

DEL PREMIO DE LA FELONÍA EN LA HISTORIA JURÍDICA Y EL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

José Luis GUZMÁN DALBORA*

Resumen: Pese a que pudiese resultar extraño, el premio de la felonía cuenta con una larga trayectoria en Derecho penal. Si la traición y la deslealtad pueden dar lugar a delitos o agravar la responsabilidad, ¿cómo es posible recompensar a través de instrumentos jurídicos, como la atenuación o la exención de pena, al traidor? Esta práctica, reaparecida en las leyes penales de nuestros días, supone el predominio de una política descarnada, de un derecho penal autoritario, sobre los derechos de los individuos y hace sucumbir los valores del ordenamiento jurídico.

Palabras clave: felonía, premio, delación, extorsión, impunidad, confesión, testigo de la corona, testigo principal, arrepentido, autoinculpación, antinomia, voluntarismo, autoritarismo, estado de derecho.

Abstract: No matter how strange it might seem, the reward for treachery takes part of a long tradition in the Criminal Law. If disloyalty might be considered an offence or might even aggravate criminal responsibility, ¿how is it possible to reward the traitor through legal mechanisms, such a mitigating or even exonerating circumstances? This practice that reappeared in the current legal systems, represents the predominance of a raw policy and of an authoritarian Criminal Law over the rights of the citizens and it certainly weakens the values of the legal system.

* Profesor titular (catedrático) de Derecho penal e Introducción a la Filosofía moral y jurídica en la Universidad de Valparaíso (Chile). El texto reproduce, anotada, la conferencia que pronunció el autor en la ceremonia en que le fue conferido el grado académico de Doctor *honoris causa* por la Universidad de Antofagasta, el día 6 de mayo de 2011.

Key words: Treachery, reward, denunciation, extortion, impunity, confession, Crown witness, principal witness, repentant, self-incrimination, antinomy, voluntarism, authoritarianism, State of Law.

1. Paradoja y contenido del tema

El premio de la felonía constituye una paradoja y, sin embargo, una prolongada realidad en la Historia del Derecho penal.

Así como con frecuencia se presentan en la vida del hombre contrasentidos cuyo verdadero significado no nos queda claro de inmediato, así también no es extraño que el Derecho albergue ciertas situaciones contradictorias, incluso absurdas y hasta inverosímiles. Al igual que en la vida, las paradojas del Derecho admiten una distinción. Las hay cuya presencia se advierte rápidamente, siendo más o menos sencillo, según la índole del problema, desvelar el rostro oculto tras las apariencias de verdad. Estas contradicciones reciben el nombre de antinomias lógicas, si bien la mayoría de las antinomias axiológicas, cuando su irracionalidad es patente, son asimismo captadas con prontitud¹. Pero existen otras que tardan en ser descubiertas y que sobrellevamos con naturalidad no exenta de embarazo. Va de suyo que una espontaneidad incómoda tampoco puede ser auténtica espontaneidad; al contrario, es la manifestación exterior de un asunto antitético, que ha de ser incongruente como el motivo que la determina. Pues bien, esta clase de paradojas, primero ignoradas, luego intuitas ocasionalmente a lo largo del tiempo, hasta que llega el instante en que una feliz conjunción de factores permite descubrirlas en su genuina entidad, son las de más complejo tratamiento en el mundo del Derecho. De tal dificultad es índice la demora en advertirlas, no menos que el esfuerzo que cobra organizar convenientemente la denuncia. Con todo, la prueba definitiva de su enrevesamiento emerge después que el problema fue planteado y se formuló la crítica. Porque la especie de que hablamos, como esas plantas flotantes que van y vienen, tiene la misteriosa fuerza de resistir o reaparecer cuando se la creyó vencida, revelándonos nuestra incertidumbre, mejor dicho, la ineptitud humana de librarse de una incom-

¹ Distinto es el problema de si cabe resolverlas. Algunos piensan que no, porque las contraposiciones axiológicas atañen a las valoraciones que informan a las reglas en contraste, y esto priva de coherencia al objeto de la Ciencia jurídica, cuyo carácter sólo cognoscitivo le veda crear por su cuenta una norma que resuelva el conflicto. Así, RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, *La racionalidad del ordenamiento como presupuesto de la Dogmática jurídica en materia penal*, en su libro misceláneo *Nueva crónica del crimen*. Edeval, Valparaíso, 1981, p. (187-211) 192. Cfr., además, *infra*, apartado 5, texto y nota 39.

patibilidad merced a razonamientos que liquiden de una vez por todas lo absurdo que nuestra sensibilidad había conseguido percibir. Si este género de complicaciones afligiese únicamente al jurista, cuyo primer deber consiste en salvaguardar hasta donde sea posible la racionalidad del ordenamiento jurídico, el asunto no pasaría de tener un mero interés gremial. Pero dada la índole eminentemente práctica del Derecho, su finalidad de regular el comportamiento interindividual de los hombres, y de hacerlo de un modo consecuente con las valoraciones que alienta cada comunidad, resulta que los elementos o relaciones dispartados en las normas jurídicas trascienden el plano ideal de aquella regulación, embistiendo de lleno a todos los justiciables. Y vista la gravedad de las consecuencias propias del Derecho y el proceso penales —o sea, la pena, precedida del juicio público, la solemne ceremonia en que se establece el delito y la magnitud concreta de la responsabilidad criminal de sus hechos—, los efectos de tales paradojas pueden ser muy serios, tanto para el que debe sufrirlas en primer término, como imputado, acusado o condenado, cuanto para el plexo entero de la sociedad.

Acerquémonos al contenido de nuestra paradoja en la forma de una interrogación que deje en evidencia su cariz inconcebible. ¿Cómo y con qué títulos se puede siquiera insinuar que las leyes penales otorgan premios a la felonía, en circunstancias que aquéllas son o debieran ser el exacto opuesto de ésta? Llamamos en castellano felonía a la deslealtad y la traición; pero las leyes vienen castigando de antiguo, y con dureza, precisamente el crimen de traición, el mayor ataque a la seguridad exterior del Estado por parte de sus ciudadanos —hacer la guerra contra el propio país—, convierten en asesinato el homicidio artero y agravan la responsabilidad de quien comete alguna otra infracción faltando a la lealtad debida al sujeto pasivo. El antiguo Derecho común inglés se hizo cargo de esta propiedad semántica al establecer la bipartición *felony* y *misdemeanor*, considerando más graves las felonías y asociándoles consecuencias punitivas y procesales de mayor severidad que en los delitos menores². En el Derecho histórico español el crimen de traición, por un lado, y el asesinato y el obrar sobre seguro, por otro, mantuvieron relaciones tan estrechas, que todavía hoy suscita dificultades interpretativas la naturaleza jurídica de la alevosía como elemento típico y circunstancia agravante³. Todavía más rotundo es el Derecho

² La vieja distinción sobrevivió hasta la *Criminal Act* de 1967. Desde ese momento todos los delitos, sin importar su gravedad, son clasificados como *offences*. Cfr. SMITH y HOGAN, *Criminal Law*. Oxford University Press, Oxford, 11ª ed., 2005, pp. 31-32.

³ La alevosía fue sinónimo del crimen de traición hasta las Siete Partidas, promediando el siglo XIII, que fijaron como criterio diferenciador que se falte a la lealtad debida al Rey o bien a ese mismo vínculo con relación a los demás hombres. La ulterior independencia de la primera, que ocurre en la Edad Moderna, no impidió

penal alemán, que asigna al delito de prevaricación el nombre *Rechtsbeugung* (traición del Derecho)⁴. No es preciso multiplicar los ejemplos tomados de la historia y del Derecho positivo para apercibirse de que nada de esto tiene que ver con las pretensiones de la legalidad, del mismo modo que la ingratitud, la falsía y el disimulo son la negación misma de la lealtad, ya para con la patria, ya hacia individuos en particular.

