La aplicación de la figura del arrepentido en las causas de corrupción

El *nemo tenetur* y su fundamento preventivo

Por Rosario Alessandretti*

El examen de un reo se hace para conocer la verdad, pero si esta
se descubre difícilmente por el aspecto, el gesto y la fisonomía
de un hombre tranquilo, mucho menos se descubrirá
en aquel a quien las convulsiones del dolor altera
y hacen faltar todas las señales por donde,
aunque a su pesar, sale al rostro de la mayor parte de los hombres
la verdad misma.
Toda acción violenta
hace desaparecer las más pequeñas diferencias
de los objetos por las cuales
algunas veces se distingue los verdadero de lo falso.
Cesare Beccaría, De los Delitos y de las Penas)

I. Introducción [arriba]

La figura del "arrepentido colaborador" ha tomado importante relevancia en las investigaciones sobre delitos contra la administración pública en el fuero penal federal argentino. Si bien este instituto ya existía en nuestra legislación, lo cierto es que hoy en día, se encuentra más en boga que nunca. Pues se ha importado el modelo que se aplicó en la causa brasileña del Lava Jato[1] y que incluye, justamente, la utilización de la delación premiada.

En este trabajo, me propongo estudiar las consecuencias de la utilización del arrepentido, tal como sucede en la práctica de los tribunales nacionales. Esto incluye la utilización de la prisión preventiva en caso de no colaborar.

Así, en primer lugar, analizo que, al menos el método aplicado en las causas actuales en las que se investiga "la corrupción", implica una vulneración al nemo tenetur. Esto porque, el silencio coloca al imputado en una situación peor a la autoincriminación y colaboración (II).

Finalmente (III), y como consecuencia de lo antes examinado, concluyo en que el nemo tenetur no solo tiene un fundamento moral, sino también preventivo.

II. El caro precio de no colaborar con la investigación [arriba]

El pasado 20 de diciembre, la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, confirmó los procesamientos de los primeros imputados en la causa "de los cuadernos".[2]

En la impugnación presentada por el Ministerio Público Fiscal, este solicitó que se dicte la prisión preventiva de distintos imputados, sin que se haga efectiva respecto

de cuatro de ellos en virtud de los previsto en el art. 4 de la Ley Nº 27.304 (en orden a los acuerdos alcanzados bajo el régimen de esta ley).

El art. 4 de la mencionada Ley Nº 27.304, que modifica el Código Penal e incorpora la figura del arrepentido para ciertos delitos, establece que cuando la reducción de la escala penal, prevista por el art. 41 ter del Código Penal, aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación o de la exención de prisión, de acuerdo a las normas procesales comunes.

Es decir, cuando los imputados brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles para la investigación, muy probablemente, transitarán el proceso penal en libertad. De lo contrario, el dictado de la prisión preventiva se torna viable y altamente factible.

Considero que esta disposición, que ha pasado desapercibida en los comentarios que se han efectuado sobre la figura del "arrepentido", es sumamente peligrosa, pues abre la puerta a un mecanismo de extorsión que coloca, a quien se encuentre imputado por alguno de los delitos previstos por la mencionada ley, en la disyuntiva de colaborar con la investigación, y así evitar la prisión preventiva, en el caso de que se aporte abundante y pertinente información, o transitar el proceso en su contra, tras las rejas.

Esta situación se ha dado con frecuencia en la causa del Lava Jato, espejo de la causa argentina de los cuadernos, y ha sido muy criticada por la doctrina brasileña.

En este sentido, se sostiene que la amplitud de la aplicación de la prisión preventiva, únicamente con el fin de lograr una delación, sin lugar a dudas, afronta la voluntariedad del acusado y perjudica drásticamente la tutela de la dignidad humana.[3]

Como se condiciona la prisión preventiva a la presencia de indicios de autoría y materialidad, cuestiones que surgen de una colaboración premiada, y la ley solamente veda la delación como prueba exclusiva para la condenación, se da el siguiente perverso ciclo: (1) la autoincriminación, que implica la colaboración, permite alegar el estándar de sospecha para dictar la prisión preventiva; (2) ahora preso, el delator es "convencido" de realizar una nueva colaboración.[4]

Esta preocupación también es expresada por Pereira Valdez quien sostiene que este aspecto implica un retroceso del sistema procesal en materia de aplicación de la prisión preventiva. Pues se utiliza como instrumento principal de provocación de la actitud colaborativa, llevando al imputado casi a la condición de medio de prueba.[5]

Además, el Superior Tribunal de Justicia brasileño llegó a reconocer el incumplimiento del acuerdo de colaboración, como motivo para restablecer la prisión preventiva[6], lo que representa una considerable amenaza e inseguridad para el colaborador.

