

## Asociación Ilícita Acuerdo De Colaboracion

### JURISPRUDENCIA

### Asociación ilícita. Acuerdo de colaboración

Se revoca la

resolución apelada y se homologa el acuerdo de colaboración suscripto entre el imputado y el Ministerio Público Fiscal (artículo 10 de la ley 27304), por entender que el magistrado excedió los límites de su revisión, en tanto la fundó sobre aspectos cuya evaluación sustancial solo corresponde al Ministerio Público Fiscal.

Buenos Aires, 2 de julio de 2019. VISTOS Y

CONSIDERANDO: I.-El juez de la instancia anterior rechazó el acuerdo de colaboración pretendido por el imputado F. E. S. en los términos del artículo 41 ter del Código Penal, conforme la redacción actual introducida por la ley 27304 (fs. 44/46), pronunciamiento que fue impugnado (fs. 47/48). Celebrada la audiencia prevista en el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación, expuso agravios el Dr. Domingo Faustino Loto, defensor del nombrado. Luego de deliberar, las actuaciones se encuentran en condiciones de ser resueltas. II.-Antecedentes del caso. El imputado F. E. S., asistido por su defensor particular, el Dr. Loto, manifestó al Fiscal de la causa su deseo de aportar información a la luz del instituto previsto en el artículo 41 ter del Código Penal (fs. 1 de este legajo). El nombrado fue procesado como coautor de los delitos de asociación ilícita en calidad de miembro, robo en poblado y en banda reiterado en doce oportunidades -hechos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10, 11, 13, 14 y 15-, robo en poblado y en banda tentado -hecho 12-, robo en poblado y en banda con armas cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse, tentado -hecho 7-y robo en poblado y en banda con armas cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse -hecho 9-, en concurso material (ver fs. 2352/2424), resolución que fue confirmada por esta Sala, ver fs. 2565/2570). Consecuentemente con ello, se celebró la audiencia prevista en el artículo 6° de la ley 27.304, la que fue registrada en la forma legalmente establecida (fs. 18/39 vta.). En dicha oportunidad, S. se explayó sustancialmente sobre los aspectos previstos en el artículo 7° a) y b), es decir, la determinación de los hechos atribuidos a su persona, su grado de participación y pruebas, y, asimismo, sobre el tipo de información a proporcionar (nombre de otros coautores y partícipes, modalidad de actuación, distribución de tareas, réditos de los actos delictivos y su distribución, vocabulario encriptado usado, medios de comunicación y de transporte utilizados). En ese contexto el Auxiliar Fiscal interviniente, Dr. Alejandro Álvarez Villalba, aceptó el acuerdo e indicó que, de confirmarse la verosimilitud y utilidad de la información suministrada, en caso de que se pretendiera la excarcelación del nombrado se evaluaría su situación a la luz del artículo 4° de dicha ley (punto a) y al momento de efectuarse la petición de pena, se tendría en consideración la mensuración prevista en el artículo 41 ter, primer párrafo, del Código Penal (b), (artículos 7-c, 8 y 13 de la mencionada ley). Dicho acuerdo fue presentado para su homologación al juez de la causa (artículo 9° de la ley). Celebrada la audiencia prevista en el artículo 10, con la asistencia del imputado, su defensa y el fiscal, se dio lectura del acta documentada a fs. 18/39 vta. En esa ocasión el imputado reconoció los términos de dicha declaración y su rúbrica en las hojas respectivas. Asimismo, manifestó que ese acuerdo fue producto de su libre determinación, que conocía y comprendía los alcances, como así también las consecuencias del régimen previsto en la ley 27.304. Luego de ello, el juez analizó los requisitos formales de procedencia -la condición de partícipe o autor del solicitante, la índole de los delitos involucrados y la oportunidad procesal de la petición-y, finalmente, rechazó el acuerdo de colaboración pretendido por S. porque "... tal como se explicó detalladamente, ... únicamente confirmó la materialidad de los hechos, la modalidad de acción de banda y participación de sus integrantes, todo lo cual ya había sido establecido merced a la investigación desarrollada y brindó referencias vagas para intentar cumplir con los recaudos legales exigidos por la ley 27.304 y así lograr minimizar los eventuales efectos que pueda sufrir. Sin embargo, su aporte en modo alguno satisface el propósito y las exigencias de la norma legal en cuestión...? (44/46). Agregó, con relación a los datos proporcionados sobre L. C., que no revestía un rango igual o superior a S. en la organización como lo exige la norma. La apelación interpuesta por la defensa determina la actual intervención de la Sala (artículo 10 de la ley), audiencia a la que no concurrió el representante de la Fiscalía General, pese a haber sido debidamente notificado (fs. 52). III.-La primera cuestión que se plantea en el caso es la naturaleza del procedimiento que establece la ley y, en base a ello, el alcance del control jurisdiccional subsiguiente. El artículo 8° circunscribe a dos los actores de la celebración de un acuerdo de esta índole: el autor o partícipe de alguno de los delitos contemplados en el artículo 41 ter del Código Penal -quien debe contar con asistencia letrada-y el Ministerio Público Fiscal. Adicionalmente, la ley 27304 establece criterios para aplicar el beneficio, pautas de evaluación de la información, la jerarquía de los sujetos dentro de la organización a que podrá referirse, la oportunidad de la propuesta, sus efectos sobre la pena y otros institutos, y los requisitos formales y de registro que deben observarse. El acuerdo entre el imputado y el fiscal debe, necesariamente, ser sometido a la consideración del juez de la causa (artículo 9° de la ley), quien conforme al artículo 10 lo aprobará o rechazará en una audiencia con el imputado, su defensa y el fiscal convocada al efecto, oportunidad en que "... escuchará a las partes y se asegurará que el... arrepentido tenga debido conocimiento de los alcances y las

