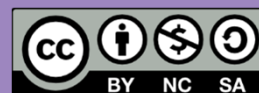


Tipo de documento: Tesis de maestría



Maestría en Derecho y Economía

Hacia un Derecho Penal más eficiente: Análisis económico de tres institutos penales

Autoría: Parra, Pedro Alberto Manuel

Año de defensa de la tesis: 2022

¿Cómo citar este trabajo?

Parra, P. (2022) "*Hacia un Derecho Penal más eficiente: Análisis económico de tres institutos penales*". [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella]. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella
<https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/13346>

El presente documento se encuentra alojado en el
Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella
bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-
Compartir igual 4.0 Argentina (CC BY-NC-SA 4.0 AR)
Dirección: <https://repositorio.utdt.edu>



**UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA**

ESCUELA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO Y ECONOMÍA

HACIA UN DERECHO PENAL MÁS EFICIENTE:
ANÁLISIS ECONÓMICO DE TRES INSTITUTOS PENALES

PARRA, PEDRO ALBERTO MANUEL

LEGAJO: 18F1428

TUTOR: DIEGO HERNÁN GOLDMAN

2022

Resumen

Haciendo uso de las herramientas brindadas por el análisis económico del derecho, se buscará analizar los incentivos generados por tres institutos del derecho penal argentino, a saber, el régimen del arrepentido, la suspensión de juicio a prueba y el juicio abreviado. Partiendo de un breve recorrido por los costos de un proceso penal, se evaluarán los requisitos de cada instituto y las posibilidades que brindan, dando central importancia a la autonomía de la voluntad del imputado. De este modo, se tratará de entender el impacto en las decisiones tomadas por los sujetos intervinientes en los procesos penales -imputado, acusador y juzgador- y cómo se armonizan las particularidades de cada instituto con las garantías constitucionales de todo imputado.

Objetivo

El primer objetivo es introducirnos respecto a lo costoso que es el sistema penal, analizando en qué se gasta y comparándolo con otros servicios públicos esenciales.

El segundo objetivo del presente trabajo es analizar, desde la perspectiva del *law and economics*, tres institutos del derecho penal argentino y tratar de explicar cómo logran un importante ahorro en la gestión de recursos para el ejercicio del poder punitivo, generando eficiencia en el sistema.

En tercer lugar, se ahondará en cómo estos institutos permiten armonizar las garantías constitucionales y el acceso a una justicia ágil y eficaz, adecuada a las necesidades sociales actuales. Asimismo, al analizar cada instituto con sus virtudes y falencias se intentará dar respuesta a futuras mejoras en la implementación de estos procedimientos.

Palabras claves

Derecho Penal – Análisis Económico – Autonomía de la Voluntad -
Derecho Procesal Penal – Arrepentido - Suspensión de Juicio a Prueba
– Juicio Abreviado – Garantías Constitucionales – Costos Penales

INDICE

I.- La incómoda pregunta de los costos

I.1.- ¿Cuánto cuesta el juicio en el sistema penal federal?

I.2.- ¿Cuánto cuesta el sistema carcelario federal argentino?

I.3.- ¿Qué porcentaje del PBI implican?

I.4.- ¿Cuánto cuestan comparativamente otros servicios?

II.- La autonomía de la voluntad como optimización del bienestar

III.- Análisis de institutos en particular

III.1.- El régimen del arrepentido

III.1.1.- La eficiencia como fin y las críticas desde la dogmática penal

III.1.2.- La comprobación de la información delatada

III.1.3.- El alcance de la información delatada

III.1.4.- El correcto registro del acuerdo

III.2.- La suspensión de juicio a prueba o *probation*

III.2.1.- Requisitos actuales

III.2.2.- Limitaciones

III.2.3.- Control del cumplimiento

III.2.4.- La verdadera medida de las posibilidades

III.3.- El juicio abreviado

III.3.1.- Requisitos y limitaciones en sistema federal

III.3.2.- Consecuencias y la autonomía de la voluntad

III.3.3.- Condenas más eficientes

III.3.4.- Límites constitucionales

IV.- Conclusión

“No puede prescindirse de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma” (Fallos: 234:482; 302:1284).

I.- La incómoda pregunta de los costos

Ríos de tinta se han vertido respecto al derecho penal en Argentina, siendo nuestro país una importante referencia para los restantes países de Iberoamérica a la hora de afrontar cambios en sus institutos legales. Ahora bien, lo cierto es que el abordaje del derecho penal en Argentina -y toda su problemática- se ha realizado principalmente desde la óptica de la dogmática penal, es decir a partir de un análisis deóntico del marco normativo imperante.

Grandes teóricos de la dogmática del derecho penal han colonizado las aulas argentinas pero, siendo honestos, la problemática no se agota en el ámbito teórico, sino que tiene sus principales consecuencias en el plano práctico, donde el descreimiento social para con el sistema penal argentino es un hecho público y notorio.

Habitual es encontrar en los principales portales periodísticos críticas al sistema judicial penal argentino, pero los jurisprudenciales del tema se centran en análisis teóricos y/o filosóficos del asunto, muchas veces abstrayéndose de números y estadísticas, tan necesarios y clarificadores a la hora de tomar decisiones sobre políticas públicas.

No debemos olvidarnos de que, en última instancia, el manejo del sistema represivo estatal tiene que basarse, como toda política pública, en evidencia empírica.

En este escenario hay que tener en cuenta que una de las finalidades principales del derecho penal, al menos en un estado de derecho moderno, es disuadir los delitos, entendiendo a estos como hechos disvaliosos o externalidades negativas que tienen que ser evitadas.

Esta finalidad es sostenida, ya desde antiguo, por Cesare Beccaria¹ en su célebre trabajo “De los delitos y de penas” al decir, con su prodigiosa pluma que:

“Fue, pues, la necesidad la que obligó a los hombres a ceder parte de su propia libertad: y eso es tan cierto que cada uno sólo quiere poner en el depósito público la porción más pequeña que sea posible, la que baste para inducir a los demás a defenderle”.

Vemos así como el pacto social se sustenta en la necesidad de evitar la violencia desmedida porque, de lo contrario, si la fuerza prima, entonces la anarquía se avecina.

Bajo este entendimiento surge el derecho penal, que en el intento de solucionar el conflicto social que trae aparejada la externalidad negativa del delito, cuenta con numerosas herramientas. Procurando institucionalizar la respuesta punitiva en manos del estado e imponer penas derivadas de la razón.

Un gran problema, o por lo menos una gran confusión, se da respecto a la distinción de fines y medios, el derecho penal tiene como fin disuadir la comisión de delitos siendo solo un medio la institucionalización en manos del estado del poder punitivo.

Ahora bien, movilizar el aparato estatal con la finalidad de ejercer el poder punitivo del estado implica un costo, a mediados del siglo pasado ya Becker² puso de resalto esta problemática, destacando que la problemática no se limita a los costos públicos sino también a los costos privados en prevención del delito.

¹ Beccaria C. (1776) “*Dei delitti e delle pene*” Traducción de Joaquín Jordá Catalá (1983). Editorial Bruguera, España, pág. 55.

² Becker, G. S. (1968). *Crime and punishment: An economic approach*. En *The economic dimensions of crime* (pp. 13-68). Palgrave Macmillan, London.

En este trabajo se entenderá por costo de ejercer el poder punitivo todos los costos directos relacionados a la investigación y sanción de ilícitos penales. Por ello entenderemos como costos inmediatos toda partida presupuestaria destinada a la justicia penal, al ministerio público fiscal, al ministerio público de la defensa y al servicio penitenciario federal.

Dada la complejidad de la cuestión, nos centraremos exclusivamente en el estado nacional, es decir que trabajaremos en base a las partidas presupuestarias de la justicia federal³ y nacional⁴.

Ahora para analizar la eficiencia del sistema, se partirá de la clásica definición de eficiencia en sentido de Pareto. Siguiendo a Enrique Bouer⁵: *“Una asignación cumple con la eficiencia paretiana si no hay manera de que todos los consumidores puedan mejorar su situación. En otros términos, una asignación Pareto-óptima es una asignación en la que cada agente está tan bien como sea posible, dado los niveles de utilidad de los demás agentes”*.

Bajo esta premisa de eficiencia, la finalidad es entender que institutos permiten eficientizar el derecho penal para lograr un sistema en el cual juzgadores (tribunales), acusadores (fiscales) y acusados (imputados y su defensa) logren la resolución de los conflictos penales de la forma más eficiente para la sociedad, buscando siempre maximizar el bienestar agregado.

Concibiendo a la economía como la ciencia que busca la mejor asignación de recursos escasos frente a necesidades ilimitadas, se buscará estudiar el comportamiento de los sujetos intervinientes en un proceso penal, de modo de entender cómo estos actúan y se propondrán mejoras respecto a cómo deben actuar.

³ Justicia Criminal y Correccional Federal, Justicia Nacional en lo Penal Económico y Justicia Penal Federal en el interior del país.

⁴ Justicia Criminal y Correccional Nacional.

⁵ Sola, J. V. (2013). *Tratado de Derecho y Economía*. La Ley. En particular, trabajo de Bouer Enrique en *“Mercados, equilibrio y eficiencia”* Tomo I - pág. 375.

I.1.- ¿Cuánto cuesta el día de juicio en el sistema penal federal?

Respondiendo a esta primera pregunta, ¿Cuánto “cuesta” el enjuiciar a alguien en el sistema penal federal argentino? Si vemos el presupuesto 2021 del Estado Nacional⁶, nos centraremos en el gasto destinado a la Justicia Federal.

Al respecto vemos el gasto solamente en la Justicia Federal⁷:

DENOMINACIÓN	UNIDAD EJECUTORA	CRÉDITO	RECURSOS HUMANOS
Justicia Federal	Cámaras Federales	\$32.839.163.503	11854 (CARGOS)

Esto quiere decir que cada empleado de la Justicia Federal costó aproximadamente \$2.770.300 anuales o \$12.600 por día efectivo de trabajo⁸. Bajo esta premisa, un simple día de audiencia de juicio oral, donde intervienen 3 magistrados, más el 4º juez exigido, cada uno con sus respectivos secretarios y al menos un escribiente por magistrado, sólo en gasto de sueldos de empleados judiciales asciende a la suma de \$151.000 por audiencia.

Si sumamos al Ministerio Público Fiscal su gasto es de \$22.303.274.872 anuales en remuneraciones en 2021⁹. La Procuración General de la

6

<https://www.economia.gob.ar/onp/documentos/presutexto/proy2021/jurent/pdf/P21J05.pdf>

⁷ Si bien la partida analizada incluye a los fueros federales no penales, considero que como aproximación al gasto del fuero penal federal en especial se puede partir del fuero federal en general.