En sentido similar, ocurre en nuestro país. Es de público conocimiento que los empresarios y funcionarios imputados en la mencionada causa, en la que se investiga una presunta asociación ilícita, relacionada con la obra pública y diversas defraudaciones al fisco, se atropellan por confesar sus delitos y acogerse a la figura

del arrepentido, delatando a otros partícipes de tales fraudes, por temor a su detención.

Todos ellos imploran porque la información brindada sea del agrado del Fiscal, y el acuerdo de colaboración sea luego homologado por el Juez, ya que eso significa su salida inmediata de la detención a la que estaban confinados.

Por el contrario, quien no se "arrepiente" y confiesa, o bien quien brinda una información que no alcanza a conformar al Fiscal y al Juez, permanece detenido.

Si bien el beneficio previsto por la ley es una reducción de pena en la condena final, aquí se "conmuta" por -nada menos que- la libertad durante el proceso.

A quien se arrepiente y confiesa, colaborando con la investigación, se lo premia con la excarcelación o exención de prisión. A quien no "colabora", se lo mantiene detenido y/o con prisión preventiva.

Cabe recordar que por primacía del principio constitucional de inocencia, en nuestro sistema, la privación de libertad durante el proceso y previo a la condena firme, resulta una medida cautelar excepcional y solo se justifica por los llamados "riesgos procesales": peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación (art. 319 C.P.P.N.).

Vale decir que, en la aplicación tergiversada del instituto del arrepentido que se viene analizando, confesar el delito significa "colaborar con la investigación", y por ende, no entorpecerla, lo que amerita la libertad provisoria.

En cambio, no declarar contra sí mismo admitiéndose culpable, implica "no colaborar" con la investigación, sino entorpecerla. Solo de este modo, puede interpretarse que ello solo sea motivo para justificar la detención -o el rechazo de la exención de prisión-.

Queda a la vista, la gravedad del problema: no "arrepentirse" y confesar el supuesto delito equivale directamente a entorpecer la investigación y justifica por ende, la privación de libertad cautelar.

Si el "negocio" que propone el Estado a un imputado es admitirse culpable de un delito y delatar a sus cómplices, a cambio de mantener o recuperar la libertad durante el proceso; o de lo contrario, pasar varios años preso preventivamente a la espera del juicio y sentencia donde se determine finalmente su eventual culpabilidad, se está frente a una clara extorsión.

Me interesa concluir este punto con el siguiente planteo: quien no se arrepiente está en "peores condiciones" que aquel que sí lo hace. El silencio del imputado tiene, claramente, consecuencias negativas y lejos está de configurar un panorama neutral, como sucedería en un esquema procesal penal clásico. La colaboración, en los términos planteados, implica una vulneración al nemo tenetur.

III. Las consecuencias de la no colaboración [arriba]

El propósito de este escrito no es (únicamente) altruista. Es decir, no solo quiero demostrar que la aplicación del instituto del arrepentido vulnera la garantía que

prohíbe la obligación a la autoincriminación, sino además la consecuencia que esto genera.

Esto es que el nemo tenetur tiene un fundamento preventivo.

Rudimentariamente, podría definirse al derecho procesal penal preventivo como aquel cuya existencia se funda en su aptitud para detectar delitos y posibilitar el castigo.[7]

En este sentido, se ha pronunciado el TEDH, al tratar de explicar la razón de ser del nemo tenetur. Al respecto, dijo: Su fundamento es, interalia, la protección del acusado en contra de una coacción incorrecta por parte de las autoridades y contribuyendo así a evitar errores judiciales.[8]

Considero que en los casos de la colaboración premiada, se dan dos situaciones que lejos están de favorecer la búsqueda de la verdad, sino todo lo contrario.

