

## Prólogo

El autor, un talentoso magistrado marplatense, cuyos méritos intelectuales me cabe el orgullo de haber tenido oportunidad de apreciar y valorar desde sus primeros pasos dados como integrante del servicio de justicia, propone un tema cuyo análisis y desarrollo presentan facetas sumamente ricas (no exentas por cierto de rispideces) tanto para estudiosos como para prácticos.

Ello no es más que la continuidad de una enjundiosa labor que se ha impuesto como complemento de su tarea judicial cotidiana, con la cual no tengo dudas que contribuye al enriquecimiento de la doctrina vernácula, y para lo cual ha recurrido a fuentes de inobjetable seriedad científica, que no obstante no han logrado arribar a una conclusión definitiva y contundente.

No es ajeno a ello lo intrincado del problema que suscita su tratamiento, por lo que resulta aventurado fijar (como ocurre en tantas otras situaciones) posiciones irreductibles, lo que obliga (y esto no es un mérito menor de la obra) a ponderar cuidadosamente las consideraciones que se formulen, abriendo así paso a un debate enriquecedor que se anuncia como de apasionante contenido, para el cual se aportan valiosísimos elementos de juicio, compeliendo al espíritu especulador a movilizarse en procura de alcanzar lo medular de la discusión.

En lo formal, las numerosas fuentes consultadas han sido prolijamente referenciadas.

Llamado a prologar una obra de este talante, asumo la tarea complacido, fundamentalmente por la amistad que me une con el doctor Marcelo A. Riquert, y con un especial interés por el tema, habida cuenta que hace ya algunos años, más precisamente en 1988, ocupando a la sazón la titularidad del Juzgado Federal n° 1 de Mar del Plata, tuve oportunidad de abordarlo en ocasión de elaborar las denominadas “Sugerencias relativas a la

adopción de determinadas normas procesales y de fondo conceptuadas de utilidad a los efectos de posibilitar una mejor actuación contra el narcotráfico”<sup>1</sup>.

En lo sustancial, de lo que aquí se trata es de discernir en qué medida quien se encuentra incurso en la comisión de un delito puede beneficiarse con una atenuación o eximición de la pena que le corresponde mediante la denuncia de la existencia y mecánica de aquél, o de sus cómplices.

Creemos que la anunciada complejidad del debate en algo que se presenta con tanta simplicidad obedece principalmente a que en él concurren consideraciones de orden jurídico, filosófico, sociológico, histórico, político, moral y religioso, las que forman una espesa trama que no puede desbrozarse sin desarticular la conclusión final a la que se arribe.

Es quizá en la observación sociológica donde se advierte con mayor facilidad el descrédito social que acompaña la figura del delator. Ello se percibe en los duros calificativos con que el lenguaje vulgar se refiere a él, y en lo que podríamos denominar su máxima expresión, a través de la práctica extrema que nos muestra la *omertá*<sup>2</sup>, que si bien se encuentra circuns-

<sup>1</sup> Declaradas de especial interés por res. n° R-192, sancionada en la Sesión Pública Ordinaria del Honorable Concejo Deliberante de la Municipalidad del Partido de General Pueyrredón, llevada a cabo el 8 de septiembre de 1988 (expte. HCD n° 1341, Letra J, año 1988), las que conforme nos hiciera saber el a la sazón diputado doctor Gastón Ortiz Maldonado sirvieran luego de base a un proyecto de ley de su coautoría. Proponíamos allí en lo pertinente: “... 6) Crear la posibilidad de reducción de penalidades por parte del juez, cuando media pedido fiscal en tal sentido, basado en la concreta colaboración evidenciada por el procesado que ha permitido avanzar en la investigación y detección de narcotraficantes u organizaciones dedicadas al narcotráfico. 7) Tratándose de situaciones ajenas a la causa investigada, posibilidad de utilización del sistema de denuncia con reserva de identidad para los procesados o imputados en la misma, pudiendo resultar en tales casos, de la concreta colaboración prestada por aquéllos, y de existir corroboración de los datos proporcionados, una mención genérica y una evaluación por parte del Ministerio Público Fiscal propiciando la reducción de la pena en función de aquella circunstancia, la que el juez tomará en cuenta al dictar la sentencia”.