⁸ Me explico, si dividimos la totalidad del presupuesto (\$32.839.163.503) en la totalidad de empleados (11.854 cargos) da una remuneración anual promedio de \$2.770.300. Si consideramos que la remuneración anual se divide en audiencias asistidas, a razón de uno por día por cada uno de los 220 días hábiles judiciales, nos da el costo de \$12.600 por audiencia por empleado. Pero a cada audiencia asisten no menos de 12 miembros del Tribunal (3 jueces, más el suplente, más un secretario y un audiencista por juez), lo que nos da que cada audiencia cuesta \$151.000.

9

<https://www.economia.gob.ar/onp/documentos/presutexto/proy2021/jurent/pdf/P21J10.pdf>

Nación tiene un total de 6.168 empleados. De esta manera, el Ministerio Público Fiscal destina \$3.615.965 a remuneraciones anuales por empleado o \$16.430 por día hábil judicial. Promediando que a una audiencia tenga que ir un Fiscal y tres asistentes, vemos que el costo de un día de audiencia -considerando que cada Fiscal con sus tres asistentes tomen una audiencia por día hábil- llegamos al número de \$65.744¹⁰ aproximados por audiencia.

Al Ministerio Público Fiscal se le agrega la Defensoría General de la Nación¹¹ que tiene un presupuesto de \$13.756.136.844 y 3.984 agentes. De esta manera, la Defensoría General de la Nación destina \$3.452.845 a remuneraciones anuales por empleado o \$15.694 por día hábil judicial. Promediando que a una audiencia tenga que ir un Defensor oficial y tres asistentes, vemos que el costo de un día de audiencia -considerando que cada Defensor Oficial y sus tres asistentes tomen una audiencia por día hábil- llegamos al número de \$62.779¹² aproximados por audiencia.

Algunos cuestionarán que los Defensores oficiales no siempre asisten a audiencias, ya que muchas veces los imputados se defienden con defensores particulares, pero lo cierto es que en casos donde hay más de un imputado puede haber más de un Defensor Oficial mientras que

¹⁰ Me explico, si dividimos la totalidad del presupuesto (\$22.303.274.872) en la totalidad de empleados (6.168 cargos) da una remuneración anual promedio de \$3.615.965. Si consideramos que la remuneración anual se divide en audiencias asistidas, a razón de uno por día por cada uno de los 220 días hábiles judiciales, nos da el costo de \$16.436 por audiencia por empleado. Pero a cada audiencia asisten no menos de 4 miembros cada Fiscalía (el Fiscal más tres asistentes), lo que nos da que cada audiencia cuesta \$65.744.

¹¹

<https://www.economia.gob.ar/onp/documentos/presutexto/proy2021/jurent/pdf/P21J10.pdf>

¹² Me explico, si dividimos la totalidad del presupuesto (\$13.756.136.844) en la totalidad de empleados (3.984 cargos) da una remuneración anual promedio de \$3.452.845. Si consideramos que la remuneración anual se divide en audiencias asistidas, a razón de uno por día por cada uno de los 220 días hábiles judiciales, nos da el costo de \$15.694 por audiencia por empleado. Pero a cada audiencia asisten no menos de 4 miembros cada Defensoría, lo que nos da que cada audiencia cuesta \$62.779.

el Fiscal es siempre uno solo, por eso es que se promedió un Defensor oficial y un Fiscal por audiencia.

De esta manera, solo en representantes del Tribunal de Juicio y del Ministerio Público ascendemos a la suma aproximada de \$279.500 por audiencia. Se suma a ello el gasto en defensas particulares, peritos, intérpretes, etc.

Ello sin contar personal policial que se requiere para que controlen el orden de la audiencia, los traslados de detenidos a cargo del Servicio Penitenciario Federal o el lucro cesante de los testigos que, por cumplir con su carga pública de atestiguar, no pudieron trabajar ese día. Se aclara que el trabajo no busca ser un estudio de costos sino una aproximación a los mismos, con la finalidad de mejorar el sistema penal.

I.2.- ¿Cuánto cuesta el día en el sistema carcelario federal argentino?

Contestando esta segunda pregunta, cuántos presos hay, cuántos empleados del Servicio Penitenciario Federal (SPF) y cuánto dinero se destina al sistema carcelario. Debemos recurrir a la ejecución presupuestario del Ministerio de Justicia de la Nación¹³:

DENOMINACION	UNIDAD EJECUTORA	CRÉDITO	RECURSOS HUMANOS
Dir. Nacional del SPF	Ministerio de Justicia	\$23.667.829.372	16.084 agentes

¹³ <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ptn-presupuesto.pdf>

Sobre un total de 16.084 agentes hay 11.470 reclusos como población penal¹⁴, esto quiere decir que hay prácticamente 1,5 agentes por preso.

En este escenario, atento la partida presupuestaria, cada día de encierro de un preso costaba a 2020, aproximadamente \$5.653¹⁵.

I.3.- ¿Qué porcentaje del PBI implican?

El gasto en justicia, función indelegable del Estado, oscila entre el 0,9 y 1,2% del Producto Bruto Interno¹⁶. En este escenario, resulta sumamente sugestivo que, de los fondos utilizados, más del 95% se destinen a salarios y menos del 5% a infraestructura. Si tomamos la clasificación del gasto por función, conforme estadísticas del Ministerio de Economía¹⁷, se ve que solo el 3,7% del presupuesto en Justicia se destina a bienes y servicios, el restante 96,3% se dirige a remuneraciones.

Honestamente, ¿no preferimos tener sistemas informáticos e instalaciones que funcionen? Creo que sí, que contar con infraestructura de calidad aumentaría notablemente la eficiencia del personal, ya que no todo es salario.

Hay que alinear los incentivos para que el único incentivo del sistema judicial no sea la retribución económica. El buen funcionamiento del sistema judicial no se limita a los sueldos sino también a la calidad del ambiente de trabajo y, en este aspecto, las condiciones edilicias y de

14

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/10/informe_sneep_spf_2020.pdf

¹⁵ Me explico, si el presupuesto del SPF es de \$23.667.829.372 y tiene 11470 reclusos que están todos los días detenidos (11470*365) son 4.186.550 días de detención. Si dividimos la partida presupuestaria (\$23.667.829.372) en los días de detención (4.186.550) llegamos al número de \$5653 por día de detención al año 2020, (aproximadamente USD 35 por día al valor del dólar de ese año).

16

https://www.argentina.gob.ar/economia/politicaeconomica/macroeconomica/gasto_publicoconsolidado

¹⁷ <https://www.economia.gob.ar/onp/documentos/series/serie2020.pdf>

infraestructura del sistema judicial dejan mucho que desear no solo para los agentes propios sino también para los abogados y procuradores que se acercan a tribunales a defender los intereses de sus clientes.

Además, en épocas de virtualidad y trabajo remoto, un sistema informático integrado facilitaría la circulación de la información. Por ejemplo, al día de la fecha, los letrados no podemos subir archivos de más de 5 megabytes a la plataforma "Lex100" del Poder Judicial de la Nación. Vaya si sería útil contar con mayores capacidades de carga que permitan cargar archivos en mejor calidad, que garanticen la legibilidad de los archivos.

I.4.- ¿Cuánto cuestan comparativamente otros servicios públicos?

Si comparamos el costo del servicio de justicia, por ejemplo, con el servicio de seguridad pública, vemos que el gasto destinado a seguridad interior ronda entre el 1,1% y el 1,5% del Producto Bruto Interno. Esta tabla¹⁸ es clarificadora al respecto:

GASTO PÚBLICO CONSOLIDADO* *En porcentaje del PIB

FINALIDAD / FUNCION	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
GASTO PÚBLICO TOTAL	38,27	40,01	41,28	42,86	44,99	46,30	47,31	46,19	43,59	42,71	46,84
I. FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO	6,21	6,24	6,39	6,73	6,91	7,37	7,38	7,33	6,63	6,30	6,53
I.1. Administración general	2,96	2,93	2,89	3,10	2,99	3,15	3,02	3,04	2,76	2,62	2,66
I.2. Justicia	0,87	0,93	1,00	1,05	1,07	1,18	1,19	1,23	1,15	1,18	1,24
I.3. Defensa y seguridad	2,37	2,39	2,49	2,57	2,86	3,04	3,17	3,07	2,72	2,51	2,64

Merece destacarse que en el análisis cronológico se ve como el gasto en seguridad tiende a mantenerse o decrecer¹⁹, mientras que el gasto en justicia se caracteriza por un paulatino, pero constante, aumento.

¹⁸ Tabla tomada de link que surge en nota al pie 13.

¹⁹ En rigor, el análisis del gasto público consolidado agrupa defensa y seguridad en un solo conjunto, siendo lo correspondiente a seguridad aproximadamente el 40% del total y siendo este total 2,6% del PBI.

Otro ejemplo sería comparar el sistema de justicia con el costo del sistema educativo universitario gratuito, tomando la tabla expuesta *ut supra* comparamos con los porcentajes de gasto en educación universitaria²⁰:

II.1.2. Educación superior y universitaria	1,15	1,18	1,22	1,24	1,24	1,30	1,22	1,26	1,20	1,07	1,16
--	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------

Con esta comparativa, vemos como todo el sistema universitario cuesta porcentualmente menos que la administración de justicia. La comparación en abstracto no nos agrega mayor detalle pero nos permite, al menos, saber que la educación pública superior cuesta menos que el sistema judicial.

Lo hasta aquí expuesto me lleva a concluir que el gasto en seguridad interior, mediante disuasión y persecución del delito, es de gran relevancia para las arcas públicas. Así las cosas, debemos poner la lupa en la cuestión, a fin de procurar eficientizar los recursos de los contribuyentes destinados a esta política pública.

II.- La autonomía de la voluntad como optimización del bienestar

La tradición utilitarista ha dicho que la autonomía de la voluntad optimiza el bienestar, cualquier sujeto frente a un abanico de opciones, pondera sus necesidades y preferencias y opta por una de esas opciones.

Ese derecho a elegir, a optar, donde el sujeto voluntariamente toma una decisión²¹, implica una garantía de la optimización de su bienestar. Al fin y al cabo, al ejercer nuestra libertad de elección optamos por una alternativa por sobre otra u otras y eso maximiza nuestro bienestar generado.

https://www.argentina.gob.ar/economia/politicaeconomica/macroeconomica/gasto_publicoconsolidado

²⁰ Tabla tomada de link que surge en nota al pie 13.

²¹ En términos jurídicos, recurrimos a la clásica definición de acto voluntario que, según el art. 260 del Código Civil y Comercial, acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.

Ésta es el tipo de decisiones que toma todo sujeto racional, la “*Rational Choice Theory*”²² nos dice que el agente decisor toma sus decisiones en base a criterios racionales buscando maximizar su bienestar de acuerdo a la información disponible al momento de decidir.