Un supuesto es el del acusado inocente que, bajo la presión que conlleva la prisión preventiva, es capaz de admitir un soborno que nunca existió y, eventualmente, resignarse a ser condenado en un futuro por una pena menor, antes que transitar el proceso privado de su libertad.

Este fenómeno se da con frecuencia en Estados Unidos con los plea bargains.

La prisión preventiva puede interrumpir la vida del imputado, de tal manera que pone su trabajo en riesgo e incrementa así, la presión para que acepte acuerdos desfavorables.[9]

En este sentido, la doctrina sostiene que los acusados inocentes se declaran culpables con mayor frecuencia, en tres grupos de casos: primero, aquellos en los que los delitos imputados son leves por lo que, una rápida declaración de culpabilidad proporciona la clave para terminar cuanto antes con el proceso; segundo, casos donde los acusados han sido injustamente condenados, dicha condena prevalece en la apelación y luego, se les ofrece un acuerdo que asegurará su inmediata o inminente liberación; y tercero, cuando los acusados son amenazados con severos castigos alternativos, si no se declaran culpables.[10] Esta situación trae reminiscencias del procedimiento de la Edad Media, cuyo fin principal era lograr la confesión del acusado y no meramente su declaración. Así, la prohibición contenida en el nemo tenetur protegería principalmente al inocente de que se declare culpable cuando no lo es. Como la declaración del imputado presupone que no sabemos quién es quién, la mejor manera de proteger al inocente sería censurar los interrogatorios forzados por completo.[11]

El segundo supuesto tiene que ver con la información que el colaborador debe propiciar para obtener una reducción de pena. Este segundo supuesto configura dos situaciones. En primer lugar, sucede que los testimonios de algunos delatores, especialmente, los primeros en acogerse al régimen del arrepentido, adquieren una veracidad casi irrefutable, máxime si se corrobora que algunos de los datos aportados resultarían, muy probablemente, ciertos. Entonces, dicha evidencia se transforma en la piedra angular de la investigación y toda persona que declare después tiene que hacerlo en consonancia con la información aportada por el delator “estrella”.

Se da, de cierta manera, lo que sostiene Zupančič, en cuanto a que, cuando declara el acusado, tendemos a conformarnos con lo que él dice y a soslayar la consideración de otra evidencia o la necesidad de buscar evidencia adicional.[12] La confesión se transforma en "la reina de las pruebas" y lo demás resulta prescindible. Esto conduce a que, a la postre, corramos el riesgo de condenar con evidencia insuficiente -i.e. infundadamente-, aumentando así el riesgo de castigar a alguien materialmente inocente.[13]

La segunda situación, relacionada a la información que se debe propiciar, surge incluso del propio texto de la ley. Pues el art. 5 de la Ley Nº 27.304 establece que para otorgar la reducción de pena, se deberá considerar el tipo y el alcance de la información brindada y la utilidad de la información aportada para alcanzar las finalidades previstas. Esta disposición trae como consecuencia "confesiones" plagadas de contradicciones y falsedades que, en vez de ser útiles para arrojar luz sobre los hechos investigados, afectan negativamente la búsqueda de la verdad, porque implicarían la admisión de información distorsiva, tal como sostiene Zupančič. Como no declarar o contradecirse con el delator estrella supone el dictado de la prisión preventiva y/o no cumplir los requisitos para adquirir "los beneficios" de la ley, los imputados aportan gran cantidad de nombres de "cómplices" y datos erróneos que, como se dijo, no solo son inútiles para la averiguación de lo realmente acontecido, sino que involucran a gente inocente.

IV. Conclusión [arriba]

El análisis efectuado permite sostener que la garantía que prohíbe la obligación a la autoincriminación tiene un fundamento preventivo.

El paradigmático caso del "arrepentido" colaborador y el modo en que se utiliza en los actuales casos de corrupción dan cuenta de ello. Pues dicha figura no solo genera que inocentes se declaren culpables, al no aguantar la presión que genera la amenaza de la prisión preventiva, en caso de permanecer callado, sino que además genera que los acusados culpables apunten con el dedo a quienes no tienen nada que ver para poder aportar datos nuevos y así, obtener los "beneficios" previstos por la Ley Nº 27.304.