Esta palabra —*lealtad*—, transida de una inequívoca connotación moral, admite entre sus acepciones en la lengua española la de *legalidad*, lo que se explica porque en la conducta desleal se falta a lo que exigen ciertas leyes, normalmente de fidelidad, honor y hombría de bien. La cercanía lingüística, que es interesante en nuestro contexto, no es casual. Los hombres de la época contemporánea nos hemos formado en la convicción de que las leyes en general, y las penales en particular, son algo más que el deliberado producto normativo de la *volonté générale*, de ese querer con que la asamblea que nos representa mira a las acciones como abstractas y a los individuos como su sujeto impersonal. Parte considerable del legado del Siglo de las Luces, con su reforma jurídica, y, según diremos después, una pieza clave en el concepto de Estado de Derecho, yace en el entendimiento de que las leyes deben su superioridad intrínseca, tan relevante como la jerarquía formal que poseen entre las fuentes del Derecho, nada menos que aquello que las torna materialmente coercibles, al hecho de ser encarnación y reflejo de la confianza pública. Esto significa que la autoridad de las leyes, que no es sinónimo de mero poder, descansa en que cada una, aisladamente considerada, y el tejido de relaciones que ellas guardan entre sí, expresa jurídicamente lo mejor de la cultura del pueblo que se somete a su majestad, donde lo más refinado puede entonces actuar como estímulo de la virtud cívica e incluso servir de vehículo pedagógico que reobre sobre los elementos más rudimentarios presentes en el conglomerado social, hasta reducirlos al nivel al que pertenecen, el instintivo o biológico-emocional. El recuerdo del movimiento abolicionista de la pena de muerte, que

que quedase impregnada del tinte de deslealtad y cobardía que le imprimió la formación histórica del concepto. Cfr. CAMARGO HERNÁNDEZ, *La alevosía*. Bosch, Barcelona, 1953, p. 18, y RIVACOPA y RIVACOPA, *De la alevosía y otros elementos cualificativos del asesinato*, en *Nueva crónica del crimen*, cit., p. (215-251) 237.

⁴ La designación va de la mano de la antigua teoría subjetiva del prevaricato, según la cual traiciona el Derecho el juez que dicta un fallo a sabiendas de que el Derecho declarado allí contradice su propia convicción jurídica. Por cierto, esta doctrina está superada por la concepción objetiva, para la que lo único que cuenta es que el tribunal resuelva en contra del Derecho objetivamente vigente. Cfr. MAURACH, SCHRÖDER y MAIWALD, *Strafrecht*. Besonderer Teil. 2 vols. C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 8ª ed., t. II, 1999, p. 280.

ha conseguido acorrallar en la mayoría de los países del mundo la sed de venganza nativa del impulso de conservación exasperado ante el peligro, puede bastarnos como paradigma de esta última cualidad de las leyes culturalmente, o lo que es igual, racionalmente orientadas.

Es esta condición, o sea, la capacidad de la ley de aunar la política con el tono en que está afinado el concierto cultural de un pueblo, lo que le asegura su autoridad y la consiguiente respetabilidad ante los ojos del último. Por otra parte, esa respetabilidad representa un supuesto básico de su eficacia, porque sin ella los órganos públicos encargados de hacerla cumplir y, llegado el caso, aplicar las consecuencias coactivas del quebrantamiento, no podrían desempeñar con visos de éxito su delicada misión. En fin, nuestro enlace puede devenir muy fecundo en efectos benéficos para la sociedad cuyos gobernantes saben cuidar de él. La convergencia entre ley y cultura, que hemos consignado como prenda de la majestad y eficacia de las leyes, no difiere en substancia de la unión entre moral y política, cuya realización BECCARIA patrocinó en el siglo XVIII como cosa muy necesaria, porque a ella «deberían los hombres su felicidad, las naciones la paz, y el universo un intervalo más prolongado de tranquilidad y de reposo para los males que pasan repetidamente sobre él»⁵.

He aquí, sin embargo, que la Historia del Derecho penal es pródiga en situaciones que desmienten la preponderancia en palabra, pese a que con su previsión se quiso garantizar la eficacia de las leyes abroquelándolas merced a procedimientos de discutible carácter. En efecto, hubo en épocas pretéritas una profusión de casos, legales y judiciales, en que el Estado fomentó, por su interés particular, la ruptura de la confianza entre las personas, que es la base de la confianza pública. A la luz de lo que hemos consignado hasta este punto, no causará asombro que el rendimiento de la táctica fuese magro. Es más, no sólo distaron de conseguir la eficacia pretendida, sino que los mecanismos propiciatorios serían fontana de secuelas funestas en la sociedad, siendo sólo una de éstas que las leyes se vieron obligadas a castigar delitos que ellas mismas habían provocado.

El producto criminógeno de las leyes, que contribuyó a la ruina de los regímenes que se valieron del premio de la felonía, puede ser reconducido a las dos grandes manifestaciones de la traición legalizada, y éstas, a su vez, permiten delimitar el contenido de nuestro tema, a saber: 1º) la remuneración, generalmente pecuniaria, de la delación de los delitos, siquiera con el paso del tiempo participarían de la recompensa, además, los acusadores públicos e incluso los jue-

⁵ *De los delitos y de las penas*. Edición crítica bilingüe y Estudio preliminar por FRANCISCO P. LAPLAZA. Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955, p. 286.

ces que condenaban a confiscaciones o multas, quienes compartían el monto con el soplón, y 2º) la atenuación o franca exención de pena para el codelincuente que confesaba el delito y allanaba el camino para condenar con su testimonio a los compañeros de consorcio criminoso. Entrambos incentivos dieron origen a una plétora de modalidades. El principal vástago del primero fue la talla, una institución característica del Derecho procesal penal del Antiguo régimen. En el segundo, el estímulo a cooperar con la Administración de Justicia mediante declaraciones auto y hetero inculporatorias, podía tener alcance general, en otras palabras, surgía por concesión directa de la ley, o bien quedar limitado a los procesos y personas que decidiese el juez.

Más adelante procuraremos demostrar que estas prácticas penales obedecen siempre a la misma razón de ser, el predominio de una política descarnada sobre los derechos de los justiciables, y rematan en idéntico corolario, la hecatombe de la armonía valorativa del ordenamiento a manos del voluntarismo jurídico. También habrá ocasión de pasar revista a su reaparición en ciertas leyes penales de nuestros días. Pero antes conviene ilustrar el argumento siguiendo las sinuosidades más significativas que ofrece en el Derecho histórico.

2. Su trayectoria hasta el siglo XVIII

La más antigua modalidad del premio de la felonía fue el precio a la delación de los delitos. Sin embargo, sus orígenes la emparentan con la extorsión, esto es, una ocurrencia fáctica en modo alguno propiciada por la ley, pero que se dio maña para colarse entre sus intersticios y abusar de su imperio.