Stordeur²³, citando a Posner²⁴ es contundente al decir: “*La Asunción básica de la economía que guía el análisis económico del derecho que voy a presentar es que las personas son racionalmente maximizadoras de su bienestar en todos sus actividades. Esta definición abarca la decisión criminal de cometer otro crimen, la del litigante de arreglar o litigar el caso, del legislador de aprobar o rechazar una ley o del juez en cómo emitir su voto en un fallo* (la traducción es propia del original en inglés)”.

En cuanto al derecho penal, sabemos que es el último resorte estatal para solucionar el conflicto. Por ello hablamos del derecho penal como una herramienta de *última ratio* para el ejercicio del *ius puniendi* estatal, pero esta aplicación subsidiaria no torna al mismo de aplicación ilusoria, sino todo lo contrario.

Esta situación torna necesario enfrentar la realidad penal como una problemática compleja, donde los rebotes abolicionistas -o punitivistas- no han de tener lugar. Debiendo respetarse la sistemática penal, apelando a la solución del conflicto penal con herramientas basadas en la racionalidad y procurando evitar caer en la tentación del

²² Teoría esbozada primigeniamente por Adam Smith al decir: “*No es la benevolencia del carnicero, el cervecero, o el panadero lo que nos procura nuestra cena, sino el cuidado que ponen ellos en su propio beneficio. No nos dirigimos a su humanidad sino a su propio interés, y jamás les hablamos de nuestras necesidades sino de sus ventajas.*” Smith, A. (1776). *La riqueza de las naciones*.

El célebre autor escocés nos deja en claro que no actuamos por benevolencia sino de acuerdo a nuestro propio interés, el cual buscamos maximizar en cada decisión que tomamos.

²³ Stordeur, E. (2011). *Análisis económico del Derecho: Una introducción*. Abeledo Perrot, pág. 22.

²⁴ Posner, R. A. (1990). *The problems of jurisprudence*. Harvard University Press, págs. 353-354.

amarillismo o los extremos fogueados por los medios de comunicación o la presión social.

Siguiendo esta lógica de tratar al sistema penal como una herramienta para administrar el conflicto, es deseable darle al agente decisor un abanico de opciones a elegir por sobre una sola vía impuesta. En este escenario, el imputado penal llevado a juicio puede aumentar su bienestar si tiene frente a sí más que la única opción de ir a juicio-entendiendo juicio, por debate oral-; por lo que la opción de arreglar un acuerdo de juicio abreviado es una alternativa disponible a considerar²⁵.

Bhide²⁶ es claro al analizar la relación entre la Teoría de Juegos y el *plea bargaining*, sosteniendo que el defendido ha de optar por la alternativa que maximice su utilidad.

Quiero poner énfasis en este punto ya que al alejarnos del sistema inquisitivo, de instrucción obligatoria y de oficio, y pasar a un sistema acusatorio con aplicación del principio de oportunidad se da sustento legal a una práctica que, *de facto*, ya se ejercía con anterioridad.

El sistema acusatorio aspira a poner al acusador, típicamente el Fiscal, y al acusado, el imputado con su defensa técnica, en un pie de igualdad; donde cada parte construye su teoría del caso buscando convencer al juez acerca de su reconstrucción de los hechos.

De esta manera, garantizado el ejercicio efectivo del derecho de defensa, el imputado se encuentra empoderado realmente para negociar con el acusador público ya que ambas partes tienen derecho a las mismas pruebas y pueden producirlas libremente.

Se agrega a la bilateralidad del sistema acusatorio, el criterio de oportunidad²⁷ consagrado en el Código Procesal Penal Federal que

²⁵ Bar-Gill, O., & Ben-Shahar, O. (2007). *The Prisoners' (Plea Bargain) Dilemma*. U of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper, pág. 30.

²⁶ Bhide, V. M. (2007). *Game Theory and the Law - Plea Bargaining*. Disponible en SSRN 1013189, pág. 12.

²⁷ "ARTÍCULO 31.- Criterios de oportunidad. Los representantes del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción

permite al titular de la acción penal -hoy ya indiscutiblemente el representante del Ministerio Público Fiscal, conforme art. 120 de la Constitución Nacional- elegir, optar, qué causas llevar a juicio.

Mediante la aplicación del criterio de oportunidad se da sustento normativo a la triste, pero real, práctica de mandar a archivo causas o “cajonearlas”. Ahora, bajo un dictamen previo debidamente fundado, se permite al Fiscal prescindir del ejercicio de la acción penal.

La autonomía de la voluntad permite además la mejor asignación de recursos ya que, por defecto, frente a falta de acuerdo entre el Fiscal y el imputado se debe recurrir al debate oral, donde un tercero imparcial -el Tribunal Oral- ha de estar a las pruebas que se produzcan durante el juicio y valorarlas en una resolución absolutoria o condenatoria.

Es de destacar que la garantía al debido proceso no se vería afectada en un escenario de autonomía de la voluntad ya que todo imputado tiene garantizado el derecho a su correspondiente asesoría letrada, aun de oficio bajo la figura de un defensor oficial provisto por el Estado.

Un imputado penal ha de confiar en su defensor, quien aboga por los intereses de su cliente, confiados o depositados en su persona.

Así las cosas, la gestión del conflicto se encuentra en cabeza de profesionales con similar nivel de formación (fiscal – defensor – juez), donde cada uno ejerce un rol y vela por la correcta y eficaz gestión de su tarea. Este manejo del conflicto en cabeza de profesionales, no le

penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes:

- a. Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público;*
- b. Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional;*
- c. Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena;*
- d. Si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.”*

quita al imputado la capacidad de intervenir personalmente, pudiendo declarar libremente e incluso exigiendo que las resoluciones judiciales se notifiquen a su persona en lenguaje asequible.

En lo que respecta al defensor, ha de asesorar a su cliente conforme su legal saber y entender. De esta manera el imputado, al recurrir a métodos alternativos de resolución del conflicto, se encuentra debidamente asesorado para tomar una decisión.

En la actualidad, la realidad es que muchas veces la mejor estrategia de un defensor es la prolongación del proceso, buscando dilatar la finalización de este, se pretende calmar las aguas y quizás, con suerte, lograr la prescripción en favor de su defendido.

En este escenario, de alto volumen de trabajo en el sistema penal dados los incentivos para dilatar las causas, son necesarios herramientas de descompresión del sistema que permitan el ahorro de recursos, humanos y materiales, a fin de utilizarlos en los casos más relevantes que requieran la avocación plena de los recursos disponibles.

Pero el manejo eficiente de los recursos no se puede realizar en abstracto. La autonomía de la voluntad del imputado, garantiza un genuino aumento del bienestar agregado, ya que se logran consensos que evitan decisiones impuestas que generan mayores costos de tramitación y ejecución. Pero estos consensos no pueden lograrse si la voluntad del imputado, quien es el destinatario de las consecuencias penales, se encuentra viciada o coaccionada como ocurre con el dictado de una prisión preventiva.

Es que la prisión preventiva, impide al imputado actuar libremente, ya que cualquier alternativa que le permita recuperar su libertad ha de ser considerada más beneficiosa que permanecer privado de su libertad. Por ello es que las prisiones preventivas han de ser del menor tiempo posible, garantizando juicios -y recursos procesales- que se resuelvan en el menor tiempo posible y que permitan poner fin a la

situación de incertidumbre que implica estar sometido a un proceso penal.

Por último, no debemos olvidar que la prisión preventiva es una medida cautelar, la cual nunca puede ser superior a la resolución de fondo que sería la pena en concreto luego del enjuiciamiento penal.

III.- Análisis de institutos en particular

III.1.- El arrepentido

La doctrina relacionada a los informantes en el ámbito penal es poco clara en la terminología utilizada, principalmente porque es un instituto importado de otros marcos normativos, lo cual hace habitual utilizar términos imprecisos para definirlo.

Por ello, es necesario clarificar el concepto centrándose en el instituto del arrepentido, el cual tiene receptación legal en Argentina a partir de la ley 27.304. Esta ley incorpora el art. 41 ter²⁸ al Código Penal,

²⁸ARTÍCULO 41 ter - Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles.

El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos;*
- b) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero;*
- c) Todos los casos en los que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal;*
- d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal;*
- e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal;*
- f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal;*
- g) Delitos cometidos en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal;*
- h) Delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174, del Código Penal;*
- i) Delitos previstos en el título XIII, del libro segundo, del Código Penal.*

Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan 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.

estableciendo la aplicabilidad del instituto a ciertos ilícitos que son considerados de mayor dificultad probatoria, atento la sofisticación o dificultad en la obtención de la prueba.

Básicamente, el arrepentido es un imputado que decide voluntariamente aportar información a la investigación penal, dando datos precisos respecto a la organización criminal que integra. Como contrapartida a su colaboración, se le concede una reducción punitiva reduciéndose la pena en expectativa a la de la tentativa²⁹ del delito imputado.

Se diferencia de otras figuras que se estudian en paralelo al mismo.

El arrepentido o delator es un imputado que colabora con la investigación a cambio de una imputación menos gravosa.

Por su parte, el agente informante³⁰ es un particular que se infiltra en la organización criminal y mantiene informadas a las autoridades acerca de lo que sucede en el ámbito criminal que lo rodea y que puede resultar de interés en la persecución criminal, no necesariamente tiene que estar imputado en esa causa para decidir colaborar como informante.

En cuanto al agente encubierto es un funcionario público, que realiza las mismas funciones que el agente informante pero que depende de la administración pública y actúa bajo cobertura, de esta manera está

Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince (15) años de prisión. La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa. (el subrayado es propio).

²⁹ De la lectura del art. 41 ter del Código Penal y del art. 872 de la ley 22.415 (Código Aduanero), que reglamente la equiparación punitiva del contrabando tentado con el consumado, surge una incongruencia. La escala penal en este delito particular es la misma para el delito tentado que para el delito consumado por lo que el beneficio de la reducción punitiva del art. 41 ter del Código Penal sería abstracto en este delito concreto.

³⁰ En la distinción terminológica sigo la clarificadora explicación de Montoya, M. D. (2017). *Informantes y anonimato*. Astrea. Quien explica: "En Estados Unidos se habla de Colaborador de la Justicia o collaborator of justice, en Italia se habla de Pentito, en cuanto a Francia se habla de los informateurs, por último en Alemania se refieren al instituto como testigo de la Corona o Kronzeuge".

relacionado directamente con el juez o la fiscalía para quien trabaja en un caso en particular.

El sujeto que aquí interesa es el delator o arrepentido, que no se introduce a la organización criminal sino que es parte de ella y, para morigerar su expectativa punitiva, decide colaborar brindando información.

El arrepentido se diferencia también del testigo protegido en que este último no participa necesariamente de los hechos investigados, sino que aporta información como un tercero ajeno con obligación de decir verdad, mientras que el arrepentido o delator no está obligado a decir verdad, pero si miente tiene consecuencias como veremos a continuación.