<sup>2</sup> Palabra siciliana, de *omu*. Indica aquella ley isleña, no escrita, que obliga a no revelar el nombre del culpable y a no denunciarlo, dejando la venganza estrictamente al ofendido: “una especie de cuestión de honor que llevaba al hombre a resolver la controversia con la propia fuerza o con medios extraños o directamente contrarios a la ley del Estado ... quien faltaba a la observancia de las normas que constituyen la *omertá*, más allá de las posibles represalias, era condena-

cripta en principio a un ámbito geográfico específico, ha extendido su vigencia universalmente.

En cambio, es en los planos religioso y moral donde advertimos un tratamiento mucho más cuidadoso en cuanto hace a la consideración del arrepentimiento y del perdón, configurado aquél por la comprensión del mal infligido y el propósito de enmendarse, lo que coloca el tema de la delación dentro de un marco de características muy peculiares.

En lo jurídico, entendiendo el derecho como el diseño de un orden social teñido por la idea de justicia, cabe analizar si la delación de quienes han intervenido en una empresa criminal por parte de uno o varios cómplices de ese delito puede constituirse en un factor atenuante, o lisa y llanamente, eximente de pena para quienes han actuado como delatores, y en todo caso, en qué medida puede compatibilizarse esa solución con aquella exigencia de justicia.

La decisión política debe basarse en la apreciación positiva o negativa que se tenga en cuanto a la adopción de la delación en los casos citados como factor benéfico o perjudicial respecto de la situación de la comunidad en su conjunto.

Estas breves consideraciones, que son apenas un esbozo de los valores en juego, son elocuente demostración de la importancia del tratamiento de las cuestiones analizadas por el autor.

El hoy llamado “derecho premial” fue puesto en boga desde antaño, aunque sin duda su restauración tuvo un fuerte impulso a través de las numerosas leyes europeas contemporáneas, las que diseñaron la figura del arrepentido, o *pentiti*, a partir de la decisión de enfrentar con instrumentos novedosos delitos de complicada trama, tales como los de terrorismo en sus diversas modalidades, o los de asociaciones delictivas, al modo de las organizaciones mafiosas.

Cabe al ingresar en el tratamiento de estos aspectos traer una obligada referencia a la antigua institución del “espontaneamiento”, nacida para contrarrestar la aparición de sociedades de carácter secreto (como tales, delictivas a la sazón) en España.

Por medio de esta figura se eximía de pena a los integrantes de esas sociedades siempre que se “espontanearan” ante las autoridades y las ilus-

---

do por la opinión pública y considerado infame” (Istituto della Enciclopedia Italiana, *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, ed. 1935, t. XXV, p. 345, la traducción nos pertenece).

traran sobre los objetivos y planes que perseguían. En esa presentación quedaba prohibido inquirírseles sobre las personas que las componían.

Pese a esta última limitación se cuestionaba que la ley apele a ese recurso, para perseguir y reprimir cierta clase de crímenes, ya que “si el interés de la sociedad es prevenir los delitos y castigarlos puede autorizar este medio [*lo cual*], no le priva por eso del carácter de inmoralidad que en sí tiene el ofrecer un premio a la perfidia y traición de los codelincuentes”, si bien se le reconocía que hubiera “quitado al espontaneamiento su parte más repugnante, no haciendo de la revelación de los codelincuentes una condición precisa de la minoración de la pena (...) Limita la revelación al objeto y planes de la sociedad secreta, pero no por esto podrá negarse que, aun reducido el espontaneamiento a aquellos particulares, sería éste muchas veces la única causa inmediata de que inevitablemente se descubran en el sumario los codelincuentes”<sup>3</sup>.

En similares términos críticos se pronunciaron, entre otros prestigiosos autores, Carrara, Florian y Escriche.

Francesco Carrara prevenía que en este tema “ante todo, repugna que la ley determine con anticipación que, cuando un acusado confiese en perjuicio propio o de sus cómplices, tendrá atenuante de pena, porque esta norma parece una transacción con el delito, ofende el sentido moral de algunos, y hace que le teman como un incentivo para la delincuencia”.