consecuencias del acuerdo suscripto? y lo aprobará ?si el imputado hubiera actuado voluntariamente y se hubieran cumplido los demás requisitos previstos en el artículo 41 ter del Código Penal y de la presente ley?. De la apreciación conjunta y armónica de los artículos 8° y 10°, en orden a los datos específicos mencionados -la intervención exclusiva del imputado y el fiscal en la celebración del acuerdo, y los extremos que deberá verificar el magistrado para su aprobación-se infieren dos cuestiones. En primer lugar, que se está frente a un instituto de neto corte acusatorio que, como en otros casos -tal el procedimiento de flagrancia instaurado por la ley 27.272-se ha insertado dentro del sistema procesal mixto aún vigente. En esa línea, corresponde destacar que los aspectos procesales de la ley 27.304 ya han sido incorporados (ver ley 27.482) al Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063, de aplicación progresiva conforme el Decreto 257/2015), indiscutiblemente acusatorio. Ello, bajo el título VII, ?Acuerdos de colaboración?, artículos 175 quinquiesdecies a 175 octiesvicies. Asimismo, para completar la interpretación literal de la ley sobre el tema, cabe tener en cuenta lo expresado por la Diputada Copes durante el debate en la Cámara de Diputados, quien específicamente resaltó el carácter acusatorio de este beneficio (9na reunión -8 va. Sesión ordinaria (especial) del 23 de junio de 2016). Dijo entonces la legisladora: ?... la segunda observación que deseo señalar se vincula con el artículo 10, tal como insistimos en muchísimas oportunidades. En el sistema acusatorio, el fiscal es quien debe llevar adelante la investigación, es el responsable de la acción penal y quien formaliza el acuerdo. En este sentido, este artículo resulta confuso; ¿por qué?, porque el juez pondera la información. Aquí habría que efectuar una corrección. En línea con ello, el artículo 18 señala que, al momento de dictar sentencia, el juez evaluará la información aportada. Entonces, corremos el riesgo de hacer recaer sobre el arrepentido la eficacia de la investigación, y esto, de ninguna manera puede ser así. El uso que el Estado haga de la información brindada por el arrepentido y el avance de la causa no pueden ser condiciones valoradas o ponderadas al momento de hacer el acuerdo. Es el fiscal quien realiza el acuerdo, el que pondera la información. De hecho, esta no es una figura ex post; si así lo fuera, no habría garantías para que el arrepentido delate hacia arriba en esa estructura?. Agregó luego: ?... en línea con lo que ya hemos venido planteando, donde dice: 'Dentro de un plazo no superior a un (1) año, el juez o el fiscal,...'. Es el fiscal, no el juez. Reitero que en el sistema acusatorio el que lleva adelante la acción penal es el fiscal, que hace el acuerdo y pondera la información correspondiente. El juez controla la legalidad?. Finalmente, en una nueva intervención manifestó que acorde con ?... la sugerencia que hemos sostenido en la comisión y en este recinto, veríamos con agrado que se suprimiera el párrafo que dice: 'Al momento de dictar sentencia, el tribunal evaluará la información aportada en función de los parámetros de la presente ley. No puede recaer sobre la espalda del arrepentido la eficacia de la investigación, lo que el Estado haga, cómo sigue esa investigación. No es el juez entonces el que tendría que valorar esta cuestión. Es el fiscal el que valoró hacer el acuerdo y homologarlo por el juez.?' En segundo término, se considera que ese cariz acusatorio del instituto incide en forma directa en el alcance de la revisión que los artículos 9° y 10° asignan al juez con relación al acuerdo de colaboración solicitado por el imputado y aceptado por el fiscal de la causa. En principio, cabe señalar que el magistrado se ve ante la circunstancia de decidir sobre un asunto en el que no hay conflicto, en tanto el imputado -y su defensa-y el Ministerio Público Fiscal coinciden en que la propuesta aceptada satisface sus respectivos intereses. En este marco, el eventual rechazo del acuerdo por el juez no es discrecional, sino que debe estar fundado, exclusivamente, en la ausencia de las formalidades del caso, sin ingresar a ninguna consideración sobre la pertinencia, calidad u utilidad de la información suministrada, salvo supuestos de arbitrariedad en los que no hay aporte alguno (art. 5°, a contrario sensu, de la ley 27.304). La función del magistrado se relaciona exclusivamente con el control de los requisitos legales externos (en cuanto al delito involucrado y la oportunidad del planteo), y de aquellos aspectos relacionados con la defensa en juicio del imputado (si comprendió los alcances del acuerdo, si se encontraba capacitado a esos fines y si recibió el asesoramiento necesario), es decir, todo aquello que se enmarca en la apreciación de la voluntariedad y competencia del justiciable (cfr. Yale Kamisar-Wayne R. Lafave-Jerold H. Israel-Nancy King, ?Modern Criminal Procedure. Cases -Comments-Questions?, Ninth edition, West Group. St. Paul, Min. 1999, pág. 1333 y siguientes) y sus citas, Fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ?Godinez v Morán?, 509, U.S., 389, 113, S. Ct., 2680, 125, L. Ed. 2d, 321 (1993). A estos fines, tal como se señaló, el artículo 10 de la ley establece los límites de la intervención del magistrado -?El juez que intervenga en la homologación aprobará o rechazará el acuerdo presentado en una audiencia convocada al efecto con la presencia del imputado arrepentido, su defensor y el fiscal de la causa. El juez escuchará a las partes y se asegurará que el imputado arrepentido tenga debido conocimiento de los alcances y las consecuencias del acuerdo suscripto. El juez aprobará el acuerdo si el imputado arrepentido hubiera actuado voluntariamente y se hubieran cumplido los demás requisitos previstos en los términos del artículo 41 ter del Código Penal y de la presente ley. El rechazo judicial del acuerdo será apelable por ambas partes. Si la homologación fuera rechazada finalmente, las actuaciones deberán quedar reservadas y las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido no podrán valorarse en su contra ni en perjuicio de terceros.?- Ahora bien, en orden al grado de aporte de la prueba -en su aspecto sustancial-cabe señalar que debe primar, de ser fundada, la opinión del Ministerio Público Fiscal, porque éste al aceptar el acuerdo toma una decisión de política criminal conforme a la potestad que le otorga la ley, en tanto decide