III.1.1.- La eficiencia como fin y las críticas desde la dogmática penal

Señala Soler³¹ que un sistema de normas puede ser examinado desde un punto de vista, diríamos, interno, desde su propio plano y conforme con la estructura que le es propia, aceptando sus contenidos como datos, para verificar solamente su *modus operandi*. A esto se suele llamar estudio dogmático de un sistema. Pero ese mismo sistema puede también ser objeto de consideración como fenómeno, es decir, no en su deber ser, sino en su ser, como un objeto cualquiera de la evolución cultural de un pueblo. Estudiar el derecho penal argentino desde esta última lógica, la lógica del ser, valiéndonos de herramientas de análisis económico, es entonces análisis económico del derecho penal.

Bajo esta perspectiva debemos destacar que la incorporación del instituto del arrepentido o de la delación premiada permiten afinar la búsqueda, mejorar la eficiencia de las investigaciones penales.

³¹ Soler, S. (1999). *Derecho Penal Argentino*. TEA. Tomo 1, pág. 36.

Un problema actual al que se enfrenta el derecho penal es la viabilidad de las acciones penales entabladas contra organizaciones criminales complejas, en estos casos se pone realmente a prueba el sistema en forma integral, dada la complejidad y sofisticación de los hechos bajo investigación.

Al analizar el instituto del arrepentido o delación premiada, destacó que el mismo encuentra su razón de ser, justamente, en la lucha contra estas organizaciones criminales. Para que haya un arrepentido es condición necesaria estar, al menos, investigando a un segundo sospechoso. Si un imputado se arrepiente es porque brindará información útil para la investigación de un entramado criminal.

Cuando se inicia una instrucción penal a fin de dilucidar la posible responsabilidad criminal del sujeto bajo sospecha, resulta habitual que el juzgado de instrucción, o la fiscalía a la cual se le delegó la instrucción³², investigue la conducta sospechada en un solo legajo de actuación. Esto no ocurre en organizaciones criminales complejas donde, dada la cantidad de imputados y la multiplicidad de hechos investigados, se requiere dividir las actuaciones en distintos legajos, los cuales son desmembramientos de la causa principal.

El régimen del arrepentido tiene como finalidad la eficiencia en la investigación, otorgando la posibilidad a un imputado colaborador de ver disminuida su pena en abstracto en la medida en que la información por él aportada resulte útil para el descubrimiento del ilícito investigado.

En los hechos, el régimen del arrepentido es una aplicación del *dilema del prisionero*³³ por medio del cual se busca romper con el pacto de

³² En el ámbito nacional y federal, donde impera todavía el régimen mixto del Código Procesal Penal de la Nación (Ley N. 23.984), es práctica habitual que los jueces de instrucción deleguen la instrucción a las fiscalías conforme lo previsto en el art. 196 de este código de forma.

³³ Título que se atribuye a este ejemplo básico de teoría de juego. Como señala Stordeur en op. cit., pág. 125: "El dilema del prisionero fue desarrollado por Merrill Flood y Melvin Dresher sobre comienzos de la década de 1950. Fue luego expuesto en su forma más conocida, en una interacción donde dos prisioneros confiesan contra

silencio entre los imputados, generando incentivos para delatar, procurando mejores condiciones de enjuiciamiento a quien más y mejor delate.

Si bien es cierto que la doctrina penal³⁴ ataca este instituto por ser ajeno al derecho penal de garantías, no es menos cierto que todo sistema jurídico debe buscar la eficiencia, es decir el logro de fines al menor costo posible. Entendido de este modo, el delator no se ve coaccionado a declarar, sino que, asesorado por su defensor y bajo su expreso consentimiento decide aportar información útil y directamente relacionada a los hechos investigados.

Debemos tener presente que son numerosas las críticas a la eficiencia como finalidad del derecho penal³⁵, denostándola como una finalidad ajena del derecho penal acusatorio y al estado de derecho democrático. Lo cierto es que, habiendo consentimiento del imputado, no hay garantía constitucional violada, sino justamente un arrepentimiento por medio del cual el delator se beneficia logrando una reducción de su pena en expectativa o un mejoramiento en sus condiciones de detención.

Quiero poner énfasis en este punto, el arrepentido o delator, al decidir colaborar, está ejerciendo una opción, opción que antes no tenía sustento legal. El arrepentido puede no colaborar, la última palabra la tiene él, y está bien que así sea. De esta manera, las críticas respecto a la ajenidad del instituto al derecho penal no tienen asidero si lo que

su propio interés, por Albert W. Tucker. Ver POUNDSTONE, William, Prisoners' Dilemma, Anchor Books, Doubleday, New York, 1993."

³⁴ Al respecto, es particularmente crítico Anitua en "Anitua, G. I. (2003). Justicia penal pública. *Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*. Editores del Puerto, pág. 163 donde sostiene: "no parece recomendable que la estructura que pretende mantener la vida en comunidad y los lazos de solidaridad fomente la traición de ningún tipo".

³⁵ Op. cit. Anitua, pág. 163, dice: "El fundamento de la figura se basa en argumentos utilitarios. Pero si un Estado renuncia a su superioridad ética, el derecho se degrada al mismo nivel que el infractor. Por meras condiciones utilitarias se renuncia al principio de superioridad ética del derecho, necesario para condenar a los verdaderos autores de delitos".

se pretende es justamente ampliar el abanico de opciones garantizadas al enjuiciado.

Sin embargo, hay cuestiones del instituto que deberían pulirse. Debe lograrse una regulación clara de los requisitos que debe cumplir el acuerdo de colaboración entre imputado y fiscal, ya que se otorgaría certeza al instituto garantizando previsibilidad en la homologación del acuerdo de colaboración presentado ante el Juez.

Otro defecto del marco normativo actual, es que el régimen actual tiene un listado taxativo de delitos a los cuales se aplica el régimen. La cuestión es que ese listado no contempla todos los delitos de organización ya que, por ejemplo deja afuera a ilícitos como los delitos tributarios de la ley 27.430 o los delitos de fraude al comercio.

Otra importante crítica a este instituto es la falta de igualdad de armas entre el imputado y el Estado. Desde la postura que sostengo quiero resaltar que la falta de igualdad de armas entre el Estado y el acusado, no es tal, menos aún en las organizaciones criminales complejas. Cuando nos enfrentamos a estos delitos de organización, la amplitud probatoria debe ser plena, ya que las organizaciones clandestinas transnacionales cuentan con importante recursos -económicos y técnicos- incluso mejor articulados que los de la esfera estatal.

La experiencia judicial enseña que en casos de delincuencia transnacional se vuelve particularmente difícil la cooperación probatoria internacional. De esta manera, una investigación penal aguda requiere saber que se pide del estado cooperante, dado que toda colaboración investigativa tiene como esencia que lo aportado se ciñe a lo estrictamente consultado, en algunas jurisdicciones a veces incluso menos. Frente a consultas genéricas o amplias en un exhorto internacional, cuya tramitación exige en la mayoría de los casos un par de años, se reciben respuestas lacónicas que podrían evitarse si la información requerida es precisa. Las respuestas imprecisas, hacen

que se pierda muchísimo tiempo ya que se vuelve necesario un nuevo exhorto aclaratorio.

La eficiencia del régimen del arrepentido es particularmente útil en delitos altamente complejos, como el narcotráfico, el terrorismo y la corrupción, donde el entramado ilícito es difuso y resulta especialmente difícil calificar las participaciones penales de cada imputado.

Merece destacarse que la dogmática penal³⁶ se refiere al arrepentido como el traidor de su comunidad, como un agente carente de condición moral que denuncia a quienes fueron sus compañeros. Sin perjuicio de que no es la finalidad de este trabajo indagar respecto a la condición moral del arrepentido, me limito a decir que un arrepentido es un decisor racional que aprovecha la oportunidad a su alcance.

Quien decide delinquir sabe los riesgos a los que se expone y en caso de ser perseguido penalmente ha de hacer uso de las herramientas a su alcance para reducir o aminorar las consecuencias de la imputación que se le sigue.

El arrepentido es un sujeto que, a sabiendas de su condición, decide hablar y delatar, agregando valor a la investigación. Además, siendo que en organizaciones criminales complejas los réditos económicos son altísimos, no puede hablarse de un sujeto del bajo mundo sino todo lo contrario. La práctica enseña³⁷ que un arrepentido maneja información financiera, contable y bancaria, es decir que tiene conocimientos económicos probados, lo cual le genera un rédito personal que seguramente lo aleja de los eslabones más bajos de la organización.

Es menester destacar la imposibilidad de acceso a la información por otros medios. Las mega-causas penales tienen ramificaciones en

³⁶ Anitua, G. I. (2010). *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*. Editores del Puerto, pág. 163.

³⁷ Un ejemplo de arrepentido altamente capacitado es el caso de Diego Xavier Guastini, asesinado por sicarios al haber declarado como arrepentido. https://www.clarin.com/policiales/sicario-testigo-ejecutado-enigma-dolarin-guastini-cumple-anos_0_vwrz1TWCY.html

numerosos países por lo que resulta necesario precisar la búsqueda y producción de prueba.

Por otro lado, los países suelen ser reticentes al momento de compartir información en el marco de investigaciones judiciales, por ello, la precisión y exactitud de la información requerida y luego aportada es clave.

En este escenario, tiene especial importancia la veracidad de la información aportada por el delator a la investigación. Solo a modo de ejemplo, es totalmente distinto pedir a un país los movimientos bancarios de una persona identificada en forma vaga o por apodos a pedir los movimientos bancarios de una cuenta en particular de una entidad financiera específica. La precisión de la información delatada, facilita y agiliza la comprobación de la conducta ilícita y, sobre todo, el recupero de activos obtenidos producto de ilícitos.

III.1.2.- La comprobación de la información delatada

Un arrepentido que aporta información útil a una investigación tiene que garantizar la veracidad de lo declarado. De esta manera, es altamente eficiente un sistema en el cual se castiga la falsedad de la información aportada.

Así las cosas, un arrepentido que miente debe incurrir en importantes costos en su aventura jurídica, así lo consagra eficientemente la norma local que establece un delito específico incorporado en el art. 276 bis³⁸ del Código Penal.

La creación de este delito específico es necesaria porque si no se incentivaría a los delatores a desviar la investigación. Si un delator se acoge al régimen tiene beneficios, pero también obligaciones, es una aplicación clásica del *carrots and stick*.

³⁸ Artículo 276 bis: Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos.

Permitir la impunidad de un delator mentiroso generaría un incentivo enorme a la desviación de las investigaciones penales donde los mandos medios, en lugar de tener incentivos de delatar a sus superiores, tendrían incentivos para encubrirlos mediante mentiras cuya investigación dilatará los procesos penales y facilita la impunidad, práctica muy habitual ante la carencia de acuerdos de colaboración.