La pesadilla extorsiva se remonta al Derecho penal griego del período helénico. El procedimiento penal griego, especialmente en Atenas, era rigurosamente acusatorio. Sólo la víctima del delito podía acusar, y sólo el acusado podía defenderse. El Código de Solón, anterior en 594 años a la era cristiana, no admitía la representación de las partes por un tercero, salvo en dos hipótesis. La primera tenía lugar en los procesos por homicidio, caso en el cual el pariente más próximo estaba legitimado para presentar la querrela. La segunda se refiere a los delitos que lesionaban al Estado, como la traición o la malversación de caudales públicos. Esta vez, cualquier ciudadano podía formular la acusación. Puesto que los griegos no conocían la figura del procurador fiscal —que aparece mucho más tarde, en la experiencia moderna francesa, y se organiza en la reforma procesal-penal napoleónica y

prusiana del siglo XIX⁶—, la posibilidad de que cualquiera asumiese el papel de denunciador llevó a la institución, en Atenas, de los sicofantes, esto es, acusadores privados que cumplían voluntariamente la tarea de cuidar los intereses públicos. Su labor no estaba prevista en la ley de Solón, por cierto; pero la experiencia resultó tan desastrosa como si la hubiese consultado. Los sicofantes se dedicaron al pingüe negocio de importunar a los ciudadanos, obligándoles a entregar sumas más o menos cuantiosas para comprar su tranquilidad. Tales extorsiones «llegaron a constituir bien pronto una de las plagas de la vida pública ateniense»⁷, no obstante lo cual se extienden hasta la época ática. Cómo se compagina esto con la moral griega, que conservaba del espíritu aqueo la idea de que las verdaderas recompensas aguardan al hombre más allá de la muerte, como la gloria reservada al guerrero valiente, pocos de los cuales alcanzaban edades avanzadas y ninguno la prosperidad económica, o al intelecto creador cuyas conquistas no serían olvidadas por la posteridad, es testimonio de que toda cultura posee sus lados oscuros. Uno de ellos es el delito.

Con el Derecho penal romano se entra en una fase de profundización del fenómeno. Pero no en los primeros siglos de la evolución de este riquísimo ordenamiento jurídico. En el antiguo proceso penal, incluso durante la República, ni el denunciante o declarante adquirirían derecho alguno por sus actos procesales, ni a una recompensa económica ni a librarse de pena por haber participado en el delito. Tampoco el juez podía alentar ventajas especiales en el procedimiento penal republicano, «dominado por el honroso principio según el cual el magistrado que sustanciaba un proceso no podía esperar que el mismo le produjera sino molestia, y en ocasiones hasta peligro»⁸. Desafortunadamente, había excepciones a esta pareja de reglas, de las que se hizo uso esporádico al principio y abundante con la sobrevenida de Principado e Imperio. Por una parte, en casos concretos se incentivó la denuncia de los delitos ofreciendo un premio que se pagaba al momento de presentarla o tras el término del proceso. El galardón podía ser económico —una donación pecuniaria o la exención de impuestos— o civil —la adquisición de libertad y ciu-

⁶ Acerca de los antecedentes franceses de la institución en la Edad Moderna, véase CORDERO, *Guída a la procedura penale*. Utet, Torino, 1986, pp. 155-156; del origen en Alemania trata ROXIN, *La posición jurídica de la fiscalía ayer y hoy*, en su libro *Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal*. Versión castellana de Óscar Julián Guerrero Peralta. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, pp. 9-38.

⁷ ZIELINSKI, *Historia de la civilización antigua*. Traducción de Carlos Pereyra. Nota preliminar de F. S. R. Aguilar (Colección «Crisol», núm. 47), Madrid, 1959, p. 154.

⁸ MOMMSEN, *Derecho penal romano*. Traducción del alemán por P. DORADO. Temis, Bogotá, 1976, p. 318.

dadanía para el esclavo que delataba al asesino de su amo u otros crímenes graves—. Por otra, la exención de pena para el delincuente confeso, que franqueaba a los jueces un expediente simplificado para condenar a los demás partícipes en el maleficio. Estas liberaciones de responsabilidad criminal representaban una abierta violación del ordenamiento jurídico, por lo cual los romanos, muy conscientes del escándalo y lo peligroso del procedimiento, exigieron para otorgarlas una ley, semejante a las de amnistía. Los contados casos en que se concedieron en la República aumentan tras la muerte de César y la legislación de Augusto. De ahí en adelante serán su eje los delitos de lesa majestad y demás sancionados con la pena de confiscación de bienes. Las recompensas en los procesos políticos no eran irrelevantes para acusadores, acusados y jueces. Las leyes de príncipes y emperadores dejaban al acusador la cuarta parte del patrimonio del condenado, por lo que resultó natural el desarrollo de una clase especial de sujetos, los delatores, que sembraron el espanto en Roma⁹. A su turno, el delator que había sido coautor o cómplice del crimen, conseguía habitualmente la impunidad¹⁰. Por último, el tribunal tenía el derecho de disponer de una parte del producto de las multas impuestas en determinados procesos, sobre todo los sustanciados por el delito de *peculatus*. La conciencia romana de la inmoralidad y el riesgo de semejantes incentivos, que motivó en el gobierno de Tiberio una proposición al Senado para restringirlos, se pierde gradualmente a raíz de la concentración del poder político en los emperadores¹¹.

Por lo demás, las excepciones en palabra se multiplican durante los siglos del Derecho común¹². Sabido es que el Derecho penal romano que se recibió en la Baja Edad Media y que domina la escena europea hasta las postrimerías de la Edad Moderna, es el contenido en los *libros terribles* del Digesto, o lo que viene a ser lo mismo, el Derecho penal imperial. Las pruebas de la vigencia de nuestro argumento en el período intermedio son contundentes. Piénsese tan sólo

⁹ ZIELINSKI, op. cit., cfr. p. 601. De todas maneras, correspondía al juez decidir a su arbitrio los honores o ventajas que se entregaría al acusador, con tal que éste hubiese sostenido exitosamente la acusación. MOMMSEN, op. cit., cfr. p. 320.

¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La recompensa como prevención general. El Derecho premial*, en *El criminalista*. Segunda Serie. 10 vols. Víctor P. de Zavallía Editor, Buenos Aires, t. VI (tomo XVI de toda la Colección), 1964, cfr. p. (11-75) 63.

¹¹ Extraviada hace tiempo la virtud cívica republicana, se comprenderá que la propuesta fuese objeto de rechazo. MOMMSEN, op. cit., cfr. p. 321.

¹² «El instituto del premio para los reos delatores se desarrolló sin frenos, incluso allende los delitos de subversión y traición, en la Edad intermedia», afirma FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*. Prefazione di Norberto Bobbio. Lateral, Roma-Bari, 1989, p. 706, basándose en Pertile.

en el Derecho castellano de la monarquía absoluta, con la privanza del soplón o malsín. Este odioso personaje solía cobrar una parte de los delitos denunciados por él, con el amparo de las Cortes y la oposición de los jueces cuando éstos actuaban de oficio —ya que en tales casos los tribunales se reservaban la cuota correspondiente al delator—. El oficio de cizañero era doblemente apetecible, porque, amén de la paga en numerario, «un discreto silencio de los oficiales judiciales protegía a sus habituales confidentes»¹³, en su mayoría reclutados entre miembros del hampa. Asimismo, los jueces permitían que actuase como delator el cómplice de un delito cometido por uno o más autores principales, premiándole con la parte alícuota de la pena pecuniaria impuesta a éstos y la atenuación o derecha exención de su propia responsabilidad. El fenómeno devino generalizado a la sazón, pero alcanzó cotas de sobrecogedora gravedad en los procesos del Santo Oficio de la Inquisición, dado lo brutal de las puniciones de los delitos religiosos (magia, hechicería, brujería y, en la España de la Contrarreforma, particularmente los de herejía y apostasía, castigados con la muerte en la hoguera), y porque a menudo malsindad y soplónaje eran fruto de odios, resquemores, antipatías, envidias y otras pugnas personales, que contaban para el delator tanto o más que el botín económico¹⁴.

