

La “ley del arrepentido” y la “extinción de dominio”: una lectura humanista contra el utilitarismo

POR SHIRLY MARIEL CATZ (*)

Sumario: I. La figura del arrepentido. - II. La extinción de dominio: otro eufemismo contra las garantías constitucionales. - III. Referencias.

Resumen: el objetivo de este artículo es analizar dos nuevas figuras del derecho argentino, la “Ley del arrepentido” y la “Extinción de dominio”, y su relación con las garantías consagradas en nuestra Constitución Nacional. Estudiaremos, en primer lugar, la relación que mantiene la “Ley del arrepentido” con el llamado “derecho premial” y presentaremos una investigación de la “Ley del arrepentido” y sus antecedentes en Argentina y en el derecho comparado, para tratar de elucidar su naturaleza jurídica y estudiar su utilidad como instrumento jurídico. Analizaremos, a su vez, la llamada “Extinción de dominio” y trataremos de determinar si su aplicación es o no inconstitucional.

Palabras claves: Ley del arrepentido - extinción de dominio - teorías de la pena - principios constitucionales

The “law of repentance” and the “extinction of domain”: A humanist reading against utilitarianism

Abstract: *the objective of this article is to analyze two new institutes in the Argentine Law, the “Law of the Repentant” and the “Extinction of domain”, and its relationship with the guarantees enshrined in our National Constitution. We will study, in the first place, the relationship maintained by the “Repentant Law” with the so-called “premier right”, and we will present an investigation of the “Repentant Law” and its antecedents in Argentina and comparative law, to try to elucidate its legal nature and study its usefulness as a legal instrument. We will analyze, in*

(*) Becaria Doctoral CONICET: “Impolítica teológica: el mesianismo como alteridad radical” (2017-continúa). Ayudante en Teoría general del delito y sistema de la pena, Cátedra Musso, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Prof. Introducción al conocimiento de la sociedad y el Estado, Cátedra Alcaraz-Ferronato, CBC, Universidad de Buenos Aires. Prof. Sociología, Cátedra Iacobellis - UBA XXII.

turn, the so-called “Extinction of domain” and try to determine whether or not it is unconstitutional.

Keywords: *repentant law - extinction of dominion - theories of punishment - constitutional principles*

I. La figura del arrepentido

I.1. Introducción

Sabemos, desde Schmitt (1985) que “todos los conceptos pregnantes de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados” (p. 95), analogía que establece que las instituciones modernas conservan algo de la religión, no en cuanto a su contenido, pero sí en un sentido estructural. Con la reciente “Ley del arrepentido” (2016) tenemos un claro ejemplo de esta influencia religiosa en el derecho moderno. En este caso, se une la noción de culpa y confesión al del íntimo “arrepentimiento”. El esquema se repite a través de los siglos: “*Tú dime la verdad y yo te daré el perdón*”. No es casual que filósofos como Kierkegaard y Nietzsche sean tan críticos de la figura del “arrepentimiento”.

Según Kierkegaard (1984), el arrepentimiento sitúa al hombre ante sí mismo, pero consistiendo en una duplicación escindente de la conciencia personal. Por un lado, el hombre como actor de su vida, y por otra, un sujeto moral que juzga dicho accionar, sin poder cambiarlo, y “se arrepiente”. Se trata de la suprema contradicción de la ética: el hombre se concibe como autor de lo obrado, afirmando que de repetirse esa situación, no hubiera sido actor de lo obrado, por lo que, en última instancia, nunca se reconoce como actor: alma pasiva y apesadumbrada, “el remordimiento se impone a sí mismo la obligación de contemplar lo que es horroroso de ver, pero ha perdido las riendas del gobierno y solamente ha conservado el poder de apesadumbrarse” (Kierkegaard, p. 147).

Para Nietzsche (1997) las nociones de “arrepentimiento”, “culpabilidad” y “remordimiento” no son sino conceptos cristianos creados para la dominación entre los hombres. En el Aforismo XV del *Anticristo* se refiere a una “psicología imaginaria” cargada del “lenguaje figurado de una idiosincrasia religiosa-moral; *arrepentimiento, remordimiento, tentación diabólica*” (Nietzsche, 1997, p. 45).