Por el contrario, mientras más certera y específica sea la información aportada, mayor ha de ser el beneficio de reducción de pena que recibe el delator conforme el art. 41 *ter* del Código Penal.

Aquí viene el planteo constitucional de que un imputado no está obligado a decir verdad, respetuosamente creo que dicha garantía no se encuentra violentada.

En nuestro derecho no se discute que el imputado penal no está obligado a decir la verdad, pero sin perjuicio de que este trabajo no busca analizar la constitucionalidad de la declaración del arrepentido, someramente entiendo que, en rigor, el derecho constitucional es a guardar silencio. La garantía de todo imputado es que tiene derecho a asumir una actitud totalmente pasiva en la investigación que se le sigue. De esta manera, si decide hablar, no se vulnera ninguna garantía al castigarlo por mentir.

La no obligación de decir verdad, no habilita a mentir deliberadamente en el marco de un acuerdo de colaboración. De esta manera, comprobada que fuere la mentira, es válido el castigo de la mentira maliciosa propiamente dicha. Es muy llano el razonamiento, un imputado no está obligado a decir nada, pero si decide hablar a condición de un beneficio y miente, pierde el beneficio. En cuanto al bien jurídico tutelado no cabe duda de que lo protegido es el funcionamiento de la administración pública, ya que el arrepentido asume un compromiso frente al Estado y decide deliberadamente incumplirlo.

Además, el marco normativo convencional no prevé la imposibilidad de castigo de la mentira, máxime cuando la veracidad de lo sostenido trae importantes beneficios al arrepentido. El art. 8.2.g³⁹ de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica establece claramente el alcance convencional del derecho a no declarar contra uno mismo pero no prohíbe expresamente la punición de la mentira.

III.1.3.- El alcance de la información delatada

Conforme se desarrollara en el punto anterior es muy importante que, quien delata, brinde información detallada y específica. Esto es central ya que la información que se delata generalmente es de acceso privado e incluso los mismos jueces encuentran dificultades para acceder a ella. Ahora bien, si lo que se pregunta es sobre una documentación particular, y no ya por cuestiones generales, la información aportada suele ser mucho más específica.

Cuanto más preciso sea el pedido de información, más se ciñe las posibilidades de respuestas genéricas. Por ello una delación eficiente requiere precisiones de lugar, tiempo y modo a la hora de aportar la información.

Como posible reforma al régimen actual, entiendo que sería útil dividir el tipo de información aportada en dos, información delictual delatada e información patrimonial delatada. De esta manera se podría dar beneficios distintos y acumulables que darían mayores incentivos para la delación.

Por ejemplo, un imputado por narcotráfico que decide delatar puede precisar una futura operación criminal, pero mayor sería el interés en delatar si sabe que indicando el giro financiero que justifica esa

³⁹"2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable."

operación recibe un segundo beneficio. Esta hipótesis permitiría un doble impacto a las organizaciones criminales ya que por un lado desbarataría una operación comercial y, por otro lado, atacaría el flujo financiero de futuras operaciones de envergadura atento la falta de liquidez para respaldar la maniobra.

Una cuestión no menor es que la colaboración en sí está prevista para información o datos, pero no para documentación. Por ello considero que brindaría aún mayor claridad aclarar que el aporte de documentación como tal también se encontraría alcanzado por los beneficios del régimen. Es que dar datos o información no es lo mismo que aportar documentación, esta última no está expresamente prevista en el marco de una colaboración pero es claramente pertinente y útil para la eficiencia de la investigación.

III.1.4.- El correcto registro del acuerdo

Necesario es que la celebración del acuerdo de colaboración quede precisamente documentada. Aquí nos enfrentamos a la práctica judicial donde toda intervención se respalda en actas escritas que no logran transmitir toda la información generada.

En este punto, toman particular importancia las TICS (tecnologías de la comunicación) donde un registro fílmico anexo al acta de colaboración sirve para confrontar la información y permite evitar cualquier cuestionamiento a la información aportada.

Además, un registro fílmico permitiría prescindir de la presencia de testigos en la celebración del acta, ya que bastaría con las potestades fedatarias del secretario judicial actuante. Evitar la presencia de testigos en estos casos reduce las posibilidades de filtración de la información delatada, lo cual es altamente beneficioso para el secreto de la investigación.

De esta manera, un correcto registro de la información mediante acta escrita y su correspondiente soporte fílmico -con el debido confron-

de la autoridad fedataria (Secretario del Tribunal)- ha de garantizar la veracidad de la información aportada como así también reducirá considerablemente las posibilidades de filtración de la información delatada.

Tampoco se vulneraría aquí ninguna garantía constitucional ya que la defensa de otros imputados no delatores tienen derecho a interrogar testigos garantizándose la inmediatez. Si la defensa de un imputado pretende ahondar en la delación de otro coimputado, deberá estarse a lo constatado en el acta y será una liberalidad -y no un obligación- del delator contestar a preguntas del defensor de su coimputado. No quiero dejar de mencionar que todo arrepentido tiene derecho a su correspondiente asesoría letrada, previa y concomitante, al acto de delación, por lo que su defensor ha de actuar velando por la legalidad del procedimiento realizado.

III.2.- La suspensión de juicio a prueba o *probation*

Como bien lo indica el nombre de este instituto, la *probation* permite suspender el juicio oral y público bajo la condición de que el imputado se someta a ciertas reglas de conducta. En caso de cumplir con las reglas impuestas por el tribunal actuante, se declara la extinción de la acción penal contra su persona por lo que se resuelve el sobreseimiento del imputado.

Este instituto, tuvo recepción en el sistema penal argentino a partir de la ley N° 24.316 del año 1994 que lo incorpora al Título XII, Libro Primero, del Código Penal⁴⁰ (arts. 76 a 76 quater).

⁴⁰ **ARTICULO 76 bis.** - *El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.*

En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la

Como se sostuvo en el punto I) de este trabajo, el debate oral es la etapa que más congestiona la agenda de los Tribunales de juicio ya que exige la presencia de todos los magistrados y la coordinación de la presencia de testigos. Por ello es que la suspensión de juicio a prueba es ampliamente utilizada en la práctica ya que evita el sometimiento del imputado a un debate, cuyo resultado exige la tramitación necesaria para definir mediante una absolución o condena. De esta

reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio.

Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones.

ARTÍCULO 76 ter. - *El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el Tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El Tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del artículo 27 bis.*

Durante ese tiempo se suspenderá la prescripción de la acción penal.

La suspensión del juicio será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena.

Si durante el tiempo fijado por el Tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas.

Cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso.

La suspensión de un juicio a prueba podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

No se admitirá una nueva suspensión de juicio respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior. (el subrayado es propio).

manera, se descomprime la acotada agenda de juicios para el Tribunal actuante.

Ahora bien, como contrapartida, la no celebración del debate oral y público tiene costo social.

En primer lugar el acusado que comete delitos menores, a los cuales les resulta aplicable el instituto de la suspensión de juicio a prueba, no internaliza el castigo penal ya que no cumple pena privativa de la libertad ni paga el total costo del delito cometido.

En segundo lugar, tenemos el costo de la pérdida de disuasión del reproche penal. Es que el sometimiento de la persona a un debate oral y público es ejemplificativo para la sociedad, la cual percibe un mayor respeto a la justicia cuando ésta hace su trabajo y juzga a una persona. Nótese que causas de importante repercusión pública cuentan con cobertura periodística y mediática por lo que sentar a una persona al banquillo de los acusados transmite un mensaje a la sociedad toda, lo que bajo este instituto no ocurre.

Estos costos no opacan los beneficios del instituto. En cuanto a las condiciones y reglas de conducta exigidas al imputado tienen un doble beneficio. Por un lado, garantizan al imputado la salida del proceso penal y, por otro lado, permiten su resocialización ya que se obliga a realizar tareas comunitarias, adoptar ciertas reglas de conducta y reparar el perjuicio en la medida de sus posibilidades.

En cuanto al Fiscal, se le hacen extensivos los mismos beneficios que al Tribunal ya que se evita la presencia en audiencias de debate, con el consiguiente ahorro en recursos humanos para la preparación y asistencia en las audiencias.

Vemos entonces cómo este instituto genera incentivos tanto para juzgadores -tribunal-, acusadores -fiscales- y acusados -imputados y su defensa-, por ello es que su utilización se encuentra tan extendida en la práctica.

III.2.1.- Supuestos de aplicación actuales

Como surge del punto anterior, el instituto de la suspensión de juicio a prueba es aplicable en dos supuestos.

El primer supuesto es el del primer párrafo del art. 76 bis que habilita la concesión de este beneficio si el máximo de la escala penal del delito lo permite, se habilita el instituto cuando el máximo de la pena no exceda de 3 años.

El segundo supuesto, regulado en el cuarto párrafo del art. 76 bis, es cuando a pesar de que el máximo de la escala penal del delito no lo permita, se podría dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable. En estos casos, si hubiese consentimiento fiscal, se encuentra el juez habilitado a evaluar la procedencia del beneficio.

El segundo supuesto, hoy ya receptado de forma pacífica, ha sido consagrado en virtud del desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, teniendo plena validez en la actualidad en virtud de los fallos Acosta (331:858) y Norverto (326:41) de la CSJN. En estos precedentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación consolidó la llamada tesis amplia en cuanto a los criterios de admisibilidad de la suspensión del juicio a prueba.

III.2.2.- Limitaciones

Este instituto tiene amplia aplicación en la práctica sin perjuicio de las limitaciones actuales -legales y jurisprudenciales -que tiene.

Un primer limitante es la escala penal del delito, ya que si el delito en cuestión tiene un mínimo de la escala penal superior a 3 años sería improcedente la concesión del beneficio. Curioso es lo que señalan Cerro y Meloni⁴¹ en cuanto a que la Argentina es el único país del mundo que posee el beneficio de la suspensión de juicio a prueba y también el beneficio de la condena de ejecución condicional. Si bien

⁴¹ Cerro, A. M., & Meloni, O. (1999). *Análisis económico de las políticas de prevención y represión del delito en la Argentina*. Ediciones EUDECOR.

ambas son salidas del proceso sin una pena de encierro, hay una diferencia central. En la suspensión de juicio a prueba no hay condena mientras que en la condena de ejecución condicional si lo hay.

El segundo limitante es el fallo "Góngora"⁴² de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por medio del cual se veda la aplicación de la suspensión de juicio a prueba a delitos que impliquen violencia de género.

El tercer limitante aplicable es que el imputado debe reparar el ilícito cometido en la medida de sus posibilidades, lo cual es de muy difícil aplicación práctica teniendo una fuerte tendencia los magistrados a aceptar reparaciones muy inferiores a las exigibles por la vía de la responsabilidad civil.