Huelga decir que este crudo utilitarismo, propiciado por las leyes y explotado por los guardianes de la Justicia, difuminó el límite entre el mundo oficial de quienes persiguen el delito y el subterráneo de los que son perseguidos como delincuentes¹⁵. El mismo principio de utilidad que se halla tras los primeros barruntos de la pérdida penal de la libertad, promediando el siglo XVI, se manifestó por doquier y de la manera más destemplada en el sentido impuesto a las sanciones pecuniarias, a propósito de las cuales vimos ya asomar la fea cerviz del delator. Las monarquías europeas utilizaron multa y confiscación como medios con que mantener en funcionamiento su aparato burocrático. En el caso español, la multa podía estar determinada legalmente o irrogarse como pena arbitraria. Pero en ambas hipótesis no era indiferente al juez la decisión de absolver o condenar, ya que él participaba del producto. Las multas legales, establecidas según cuantías determinadas, se distribuían en un tercio para el juez, otro

¹³ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*. (Siglos XVI-XVII-XVIII). Tecnos, Madrid, 1969, p. 169.

¹⁴ *Ídem*, cfr. p. 170.

¹⁵ La extraña afinidad soterrada entre el delincuente y sus perseguidores oficiales sólo vendría a conocerse mucho más tarde, con las aplicaciones del Psicoanálisis a la Criminología. Cfr. ALEXANDER Y STAUB, *Il delinquente, il giudice e il pubblico. Un'analisi psicologica*. Traduzione e Prefazione di Pietro Veltri. Giuffrè, Milano, 1978, cfr. pp. 188-189.

para la Cámara real y el último para el denunciador del delito, al paso que en las multas arbitrarias la codicia judicial se reservó la mitad del importe, dejando el resto a la Administración. Los jueces, mal pagados por la Corona, hicieron generoso empleo de esta regalía como complemento de sus ingresos, con las esperables condenas de inocentes y bonanza de los soplones. El interés personal en condenar fue uno de los factores que incidió en el florecimiento de la pena de confiscación, pues parte de los bienes confiscados iba a parar, como «ayudas de costa», al peculio del juez, y otra a la Hacienda pública¹⁶. La avidez sin límites de la autoridad hizo que el deber de cumplir multas y confiscaciones se transmitiese a los sucesores del reo muerto como «penas de herencia». Una situación análoga puede apreciarse en otros países, *v. gr.*, el *Taschenrichtertum* (magistratura venal) en Alemania, cuyos artistas, como Sebastian Brant en su *Nave de los chiflados* (1494), fueron los primeros en dibujar en sus pinturas una venda cubriendo los ojos de la diosa de la Justicia, antaño vidente en la imagen de Temis¹⁷. El apasionado gusto del despotismo por la confiscación y las multas confiscatorias, que arruinó a miles de personas, y por privilegiar a los personajes que le facilitaban el trabajo en los procesos sobre falsificación de moneda y otros delitos cometidos en perjuicio de las rentas o la autoridad de los gobernantes, alimentará la crítica que dirigirá en su contra el Iluminismo.

3. El debate en la época del Iluminismo

Con la Ilustración se adquiere por primera vez conciencia nítida de la paradoja de que discurrimos, se la muestra en todos sus pliegues y e incluso se adivina lo que oculta, una antinomia. Sin embargo, siendo exacto que los autores discuten la legitimidad moral y la conveniencia práctica de preservar las manifestaciones jurídicas del tema, difieren en sus argumentos, presentándolos como de doble filo¹⁸, y arriban a conclusiones divergentes, algunas proclives a mantener, dentro de ciertos límites, la delación mercenaria de delitos y colincuentes.

¹⁶ En esta caza económica del reo, los fiscales sólo intervenían en los procesos que podían beneficiar a la Cámara real. Cfr. PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1999, p. 208.

¹⁷ Cfr. RADBRUCH, *Caricaturas de la Justicia*. Litografías de Honoré Daumier. Con un prólogo sobre las obras histórico-literarias e histórico-artísticas de Gustav Radbruch, por HERMANN KLENNER. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2004, pp. 99-100.

¹⁸ Algo que tampoco es desusado en la Política criminal de nuestros días.

Por cierto, hay criminalistas que la rechazan frontalmente. Sus razones son de dúplice jaez. Primero, morales, lo que corrobora que por debajo del utilitarismo que inspiró al pensamiento reformador del siglo XVIII y la orientación que imprimió al Derecho penal contemporáneo, «yace un indudable y no menos importante fondo ético»¹⁹. BECCARIA fulmina la talla, o sea, el bárbaro y detestable uso de la facultad de prender o matar impunemente, con la promesa de un premio en dinero, a los reos fugitivos de delitos graves. Este edicto, explica el milanés, «trastorna todas las ideas de moral y de virtud» y deja de manifiesto la debilidad del Estado, «pues el que tiene fuerzas para defenderse no trata de comprarlas». Además, poner precio a la cabeza de un hombre engendra una situación anómica, porque las mismas leyes que reprueban y castigan la traición, invitan aquí a cometerla, un contraste que siembra «la desconfianza en todos los corazones» e «incita a la guerra clandestina esparciendo sospechas recíprocas entre los ciudadanos». Por análogos motivos se opone a la oferta de impunidad extendida al cómplice de un delito si descubre a sus compañeros. Estima que así el país autoriza de nuevo la traición, «detestable hasta entre los malhechores», los tribunales trasuntan su incertidumbre, y las leyes, la debilidad consistente en pedir ayuda a quien las ofende.

Sin embargo, BECCARIA fue más allá de la denuncia moral. No sólo discierne una incongruencia valorativa en disposiciones que niegan la orientación general del ordenamiento jurídico, sino que intuye su simiente política. Preceptos de esta ralea proceden de concebir al Estado como «una complicada máquina cuyos resortes mueve a su antojo el más diestro o el más poderoso», quienes, «fríos e insensibles a cuanto deleita a las almas tiernas y sublimes, excitan con sagacidad imperturbable los más caros sentimientos y las más violentas pasiones, tan pronto lo consideran útil a sus fines, tocando en los ánimos como los músicos las teclas de sus instrumentos»²⁰. Es trabajoso encontrar palabras más elocuentes y precisas para describir la médula del voluntarismo, que en el Derecho político equivale al autoritarismo.

¹⁹ RIVACOBA Y RIVACOBA, *La reforma penal de la Ilustración*. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, 1988, p. 23.

²⁰ *De los delitos y de las penas*, ed. cit., pp. 285, 286, 287, 288 y 289. También para ROMAGNOSI la experiencia demuestra que «cuando un gobierno quiere eficazmente apoderarse de un reo, lo puede conseguir sin rebajar su autoridad y sin emplear medios tan inmorales y ofensivos a su majestad y a la opinión de fuerza y de vigilancia que debe inspirar, como funestos para la seguridad pública y privada». *Génesis del Derecho penal*. Traducción de Carmelo González Cortina y Jorge Guerrero. Temis, Bogotá, 1956, § 899, pp. 332-333.

Los críticos de esta postura —BENTHAM, DIDEROT, FORONDA— convienen en que este género de recompensas tiene a su favor a las autoridades, pero no a la opinión pública, por el juicio de reproche que merecen a las gentes los delatores asalariados. De ahí que no la combatan en su terreno, la moralidad, salvo con la réplica de que la traición resulta pernicioso cuando el acuerdo violado es inocente, pero no si la materia de la promesa fue un delito, y que prefieran impugnarla afirmando que ella desatiende las exigencias del principio de utilidad. Conjurados los casos de tiranía que exhibe el pasado, dice BENTHAM refiriéndose a las delaciones nacidas del afán de venganza de los reyes o de las pasiones criminales de la intolerancia religiosa, no habría que recelar de las denuncias interesadas, supuesto que el declarante quede de manifiesto, que no se esconda en el anonimato o el secretismo. Estimular con premios las denuncias presta a los tribunales un servicio tan útil como la impunidad decretada particularmente, no a través de una ley general, al cómplice que descubre a los codelincuentes, ya que la declaración del juez «basta para introducir la desconfianza en la sociedad de los malvados, y para que cada uno de ellos pueda ver en su cómplice el instrumento futuro de su condenación», tornándoles temibles y sospechosos entre sí²¹.