¿De qué modo influye esta noción de “arrepentimiento” en el derecho? ¿Por qué el derecho se vale de términos religiosos para justificar su accionar? ¿Acaso para justificarse en su “estado de excepción”? Se sostiene que su creación —figuras como la del delator premiado, el informante, el agente encubierto, etc.— es necesaria para “evitar delitos importantes”. Ciertas situaciones —por su complejidad,

su habitualidad, etc.— vinculadas en general al crimen organizado (casos de lavado de dinero, trata de personas, terrorismo, narcotráfico, corrupción, entre otros) parecerían reclamar “medidas excepcionales”. “Soberano es quien decide en el estado de excepción”, ha dicho Schmitt (2009) en su célebre formulación:

Soberano es quien decide sobre el estado de excepción. Sólo esta definición puede ser justa para el concepto de soberanía como concepto límite. Pues concepto límite no significa concepto confuso, como en la impura terminología de la literatura popular, sino concepto de la esfera más extrema. A él corresponde que su definición no pueda conectarse al caso normal, sino al caso límite. De lo que sigue se verá que aquí por “estado de excepción” se entenderá un concepto general de la doctrina del Estado (p. 11).

¿Pero qué pasa cuando la excepción termina volviéndose la regla? De esta situación de “emergencia” nada excepcional da cuenta la presencia de esta figura en países como Italia, Alemania, España, y Argentina. En el primero, por ejemplo, su creación y aplicación se encuentra vinculada directamente a la lucha contra la mafia y el terrorismo a finales de los años 70. La *legislazione d'emergenza* es la que introduce, entonces, la figura del “arrepentido”. Algo parecido sucede en Alemania, que también a finales de los años 70 aplica una “legislación de emergencia” utilizando la figura del *Kronzeuge*, del *crown witness*, propio del derecho anglosajón.

En nuestro país, el caso más evidente es la ley 25.241, aprobada en el año 2000, que lleva la figura del arrepentido al ámbito del terrorismo. Esto es consecuencia directa de los dos grandes atentados que se dieron en Argentina a la Embajada de Israel, en 1992, y a la AMIA, en 1994. Volvemos a notar su vinculación, entonces, con ciertos “estados de emergencia” que parecen requerir “medidas extraordinarias”. Claro que la Constitución no es suspendida *in toto*, como sería el caso límite de un verdadero “estado de excepción” para Schmitt, pero la analogía con el “estado de excepción” nos sigue pareciendo interesante: en última instancia, el Derecho se flexibiliza, mostrando sus límites, a la vez que su conexión con ciertos tintes de moral cristiana. Como establece Sancinetti (2016):

Por incidencia de la moral cristiana existe la difundida creencia de que el “confesar” las faltas propias sería un mérito moral, y el no hacerlo, una falta adicional. Pero esta visión vale para el campo de la moral privada. Ya el hecho de que la palabra “confesión”, en lengua castellana —no así en otros idiomas—, coincida con la denominación tradicional del sacramento católico que hoy se denomina de “la reconciliación” (= confesión), genera la idea difusa y fuente de malentendidos de que,

ante el Estado, uno tendría una “obligación paralela” de reconocerse culpable (si es que lo es) (p. 7).

1.2. Definición

En primer lugar, deberíamos determinar a qué nos referimos exactamente con “arrepentido” y cuál es, en todo caso, su naturaleza jurídica. Moscato (2000) lo define como aquella persona “a la que se le imputa un delito y que brinda a la autoridad judicial información significativa sobre la identidad de los autores, coautores, partícipes o encubridores, para beneficiarse en la reducción o en la eximición de la pena” (p. 2). Como se deriva de esta definición y como nos explica a su vez Terranova (2016), la figura se conforma, entonces, a través de cuatro elementos principales:

1. *La participación* en cualquier grado en un delito.
2. *La colaboración* con la justicia a través del aporte de datos.
3. *La autoinculpación* (volveremos sobre esta cuestión y la importancia de las garantías en las páginas siguientes).
4. *El beneficio procesal* (en general, una reducción de pena).

Notamos rápidamente que hablamos aquí de “autoinculpación” y no de “arrepentimiento”. Esto es así porque el arrepentimiento tiene que ver con una cuestión íntima, subjetiva, vinculada a un pesar, a un “haber querido hacer las cosas de otro modo”. Que hayamos señalado los tintes religiosos de esta noción no implica de ningún modo creer que al arrepentido se le exigirá este plano del “arrepentimiento” personal. Lo que nos interesa es la carga semántica que el Derecho le adhiere a esta figura, y *no* el caso particular de un individuo más o menos arrepentido por lo que hizo.

Pero incluso si consideramos, con Riquert (2017), por ejemplo, que la denominación “arrepentido” resulta errada, creyendo que se trata, más bien, de un “delator premiado”, permanecemos dentro del mismo campo semántico de cierta religiosidad, aunque en este caso sea el del binomio *premio/castigo*. El Estado se aparece, en esta imagen, como un Padre poderoso que tiene la capacidad de premiarnos o castigarnos a su antojo mediante su “derecho de gracia”.