En el caso de haber una querrela en representación de la víctima es normal que se oponga a la concesión de la *probation*, pero la opinión del querellante no es vinculante. Quien ejerce en forma privada la acción penal tiene incentivos para oponerse a la concesión del beneficio de la suspensión de juicio a prueba al imputado porque se evita el juicio oral, siendo el debate oral la etapa procesal en la cual se lograría tener por probada la materialidad del hecho imputado. Sin perjuicio de ello, el querellante tiene reservada la acción civil para reclamar.

Este tercer limitante es central ya que los tribunales suelen aceptar reparaciones económicas muy bajas en favor del damnificado o querellante, ello bajo el argumento, válido, de que el damnificado tiene expedita la acción civil.

Lo cierto es que la víctima tiene remotas posibilidades de hacer valer su derecho a una reparación en sede civil ya que en sede penal no se encuentra comprobada la materialidad de los hechos, es decir que el imputado no es condenado por el ilícito cometido sino que resulta sobreseído.

⁴² Fallos (343:354), dictado en fecha 23/04/2013.

Esta carga del costo del ilícito en la víctima es un sistema ineficiente a la luz del análisis económico del derecho de daños ya que no hay duda de que el *cheapest cost avoider* es el imputado. De esta forma, el probado⁴³ genera una patente externalidad negativa al liberarse del costo de la reparación del daño generado. Frente a ello, sería pertinente realizar una reforma legislativa que establezca un factor de atribución objetivo de la responsabilidad civil para los imputados beneficiados con la suspensión de juicio a prueba.

Es una verdad de Perogrullo que quien mejor puede evitar la comisión de un delito penal es él victimario. Quien comete un delito, es quien, con dolo o culpa, dirige un curso causal que genera un daño a un tercero. Entonces un sistema en el cual se permite una reparación sensiblemente inferior al daño generado es totalmente ineficiente.

Es ineficiente porque la práctica penal permite al imputado -que en numerosas oportunidades recurre a la defensa pública gratuita- brindar reparaciones totalmente alejadas del verdadero daño generado, lo que produce una carga económica a soportar por la víctima.

Si la víctima pretende una reparación medianamente cercana al daño sufrido, debe presentarse como querellante e impulsar la acción penal. El asunto es que si la víctima se presenta como querellante asume costos hundidos por encima del daño sufrido ya que tiene que recurrir a asesoría letrada privada que abogue por sus intereses. No solo asume costos, sino que al perjuicio sufrido por el ilícito debe adicionarse el esfuerzo económico para designar un letrado como querellante. Este nuevo costo le genera gran dificultad a la víctima porque se enfrenta a dos gastos, el generado para recuperarse del ilícito y el gasto en honorarios profesionales del querellante con resultados inciertos.

⁴³ Terminología utilizada en ejecución penal para referirse al imputado al que se le concede la suspensión de juicio a prueba.

Actualmente las víctimas tienen derecho a patrocinio jurídico gratuito frente a un ilícito sufrido, así lo consagra el art. 29 de la ley 27.372⁴⁴ que crea la figura del Defensor Público de Víctimas. Lo cierto es que en la práctica es poco habitual la intervención de estos defensores.

Por otro lado, recordemos que el Fiscal vela por los intereses generales de la sociedad pero no de la víctima en particular. Se suele sostener que el Ministerio Público Fiscal es quien vela por la víctima, pero en rigor la función de los fiscales es velar por la legalidad del procedimiento y por los intereses generales de la sociedad, mas no por el interés particular de la víctima de una reparación integral.

Estas tres limitaciones desarrolladas no impiden la usual aplicación del instituto, el cual, como sostuve, tiene un beneficio central que consiste en el sobreseimiento del imputado una vez cumplidas las reglas de conducta impuestas.

Para los intereses de la defensa del imputado este sobreseimiento es clave ya que diferencia la *probation* del instituto de la condena de ejecución condicional, donde también se somete al victimario a reglas de conducta sin recurrir a la prisión efectiva. En la suspensión de juicio a prueba no se requiere una sentencia condenatoria, por lo que no se requiere tener por acreditada la materialidad de los hechos inculpativos.

Entonces la diferencia es que una suspensión de juicio a prueba finaliza con un sobreseimiento por extinción de la acción penal, mientras que una condena de ejecución condicional finaliza con una condena, lo que además le genera antecedentes penales al victimario pero no exigiéndose una pena de prisión efectiva.

Por último, una cuarta limitación de la suspensión de juicio a prueba se impone en el art. 76 *ter* del Código Penal que es que el imputado no puede tener dos *probations* al mismo tiempo ya que se exige 8 años entre la concesión de una segunda *probation* y el cumplimiento de las

⁴⁴ Ley de derechos y garantías de personas víctimas de delitos.

reglas de conducta de la primera *probation*. Esta limitación busca condicionar el accionar del probado, para aumentarle la percepción del riesgo por la comisión de un nuevo delito, lo que haría que el imputado tenga una conducta ejemplar después del período de la *probation*.

III.2.3.- Second best de la suspensión de juicio a prueba

La opción vigente, y celebrada por los doctrinarios del análisis económico del derecho penal, es la conciliación o reparación integral del perjuicio, hoy opciones reales con sustento normativo.

Adelanto que tratar en profundidad estos institutos incorporados al Código Penal por ley Nº 27.147 (B.O. 18/6/2015) excede el marco de este trabajo, solamente diré que comparto la finalidad perseguida y que resta mucho trabajo respecto a la implementación procesal de estos institutos.

Actualmente, el art. 59 del Código Penal habilita la opción de que el juez pueda dar por extinguida una acción penal por conciliación o reparación integral del perjuicio. De esta manera la víctima, brindando su consentimiento, acepta una oferta conciliatoria o de reparación íntegra del victimario; que concluye con la extinción de la acción penal. Estos institutos novedosos, de renuente aplicación en el ámbito de la justicia federal, a pesar de la reciente reglamentación procesal en el ámbito nacional⁴⁵, son muy útiles en supuestos de delitos al patrimonio ya que facilitan eventuales acuerdos que permitan a todas las partes evitar el dispendio económico que irroga un juicio penal.

Piénsese en el ejemplo de un administrador infiel (art. 176 inc. 10 del CP), un CEO desleal a los interés confiados que pregona sus propios

⁴⁵ Actualmente, se encuentra parcialmente en vigencia el Código Procesal Penal Federal, Ley Nº 27.063 (B.O. 10/12/2014), cuyo art. 34 establece "el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes".

intereses por sobre los de su empleador. Estamos frente a un claro incumplimiento de los *fiduciaries duties*. En la actualidad estos casos dan lugar a dos acciones paralelas y muchas veces antagónicas, la acción penal del empleador al empleado por administración infiel y la acción laboral del trabajador al empleador por despido sin causa.

Una reparación integral o una eventual conciliación permite a las partes en pugna lograr mensurar sus expectativas y celebrar un acuerdo en sede penal que evite las enormes erogaciones de ambos juicios.

El empleador cuenta con la amenaza cierta pero remota de la condena penal y el trabajador cuenta con la gratuidad de la acción laboral. Un acuerdo, que requiere consentimiento vinculante de la víctima (empleador), es una gran solución en estos casos. En el ejemplo, el trabajador cuenta con gratuidad y el impulso de oficio del fuero laboral por lo que no tiene costos para entablar la demanda. Así las cosas, decide iniciar un juicio a pesar de tener grandes posibilidades de perderlo ya que no internaliza el costo del dispendio jurisdiccional, sumado a que los abogados laboristas de parte actora generalmente van a resultado por lo que iniciar el proceso no implica costos de entrada para el trabajador. Por el lado del empleador, se enfrenta a importantes erogaciones para formalizar su denuncia y posterior querrela, sumado al costo de la defensa en sede laboral ya que los abogados laboristas parte demanda suelen cobrar por etapas o bien tienen abonos en las empresas.

Para concluir este punto, considero que estos institutos incorporan útiles herramientas para los operadores del sistema judicial ya que se logra consensuar expectativas para lograr el fin último de la solución del conflicto, finalidad la cual hoy tiene incuestionable asidero normativo en el código procesal penal federal⁴⁶.

⁴⁶ *ARTÍCULO 22.- Solución de conflictos. Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social.*

III.2.4.- La verdadera medida de las posibilidades

Volviendo al tema de la suspensión de juicio a prueba, creo que los jueces, al evaluar la concesión del beneficio a un imputado, deben tener en cuenta las verdaderas posibilidades económicas del victimario. Insisto, lograr la reducción del costo del delito a la sociedad, y sobre todo a la víctima, requiere una evaluación razonada y profunda de las posibilidades de reparación del victimario.

La literatura que trata la suspensión de juicio a prueba poco dice al respecto, considerándolo un tema accesorio e irrelevante.

Considero que el derecho penal, por más *ultima ratio* que sea, requiere responder al particular damnificado en forma concreta. Merece destacarse el avance que significa la ley de derechos y garantías de personas víctimas de delitos (Ley N° 27.372), pero considero que los derechos en ella consagrados no bastan.

En el marco actual, un tribunal penal tiene amplísimas facultades de producción de prueba, muy útil sería que previo a ordenarse una audiencia para evaluar la concesión de la suspensión de juicio a prueba, se recabe información patrimonial del imputado peticionante de la *probation*.

Hoy la información comercial de una persona se encuentra accesible por medios digitales sin ninguna limitación y no basta con la mera declaración oral del imputado (recordemos, no obligado a decir verdad) respecto a sus medios económicos.

Hay que indagar, y eso se puede hacer recurriendo a herramientas como Nosis o Veraz, incluso se puede consultar a organismos públicos si el sujeto tiene algún bien registrable a su nombre o cobra haberes o alguna prestación pública.

Solo a partir de una amplia evaluación patrimonial, se sabrán las reales posibilidades económicas del victimario y se podrá reparar a la víctima con montos cercanos al daño sufrido.

Tampoco se pretende una reparación integral del daño como se aspira en un juicio de responsabilidad civil, pero sí un compromiso serio del victimario para con la víctima, que permita al damnificado morigerar realmente los costos de la externalidad negativa padecida.

III.3.- El juicio abreviado o *plea bargaining*

En el juicio abreviado hay un acuerdo por medio del cual el fiscal interviniente, con la conformidad del imputado -asistido por su defensor-, solicitan al tribunal la homologación de un acuerdo en el que se establece y reconoce la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado en este. De esta manera este instituto, importado del derecho anglosajón, permite evitar la realización de un debate oral y público.

Mediante la celebración del acuerdo de juicio abreviado se evita la compleja tarea de realizar un debate oral. Debate en el cual hay que fijar un calendario de audiencias para receptar la prueba⁴⁷, lo que incluye entre otras tareas, citar a deponer a testigos, peritos e intérpretes.