Ocurre, empero, que en la repulsa dieciochesca de estos premios se arguyó también consideraciones empíricas. FILANGIERI invierte el alegato de BENTHAM y lo lidia con sus mismas armas, las de la utilidad. Una experiencia centenaria revela que el remedio de retribuir la delación, lejos de generar el efecto buscado, puede ser causa de lo contrario, agravando la enfermedad y acaso matar al enfermo. «En estos casos suele ser el más perverso el que se libra del rigor de la pena», dado que «la esperanza o la seguridad de la impunidad concedida a la delación del cómplice, le dará más aliento para emprender el delito en que se necesite el concurso de muchas personas. Antes de seducir a sus compañeros para la empresa del delito, ya ha concebido en el ánimo el vil designio de inmolarlos a su seguridad, cuando vea próximo el descubrimiento de los reos»²². Téngase pre-

²¹ *Teoría de las recompensas*. Nueva traducción corregida de los manuscritos de Etienne Dumont por Eduardo VILA-VALLÉS, en *Obras selectas*, Librería El Foro, Buenos Aires, 2003, t. II, pp. 349-350. Sobre Diderot, véase, *ídem*, la cita de BENTHAM en p. 350, y JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 47. FORONDA, a su vez, lleva el criterio utilitarista que preside su obra hasta el extremo de aceptar la talla en los crímenes de gran entidad. Cfr. RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Un discípulo español de Beccaria, desconocido en España*, en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, de Madrid, 1996, número 6, pp. (953-1068) 989-990.

²² *Ciencia de la legislación*. Traducción de Juan Ribera. 2ª ed., revisada y corregida, Burdeos, t. IV, 1825, p. 371.

sente que la fina penetración psicológica del jurista italiano es confirmada por un no menos agudo contemporáneo, celeberrimo en las bellas letras, FRIEDRICH SCHILLER, en el pasaje del drama *Los Bandidos* donde estampa en labios de Francisco Moor, traicionado por uno de sus lugartenientes, el siguiente lamento: «¡Cuán verdad es, cuán cierto que no hay bajo la capa del cielo un hilo tan delgado ni tan fácil de quebrarse como los vínculos que unen a los pillos!». En verdad, los compañeros del facineroso más fuerte, prosigue FILANGIERI, se formarán el mismo designio de su jefe, con lo que la expectativa de restar impunes hará a todo el grupo más osado. El resultado de esto, además de mancillar «la respetable dignidad de las leyes», arrepentirá al legislador que produjo precisamente lo que quiso prevenir, la organización para cometer delitos.

4. Residuos decimonónicos y recrudescimiento en la legislación actual

Pese a haber relevado el trasfondo político, las secuelas indeseables, la abominación moral y la incoherencia jurídica de la patente de corso de los felones, el Iluminismo no consiguió ponerse de acuerdo en abolirla. Se supuso que era suficiente tenerla a raya mediante ciertos recaudos, en un coto bien delimitado de excepción a los principios del nuevo Derecho y proceso penales. Como en otras cuestiones, la reforma penal del siglo XVIII no triunfó en toda la línea. Pero los principios, que son razones, proposiciones o verdades fundamentales, son incompatibles con la idea de la excepción, que conviene a las reglas. Pues bien, la regla de prohibir el premio de la traición pudo convivir con residuos de la antigua franquicia en la centuria siguiente.

Por lo pronto, abolida la talla en Europa continental, la mentalidad utilitarista anglosajona cobijó sus desmanes en los Estados Unidos de Norteamérica. En las regiones del oeste del país, especialmente Texas, la talla disfruta de un auge inaudito de 1850 a 1890, época de la caza del «desperado». El forajido adeuda su nombre, voz arcaica que designa el participio pasivo substantivado del verbo castellano desesperar²³, al estado de exclusión de un ser «buscado, perseguido, arrancado del ancla de todas las relaciones humanas, ahuyentado de un escon-

²³ En la advertencia inicial del traductor de HANS VON HENTIG, *Estudios de Psicología criminal, VI: El desesperado*. Contribución a la psicología del hombre regresivo. Traducción castellana de José Belloch Zimmermann. Espasa-Calpe, Madrid, 2ª ed., 1984, p. 11.

drijo a otro»²⁴. La debilidad jurídica del pistolero, para el que el término inglés *outlaw* indica precisamente una posición marginada de toda tutela jurídica, lo expuso a ser muerto impunemente por cualquiera, *sheriffs*, investigadores privados o simples particulares. Trabajaban con recompensas gigantescas los bancos, las asociaciones de ganaderos, el servicio de correos, la agencia Pinkerton y las autoridades públicas, premios que se prometía no raras veces con la cláusula «muerto o vivo». Era de imaginar que con esta sentencia capital perdiesen la vida también inocentes —jóvenes, borrachos o débiles mentales inducidos por la policía a reunirse con supuestos salteadores de bancos—, cuya identidad era de imposible verificación luego de ser cosidos a balazos por los embaucadores, que medraban del sistema²⁵.

En el ámbito jurídico europeo e iberoamericano quedaron dos supervivencias, una dotada de alcance general y otra para determinados delitos, ambas previstas en Códigos decimonónicos, lo que puede estimarse una victoria pírrica de BECCARIA, quien, en obsequio del principio de legalidad, había reclamado que de los premios a los traidores, admitiendo que hubiese que tolerarlos, se ocupase la ley, no el capricho de los jueces. Entre las circunstancias atenuantes de cualquier infracción no demostrada en absoluto o de prueba deficiente, figuró la confesión del acusado²⁶. Algunos la llamarían prueba espuria, y con razón, ya que respondió al propósito de punir menos antes que dejar impunes hechos que de otra guisa hubiera habido que absolver a causa del defecto probatorio, como en las penas extraordinarias del Derecho común²⁷, y, por otra parte, su origen religioso —se confiesa el delito como el pecador reconoce haber estado antes al servicio del demonio para obtener el perdón de la divinidad ofendida— la hacía completamente extraña a la Justicia secular²⁸. Si

²⁴ *Ídem*, p. 19.

²⁵ *Ídem*, cfr. pp. 138-140.

²⁶ Entre otros ejemplos, el Código chileno de 1874 la enumeró en su artículo 11, circunstancia 9ª («si del proceso no resulta contra el reo otro antecedente que su espontánea confesión»). De la mudanza de su contenido, que data de 2005, se dirá *infra*, nota 33.

²⁷ Cfr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*. Del delitto, della pena. Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 498-501.

