la aclaración de delitos. Sin embargo, y como se ha visto antes, el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico argentino no impone un umbral tan alto. Más bien, el estándar probatorio solo exige que la información dada sea probable. Con ello es posible que la persona arrepentida obtenga su beneficio a cambio de información que, si bien es probable, no es verídica y que, lejos de facilitar la investigación, termina resultando en un callejón sin salida. Por ello, no se puede descartar cierto riesgo de error, con lo que nos encontramos ante un sistema procesal imperfecto que, por lo menos a veces, otorga el beneficio de la disminución de la pena a cambio de información que no puede cumplir el objetivo del avance en la investigación.

Si, en cambio, se establece el ahorro de tiempo y/o recursos en la investigación penal como objetivo de la figura del arrepentido (Christoph, 2019), es más difícil imaginarse un sistema que pueda establecer de antemano un procedimiento que asegure que la información dada alcance ese fin. Así, no cualquier información, por relevante que sea, conlleva un ahorro de tiempo o recursos, ya que puede haber casos en los que tal información desate nuevas y profundas investigaciones y por ende requiera más tiempo y recursos, sin que esas investigaciones cambien el resultado final de la conde-

na o absolución de una persona. Parece que el ahorro de tiempo o recursos es difícil de evaluar de antemano y por ello tampoco es fácil establecer un procedimiento que lo pueda asegurar siempre. Esto también se puede percibir en el caso concreto del procedimiento establecido por el CPPCor, en el que se exige que la información dada sea probable, pero no se hace alusión directa a las exigencias de ahorro de tiempo o recursos. Que una información probablemente verídica pueda conllevar ahorro de tiempo o recursos porque su obtención acorta la recolección de datos o evita investigaciones innecesarias, es evidente. Pero también es evidente que la información probablemente verídica puede resultar incorrecta y, por ende, ocasionar un gasto mayor de tiempo o recursos. En este caso estaríamos ante un sistema procesal imperfecto, en el que es probable pero no seguro que el procedimiento elegido, la delación premiada, tenga el efecto deseado. Lo mismo pasa si los fines perseguidos consisten en un acercamiento a la verdad o en la condena de otros delincuentes aparte del imputado arrepentido. En los dos casos es probable que la información obtenida aumente las chances de alcanzar la verdad o una condena, pero el procedimiento no puede dar seguridad al respecto. En todos estos casos en los que la figura del arrepentido se aplica mediante un sistema procesal imperfecto, existe entonces un riesgo de error, es decir, puede darse el caso de que se aplique correctamente la figura del arrepentido y aun así no se obtenga el resultado deseado porque la información obtenida, aunque probable y relevante, no es suficiente para una condena o para aclarar los hechos. Este riesgo de error debería incluirse entonces en el cálculo pragmatista de costos y beneficios. Quizás, y siguiendo la terminología propuesta por Ferrer Beltrán (2018), este posible error podría llamarse error material, porque el error consiste en la obtención de un resultado no deseado, en nuestro caso en el otorgamiento del beneficio de la delación premiada sin que se obtengan los beneficios alegados. Ferrer Beltrán usa los términos error material y error inferencial solo respecto de la condena de culpables y la absolución de inocentes, pero la idea de distinguir entre errores materiales, que se refieren al resultado de una decisión, y errores procesales o inferenciales, que se refieren al procedimiento o el razonamiento mismo que lleva a una determinada decisión, me parece lo bastante universal y a la vez aclaratoria para adoptar los términos también en el contexto aquí analizado.