No hay acuerdo en relación con la naturaleza jurídica de la “Ley del arrepentido”. Para algunos autores se trataría de una *excusa absolutoria* (Marum, Arce, Bunge Campos, por ejemplo) mientras que otros lo consideran un *principio de oportunidad* (Vega, por caso). Por último, autores como Franceschetti consideran

que se trata de *un modo especial de determinación de la pena*, donde se establece una "nueva escala penal" atenuada, que podría llegar, eventualmente, incluso a la eximición.

Consideramos que, en términos generales, la figura del arrepentido parece pertenecer al llamado "derecho penal premial" que Báez (2003) define como el conjunto de normas que regulan los galardones procesales que reciben quienes colaboraron con las investigaciones criminales revelando datos de interés para desbaratar organizaciones mafiosas. Esto abre un nuevo problema: ¿no lleva el derecho premial hacia un *derecho penal de autor*, desvinculando la relación entre delito y pena?

Es ésta la postura de autores como Montoya, Báez, Cohen, Terragni o Anitua. ¿No implica centrarse más en el comportamiento del sujeto que en los hechos? Y, por último, ¿no se da un peligroso retorno a un modelo penal inquisitivo? Para limitar estos peligros, la legislación comparada parece develarnos, como señala Llera, ciertos principios rectores, pero los mismos: ¿limitan o amplían la posibilidad de recaer en un modelo inquisitivo? Veámoslos:

1) En primer lugar, el principio de *eficacia*. Es el principio más claramente *pragmático*, pues reclama que los datos otorgados deben aportar efectivamente *pruebas* para permitan llevar a juicio a los miembros de ciertas estructuras criminales. Esto es: no cualquier colaboración cuenta, entonces, como tal, sino que la colaboración proporcionada debe ser realmente *útil*. Tal como establece el artículo 1 de la ley 27304:

Artículo 1: para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

2) Además, la colaboración debe ser *oportuna*, principio que hace referencia a la cuestión *temporal* de la colaboración. Debe darse en el momento preciso y de manera oportuna para capturar a los miembros la organización, y para eventualmente obtener decomisos de los bienes obtenidos como producto del delito. Tal como se deriva del artículo 3 de la ley 27.304: "El acuerdo con el imputado

arrepentido sobre lo previsto por el artículo 41 ter del Código Penal deberá realizarse antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente”.

3) *Proporcionalidad* en relación con la información aportada. Si bien, como veremos a continuación, la naturaleza del instituto está vinculada a una teoría “relativa” de la pena —por eso su posibilidad de reducción a cambio de información, en una clara postura utilitarista— parece permanecer aquí, en un segundo plano, la idea de cierta “proporcionalidad” propia de las teorías “absolutas” de la pena. En cuanto a su “medición”, el artículo 5 de la ley 27.304 nos otorga ciertos criterios:

Artículo 5: criterios para aplicar los beneficios. Para otorgar los beneficios establecidos en el artículo 41 ter del Código Penal, deberá considerarse:

- a) El tipo y el alcance de la información brindada;
- b) La utilidad de la información aportada para alcanzar las finalidades previstas;
- c) El momento procesal en el que el imputado brinda la colaboración;
- d) La gravedad de los delitos que el imputado ha contribuido a esclarecer o impedir;
- e) La gravedad de los hechos que se le atribuyen y la responsabilidad que le corresponde por ellos. Se beneficiará especialmente a quien se arrepiente en primer término.

4) *Comprobación* de la información obtenida del colaborador. Principio que se vincula con su “eficacia” (punto 1). Evidentemente, la información deberá ser corroborada para poder ser eficaz.

5) *Formalidad*: es necesario suscribir un *acuerdo de colaboración*, el cual debe firmar el agente fiscal del Ministerio Público, el arrepentido y su abogado defensor. Este principio está vinculado con el peligro de la “coacción”. La declaración debe realizarse de manera voluntaria, y para garantizarlo deben realizarse actas o registros de cualquier tipo donde conste lo actuado. Tal como establecen los artículos 6 y 7 de la ley 27.304:

Artículo 6: actos de colaboración. Registro. Las declaraciones que el imputado arrepentido efectuare en el marco del acuerdo de colaboración deberán registrarse a través de cualquier medio técnico idóneo que garantice su evaluación posterior.