²⁸ La confesión posee un significado psicológico profundo, que explica la tenacidad de policías, fiscales y jueces en obtenerla. Si el delito estimula los impulsos agresivos inconscientes en sus perseguidores, el reo renitente los subleva todavía más con su actitud. La confesión representa una condena psicológica de los instintos agresivos suyos y nuestros. Cfr. REIK, *L'impulso a confessare*. Trad. de Ada Costantino. Feltrinelli, Milano, 1967, pp. 234 y 248 (del maridaje entre confesión judicial y religiosa se explaya brillantemente en pp. 265-271). Aquí se hunde la raíz de la disposición insoportable o, al revés, benigna y comprensiva, de los tribunales hacia el sujeto que persiste en negarlo o reconoce el crimen.

esta era una concesión a la pujanza de fuerzas sobrenaturales, la siguiente se puso del lado del poder político para acorazarle ante sus enemigos, cual antaño los reyes usaron el pacto de delación en salvaguarda de sus intereses. El Código penal napoleónico (artículo 108), sumado a otros que seguirían su estela en las décadas de la Restauración, acordó la impunidad de los cómplices delatores en los delitos contra la seguridad del Estado. Incluso un documento tan representativo de la época liberal, como es el Código chileno con su fuente española de 1848, continúa regulando una excusa absolutoria en la conspiración o proposición para cometer crímenes o simples delitos —que en la redacción primitiva podían ser sólo los que ofenden la seguridad exterior o interior de la entidad estatal²⁹—, si el culpable denuncia a la autoridad pública el plan y sus circunstancias (artículo 8º). Algo análogo sucedió con las asociaciones ilícitas³⁰, en que ciertos penalistas de esos años columbraron un ataque contra el Estado, parecidamente al criterio que guía al legislador contemporáneo.

La salvedad de los delitos políticos y de asociación perdería importancia práctica en la *belle époque*, la recobra durante las turbulencias de entreguerras y vuelve a menguar tras el término de la segunda conflagración mundial, hasta el punto que en 1962 un estudioso de la Justicia laudativa pudo escribir que el premio a los delatores ya no revestía un interés excepcional³¹. Sin embargo, pronto los hechos se encargarían de reflotar a la Hidra. Nos sale al paso ahora en la legislación sobre la «criminalidad organizada», un término que no responde a concepto criminológico alguno, que tampoco admite una definición jurídica distinta de la de suyo compleja del delito de asociaciones ilícitas, y con el cual se alude vagamente a infracciones comunes o de proyección cosmopolita, para las que se dispone un estatuto penal y procesal diferenciado, más duro y menos garantista que el de los delitos individuales o no cometidos en el marco de una organización o institución. Estos modernos hechos de lesa majestad son principalmente el tráfico de drogas, la trata de personas, el terrorismo³² y, por cierto, los crímenes internacionales, si

²⁹ La Ley número 20.000, de 16 de febrero de 2005, sobre tráfico de drogas, añadiría los delitos de estupefacientes, al hacer punible la conspiración (artículo 19), esa resolución manifestada que el Código penal castigó únicamente en los delitos políticos.

³⁰ Véase el artículo 295 del Código chileno.

³¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, cfr. p. 47.

³² «Otro concepto difuso que no logra una definición aceptable en el Derecho internacional, ni siquiera en los últimos instrumentos». ZAFFARONI, *Globalización y crimen organizado*, en la *Revista Electrónica de la Asociación Internacional de Derecho*

bien sus reglas se van extendiendo, como una mancha de aceite, a delitos antes substraídos al confuso espectro que ahora los atrapa, como el cohecho³³. Largo y fastidioso sería enumerar aquí tales reglas, como engolfarnos en la discusión de si tiene alguna relevancia el que luzcan en leyes especiales o bien en los Códigos, porque, como quiera que sea, ellas corroen el afán racionalista de la Codificación penal³⁴. Por lo demás, varias se inscriben en nuestro objeto temático, a saber, la impunidad de los informantes de la policía, usualmente hampones que reciben de facto o por orden de ciertos ordenamientos un pago económico por sus intrigas; la impunidad de los agentes encubiertos y provocadores, así como el mérito probatorio conferido a los correspondientes métodos de investigación, fundados en el engaño, la traición y el disimulo; los jueces o fiscales «sin rostro»; el anonimato procesal, cambio de identidad civil y apoyo económico para ciertos testigos.

Hemos de centrarnos en el prototipo actual de la felonía remunerada, el llamado testigo de la corona, testigo principal o arrepentido, esto es, un codelincuente que testimonia contra sus coautores, cómpli-

penal, 2008, C-07, disponible en internet, <http://www.penal.org/IMG/Guadalajara-Zafaroni.pdf>, p. 2. En p. 1 indica el origen del rótulo *organized crime*, con que los periodistas yanquis se hicieron eco del delirio sobre las asociaciones secretas de estampa comunista en la década de los cincuenta del siglo pasado.

³³ En Chile, una considerable atenuación de responsabilidad para el reo que colabora con la Justicia sale al paso en las Leyes números 20.000, de 16 de febrero de 2005 (artículo 22: «cooperación eficaz»), sobre tráfico de estupefacientes; 18.314, de 17 de mayo de 1984 (artículo 4º, todavía más ambiguo y vil), sobre conductas terroristas, y 20.357, de 18 de julio de 2009 (artículo 39, contribución substancial al esclarecimiento de los hechos, «*particularmente en lo que respecta al establecimiento de las demás personas que intervinieron en el acto punible*»), sobre crímenes de lesa humanidad, genocidio y de guerra. El Código ya había dado una pésima señal al reemplazarse en 2005 la atenuante de quien confiesa el delito, de triste recuerdo en el proceso inquisitivo, por la de colaborar substancialmente al esclarecimiento de los hechos, una abrumadora realidad de la moderna inquisición. No mueve a asombro que el mal ejemplo sea ahora imitado en los delitos de tráfico ilícito de inmigrantes y trata de personas, con el premio de la cooperación eficaz y la autorización para que miembros de la policía ¡o informantes de ésta propuestos por aquéllos! actúen como agentes encubiertos (artículos 411 *sexies* y 411 *octies*, introducidos por la Ley número 20.507, de 8 de abril de 2011).

³⁴ En efecto, un Código se caracteriza por regular todo un sector de las relaciones sociales conforme a unos mismos y firmes principios. La proliferación de leyes especiales atenta contra este propósito, pero también lo amagan las reformas al Derecho codificado que hacen *tabula rasa* de sus principios rectores. Véase PASTOR, *Recodificación penal y principio de reserva de Código*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, especialmente p. 156, donde destaca la pérdida de sistema producida en el proceso penal por «la introducción de prácticas policiales y judiciales reñidas con el principio del Estado constitucional de Derecho, además de ser inmorales (arrepentidos, agentes provocadores, agentes encubiertos, delatores, juicios negociados, etc.)».

ces o inductores bajo la promesa legal de recibir una reducción considerable o exención de pena, o de que no se abrirá un procedimiento en su contra. Estos «testigos», de cuya existencia la Historia del Derecho certifica una lengua data, reaparecieron con las leyes en comentario y, como era de prever, su colaboración ha resultado calamitosa para la Administración de Justicia, el prestigio de sus órganos e instituciones, el nervio moral del ordenamiento y la estructura del Estado de Derecho. Llegada la hora de enjuiciar la recompensa del obrar traicionero, nos dejaremos guiar por su última y más rebelde manifestación.

5. Apreciación moral, jurídica y política del galardón concedido a la deslealtad

Comencemos la apreciación del fomento legal de la delación por su aspecto moral. Es que en todos los países y épocas los hombres han condenado moral y socialmente el llevar a alguien por precio ante el Estado que juzga y al individuo que, sin otra ganancia que la de mejorar su situación procesal, delata a otros, les atribuye hechos propios o asegura que realizaron más de lo que realmente les incumbe.