Como resalté antes, en los cálculos de costos y beneficios del arrepentido también deberían incluirse las posibles desventajas de la figura. Una de ellas consiste en la posibilidad de que la aplicación de la figura del arrepentido lleve a una mayor cantidad de declaraciones falsas, con lo que no solo se frustra el beneficio deseado de aceleración o facilitación de la investigación penal, sino que podría darse incluso el efecto adverso: una ralentización y mayor complicación del proceso. Esto sería un sistema procesal imperfecto, en el que el procedimiento —la obtención de información mediante la figura del arrepentido— tiene una probabilidad baja de alcanzar el objetivo establecido, sea este el ahorro de tiempo y recursos, la condena de culpables, el acercamiento a la verdad o el avance del proceso. Este peligro no debería dejarse de lado, especialmente cuando la persona imputada ha de elegir entre la prisión preventiva y la delación, dado que esta perspectiva amenazante puede hacerla más

propensa a optar por la delación incluso sin tener suficiente información que ofrecer. Sin embargo, este riesgo puede ser limitado —aunque seguramente no erradicado— mediante ciertas medidas, como la amenaza con pena de la mentira en la delación premiada y la comparación y fundamentación de las declaraciones del arrepentido con otras pruebas y fuentes. En el ordenamiento jurídico argentino se han tomado tales medidas, especialmente la sanción penal de la persona que miente en su declaración como arrepentida (delito de suministro malicioso de información falsa o inexacta, art. 276 bis CP) y la regla de que las sentencias condenatorias —sea contra la persona imputada misma o contra terceros— no pueden basarse solamente en la delación, sino que el tribunal debe establecer una correlación entre la información obtenida por la persona arrepentida y las demás pruebas recaudadas en el proceso (art. 360 octies CPPCor). De esta manera se disminuye el riesgo de que la persona arrepentida mienta y de que los órganos jurisdiccionales le den demasiada importancia a información incorrecta o imprecisa. Aun así, el riesgo persiste y por ende ha de incluirse en el cálculo de las ventajas y desventajas de la figura del arrepentido.

Por otro lado, se podría ir más allá aún e incluir en la ecuación no solo los criterios alegados por la posición pragmatista de lo que podría llamarse «mejora del proceso» en sentido amplio, sino también otros criterios que generalmente nos interesan en el actuar estatal y especialmente en la actividad de persecución penal, como el reconocimiento y la no instrumentalización de las y los ciudadanos. En este caso, estamos otra vez ante un sistema procesal imperfecto, con la particularidad de que el procedimiento de obtención de información a cambio de una disminución de la pena u otros beneficios, como la no imposición de la prisión preventiva, no solo no aumenta la probabilidad de alcanzar los objetivos establecidos, sino que más bien parece disminuirlas, ya que existe el riesgo de que la persona imputada se sienta coaccionada e instrumentalizada. Tal disminución del reconocimiento y la no instrumentalización de la persona en el proceso penal sería entonces otra posible desventaja de la figura del arrepentido. Este riesgo puede disminuirse asegurando, por ejemplo, la participación de un abogado defensor que vele por los intereses y derechos de su cliente, tal como lo prevé el ordenamiento procesal penal argentino durante el proceso penal para todas las interacciones entre los operadores jurídicos y una persona imputada. Otra forma podría consistir en limitar la iniciativa de la delación premiada de tal manera que solo la persona imputada pueda iniciar el proceso, sin que la fiscalía pueda proponerlo. Sin embargo, esta limitación de la iniciativa no está prevista en el ordenamiento jurídico argentino y seguramente disminuiría la cantidad de personas arrepentidas, con lo que se perjudicarían los otros fines procesales antes mencionados.

En resumen, se puede decir que la figura del arrepentido ofrece beneficios y desventajas que se obtienen en mayor o menor medida según el procedimiento y estándar probatorio establecidos. En el ordenamiento aquí analizado, el estándar probatorio de la probabilidad no es muy alto y por ende da lugar a un considerable riesgo de error. Esto nos podría llevar a pensar que un estándar probatorio más elevado sería preferible, pero —como es sabido— ni siquiera el estándar probatorio más severo