Además, el intervalo temporal entre los hechos y el debate oral -en algunos casos extendido por más de diez años-, genera incertidumbre para los litigantes ya que la persona que comparezca ante la justicia puede haberse olvidado o, simplemente no se acuerde, de los hechos sobre los que tiene que declarar.

Hecha esta somera explicación del instituto en cuestión, pasaremos a analizar cómo el legislador establece todo un régimen de incentivos para que las partes hagan uso de este instituto, se ahondará en cada uno de esos incentivos y se verá cómo se lograría su aplicación eficiente.

⁴⁷ Conforme ordena el art. 382 del Código Procesal Penal de la Nación, con su correlato en el art. 296 del Código Procesal Penal Federal.

III.3.1.- Requisitos y limitaciones en el sistema federal

El instituto del juicio abreviado tiene importantes limitaciones establecidas en el artículo 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación⁴⁸.

⁴⁸ "Art. 431 bis:

1. Si el ministerio fiscal, en la oportunidad prevista en el artículo 346, estimare suficiente la imposición de una pena privativa de libertad inferior a seis (6) años, o de una no privativa de libertad aún procedente en forma conjunta con aquella, podrá solicitar, al formular el requerimiento de elevación a juicio, que se proceda según este capítulo. En tal caso, deberá concretar expreso pedido de pena.

En las causas de competencia criminal (artículo 32), el acuerdo a que se refieren los incisos 1 y 2 del artículo 431 bis, podrá también celebrarse durante los actos preliminares del juicio, hasta el dictado del decreto de designación de audiencia para el debate (artículo 359).

2. Para que la solicitud sea admisible deberá estar acompañada de la conformidad del imputado, asistido por su defensor, sobre la existencia del hecho y la participación de aquel, descritas en el requerimiento de elevación a juicio, y la calificación legal recaída.

A los fines de este artículo y en cualquier etapa del proceso, pero desde la aceptación del cargo del defensor designado, el fiscal podrá recibir en audiencia al imputado y a su defensor, de lo que se dejará simple constancia.

3. El juez elevará la solicitud y la conformidad prestada, sin otra diligencia, tribunal de juicio el que, tomará conocimiento de visu del imputado, y lo escuchará si éste quiere hacer alguna manifestación. Si el tribunal no rechaza la solicitud argumentando la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos o su discrepancia fundada con la calificación legal admitida, llamará a autos para sentencia, que deberá dictarse en un plazo máximo de 10 días. Si hubiera querellante, previo a adopción de cualquiera de estas decisiones, le recabará su opinión, la que no será vinculante.

4. Si el tribunal de juicio rechaza el acuerdo de juicio abreviado, se procederá según las reglas del procedimiento común con arreglo a los artículos 354 ó 405, según corresponda, remitiéndose la causa al que le siga en turno.

En tal caso, la conformidad prestada por el imputado y su defensor no será tomada como un indicio en su contra, ni el pedido de pena formulado vincula al fiscal que actúe en el debate. (el subrayado es propio)

5. La sentencia deberá fundarse en las pruebas recibidas durante la instrucción, y en su caso en la admisión a que se refiere el punto 2, y no podrá imponer una pena superior o más grave que la pedida por el ministerio fiscal. Regirá el artículo 399.

6. Contra la sentencia será admisible el recurso de casación según las disposiciones comunes.

7. La acción civil no será resuelta en este procedimiento por juicio abreviado, salvo que exista un acuerdo entre las partes en tal sentido, aunque se podrá deducir en sede civil. Sin embargo, quienes fueron admitidos como partes civiles podrán interponer el recurso de casación en la medida que la sentencia pueda influir sobre el resultado de una reclamación civil posterior.

8. No regirá lo dispuesto en este artículo en los supuestos de conexión de causa, si el imputado no admitiere el requerimiento fiscal respecto de todos los delitos allí atribuidos, salvo que se haya dispuesto la separación de oficio (artículo 43).

Cuando hubiera varios imputados en la causa, el juicio abreviado sólo podrá aplicarse si todos ellos prestan su conformidad."

De esta manera vemos que en legislación nacional, el juicio abreviado tiene una expresa recepción y reglamentación.

El primer requisito es respecto al momento de celebración del acuerdo, ya que la oportunidad procesal en que puede celebrarse es hasta la apertura del debate. El imputado antes del debate ya conoce que se le sigue una acusación penal y conoce también la prueba de cargo sobre la que se sostiene esa acusación, este escenario pone a los negociantes (fiscal y defensa) en un plano de igualdad de información para negociar por lo que no surgen problemas de asimetrías de la información que sí suelen plantearse como crítica en los *plea bargaining* de Estados Unidos. Por otro lado, el acuerdo establece una fecha límite de celebración más no una fecha mínima ya que el fiscal puede recibir al imputado con su defensa en cualquier etapa previa a los actos preliminares del juicio para negociar el acuerdo a homologar.

Otro requisito central es que el Tribunal de Juicio reciba al imputado con su defensa en audiencia *de visu* de esta manera, se busca garantizar la independencia y libertad del imputado al decidir celebrar este tipo de acuerdos. Es central cerciorarse que el imputado no se encuentre coaccionado y que tenga acabado conocimiento de lo que acepta, por ello la intervención del Tribunal como un tercero imparcial frente al acuerdo del fiscal y la defensa es central. A todo evento, se garantiza al imputado la vía recursiva ya que si hay una eventual coacción en su contra, tiene derecho a la revisión de su condena por un tribunal casatorio.

Un requisito que actúa como limitación es el máximo de pena imponible de 6 años ya que hay hechos con escalas penales más altas que podrían tener penas consensuadas, esta limitación afecta acuerdos de juicio abreviado. Piénsese por ejemplo en una acusación como jefe de una asociación ilícita, perfectamente podría solucionarse el conflicto penal con un acuerdo de juicio abreviado mayor a 6 años de prisión pero la reglamentación del artículo lo impide.

Por último, es importante tener presente que en caso de haber más de un imputado, todos ellos deben prestar conformidad y aceptar el juicio abreviado. Esta exigencia de unanimidad tiene su razón de ser en que si se permitiera abreviar el juicio respecto a uno solo de los imputados, se “debilitaría” la acusación respecto a los restantes. Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación da sustento jurisprudencial al acuerdo de juicio abreviado sólo por un imputado, ello en el precedente “Amestoy” del 21/10/2021 que sigue el Dictamen en esa causa del Sr. Procurador General – Dr. Casal- de fecha 17/9/2019. Además el art. 323 cuarto párrafo⁴⁹ del Código Procesal Penal Federal prevé expresamente que la receptación de acuerdos de juicio abreviado con un solo imputado.

III.3.2.- Consecuencias y la autonomía de la voluntad

En el sistema argentino de enjuiciamiento penal, dado el idéntico acceso a la prueba de las partes intervinientes, se permite que en los juicios abreviados se logran veredictos consensuados y no impuestos, lo que claramente maximiza el bienestar de las partes.

Además, el factor que más suele pesar en los imputados para aceptar los juicios abreviados es evitar la prolongación de la prisión preventiva y eliminar la incertidumbre respecto del monto de la pena en juicio⁵⁰. Se suma a ello que, en el caso de defensas particulares, donde el imputado paga al defensor en base a la extensión del debate, le resulta menos oneroso al imputado los honorarios de su letrado ya que se

⁴⁹ Art. 323: “(...) La existencia de varios imputados en un mismo proceso no impedirá la aplicación de las reglas de los procedimientos abreviados a alguno de ellos.”

⁵⁰ Goldman es contundente al decir: “El sesgo del juicio abreviado en contra del imputado empeora, como mencionamos, cuando éste ha sido sometido, o se encuentra sometido aún, a prisión preventiva. En tal caso, resulta racionalmente conveniente cualquier acuerdo que establezca una pena equivalente al tiempo transcurrido en prisión preventiva o que permita su inmediata libertad de encontrarse aún encarcelado. De hecho, en tales condiciones el imputado no podría obtener beneficio alguno del juicio aun resultando absuelto (...)”. Goldman D. H. (2022) “Negociación y juicio abreviado en el Código Procesal Penal Federal argentino” Revista de la Facultad de Derecho de México Tomo LXXII, Número 284, pág. 247.

evitan las audiencias de debate oral que requieren una disponibilidad exclusiva del letrado para con el cliente sentado en el banquillo de acusados.

Para el fiscal -y el Tribunal- los beneficios son claros en cuanto al ahorro en recursos humanos, permitiendo trabajar más casos con menos personal y en menos tiempo.

En este escenario, es muy importante que quien va a sufrir las consecuencias del juicio abreviado, el imputado ahora condenado, sea consciente del alcance del acuerdo al que se somete. Para ello es central la debida asesoría de su defensa respecto a las consecuencias del juicio público y los beneficios del acuerdo. La defensa al negociar un juicio abreviado tiene importantes beneficios, no hay duda, pero es trascendental que no olvidemos que estamos en el marco del derecho penal, por lo que se requiere la mayor amplitud informativa posible al imputado para que tome consciencia del tipo de acuerdo que está firmando.

No entra en cuestión que el imputado se beneficiaría con una condena más corta que sentándose a un debate oral. Esa es la finalidad del instituto, condenas cercanas a los mínimos de la escala penal, que den por concluido el conflicto en forma pacífica y consensuada, y que permitan la reinserción social del imputado.

Un ahorro no menor pero difícil de poner en números es la evitación de la estigmatización del imputado al momento del juicio, es innegable que estar en debate oral es estresante para todos los intervinientes, pero especialmente para quien está siendo señalado como reprochable penalmente.

Dejo para el final de este acápite el punto más controvertido, que es el acuerdo de juicio abreviado con imputados sometidos a prisión preventiva. Es que el condicionamiento de la falta de libertad ambulatoria al momento de la negociación hace que la defensa busque

la solución más rápida posible, rapidez la cual entra en conflicto con las garantías penales.

Un ejemplo triste es el caso del imputado que lleva reiteradas prolongaciones de su prisión preventiva, supongamos dos años en total y que la fiscalía le ofrece un abreviado de 2 años y seis meses mientras que el tribunal recién le otorga fecha de debate para dentro de 12 meses. En este caso el imputado prefiere una condena actual a esperar un debate cuyo resultado sería incierto y por el cual podría recibir una condena mayor, lo que sí sabe el imputado es que el tribunal extenderá la prisión preventiva hasta finalizado el debate.

Para intentar morigerar este problema, sería útil establecer legalmente que, en caso de que esté iniciada formalmente la negociación de juicio abreviado y no se llegue a un acuerdo, se celebre el debate oral a la mayor brevedad posible.