Llama la atención que este reproche sea independiente de los sistemas morales dominantes en cada momento histórico. Esto vale en primerísimo lugar para los sistemas absolutos de moralidad, como la ética de las intenciones de matriz kantiana³⁵, pero, curiosamente, tampoco es ajeno a los sistemas eudemonistas o utilitarios en las cuestiones éticas, de los que cabría suponer mayor comprensión en el enjuiciamiento del obrar artero³⁶. De que no es así,

³⁵ KANT es terminante: «Las recompensas no deben ser motivos para ejecutar buenas acciones, ni los castigos deben ser motivos para omitir malas acciones, ya que así considerados dan lugar a un estado de ánimo envilecido, a una *indoles abyecta*. Ésta, en aquellos que ejecutan buenas acciones movidos por la recompensa, se denomina *indoles mercennaria* [...] La motivación debe ser moral. El motivo de realizar una buena acción no debe radicar en la recompensa, sino que la acción debe ser recompensada porque es buena». *Lecciones de ética*. Introducción y notas de Roberto Rodríguez Aramayo. Traducción castellana de Roberto Rodríguez Aramayo y Concha Roldán Panadero. Editorial Crítica, Barcelona, 2002, p. 96.

³⁶ En su balance del progreso moral, Crane BRINTON apunta que cuatro mil años de historia occidental muestran un evidente elemento de contraste, el de la lealtad como virtud y la traición como vicio. Aún más significativo es que «la opinión occidental sostiene generalmente que a los que dirigen el grupo no se les puede obligar a observar todas las partes del código ético, no se les puede obligar a aplicarlas tan rigurosamente como lo haría el individuo en sus actos como persona particular; pero sostiene que el grupo, desde el más inferior hasta el Estado, *debe* ajustarse a un có-

puede ilustrarnos la teoría de los sentimientos morales de DAVID HUME, enteramente enfeudada en el empirismo gnoseológico. Para el filósofo escocés integran la moral, no toda suerte de sentimientos, sino sólo aquellos de una especie particular; no los que redundan en la utilidad o el agrado de aquel que los posee y que van en beneficio de su propio interés, ya que el sentimiento aprobatorio característico de la especie humana es de tipo altruista, desinteresado y generoso. Por eso opina que incluso en «las asociaciones que se fundan en los principios más inmorales y más destructivos para los intereses de la sociedad en general, se requieren ciertas reglas, las cuales, en virtud de una especie de falso honor, así como de un interés privado, llevan a sus miembros a observarlas», como entre ladrones y piratas, «que no podrían mantener su perniciosa confederación si no estableciesen entre ellos una nueva justicia distributiva, e invocasen esas mismas reglas de equidad que ellos han violado en su trato con el resto de la humanidad». De ahí que suscite nuestro asentimiento, en el conocido ejemplo que HUME presenta para graficar su punto de vista, el acto valiente del enemigo en la guerra, «aunque reconozcamos que sus consecuencias pueden ser perniciosas para nuestro interés particular»³⁷. En cambio, las leyes que patrocinan la deslealtad entre facinerosos se fundan en el principio diametralmente opuesto, el del interés unilateral de una persona, interés que no tiene como sede al beneficiario judicial de la operación, porque el reo representa un simple medio manipulado por una voluntad heterónoma, sino al Estado que utiliza el recurso consistente en hacer que el otro meta la mano en sus faltriqueras. Al «dar al viento la palabra» que glorifica la traición, el gobernante confunde al pueblo, conmoviendo un sentimiento arraigadísimo en la familia humana. Esta faceta del asunto basta para advertir cuán poco y nada recomendable es que la ley se sirva de tan mezquinos artilugios.

Además, ellos envuelven serios problemas jurídicos, así teóricos como prácticos. La Teoría del Derecho podrá discutir si aquí existe o no una antinomia. Algunos iusfilósofos son del parecer que las contradicciones de valoración no representan una auténtica antinomia,

digo ético de ningún modo fundamentalmente diferente del código para las personas individuales. Ni siquiera la *raison d'état* ha sido aceptada en general como algo que exime a un estadista de la moralidad de su sociedad». *Historia de la moral occidental*. Traducción de Luis Echávarri. Losada, Buenos Aires, 1971, p. 458.

³⁷ *Investigación sobre los principios de la moral*. Prólogo, Traducción y Notas de Carlos Mellizo. Alianza Editorial, Madrid, 2006, pp. 85 y 93.

³⁸ BOBBIO, *Teoría general del Derecho*. Traducción de Eduardo Roza Acuña. Temis, Bogotá, 1987, p. 190.

sino un caso de injusticia. «La antinomia produce *incertidumbre*; la injusticia produce *desigualdad*»³⁸. Y como una antinomia impropia no impide la aplicación de la regla cuestionada, los preceptos que atenúan o eximen la pena del testigo principal debieran ser atendidos sin más por los tribunales, como viene ocurriendo hasta este momento en la praxis occidental. Sin embargo, otros autores piensan que las antinomias axiológicas son verdaderos quistes en la coherencia del ordenamiento jurídico, sea que la norma bajo sospecha contradiga las valoraciones que lo informan —cuyo es el caso de las disposiciones sobre testigos principales—, sea que repugne a valoraciones dominantes en el tejido social, mas no acogidas por aquél³⁹. El segundo pensamiento concluirá que tal situación conduce a la parálisis de la Ciencia del Derecho, que no podrá elaborar estos datos y habrá de contentarse con denunciarlos como expresión de voluntarismo. A su turno, del primero se desprenden puntos de partida para resolver la desigualdad paladina de estas disposiciones, acudiendo a los criterios con que se despeja las antinomias propiamente dichas, como indicamos al final.

En tanto en cuanto el asunto teórico-jurídico permanezca sin solución, la antinomia es gravísima para la Dogmática penal y procesal-penal. Por lo pronto, no se puede estimular legalmente la colaboración del imputado con el establecimiento de los hechos sin violar la garantía legal e internacional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Acaso se objetará que el inculpado no tiene el deber de declarar, tanto menos el de autoincriminarse, pero es bien libre de hacerlo. Es la clase de réplicas del constructivismo jurídico, de esa disposición metodológica que se fija en la estructura formal de las normas y desprecia olímpicamente la realidad de las relaciones sociales a que ellas se refieren. La experiencia de la búsqueda de la confesión en el proceso inquisitivo, renovada en el proceso actual bajo la especiosa cláusula del premio a la colaboración, demuestra hasta la saciedad que estos aportes a la prueba son a menudo producto de investigadores sin escrúpulos, quienes, además del granjearse el reconocimiento administrativo, político o periodístico por su eficiencia en la persecución penal, pueden conseguir la condena de culpables o inocentes e incluso extorcionar al «arrepentido». La manipulación del objeto, que no sujeto del proceso, es ratificada por el dato de que calificación jurídica de que su aporte, con que el confesante pone el cuello bajo la cuchilla que descargará el tajo, fue útil para el éxito de pesquisa y prueba, no

³⁹ RIVACOBA Y RIVACOBA, *La racionalidad del ordenamiento como presupuesto de la Dogmática jurídica en materia penal*, cit., cfr. pp. 189-190.

depende de lo que él hizo al efecto, sino de las apreciaciones del ministerio público en el escrito de acusación⁴⁰. A su vez, el inculpado que rehúsa ponerse al flanco de su acusador, puede estar seguro de que los tribunales se rebelarán ante su actitud, ya manteniéndole preso durante el procedimiento, ya endureciendo la pena en la sentencia definitiva⁴¹. Como sea, de este alienante panorama emerge como único motivo fundado para atenuar su responsabilidad penal, no la colaboración, por principio turbia, sino la instrumentalización que hubo de padecer el infeliz a manos del sistema procesal que habilita manejos de tamaña catadura.