Artículo 7: acuerdo de colaboración. Requisitos formales. El acuerdo de colaboración se celebrará por escrito, y deberá consignar con claridad y precisión lo siguiente:

a) La determinación de los hechos atribuidos, el grado de participación que se le atribuyere al imputado arrepentido y las pruebas en las que se funde la imputación.

b) El tipo de información a proporcionar por el imputado arrepentido: nombre de otros coautores o partícipes; precisiones de tiempo, modo y lugar de los hechos por los cuales se brindare colaboración; teléfonos u otros datos de comunicación con coautores o partícipes; cuentas bancarias u otra información financiera e identificación de sociedades u otras entidades utilizadas para colocar, disimular o transferir los fondos ilícitos utilizados o el producto o provecho del delito; toda otra documentación o cualquier otro dato que se reputare valioso para el avance de la investigación o el esclarecimiento de los hechos por los que se brindare información.

c) El beneficio que se otorgará por la colaboración prestada por el imputado arrepentido.

6) *Control judicial*: el juez un juez competente cuenta con la facultad de autorizar o modificar los beneficios. Vemos los pasos necesarios en los artículos 8, 9 y 10:

Artículo 8: procedimiento del acuerdo de colaboración. El acuerdo de colaboración se celebrará entre el fiscal y las personas que brindaren información en los términos del artículo 41 ter del Código Penal y de la presente ley. En todos los casos, el imputado arrepentido contará con la asistencia de su defensor.

Artículo 9: acuerdo de colaboración celebrado con el fiscal. Al celebrarse el acuerdo entre el fiscal y el imputado arrepentido, el mismo se presentará para su homologación ante el juez de la causa.

Artículo 10: homologación del acuerdo de colaboración. 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 de 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.

7) Y, por último, *revocabilidad*: de cumplirse el punto 6, los beneficios surtirían sus efectos, pero siempre sujetos a determinadas condiciones, por lo que podrían ser revocados si el sujeto incumple.

I.3. El arrepentimiento y su vinculación con las teorías de la pena

La pregunta tradicional en relación con las teorías de la pena —esto es, “¿por qué penar?”— tiene su contracara en la pregunta inversa: “¿por qué dejar de penar o disminuir la pena?”. Para esto, no podemos eludir la encrucijada fundamental en la que se han visto inmersas tradicionalmente las teorías de la pena: o bien la pena cumple un fin específico, o es, por el contrario, pura retribución por el mal causado. Las tomas de postura en relación con esta disyuntiva han dividido históricamente a las teorías de la pena en dos grandes grupos: las teorías “absolutas” de la pena *vs.* las teorías “relativas” de la misma.

Dentro de las teorías absolutas se encuentran los conocidos casos de Hegel y de Kant. Para Hegel, la pena generadora de temor es el equivalente a asustar a un perro con un palo, pues no se trataría ya de un ser humano, sino de un animal, de allí que defendiera una teoría *absoluta* de la pena. El conocido caso kantiano presente en la *Metafísica de las costumbres* da cuenta de algo parecido: incluso, aunque la sociedad civil se disolviera, habría que ejecutar hasta el último asesino; para que cada cual reciba lo que merece y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no exigió castigo. Lo contrario implicaría volverse cómplice de una violación pública de justicia. La pena, de ese modo, no debe ser herramienta para consecución de fines, sino imperativo categórico, mantenimiento del derecho y de la justicia en sí misma.

La ventaja de estas teorías parece ser su vinculación con cierta “proporcionalidad”, porque el hecho de impedir que el hombre se vuelva medio del poder estatal de turno implica que, al menos, se respete la “proporción” de su pena —lo que de cualquier modo es discutible, pues ¿quién decide cuál es tal “proporción?”; volvemos, en este punto, a la célebre definición de Schmitt y respondemos: evidentemente, siempre el soberano—.

No podemos dejar de advertir, sin embargo, el peligro latente de estas teorías, que no sirven para nada más que para reconfirmar el “Derecho en sí”, sea como momento del Espíritu o como Imperativo Categórico kantiano. La defensa de la “dignidad” del hombre —y la prohibición kantiana de “no utilizar al hombre *sólo como un medio para (...)*”— lleva a consecuencias paradójicas, en una teoría que

termina girando en el vacío, desvinculada por completo del mundo real y de los hombres de carne y hueso que parecen necesitar, no una afirmación abstracta del derecho en sí, sino medidas concretas para vivir lo mejor posible en una sociedad tendiente siempre hacia el peligro del *homo homini lupus*.