puede excluir el riesgo de error. En el ordenamiento jurídico argentino, el estándar probatorio más severo, exigido para la imposición de una sentencia condenatoria, consiste en la llamada «certeza positiva». Este estándar plantea el ya mencionado problema de la subjetividad, que pretende ser superado mediante la exigencia de que la certeza sea racional, esto es, basada en razones revisables y relacionadas con hechos externos. Aparte de la cuestión de la subjetividad, el estándar probatorio de la certeza plantea el problema de que es un estándar inalcanzable. A saber, las limitaciones epistémicas a las que estamos sujetas las personas no nos permiten alcanzar certezas racionales sobre la existencia de un hecho (Ferrer Beltrán, 2018; Laudan, 2006). Si bien los enunciados fácticos son necesariamente verdaderos o falsos, porque se corresponden o no con los hechos a los que se refieren, nos es imposible saber si tal correspondencia entre el enunciado y el hecho se da o no. Por ello, tanto en las sentencias como en cualquier otra decisión seguirá existiendo cierta incertidumbre que solo permite alcanzar un determinado grado de probabilidad, pero nunca certeza. Por ende, ni siquiera la exigencia de un estándar probatorio muy severo, como la certeza racional positiva o la exclusión de todas las hipótesis salvo una, puede eliminar un cierto riesgo de error, aunque obviamente disminuiría tal peligro en comparación con el estándar actual de la probabilidad.

Además, la implementación del estándar de certeza racional para el otorgamiento del beneficio de la delación premiada conllevaría otro problema: si se exige el mismo estándar para la figura del arrepentido y para la condena, entonces se multiplicaría por dos el tiempo y esfuerzo necesarios para llegar a la sentencia. Habría que realizar un proceso entero no solo para imponer una sentencia sobre la persona arrepentida y, eventualmente sus cómplices, tal como ya lo exige el procedimiento penal argentino, sino que se añadiría una investigación completa más para determinar si se otorga el beneficio de la delación premiada. En este caso, la figura del arrepentido seguiría cumpliendo su fin de obtención de información difícilmente obtenible para el esclarecimiento de hechos delictivos graves, pero no podría cumplir los objetivos de aceleración del proceso y ahorro de recursos: significaría más bien un gasto extra de tiempo y recursos.

Por último, y aparte del error material tratado hasta ahora, también puede darse un error en la aplicación de la figura, es decir: que se celebre un acuerdo de colaboración con un imputado aunque la información ofrecida sea insuficiente para acordar tal beneficio. En este caso, podríamos hablar de un error procedimental, ya que no se cumplen los requisitos de aplicación de la figura del arrepentido. Si bien, y como ya se ha mencionado arriba, la terminología de Ferrer Beltrán (2018), quien distingue entre errores materiales e inferenciales, solo se refiere a los errores judiciales sobre la prueba, parece haber un cierto parecido entre su error inferencial y el aquí llamado error procedimental, pues los dos se refieren al incumplimiento de un procedimiento establecido.

En este caso, el imputado obtiene un claro beneficio, una sanción menor de la que merecería para el hecho cometido, mientras que la sociedad no obtiene ninguno,

porque la información obtenida es demasiado insignificante para causar un avance relevante en la investigación de delitos graves. Puede sufrir incluso un perjuicio si se supone que la no imposición de la sanción adecuada al imputado arrepentido puede tener efectos negativos, como por ejemplo una disminución del efecto desalentador de las sanciones que alegan las teorías de prevención general y especial negativa. En este caso, la ecuación no da un resultado positivo para la figura del arrepentido, porque el beneficio para la persona imputada no puede igualar los perjuicios para la sociedad.

El caso opuesto —que una persona imputada ofrezca información valiosa pero no se llegue a celebrar el acuerdo debido a un error procedimental de los operadores jurídicos— plantea los mismos problemas, solo que en este caso la desventaja cae del lado de la persona arrepentida, que no puede gozar de la disminución de la pena, mientras que la sociedad y los órganos de persecución penal obtienen un beneficio sin ofrecer nada a cambio. Con todo, también podría argumentarse que la persona arrepentida no se ve perjudicada, porque al aplicársele una pena que refleja la gravedad del hecho cometido por ella y obtener una sanción justa, pierde un beneficio pero no sufre una desventaja.