En seguida, el inculpado es parte en el juicio, no un testigo. Testigos son terceras personas que relatan al tribunal algún hecho que conocen por percepción sensorial. En consecuencia, sólo se es testigo sobre actos o sucesos ajenos. La misma etimología latina de la palabra, *testis*, anticipa que no pueden revestir esta condición las partes, incluyendo a quienes están enlazados por uno o varios delitos como pacientes de la acción penal. En esto, no hay que confundir el litisconsorcio pasivo, una situación procesal, con la codelincuencia, una forma real de aparición del delito. El llamado *del co-reo*, de que tanto abuso se ha hecho en la legislación sobre los arrepentidos, significa tan sólo que el imputado debe ser oído en su afirmación de que el delito fue cometido por mano ajena, no por él. Pero si lo perpetró juntamente con otros, el hecho es también suyo, por cuya razón no debiera considerársele testigo, sea en ese o en otros juicios —ya que el hecho común pudo disgregarse en procedimientos diversos, atendido el carácter no necesario del litisconsorcio⁴²—. Además, la prohibición de que el acusado declare bajo juramento o promesa, determina que él podría mentir impunemente si el fiscal lo presenta como prueba de cargo contra sus camaradas en la correría. Dado que la inculpación de los otros no será gratuita, sino en pos de las ventajas que le prometió el fiscal o simplemente por desafecto o desesperanza, el premio de la deslealtad se torna doblemente criminógeno: conduce a la condena de sujetos inocentes o por actividades más graves de las

⁴⁰ Como en el artículo 22 de la Ley chilena sobre estupefacientes, citada *supra*, nota 33. El artículo 22, párrafo cuarto, establece que «*el ministerio público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero*».

⁴¹ Sobre la «alteración climática» del proceso penal derivada de la cooperación o falta de cooperación del reo, conforme a la lógica de amigos y enemigos de schmittiana memoria, cfr. KIRSCH, *¿Derecho a no autoinculparse?* Traducción de Guillermo Benlloch Petit, en el volumen colectivo *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, p. (247-264) 262.

⁴² Cfr. BELING, *Derecho procesal penal*. Traducción del alemán y Notas por Miguel Fenech. Editorial Labor, Barcelona, 1943, p. 223.

que desarrollaron y a falsos testimonios que no podrían castigarse aun si descubre después su mendacidad⁴³. Haríamos bien en aprender de la historia, que está llena de estos desaguisados, para precavernos de emularlos so capuz de que lo exigiría la Justicia penal del moderno Estado de Derecho.

Con lo que llegamos al nudo del problema, que es radicalmente político. Las leyes que galardonan la delación suelen pretextar que es un medio necesario para defender el Estado de Derecho de sus enemigos, los criminales. Esto no es correcto. Desde los orígenes del concepto en la Alemania del siglo XIX, se sabe que el Estado merece la calificación de Estado de Derecho por la sumisión del poder político a un estatuto fijo y predeterminado, a una regla impersonal e igualitaria que pretende conjurar los arrestos de la arbitrariedad. Pertenece también al corazón del concepto, que la supremacía de la ley es cosa muy distinta de la omnipotencia del legislador⁴⁴. Omnipotencia equivale a infinitud, ilimitación, el empleo de medios en principio indiferentes para la consecución de cualesquiera fines, cuyo punto de arribo inevitable es el Estado totalitario, regido por la máxima según la cual es Derecho todo lo que es útil al pueblo⁴⁵. El Estado de Derecho representa la exacta contrafigura de la prepotencia legislativa. Es su sello la limitación del poder mediante la ley, comedimiento que en las cuestiones penales nos devuelve el poder político desnudo, bruto, convertido en *ius puniendi*, un derecho subjetivo provisto de autoridad y digno de respeto. En él, los fines políticos deben ser alcanzados a través de los medios que provee la legislación preestablecida, si es verdad que la máxima correspondiente a este Estado reza

⁴³ MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2ª ed., actualizada, 2003, cfr. p. 72.

⁴⁴ Acerca de los límites materiales, enraizados en los derechos de los individuos y la cultura del pueblo, que distinguen el Estado de Derecho del Estado simplemente legal, según la tradición publicista de Jellinek, Ihering, von Mohl, Constant, etc., véase COSTA, *O Estado de Direito: uma introdução histórica*, en *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, volumen colectivo organizado por Pietro Costa y Danilo Zolo. Traducción portuguesa de Carlo Alberto Dastoli. Martin Fontes, São Paulo, 2006, pp. (94-198) 138-139, 148 y 152-153. Además, Guido DE RUGGIERO, *Historia del liberalismo europeo*. Trad. de Carlos G. Posada. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Comares, Granada, 2005, p. 254.

⁴⁵ «Esto quiere decir: arbitrariedad, violación, ruptura de los contratos e ilegalidad, son Derecho en la medida en que son útiles al pueblo. Esto significa prácticamente: lo que se le ocurre ser de utilidad común al detentador del poder del Estado, cualquier ocurrencia [...], son Derecho. El provecho propio del sujeto dominante es considerado como beneficio común (bien común). De este modo la equiparación del Derecho con un presunto o supuesto beneficio público, ha transformado un Estado de Derecho en un Estado injusto». RADBRUCH, *El hombre en el Derecho*. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho. Traducción de Anibal del Campo. Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 121-122.

que sólo lo que es Derecho puede ser útil al pueblo. En consecuencia, la violación de sus propias reglas, especialmente cuando están dotadas de hondísimo respaldo cultural, entraña una extralimitación de la legalidad, sin que en ello importen los fines contingentes de la «razón de Estado», ese vástago del autoritarismo político, el único que no ve reparos para aducir que en defensa de la libertad es perfectamente lícito tomar atajos liberticidas. Por lo demás, en nuestros días la mentalidad liberal ha puesto de relieve que el fomento de la delación y la soplonería, germen de chantajes y agente debilitador de la integridad ciudadana y la seguridad individual, es signo infalible del Derecho penal autoritario⁴⁶.

El Derecho penal del Estado de Derecho debe ser preservado de la perversión política del Derecho penal, el arma más acerada de la entidad estatal⁴⁷. El Derecho penal liberal, o sea, el tipo de ordenamiento punitivo propio de un Estado de Derecho, esa conquista de la modernidad, es una tarea siempre inconclusa, que hay que completar cada día y defender de los corifeos del decisionismo jurídico y el desenfreno de la política. En nuestro tema, la medida inmediata, de emergencia, consiste en la declaración general de inconstitucionalidad o la inaplicación judicial, para el caso de que se trate, de las disposiciones que remuneran la traición⁴⁸, a la espera del momento en que las propias leyes, recobrada la sensatez, prohíban la colaboración, resten todo valor procesal y no acuerden influencia alguna al comportamiento judicial del encausado en la determinación de la pena⁴⁹. Con ello saldrían gananciosos la respetabilidad de las leyes y el prestigio social de la jurisdicción criminal, en quien cada ciudadano depositará confianza. La confianza pública, otro modo de llamar a la seguridad jurídica, es un supuesto de la libertad. Y la libertad hace de este mundo maravilloso un lugar más cautivante; de la vida, algo digno de ser vivido.

⁴⁶ RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Orden político y orden penal*, en la *Revista Chilena de Derecho*, de Santiago de Chile, vol. 22, número 2 (monográfico: «Derecho penal y Criminología»), mayo-agosto de 1995, cfr. p. (201-212) 210.

⁴⁷ NAUCKE, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, cfr. p. 429.

⁴⁸ Esto depende del tipo de control de constitucionalidad de las leyes que adopte cada ordenamiento. Pero sus asideros formales y fundamento material son siempre los mismos: la violación de las garantías de igualdad ante la ley y seguridad individual, con el correlativo derrumbe del palenque que contiene los poderes del legislador según el principio del Estado de Derecho. A éste convienen normas de cultura estatalmente reconocidas, no una «cultura» o razón de Estado.

⁴⁹ Idéntico, FERRAJOLI, *op. cit.*, cfr. p. 625.