El siguiente argumento, esgrimido por el juez Cardozo en su voto en Palko v. Connecticut: justice, however, would not perish if the accused were subject to a duty to respond to orderly inquiry, luce desacertado a la luz del análisis efectuado en este trabajo. Ocurre, más bien, todo lo contrario.

Lejos está la justicia, entendida como la búsqueda de la verdad, en un sistema en el que el acusado esté obligado a declarar. Esto conduce a indeseables consecuencias, como inocentes que se declaran culpables y culpables que aportan evidencia falsa, que entorpece la investigación e incluye gente inocente en las causas.

Beccaría ya lo decía en su obra: Son inútiles los tormentos, porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar un inocente, porque tal es según las leyes un hombre cuyos delitos no están probados. Y que el resultado, pues de la tortura, es un asunto de temperamento y de cálculo, que varía en cada hombre a proporción de su robustez y de su sensibilidad; tanto que con este método, un matemático desatará mejor que un juez este problema: determinada la fuerza de

los músculos y la sensibilidad de las fibras de un inocente, encontrar el grado de dolor que lo hará confesar reo de un delito supuesto.

Hoy, doscientos cincuenta y cuatro años después, nos encontramos ante un escenario pasible de aplicar la misma reflexión.

Notas [arriba]

**Abogada (UBA). Maestranda en Derecho Penal (UdeSA).*

[1]El Lava Jato fue una operación iniciada en marzo de 2014 por la Policía Federal Brasileña, y fue bautizada como Lava Jato, en referencia a una serie de lavaderos de autos (servicios de lavado "a chorro" de autos), debido a que el primer sitio allanado fue el lavadero de autos en la estación de gasolina "Posto da Torre" en Brasilia, donde se realizaban presuntas maniobras de lavado de dinero. Es una investigación de corrupción llevada a cabo por la Policía Federal de Brasil. La Operación se hizo pública el 17 de marzo de 2014, con el cumplimiento de más de una centena de citaciones en busca de prisión temporal, preventivas y conducción coercitiva, teniendo como objetivo investigar un esquema de lavado de dinero sospechoso de mover más de 10.000 millones BRL (aproximadamente, 2640 millones USD).
[2]CCCF, Sala I, causa Nº 9608/2018/174/CA41, “Fernández, Cristina Elisabet y otros s/legajo de apelación”.
[3] Cfr., Murilo Thomas Aires, A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador, Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, Nº 1, págs. 253-284, jan./abr. 2017. Disponible online: http://www.ibrasp p.com.br /revista/in dex.php/RBDP P/article/view /46/59. La traducción es propia.
[4] Cfr. Ibíd.
[5] Cfr. Pereira, Frederico Valdez. Delação premiada: legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2013, pág. 67. La traducción es propia.
[6]Cfr. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 76.026-RS. Recorrente: Fernando Antonio Guimaraes Hourneaux De Moura. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Felix Fischer. 5a Turma, 11/10/2016.
[7]Peralta, J., M., «Nemo tenetur» y derecho procesal penal preventivo. (Acerca de la posible relevancia epistémica del derecho a no autoincriminarse), en VV.AA., directores: Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Daniel Pastor, Hammurabi, Buenos Aies, 2017, pág. 197.
[8]"Saunders v. United Kingdom" (1993), 16 EHRR297, [44], pto. Nº 68.
[9]https://law.y ale.edu/s ystem/file s/area/w orkshop/leo/le o16_yan g.pdf (la traducción es propia).
[10]Cfr. Blume, John H. and Helm, Rebecca K., "The Unexonerated: Factually Innocent Defendants Who Plead Guilty" (2014). Cornell Law Faculty Working Papers. Paper 113. Disponible online:
http://scholarship .law.corne ll.edu/clsops_ paper s/113. (la traducción es propia)
[11] Cfr., Peralta, op. cit., págs. 202-203.
[12]Cfr., Peralta, op. cit., pág. 208
[13] Cfr., Ibíd.