Pero admite su empleo, que defiende al control de los jueces ante los cuales se ventila el delito y sitúa su utilidad política en la circunstancia de que la protección del derecho “se obtiene mejor al castigar menos, que al no castigar de ningún modo”<sup>4</sup>.

Eugenio Florian califica como “evidentes” las “razones de justicia y de moralidad” que determinan la no admisión del instituto del retiro (*recesso*) o del desistimiento (*desistenza*) cuando se exige para habilitarlo que sea acompañado por la denuncia de los cómplices; aduce razones de utilidad política para no dejar de ocuparse de él, y recurre a aquellas razones de justicia y moralidad para justificar la adopción del sistema italiano “que confiere al *recesso* en cada caso, bajo determinadas condiciones, efi-

<sup>3</sup> Arrazola y otros, *Enciclopedia española de derecho y administración. Nuevo teatro universal de la legislación de España e Indias*, ed. 1851, t. IV.

<sup>4</sup> Carrara, *Programa de derecho criminal*, “Parte general”, ed. 1957, vol. II, p. 171, par. 713.

caja de exención de la pena, independientemente de la circunstancia de la denuncia de los cómplices, prescindiendo más bien de ésta”.

Con cita de Zanardelli expresa que según otro sistema “se opina que ningún interés del Estado puede justificar una traición no obstante que sea una traición entre infames”, para concluir diciendo que él reputa al sistema italiano “más eficaz y conforme con el fin de prevención que el legislador se propone: puesto que alienta el arrepentimiento en el mejor modo posible, cual es la promesa de la impunidad por el solo hecho del desistimiento, no dificultada por la condición raramente constatable y siempre considerada con repugnancia, de traicionar ante la autoridad a sus compañeros” y porque “de tal modo se provee a la tutela del Estado, sin despreñar algún principio de moralidad, porque no se hace de la impunidad el precio de la delación”<sup>5</sup>.

En cuanto a Joaquín Escriche<sup>6</sup>, se refiere al perdón y señala que los jueces a veces lo ofrecen a un delincuente “por el descubrimiento de sus cómplices”, criticando esta práctica porque “no se halla autorizada por la ley” y porque “es contraria al respeto que se debe a las costumbres”, a la vez que “puede estimular ‘a los perversos’ a ejecutar sus crímenes con la esperanza de poder evitar la pena mediante la delación”.

Como vemos, campea en todos los autores citados la convicción de que el espontaneamiento u otras formas de arrepentimiento, real o ficto importan una traición, una ofensa al sentido moral, una acción repugnante o una falta de respeto a las costumbres.

Actualmente, como puntualiza Riquert, los reparos por el instituto del arrepentido se mantienen, aunque en muchos casos morigerados por el reconocimiento de su utilidad desde el punto de vista de la política criminal.

En esta línea, García-Pablos de Molina<sup>7</sup> comenta la LO 2/1981, del 4 de mayo<sup>8</sup>, que establece una rebaja de pena por la participación en delitos

<sup>5</sup> Florian, *Trattato de diritto penale. Introduzione al delitti in specie*, 2ª ed., vol. II, “Delitti contro la sicurezza dello Stato”, ps. 510 a 515 (la traducción nos pertenece).

<sup>6</sup> Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Novísima Edición, ed. 1869, p. 1406.

<sup>7</sup> García-Pablos de Molina, *Estudios penales*, ed. 1984, p. 363 y ss., Cap. VI, “Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes. Asociaciones ilícitas y bandas terroristas”.

<sup>8</sup> Sancionada en España, particularmente en el párr. *bis*, inc. c) del art. 174.

cometidos por grupos o bandas armadas, a los integrantes, colaboradores o cooperadores que espontáneamente coadyuvaren con las autoridades policiales o judiciales con actos suficientes para evitar la comisión del delito o aminorar sus efectos, o aporten pruebas definitivas para la identificación o la captura de los partícipes, o en fin, colaboren con las mencionadas autoridades en el descubrimiento y desarticulación de tales grupos o bandas.