incorporar ese testimonio a la estrategia de su caso?. Por eso, aun cuando el director del proceso en el Código Procesal de la Nación según ley 23.994 es el juez, lo que en la ley 27.304 se privilegia es esta nueva visión. Así, se ha dicho: "... que la aplicación del beneficio solicitado no altera ni la gravedad del injusto ni la culpabilidad de R. Se trata de una medida de política criminal que atiende criterios de prevención especial y general positiva para enfrentar fenómenos criminales organizados." (Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, R. A. A. s/ recurso de revisión?, rta.11/9/2018). En esa línea, se comparte la opinión referente a que la intervención del juez "En un sistema acusatorio, debería relacionarse sólo con asegurar que el imputado lo haya suscripto voluntariamente y conociendo sus derechos, como así también que se hayan cumplido los requisitos legales externos (delito permitido por ley, tipo de información a aportar, reducción punitiva ajustada a lo establecido normativamente, etc.) ... Es correcto que el juez controle la legalidad de los actos (que el imputado haya aceptado voluntariamente, sobre todo de cara al riesgo cierto de abusos para coaccionar un arrepentimiento), pero no es claro el motivo por el cual el juez deba ponderar, además, si se cumplieron los requisitos que incluyen la valoración de la información al interior de la investigación. Se supone que esa decisión, esa ponderación, la realiza el propio Ministerio Público Fiscal de cara a la evaluación de la investigación? (Maximiliano Hairabedián, "Régimen Procesal de la Delación Premiada", en Revista Procesal de Derecho Procesal Penal, "La verdad en el proceso penal -II?", Edgardo Alberto Donna, Ed. Rubinzal-Culzoni, to. 2018-2, año 2019, págs. 43 y ss; en igual sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni -Marcela de Langhe. "Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", tomo 2, ed. Hammurabi, 2019, pág. 286 y ss) La exclusividad de la opinión fiscal en el aspecto sustancial se relaciona en forma directa con la circunstancia de que el requerimiento del Ministerio Público Fiscal es el acto con el que se inicia el juicio (artículo 374 del Código Procesal Penal), en razón de lo cual corresponde a ese agente la evaluación de la utilidad e interés de la información aportada por el arrepentido, en el marco del caso que planteará como objeto de prueba durante el debate. En esa línea, no puede el juez sustituir al fiscal en la valoración de los datos que el imputado ofreció y el Ministerio Público aceptó como útiles. Tan es así que, aun cuando muchos de ellos ya se hubieran incorporado indiciariamente a través de la prueba producida, la fiscalía puede válidamente considerar que su hipótesis probatoria sobre el funcionamiento de la asociación ilícita investigada y la intervención de otros implicados de igual o superior responsabilidad que la suya, se verá robustecida por el testimonio en co-delincuencia que surge del registro de los dichos del imputado arrepentido. En el caso de autos, el juez aprobó la legalidad del acuerdo en sus aspectos externos y en los términos previstos en el artículo 10 de la ley 27.304. En cuanto a los fundamentos del rechazo, entiende la Sala que el magistrado excedió los límites de su revisión, en tanto la fundó sobre aspectos cuya evaluación sustancial sólo corresponde al Ministerio Público Fiscal. Como conclusión de lo expuesto precedentemente, satisfechos efectivamente los requisitos de legalidad formal y no existiendo conflicto a resolver -en tanto de la ausencia de Fiscalía de Cámara a la audiencia cabe inferir que comparte el criterio de su inferior-, se revocará lo resuelto y se homologará el acuerdo suscripto a fs. 18/39 vta. de este legajo.

