



Structural Problems of the “Cooperation Agreement”

Problemas estructurales de la “delación premiada”

GUSTAVO A. BEADE*

Resumen

Desde hace varios años las legislaciones procesales de los países latinoamericanos han incorporado distintas prácticas que, en teoría, permiten hacer más eficaz la persecución de determinados delitos. Entre ellas, se encuentran las llamadas leyes del “arrepentido,” que permiten a personas investigadas por delitos graves dar información sobre otros intervinientes en el mismo hecho a cambio de recibir castigos más leves o impunidad. El objetivo del trabajo es presentar las críticas más relevantes a estas prácticas y analizarlas desde el punto de vista de las teorías del castigo. Intentaré mostrar que hay teorías del castigo que permitirían leyes de “arrepentidos,” pero me concentraré en la propuesta de las teorías comunicativas del castigo.

Palabras clave: *Delación premiada; Teorías del castigo; Teorías comunicativas del castigo.*

Abstract

For several years, the procedural legislations of Latin American countries have incorporated various practices that, in theory, allow for a more effective prosecution of certain crimes. Among them, there are the so-called "repentance laws," which allow individuals under investigation for serious crimes to provide information about other participants in the same act in exchange for receiving lighter punishments or immunity. The objective of this work is to present the most relevant criticisms concerning these practices and analyze them from the perspective of theories of punishment. I will attempt to demonstrate that there are theories of punishment that would permit laws on "repentance," but I shall focus on the proposal of communicative punishment theories.

* Universidad Austral de Chile (gustavo.bead@uach.cl). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2258-4348>. Artículo recibido el 8 de septiembre de 2022, aceptado para publicación el 29 de junio de 2023.

Cómo citar este artículo:

BEADE, Gustavo (2023). “Structural Problems of the ‘Cooperation Agreement’”, *Latin American Legal Studies*, Vol. 11 N° 2, pp. 28-60.

Keywords: *Compensated Snitching; Theories of Punishment; Communicative Theories of Punishment.*

La posibilidad de que haya personas que cometen delitos y que luego pretendan “arrepentirse,” confiesen sus conductas y brinden información para recibir menos castigo es una práctica habitual en los sistemas procesales penales que, a grandes rasgos, conocemos.¹ En general, la proliferación de estas prácticas muestra que cuentan con la aprobación de la ciudadanía y de los integrantes del sistema de administración de justicia. Los ciudadanos ven, en general, una herramienta eficaz para desbaratar bandas de narcotraficantes y grupos organizados que cometen delitos graves y son, en la actualidad, una amenaza importante para nuestras sociedades. Los integrantes del sistema de administración de justicia entienden que estas herramientas colaboran en darles eficacia a sus investigaciones. De otro modo, a su entender es muy difícil llevar a juicio, por ejemplo, a los autores de delitos relacionados con el narcotráfico y la “corrupción.”

Como señalé, estas prácticas son habituales en la mayoría de los sistemas procesales penales que conocemos. Sin embargo, hay algunos pocos trabajos críticos que las han cuestionado severamente. El argumento central es que se ha creído *bueno* que el Estado negociara una parte de la pena con los acusados de determinados delitos a cambio de que delatase a otros cuya sanción fuera más provechosa para la investigación en concreto. Estas críticas señalan que el Estado entra en el negocio de lo más conveniente, es decir, pone al castigo estatal en el mercado.²

Si bien estoy de acuerdo en que no es correcto negociar castigos a cambio de recibir información que permita castigar más a otros intervinientes de un hecho delictivo, creo que las críticas tienen algunos problemas. No se trata de que un Estado no puede negociar el castigo de un acusado de un delito para poder obtener información que permita perseguir a intervinientes en hechos delictivos que tuvieran más poder de decisión; un Estado que sostenga que el castigo cumpla una función preventiva, podría

* Universidad Austral de Chile (gustavo.beade@uach.cl). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2258-4348>. Artículo recibido el 8 de septiembre de 2022, aceptado para publicación el 29 de junio de 2023.

¹ Me refiero, por supuesto, en general a los países de Latinoamérica que han adoptado esas prácticas como Chile, Argentina, Colombia, etc. y que han estado influidos, en parte, por la legislación y las prácticas de los Estados Unidos.