Califica tal disposición como un privilegio que alcanza exclusivamente a los comportamientos de naturaleza “terrorista”, que paradójicamente no se aplica hoy a las sociedades “secretas”, a las cuales nació ligado, y que difiere de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo en su fundamento, presupuestos y consecuencias.

El primero —continúa— es meramente pragmático, utilitario, y en él no prima ningún móvil ético, ni una supuesta actitud de arrepentimiento, sino “evitar la comisión de futuros delitos por los terroristas” y “castigar a los responsables de los ya cometidos”, “procurando del ‘arrepentido’ una colaboración eficaz con la autoridad”.

En nuestro medio, el prestigioso constitucionalista Néstor Pedro Sa-güés ha advertido sobre los peligros de una aplicación irreflexiva o abusiva del régimen del arrepentimiento, que derive en un “*show* de perdones y recompensas”<sup>9</sup>.

Resulta fácil advertir que el principal cuestionamiento de la institución del arrepentido es de índole moral, por interpretarse que la denuncia formulada por quien de algún modo ha intervenido en la comisión de un delito respecto de quienes son o han sido sus cómplices lesiona los principios de aquélla.

También, como vimos, se invocan otras razones de menor entidad, a las que corresponde agregar la que argumenta la posibilidad de que con motivo de la lenidad de la sanción, y más aún si se alcanza la impunidad, se generen e incentiven comportamientos especulativos.

Frente a tales cuestionamientos, impulsados todos por razones concordantes, se nos plantean las siguientes inquietudes:

¿Es cuestionable la denuncia efectuada por un ciudadano de un hecho que resulta socialmente perjudicial?

¿Existe la moralidad entre inmorales respecto de relaciones inmorales que los involucran?

<sup>9</sup> Citado en el editorial del diario “La Nación”, ejemplar del 14/8/97, bajo el título “La figura del arrepentido”.

¿Acaso el silencio guardado ante el conocimiento de un delito no implica una suerte de participación por omisión en los comportamientos anti-sociales tolerados y hasta aceptados por el temor a aparecer como denunciantes de aquéllos?

¿Qué vínculo moral existe entre quienes son socios en la inmoralidad?

¿Cómo podría aquél generarse?

Quien se compromete a participar de cualquier modo en una acción sindicada como delito, asociándose con otro u otros, ¿está obligado ante la sociedad, el Estado o DIOS a guardar fidelidad o lealtad hacia sus cómplices?

Quienes se han asociado para cometer un hecho delictivo ¿cometen o no traición respecto de los miembros de la comunidad que integran?

¿Es conveniente establecer la modalidad de un tratamiento especial para quienes habiendo participado en crímenes que ofenden gravemente al cuerpo social como tal, excediendo las consecuencias puramente individuales, ayudan a esclarecerlos?

¿Es o no necesario dotar a la comunidad organizada de instrumentos jurídicos eficaces que posibiliten combatir verdaderos imperios delictivos, desplazando toda recurrencia a mecanismos que ofenden gravemente la dignidad del género humano, como son la práctica de cualquier tipo de tormento para la obtención clandestina de datos e información imprescindible?

A estas y otras cuestiones que entiendo deben abordarse para arribar a soluciones eficaces (la utilidad es una de las medidas de la eficacia, sino la principal), el autor contribuye con soluciones que en mi criterio merecen ser compartidas e impulsadas.

Ellas reflejan un maduro pragmatismo, que no resigna posturas éticas íntimamente asociadas con su pensamiento, lo que me consta por haberlo conocido en la habitualidad del trabajo cotidiano, referidas al respeto de garantías fundamentales que debe ofrecer el proceso penal.

Enhorabuena, pues, la publicación de esta obra del doctor Marcelo A. Riquert viene a llenar un sentido vacío en nuestra literatura jurídica, y a enriquecer el pensamiento penal respecto de una cuestión que merece ser debatida en profundidad por el marcado interés que presenta.

**EDUARDO JULIO PETTIGIANI**

*La Plata, febrero de 2011*