Consciente de estas dificultades, el instituto del “arrepentido” parece alejarse de estas concepciones absolutas, bajo la comprensión de que la pena tiene que tener un fin determinado. Por eso va de la mano de una concepción *relativa* de la pena, donde se conjuga la *prevención general*, de manera predominante, con cierta *prevención especial* (que la persona en concreto, el “arrepentido”, no vuelva a hacer lo que hizo, que se arrepienta, etc.).

La prevención especial se plasma de diversas maneras: una de ellas, el temor generado al pueblo, en su conjunto, para pensarlo dos veces antes de cometer un delito. “Cualquiera puede delatarte a cambio de una reducción de pena”, parece ser la amenaza del derecho a todo aquel que se atreva a violar sus mandamientos. Es lo que sostienen algunos autores, pues este instituto podría tener un efecto preventivo sobre los funcionarios, temerosos de que cualquiera, en cualquier momento, pudiera delatarlos, a cambio de un beneficio de reducción o eximición de pena. ¿Pero funciona esto efectivamente de ese modo?

La cuestión es, sin embargo, que uno mismo puede ser el delator. El miedo a ser delatado se mitiga con el poder que uno mismo tiene de delatar. Y, por si fuera poco, se da la paradójica situación de que cuanto más información se posea, cuanto mayor sea el rango en la organización, mayor será también la posibilidad de reducción de pena, pues más datos podrán otorgarse.

Por otra parte, el Estado debería “rebajarse” a negociar con aquel que cometió el delito y la estima hacia el Estado en que uno vive podría disminuir al momento de notar que el mismo es capaz de “ponerse a la par” de alguien que delinquiró, lo que parece ir en contra del temor que el Estado pretendía generar de la mano de una “prevención general”.

Superadas las críticas a las teorías absolutas de la pena, nos encontramos ahora con la problemática cuestión de tener que utilizar, sin embargo, al hombre como un instrumento para un fin. ¿Puede el Estado instrumentalizar a un sujeto particular como un medio extraordinario de prueba?

“La ley del arrepentido”, y sus diversas figuras, se encuentra sin dudas dentro de un paradigma utilitarista extremo, donde cualquier medio se vuelve válido para lograr el fin propuesto. Si la finalidad es poder investigar el hecho en cuestión, ¿qué mejor que otorgarle un incentivo a quien puede ayudar para lograr el fin propuesto? Pero esto, señala Terranova (2016) “Implica introducir al ámbito penal

una suerte de lógica transaccional, un “toma y daca” entre el Estado, titular del *ius puniendi*, y el delincuente”.

I.4. Las garantías constitucionales

Como mencionamos anteriormente, la noción de “arrepentimiento” mezcla Derecho y Moral y podría ir en contra del artículo 19 de nuestra Constitución, que establece que

Artículo 19: las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Por otra parte, notamos que con la figura del arrepentido se encuentra en peligro *el principio de igualdad* consagrado en el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional, sumándose a una peculiar paradoja: no sólo se encuentra amenazada la igualdad, sino que el delincuente será tanto más valioso —y en consecuencia, tanto más probable será que obtenga la impunidad— cuanto más vinculado al delito haya estado: cuanto más relacionado al hecho en cuestión se encuentre el sujeto, más tendrá para ofrecer, y mayores serán los beneficios que se le otorgarán a la eventual rebaja de su pena.

Establece Riquert que, tratándose de una medida “excepcional” deberá justificarse su utilización y, en consecuencia, la posibilidad de negociar con el delator se debe limitar por una suerte de “principio de imprescindibilidad (o insustituibilidad)”. Esto es, si hay otros medios viables de descubrir información, aun cuando ello importe un mayor esfuerzo o trabajo por parte de los encargados de llevar adelante la investigación, no podrían otorgarse “premios”.

La advertencia es válida, pero el hecho de que sea facultad discrecional de los magistrados considerar la magnitud del beneficio en el caso concreto, viendo cuán útil resulta o no para la investigación, podría generar un *estado de inseguridad jurídica* para el imputado, completamente a merced de la arbitrariedad del jugador y su *animus* de tomar en cuenta o no el beneficio en cuestión. Como señala Sancinetti (2016):

Tal como lo destacaron distintos juristas en las intervenciones en el Senado, aquello de lo que se trata al prever una disminución de pena a cambio de información que permita el esclarecimiento de un hecho punible no requiere ningún “arrepentimiento” interior del imputado que brega por ese beneficio, sino que sólo está en juego “una negocia-

ción” sobre la acción penal, brindando información a cambio de “rebajas de ocasión”. Esto es lo que produce una lesión a garantías constitucionales, y al debido proceso en sí (p. 3).