IV.-Una situación particular se presenta en aquellos casos en que el imputado quiere y pide declarar como arrepentido y el fiscal se niega a celebrar el acuerdo, caso que no se encuentra previsto legalmente. Maximiliano Hairabedián, en la obra citada, indica que "En códigos procesales mixtos como el nacional ... no se establece un mecanismo de impugnación genérico a las decisiones del fiscal. Esto es entendible: en ese tipo de sistemas la dirección de la instrucción la tiene el juez. Pero con los retoques ... que le fueron haciendo al Código Procesal en sucesivas actualizaciones, se le sumaron funciones investigativas al Ministerio Público Fiscal virando hacia una instrucción de "doble comando". Así se generaron problemas y distorsiones como la falta de previsión de un régimen de control de sus actos ..." (op. cit. pág. 54 y ss). No nos adentraremos en su análisis por cuanto esa hipótesis difiere del planteo que ha llegado a la Sala por vía de apelación. Con independencia del sistema de control de legalidad que se instaure sobre la decisión fiscal negativa, en resguardo del derecho de defensa del imputado de modo de asegurar que el rechazo del acuerdo propuesto esté expresado en una resolución fundada (artículos 69 y 167, inciso 3º, del CPPN) lo cierto es que, de verificarse una circunstancia de arbitrariedad, lo único que podrá determinar esa autoridad es la invalidación del auto infundado. Pero, "El tribunal no podrá obligar al Ministerio Público a celebrar el acuerdo ya que se trataría de una extralimitación invasiva sobre facultades de un órgano independiente (art. 120, CN) que las ejerce con autonomía funcional, sin sujeción a instrucción o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura..." (op. cit. pág. 54 y ss). En virtud del acuerdo al que se arribó, el tribunal

RESUELVE: REVOCAR la decisión de fs. 44/46 y HOMOLOGAR el acuerdo de colaboración suscripto entre el imputado F. E. S. y el Ministerio Público Fiscal (artículo 10 de la ley 27304). El juez Rodolfo Pociello Argerich no intervino en la audiencia por hallarse prestando funciones en la Sala IV de esta Cámara. Notifíquese y devuélvase. Sirva lo dispuesto de atenta nota de envío.

Hernán Martín López Ricardo Matías Pinto  
Cám. Nac. Penal Ec.- Sala A - 26/10/2017 - Cita digital IUSJU023123E

Correlaciones: L., W. D. s/INF. LEY 22.415 -  
043597E