De todos modos, estos errores procedimentales no parecen ser buenos argumentos contra la figura del arrepentido en sí, porque los perjuicios para la sociedad se basan en la mala aplicación de los requisitos de la figura del arrepentido, pero no pueden ser considerados desventajas de la figura misma. En términos básicos, se trata de defectos generados por no seguir el procedimiento establecido.

#### 2.2.5. *Ponderación de los criterios de justificación y riesgos de error*

Después de haber determinado de esta manera las diferentes ventajas y desventajas de la delación premiada, quedaría por analizar si cada elemento pesa lo mismo o si algunos objetivos tienen un mayor peso. Solo entonces podremos sacar una conclusión sobre si la implementación de la figura del arrepentido conviene o no.

Tal ponderación de los objetivos parece reconducirnos nuevamente a los principios fundamentales del proceso penal y a las teorías políticas y morales subyacentes. Con ello, se podrían sacar las siguientes dos conclusiones. Primero, este breve análisis de la ecuación en base a los posibles beneficios, costos y sus correspondientes probabilidades o riesgos de error muestra que no es tan claro si la figura del arrepentido puede registrar realmente mayores beneficios que costos. Y segundo, un análisis pragmático no puede prescindir de determinar los valores en base a los cuales va a realizar el cálculo.

### 3. CONCLUSIONES

En este trabajo he intentado distinguir las diferentes justificaciones para la inclusión o exclusión de la figura del arrepentido en nuestros ordenamientos jurídicos.

Para ello he identificado cuatro posiciones: la garantista, la procesalista, la compatibilista y la pragmatista.

Respecto de las primeras tres se puede concluir que la aceptabilidad de sus argumentos depende de su compatibilidad con determinadas teorías políticas o morales y de si aceptamos tales teorías como fundamentos para nuestras sociedades.

Respecto de la posición pragmatista he intentado subrayar que el cálculo de utilidad de la figura del arrepentido no solo debe limitarse a los supuestos beneficios de la institución para la investigación penal, sino que también debería incluir otros criterios de evaluación, a saber, las desventajas de la delación premiada, como por ejemplo su aptitud para alcanzar el reconocimiento y la no instrumentalización de las personas en el proceso penal. Por último, no deben desatenderse los riesgos de error o las probabilidades de que se den los alegados costos y beneficios. Considero que el análisis en términos de esquemas procedimentales (puros, perfectos e imperfectos) es útil para realizar un balance total de los costos y beneficios. En ello hay que tener en cuenta que algunos diseños procedimentales son «perfectos» para ciertos fines pero imperfecto para otros. Por ejemplo, el proceso contradictorio en el proceso penal garantiza un mínimo de «derecho a ser oído», pero quizás no brinda tanta protección a la persona imputada respecto al derecho de que su silencio no sea usado en su contra, como demuestran análisis comparativos del principio *nemo tenetur se ipsum accusare* en países con sistemas procesales penales acusatorios y mixtos (Súcar, 2019). No es posible determinar cuáles son los riesgos de error y con respecto a qué valor, objetivo o criterio de justicia, sin distinguir estas cuestiones.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aboso, G. (2018). *Código penal de la República Argentina comentado, concordado con jurisprudencia* (5ª ed.). Editorial B de F.
- Bouvier, H. y Pérez Barberá, G. (2004). Casación, lógica y valoración de la prueba: un análisis de la argumentación sobre hechos en las sentencias de los tribunales casatorios. *Nueva doctrina penal*, 2004/B, 527-546.
- Cafferata Nores, J. (2020). Reflexiones iniciales. En J. Cafferata Nores (Dir.), *Discusión de ideas con relación la ley del arrepentido. Interrogantes* (pp. 4-6). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho procesal, Secretaría penal. <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/discusionleyarrepentido.pdf>
- Celano, B. (2001). Justicia procedimental pura y teoría del Derecho. *Doxa*, 24, 407-427.
- Christoph, S. (2018). *Der Kronzeuge im Strafgesetzbuch*, Nomos.
- Coloma Correa, R. (2016). Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos. *Discusiones*, 18, 23-57.
- Díaz Cantón, F. (2016). Breves notas críticas sobre la figura del «arrepentido». *Pensar en Derecho*, 13, 19-29.
- Dolinko, D. (1985). Is There a Rationale for the Privilege Against Self-Incrimination? *UCLA Law Review*, 33(4), 1063-1148.
- Eiroa, P. (2002). A propósito del fallo «Corres»: ¿Puede declarar como testigo quien fue sobreseído en la misma causa? *Casación. Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia Penal*, 2(2), 91-148.
- Ferrajoli, L. (2018). *Derecho y Razón* (10ª ed.). Trotta.

- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. En D. Papayannis y E. Pereira Fredes (Eds.), *Filosofía del derecho privado* (pp. 401-430). Marcial Pons.
- Green, S. (2007). *Lying, Cheating, and Stealing: A Moral Theory of White-Collar Crime*. Oxford University Press.
- Hairabedián, M. (2019). *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 ed.). Ad-Hoc.
- Jauchen, E. (2017). *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial* (1ª ed. revisada). Rubinzal Culzoni.
- Krugliansky Fainman, A. (2019, 9 de octubre). *Imputado arrepentido y prisión preventiva*, [Exposición]. Seminario 2019/2020 sobre el nuevo Código Procesal Penal Federal (T.O.2019), Cátedra Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Laudan, L. (2006). *Truth, Error, and Criminal Law*. Cambridge University Press.
- Maier, J. (2004). *Derecho procesal penal*. (Tomo I. Fundamentos. 2ª ed.). Editores del Puerto.
- Ortiz, J. (2017). La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 3(1), 39-70.
- Peralta, J. (2017) Nemo tenetur y derecho procesal penal preventivo. Acerca de la posible relevancia epistémica del derecho a no autoincriminarse. En K. Ambos et al. (Eds.), *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el derecho penal y procesal penal* (pp. 195-218). Hammurabi.
- Peralta, J. (2020). Nemo tenetur: warum eigentlich? En E. Hilgendorf, M. D. Lerman y F. J. Córdoba (Eds.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag* (pp. 913-926). Duncker & Humblot.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice* (Original Edition). The Belknap Press of Harvard University Press.
- Rissi, V. (2016) Cuestiones atinentes a la nueva ley del arrepentido: ley 27.304 (b.o. 02/11/2016). En J. Cafferata Nores (Dir), *Discusión de ideas con relación la ley del arrepentido. Interrogantes* (pp. 21-29). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho procesal, Secretaría penal. <https://www.acadecr.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/discusionleyarrepentido.pdf>
- Rivera Ramos, E. (2017). El derecho y el silencio. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, 30, 59-84.
- Súcar, G. (2019). *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*. Tirant lo Blanch.
- Casos y legislación
- Cámara Federal de Casación Penal (2020). Sala I, CFP 9608/2018/100, Registro Nr. 1663/20, «De Vido, Julio Miguel y otros s/ recurso de casación», 30.11.2020: Recurso interpuesto por la defensa de Hernán Camilo Gómez, fs. 182/193.
- Cámara Nacional de Casación Penal (1995). Plenario 2, 21.4.1995 en La Ley 1995-E, p. 120.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1992). Fallos 315: 2056.
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (2020). C. 96486 «O. C., Daniel s/ recurso de queja interpuesto por Fiscal General» del / /20, del 03.07.2020. <https://derechopenalonline.com/inaplicabilidad-de-la-ley-del-arrepentido-en-el-ambito-provincial-normas-procesales-competencias-no-delegadas-de-las-provincias/>