No podemos negar que ha habido un notable intento por otorgarle mayor coherencia y condiciones de igualdad a este instituto, tratando de establecer un régimen unitario. Riquert recomienda “unificar el “sistema de premios”, tratando de que la respuesta penal sea más equitativa por comparación general y más igualitaria por comparación intrasistemática entre delaciones admitidas”. Pero la cuestión sigue siendo la siguiente: ¿cómo se conjuga la urgencia con el plano de la ética? Esto es, ¿la eficacia procesal con las garantías que deben acompañar a ese proceso? ¿De qué tipo es esta relación?

Evidentemente, no tendría por qué presentarse lo conveniente y lo ético en contradicción. El imputado podría elegir “colaborar por cuenta propia”. Pero la discusión no es en relación con ese caso, sino que lo problemático es la estructura que subyace a este modelo *inquisitivo*, donde la prueba reina es la confesión, y podría violarse el principio de “*nemo acusador se ipsum accusare*”.

El artículo 18 de nuestra Constitución Nacional dispone que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, constituyendo acaso el principio central de las garantías procesales, pues “nadie puede por qué traicionarse, ni darle armas a su adversario contra sí mismo, ni acusarse a sí mismo, ni detenerse a sí mismo” (Sancinetti, 2016, p. 7). Y a su vez:

Hoy en día, por ej., prevalece en el lenguaje periodístico la pregunta: ¿Va a ‘colaborar’ con la investigación su defendido?, desconociéndose así no sólo que el imputado no tiene la menor obligación de ‘colaborar’ con su propia persecución, sino que incluso es moralmente reprochable que el Estado secular se base en las palabras del propio imputado para condenarlo (Sancinetti, 2016, p. 7).

Este punto se vincula con la cuestión de la *coacción*. En la figura del arrepentido, evidentemente, parece no haber “coacción” directa, pero podría considerarse que se da, sin embargo, un tipo de coacción *indirecta*. Al hacerle saber al imputado que su colaboración posiblemente sea premiada, se reduce su posibilidad de decidir libremente, pues se le sugiere, como nos explica por ejemplo Terragni, que de no hacerlo su situación será más grave. Otros autores consideran que esto no es más que una exageración (autores como Spolanky o Franceschetti), puesto que la voluntad no dejaría de ser libre, sino que en todo caso sería mayor (pues ahora tiene más opciones para elegir) ni la situación sería más grave que antes, sino, a lo sumo, permanecería de igual manera.

Por último, la crítica más evidente proviene *incluso del propio paradigma utilitarista*: esto i siquiera resulta útil. Este tipo de modelo ha demostrado que, al fin y al cabo, se puede confesar lo que sea. Por último, si se premia la confesión, ¿no se agrava indirectamente la situación de aquel que decide no confesar? Por lo que, si no tengo nada para confesar, ¿no es probable que invente una historia para acceder a los beneficios del derecho premial? Notamos rápidamente, desde ese momento, que un propósito potencialmente válido —la búsqueda de cierta verdad a través del discurso— se transfigura en su exacto contrario.

1.5. Conclusiones

Por un lado, el crimen organizado parece reclamar un cambio para poder volver más eficiente la investigación en cuestiones tan difíciles de combatir como el narcotráfico, el terrorismo, la trata de personas, el lavado de dinero, la corrupción, etc. Frente a esa “excepción”, parece razonable que se permitan institutos también excepcionales; el “estado de excepción” se aparece, entonces, como el momento en el cual se suspende el derecho, pero para paradójicamente “garantizar el derecho”. Pero más curioso todavía es que la excepción se está volviendo, gradualmente, la regla.

La ley nace con la pretensión de combatir la corrupción, pero la pregunta es: ¿desde dónde? Como establece Bregman en el Dictamen de Comisión de 2016: “esta impunidad está garantizada por un Poder Judicial que siempre apaña al poder de turno y, en general, impulsa causas contra los gobiernos que “cayeron en desgracia”. ¿Cómo combatir la corrupción con armas en manos de quienes también se encuentran acusados de corrupción? “Los jueces tienen más sentido de la orientación del “viento del poder” que una veleta. Jueces a los que nadie eligió o, mejor dicho, que fueron elegidos por componendas entre los partidos mayoritarios a espaldas de la voluntad popular, constituyen en realidad una casta orientada a mantener sus privilegios y a garantizar la impunidad del poder y del crimen organizado”.