III.3.3.- Condenas más eficientes

Siempre es más eficiente una resolución consensuada a una impuesta, esto es justamente lo que se logra en un juicio abreviado. No queda duda que una decisión consensuada tiene mayores probabilidades de cumplimiento que una decisión impuesta por los magistrados. Siempre una persona es más reaccionaria a acatar algo que le es impuesto que a algo que decide y acepta libremente.

La eficiencia no solo se logra con el consenso, sino también con la reducción de costos materiales y humanos para todos los intervinientes.

Otro beneficio de las condenas por juicio abreviado es que son de menor duración a las que se suelen fijar luego de un debate oral, por lo que se reduce el tiempo de privación de libertad del condenado, lo que implica menores costos penitenciarios y alivia el atiborrado sistema carcelario.

Frente a este escenario, el juicio abreviado otorga beneficios ciertos a todos los intervinientes. Se brinda certeza respecto a la controversia en sí, evitando abrir la caja de pandora que es el debate oral y público. En cuarto lugar, ahorra valiosos recursos humanos tanto en el tribunal interviniente, como en la fiscalía actuante y en la defensa del imputado. Por último, se garantiza que, en caso de que el acuerdo no prospere, la conformidad prestada por el imputado y su defensor no será tomada como un indicio en su contra, ni el pedido de pena formulado vincula al fiscal que actúe en el debate.

III.3.4.- Límites constitucionales

Buena parte de la dogmática del derecho penal busca cuestionar la constitucionalidad del juicio abreviado pero lo cierto es que es una práctica debidamente reglamentada que no vulnera el bloque de constitucionalidad. Al respecto es contundente Cafferata Nores⁵¹ al decir: *"No se advierte que el juicio abreviado ponga en crisis el principio del debido proceso, pues las exigencias de este se respetan. Hay acusación, defensa, prueba, sentencia y recursos."*

Todo derecho requiere un acción para su correcto ejercicio, ahora bien si quien es titular de esa acción no la plantea, no la inicia, lejos estamos de una vulneración constitucional.

Insisto, la respuesta consensuada es la mejor forma de resolver conflictos y qué mejor manera que reconociendo el imputado su verdadera intervención en los hechos que justifican su reproche penal. En estos casos, se aspira a que el condenado adquiriera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social⁵².

⁵¹ Cafferata Nores, J. I. (1997). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Editores del Puerto. Pág. 84.

⁵² Finalidad consagrada expresamente en el art. 1 de la ley de ejecución penal, ley Nro. 24.660.

La crítica constitucional se centra en el derecho a no ser obligado a declarar contra uno mismo, consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional. Pero del derecho a no declarar contra uno mismo no se sigue una prohibición a declarar contra uno mismo. De esta forma uno puede libremente, decidir declarar contra uno mismo o no.

Si un imputado tendría vedado declarar contra uno mismo no tendría razón de ser el acto de defensa de la declaración indagatoria, ya que el solo hecho de abrir la boca en la indagatoria podría considerarse una declaración contra uno mismo.

Además, si prohibiéramos a un imputado declarar, se lo estaría instrumentalizando como objeto del derecho penal, quitándole su status de sujeto de derechos.

Consagrar constitucionalmente el derecho a una actitud totalmente pasiva frente a una persecución penal no impide que el imputado decida ejercer una defensa activa en la cual de razón de sus hechos y acompañe prueba de descargo. Es más, el juez se encuentra obligado⁵³ a investigar los hechos pertinentes y útiles respecto a los cuales se haya manifestado el imputado.

Por otro lado, el acuerdo de juicio abreviado puede ser una oportunidad para el acusado. Piénsese por ejemplo en el caso de un imputado elevado a juicio por estafa por la acusación pública pero que la querrela considera que el monto de la estafa es mayor y solicita instrucción suplementaria en tal sentido. Al imputado le conviene cerrar un acuerdo de juicio abreviado con la fiscalía antes que se produzca prueba que podría empeorar su situación. De esta manera, el derecho a no declarar contra uno mismo no colisiona con la reglamentación del juicio abreviado.

Tampoco colisiona el acuerdo de juicio abreviado con el derecho a un juicio previo para la imposición de una pena, ya que el acuerdo es

⁵³ "Art. 304. - El juez deberá investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado."

justamente una forma de juicio. Forma de juicio en la cual, no deja de hacerse una consideración de los hechos y de la culpabilidad del imputado sujeto a imputación. No basta un mero acuerdo entre fiscal y defensa sino que ese juicio debe someterse a contralor y correspondiente homologación del Tribunal.

La resolución condenatoria por acuerdo de juicio abreviado exige que haya una correcta comprobación de la prueba, es decir que se encuentra debidamente fundada en la prueba aportada a la causa por lo que no se puede sostener que es una mera imposición.

Contrariamente a lo que sostiene parte de la doctrina local⁵⁴, el juicio abreviado como tal no prescinde de la verdad material a cambio de una verdad consensual.

El juicio abreviado no es un acuerdo a la ligera, sino una forma de justicia restaurativa donde la víctima del ilícito tiene derecho a ser oída y el juez la ha de tener en cuenta para la resolución del conflicto penal. Por otro lado, las reglas de oportunidad del acuerdo de juicio abreviado prohíben a los jueces de juicio homologar un acuerdo a ciegas. Pregunto, ¿Cuántos agentes estatales le vamos a dar como garantía al imputado? Para garantizar el deber de objetividad del estado, se establece un proceso claramente escalonado.

Para que un imputado llegue a un acuerdo de juicio abreviado debe haber merituado los hechos imputados al menos un fiscal de instrucción y el juez de instrucción. También, eventualmente la Cámara de Apelaciones y el fiscal de Cámara (prescindibles si no se ejerce el derecho a excitar la vía recursiva).

Y frente al acuerdo como tal, interviene el fiscal de juicio y el tribunal oral. Si aun la defensa cuestionase la calificación de los hechos imputados tiene derecho a recurrir por vía casatoria a la Cámara de Casación. De esta manera, y atento las distintas funciones del

⁵⁴ Cafferata Nores, J. I. (1997) "*Cuestiones actuales sobre el proceso penal*", Editores del Puerto, pág. 75.

Ministerio Público Fiscal (acusar) y de los Jueces (juzgar), creo que decir livianamente que el abreviado es cambiar la verdad material por una verdad consensuada es quitarles cualquier credibilidad a los organismos estatales de persecución y control penal.

IV.- Conclusión

Debemos ser conscientes de lo que cuesta el enjuiciamiento penal y tener presente que no solo mediante agravamiento de las penas se logra reducir el delito. Ya Becker⁵⁵ nos enseñaba que es cuanto más importante la probabilidad de castigo a la severidad de este. Yo agregaría que la fórmula no se agota en probabilidad por severidad, sino que también requiere tener presente el factor tiempo.

La celeridad en la que se recibe una respuesta del sistema penal es una cuestión central. No es lo mismo la expectativa de castigo, aunque certero, en el largo plazo a recibir un castigo, aunque menor, en lo inmediato. Kahneman⁵⁶ nos enseña que somos imprecisos proyectando las consecuencias de nuestro futuro, ya que no tenemos certezas para descontar eventos futuros.

En unas breves líneas, quiero resaltar también la importancia de que todo costo es relativo, es decir que todo precio es relacional, algo es caro o barato en relación a otra cosa. Bajo esta óptica, el precio o costo final de delinquir, incluso calculando probabilidad por severidad por celeridad, debe ser comparado con el costo de no delinquir. Si el potencial delincuente no tiene nada para perder, porque nada tiene, el costo del delito es infinitamente bajo ya que nada arriesga. A una persona en situación de calle, de desesperación, le resulta, tristemente, una oportunidad el acceso al sistema penitenciario ya que se garantiza, al menos, techo y comida. Distinto es el caso de un

⁵⁵ Becker, Gary S. Crime and punishment: An economic approach. En *The economic dimensions of crime*. Palgrave Macmillan, London, 2012.

⁵⁶ Kahneman, D. (2012). *Pensar rápido, pensar despacio*. Debate.

delincuente de cuello blanco, el cual realiza delitos con claros fines de lucro. En estos últimos casos son especialmente útiles los institutos analizados ya que permiten una respuesta más integral del sistema penal, buscando no solo el reproche respecto a libertad ambulatoria sino también la disuasión de conductas estableciendo consecuencias económicas.

La finalidad de esta tesis es entender los institutos analizados desde una perspectiva económica, desentramar los incentivos que movilizan a los sujetos intervinientes y proponer mejoras al régimen vigente.

Así, se logrará entender la forma de aplicación de estos institutos y el porqué de la generalización en su uso; para buscar, desde la opinión de esta tesis, aportar hipótesis de mejora al marco normativo actual.

"*Afianzar la justicia*", máxima consagrada en el preámbulo de nuestra Constitución Nacional, significa resolver las controversias mediante un tercero imparcial, y que mejor forma de hacerlo que aspirando a resolver el conflicto del mejor modo posible, abarcando la mayor cantidad de casos posibles, con el menor empleo de recursos.

Bibliografía

- Anitua, G. I. (2003). *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*. Editores del Puerto.
- Anitua, G. I. (2010). *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*. Editores del Puerto.
- Bar-Gill, O., & Ben-Shahar, O. (2007). *The Prisoners' (Plea Bargain) Dilemma*. U of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper.
- Beccaria C. (1776) "*Dei delitti e delle pene*" Traducción de Joaquín Jordá Catalá (1983). Editorial Bruguera, España.
- Becker, G. S. (1968). *Crime and punishment: An economic approach*. In *The economic dimensions of crime* (pp. 13-68). Palgrave Macmillan, London.

- Bhide, V. M. (2007). *Game Theory and the Law - Plea Bargaining*. Disponible en SSRN 1013189.
- Cafferata Nores, J. I. (1997) "Cuestiones actuales sobre el proceso penal", Editores del Puerto.
- Cerro, A. M., & Meloni, O. (1999). *Análisis económico de las políticas de prevención y represión del delito en la Argentina*. Ediciones EUDECOR.
- Goldman D. H. (2022) "Negociación y juicio abreviado en el Código Procesal Penal Federal argentino" Revista de la Facultad de Derecho de México Tomo LXXII, Número 284
- Kahneman, D. (2012). *Pensar rápido, pensar despacio*. Debate.
- Montoya, M. D. (2017). *Informantes y anonimato*. Astrea
- Posner, R. A. (1990). *The problems of jurisprudence*. Harvard University Press.
- Smith, A. (1776). *La riqueza de las naciones*.
- Sola, J. V. (2013). *Tratado de Derecho y Economía* . La Ley. En particular, trabajo de Bouer Enrique en "Mercados, equilibrio y eficiencia".
- Soler, S. (1999). *Derecho Penal Argentino*. TEA.
- Stordeur, E. (2011). *Análisis económico del Derecho: Una introducción*. Abeledo Perrot.