Con esa ley no se termina la impunidad, pues se cae en una suerte de círculo vicioso: los paladines de la anticorrupción no dejan de ser corruptos, lo que implica que los modos de establecer esos “premios” y “castigos” no van a ser sino, podríamos decir con Marx, el incentivo a continuar el lobby dentro del “comité de negocios de la burguesía” que es el Estado. Más que tintes religiosos, lo que ahora se advierte es el cinismo (las dos cosas no se encuentran tan lejos, evidentemente): “hagamos negocios a puertas cerradas, veamos qué tenés para ofrecermé y yo analizo qué puedo conceder”, teniendo en cuenta, fundamentalmente, el “valor” de tus pruebas, valor que estará determinado, como notamos rápidamente, por el viento político del momento.

Claro que no puede permitirse la corrupción, pero el problema es mucho más complejo. Cuando la corrupción es tan estructural, hay que pensar medidas completamente innovadoras. La “Ley del arrepentido”, más allá de que se presente como esa innovación, no logra serlo: en su exterior se presenta como un pedido de transparencia, de legalidad, todo recubierto de una moral cristiana que la sociedad puede comprender rápidamente —arrepentirse, la culpa y el perdón— pero vista más de cerca, se revela como lo que verdaderamente es: instrumento habilitante de mayor corrupción, potencialidad de su incremento convirtiendo al Estado (o manteniéndolo como) el escenario donde los empresarios hacen negocios, historias inventadas por motivos políticos o particulares (salvarse uno, salvar a otro) y en consecuencia, retardo de la justicia más que su aceleración, teniendo que remitir recursos del Estado para comprobar los datos de relatos eventualmente falsos. El Estado admite que ha fallado en sus funciones, pero, además, parece incentivar a lo contrario que supuestamente pregona: así como la noción de “pecado” parece debilitarse si yo, en cualquier momento, me puedo arrepentir y ganar el cielo, lo mismo sucede con el concepto de crimen: no se le disminuye, se le otorga una puerta, su cartel reza: “adelante los que quieran negociar”.

II. La extinción de dominio: otro eufemismo contra las garantías constitucionales

Si bien el artículo 99 de nuestra Constitución Nacional establece con claridad que sólo podrán dictarse Decretos de Necesidad y Urgencia cuando circunstancias *excepcionales* hicieran imposible seguir los trámites y no se trate de normas que regulen *materia penal, tributaria, electoral* o de régimen de los partidos políticos, el pasado 21 de enero el gobierno el presidente Mauricio Macri anunció que firmaría un decreto en relación con la denominada “Extinción de Dominio”, el cual fue publicado al día siguiente en el Boletín Oficial.

Pese al eufemismo y a las artimañas empleadas para afirmar que no trata *materia penal*, sino civil y comercial, se trata, en realidad, de la conformación de la figura del *decomiso*, que consiste en la pérdida de un derecho real como consecuencia de actividades ilícitas y el traspaso de la titularidad de los bienes que describen al Estado Nacional, sin contraprestación ni compensación alguna para su titular.

Lo que se instala, entonces, es la figura del *decomiso sin sentencia penal condenatoria previa*, y mediante un proceso *ad hoc*, ante la justicia Civil y Comercial, en clara violación del principio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege penale*. Lo que en el marco de la “Ley del arrepentido” se aparecía como un peligro inminente, aquí se torna más que evidente. Nos encontramos frente a una sustitución del fuero penal, en clara violación de los artículos 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional, esto es: el derecho de usar y disponer de su propiedad tal como

lo establece el artículo 14; la afirmación constitucional de que “la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”, como lo determina el artículo 17 de la Constitución Nacional; y la clarísima violación del artículo 18, que determina que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por ley antes del hecho de la causa”.

Existen múltiples figuras en los Códigos Procesales útiles para el problema inventado por este gobierno, que sólo puede comprenderse en relación con el viento político y los climas electorales que se viven: medidas cautelares como el embargo, o la inhibición general de bienes, el secuestro, etc. Pero, además, el nuevo Código Civil y Comercial establece una *acción judicial preventiva*, que sin ser inconstitucional como la “Extinción de dominio”, busca evitar la producción de un daño frente a una acción u omisión antijurídica, lo que puede ser alegado por cualquiera que acredite un interés razonable. Tal como leemos en el artículo 1.711 del Código Civil y Comercial: “la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”, y el artículo 1712: “están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”. Por último, en el artículo siguiente: “la sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda”, y “debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”.

¿Por qué se precisa, entonces, de la creación de nuevas figuras? Apelar a las ya conocidas no generaría el efecto mediático que se busca y que debe ser, más que un proyecto preciso, un *slogan* grandilocuente y de fácil comprensión para eventuales votantes: “Se robaron todo”, o como estableció Macri en el discurso que anunció el DNU: “el que las hace las paga”. La caricia al votante de clase media, recordándole el flagelo de la corrupción, parece haber perdido intensidad frente a las dificultades económicas con las que tiene que enfrentarse día a día. Pero no hay otra que dar el último intento desesperado de mantener la grieta. “Se robaron todo” como la afirmación que pierde todo contenido determinado y suena a viejo *deja vú*, ya gastado, mientras alguien a lo lejos revuelve una vez más la gran olla de la vieja política: la distinción *amigo/enemigo*.

Es, a su vez y como pretende serlo la “Ley del arrepentido”, la conformación de una sensación generalizada de “estado de emergencia”, donde la “vieja política” no alcanzaría para dar cuenta de delitos complejos como el narcotráfico, la trata de personas, la corrupción, etc. “Estoy hablando de las mafias”, dice Macri en su

discurso, "de las redes de narcotráfico, del crimen organizado y de la corrupción que se llevaron plata que es de todos los argentinos." La estrategia es burda: no sólo está mal robar, sino que incluso, esa plata es la que pudo ser usada para todo aquello que hoy nos falta: "plata que necesitamos para construir escuelas (...), rutas más seguras, obras para mitigar las inundaciones (...)". "Todos estamos haciendo un esfuerzo muy grande para sacar al país adelante"; admite, "y no puede ser que algunos vivos a costa de este esfuerzo cometen delitos que no podemos permitir más". La enumeración del enemigo vuelve a repetirse, por si no se entendió o llegaste tarde a la transmisión: "las redes de trata, los mafiosos y los corruptos", aquellos que "destruyen familias".

Las banderas utilitaristas caminan, así, sobre las garantías constitucionales y parecen retomar formulaciones maquiavélicas medio/fin. Pero ni siquiera está buscando el fin, sino de lo que se trata es de desvirtuar por completo la búsqueda de resultados, en la sola afirmación de un medio puro. Nada garantiza que se logre la celeridad que se propugna; más bien todo lo contrario. Así como en la "Ley del arrepentido" nada garantizaba la búsqueda de verdad, sino una mera invitación a negociar. El utilitarismo desnuda, entonces, su verdadera esencia: *el cinismo*.

III. Referencias

Anitua, G. (2017). La legislación penal en la guerra contra el mal o el enemigo. En M. Bohm y M. Gutiérrez, (comps.), *Políticas de seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*. Buenos Aires: Editores del puerto.

Beccaria, C. (2005). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Kierkegaard, S. (1984). *El concepto de la angustia*. Madrid: Orbis.

Moscato de Santamaría, C. (2000). *El agente encubierto en el Estado de Derecho*. Buenos Aires: La Ley.

Nietzsche, F. (1997). *El Anticristo*. Madrid: Alianza Editorial.

Riquert, M. (2017). *El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?* Buenos Aires: Hammurabi.

Reyes Alvarado, Y. (1998). "Arrepentidos" y "testigos secretos": remembranzas de la Santa Inquisición. *Teorías actuales en el derecho penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

Sancinetti, M., (1997). Observaciones críticas sobre el proyecto de ley de tratamiento privilegiado al “testigo de la corona” (¿“arrepentido”?). *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, N° 7, (pp. 791-818).

Sancinetti, M. (2016). Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de “Arrepentido” y de “Extinción de Dominio”. *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44019-dictamen-sobre-proyectos-leyes-asi-llamados-arrepentido-y-extincion-dominio>

Schmitt, C. (1985). *Teología política*. Buenos Aires: Struhart y Cía.

Schmitt, C. (2009). *Teología política*. Madrid: Trotta.

Terranova, M. (2016). *La delación premiada* (tesis). Recuperado de <https://es.scribd.com/document/331336127/La-delacio-n-premiada>

Legislación

Ley N° 25.241. Boletín Oficial de la República Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 23/02/2000.

Ley N° 25.742. Boletín Oficial de la República Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 20/06/2003.

Ley N° 26683. Boletín Oficial de la República Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 01/06/2011.

Ley N° 227304. Boletín Oficial de la República Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 19/10/2016.

Otros

Diario de sesiones. Cámara de diputados de la Nación. (23/06/2016). Recuperado de https://www.diputados.gov.ar/secparl/dtaqui/diario_sesiones/diarios.jsp#

Fecha de recepción: 27-01-2019

Fecha de aceptación: 26-07-2019