² En este sentido, uno de los autores que ha presentado la crítica más aguda a esta institución ha sido Marcelo Sancinetti. Sus argumentos son globalmente importantes para discutir la “delación premiada”, independientemente del contexto y de la legislación positiva. Por esta razón, en el trabajo intentaré discutir con sus argumentos. Ver, entre otros, sus trabajos publicados en SANCINETTI (1998) y SANCINETTI (2022).

perfectamente adoptar esas medidas. Si la función del castigo estatal se apoya en una teoría preventiva del castigo, basado en una ética utilitarista, en donde lo bueno esté por encima de lo correcto, no habría ningún inconveniente en utilizar como medios a integrantes poco relevantes de una banda de delincuentes para conseguir llevar a juicio a quienes dirijan o controlen esas bandas. El problema es que sólo quienes sostengan una teoría preventiva del castigo estarán en condiciones de defender ese tipo de decisiones. En principio, los defensores de una teoría retributiva del castigo no podrían aceptar que la pena que se imponga se aleje de lo que el acusado se merece y menos aún por razones vinculadas con la eficiencia del proceso penal. Mi argumento, sin embargo, intentará presentar la objeción desde la defensa de una tesis retributiva-comunicativa en la que “llamar a rendir cuentas” a quienes cometan delitos se oponga a considerar estas prácticas.

I. INFORMANTES, DELADORES Y ARREPENTIDOS

Supongamos que una ley permitiera que una persona obtenga una rebaja en el castigo o una completa eximición del castigo, a cambio de la delación de alguno de sus coparticipes o de datos relevantes para el progreso de la investigación del hecho en que ella misma hubiera participado. En algunos países estas leyes se han llamado “leyes del arrepentido” porque, en algún sentido —equivocado— quien comete un delito se arrepiente de haber realizado una incorrección moral (y legal) y por esta razón debemos considerar esta cuestión y, acaso, perdonarlo.³ Lejos de esta circunstancia ideal, según estas regulaciones la idea de arrepentirse en el marco de un proceso penal tiene otra connotación. Alguien se “arrepiente” pero pretende obtener un beneficio adicional por liberar su conciencia del peso de haber cometido un delito. Por esta razón estos proyectos parecen más bien una premiación a los delatores o a los informantes que un reconocimiento a quienes, en verdad, se arrepienten sinceramente. Si bien existen tibias defensas a la “delación premiada” bajo la idea de que es necesario pensar herramientas nuevas para poder combatir formas de delitos nuevos, lo cierto es que, *a priori*, tienen problemas importantes.⁴

II. CRÍTICAS A LA DELACIÓN PREMIADA

En lo que sigue, me encargo de resumir algunas de las críticas que se le han realizado a la “delación premiada.” Quizá, sería posible agruparlas en un solo argumento. Sin

³ Se trata de un sentido equivocado del uso del término “arrepentido” porque lo equipara con la delación asumiendo que quien se arrepiente de algo puede delatar a otro. Arrepentirse tiene otras connotaciones que no necesariamente están vinculados con la delación. En verdad, creo que quien se arrepiente por un mal no está en las mejores condiciones morales para inculpar a otro. Sobre esta cuestión ver MASLEN (2015). Otra explicación en SANCINETTI (1998).

⁴ Ver, por ejemplo, las propuestas de NINO (2005), p. 228 y BÖHMER (1992).

embargo, me interesa distinguirlas en esta presentación para luego sí analizarlas conjuntamente.

a) El derecho penal en el mercado

Las críticas a la decisión de incluir figuras legales como las de la “delación premiada” señalan que el derecho penal en la actualidad está dominado por pretensiones utilitaristas y eficientistas. Agregan que el Estado ha entrado en el negocio más conveniente o de lo que algunos les parece tal. El parámetro es el mercado y no la justicia.⁵ Según esta visión, se ha creído algo bueno que el Estado negociara con el acusado de haber cometido un delito una parte de la pena a cambio de que delatase a otros. Según esta crítica, no se está ante un agente que se condele de su pasado y que por eso colabora con la investigación, sino ante el autor de un delito que obtiene un beneficio a cambio de traicionar la confianza de sus coparticipes. Con esto en consideración, se ha dicho que “la pena ya no implicará declarar ‘tú has obrado mal’, porque justamente uno de los que participó en el hecho es declarado como parámetro de lo correcto: mata, traiciona y lleva premio.”⁶ Así, el autor de un delito termina mostrando que lo correcto es delatar a otros, y estar atentos a la posibilidad de desligarse de su responsabilidad todo lo posible mientras que le endilgan mayor responsabilidad o más relevancia en la intervención en los hechos a otros.⁷

En este sentido, los críticos se preguntan ¿en qué lugar queda la moral comunitaria si le son ofrecidas recompensas a todo aquel que informe algo relevante sobre un delito y en qué lugar queda el juez que tiene que tomar una declaración de alguien que se “arrepiente”? Al parecer, todo premio para quien colabore de este modo implica una sanción invertida para quien permanece callado, una coerción a la autoincriminación o a la incriminación de otros.⁸ Sin embargo, un Estado decente no puede recurrir a tales comportamientos.⁹ Pero, además, un modelo democrático de

⁵ SANCINETTI (1998), p. 796.

⁶ SANCINETTI (1998), p. 797.

⁷ SANCINETTI (1998), p. 797.

⁸ Quizá, sería posible pensar que el argumento de la mercantilización del castigo no llega tan lejos y que aquí se está tratando un problema distinto. Sin embargo, pienso que el problema es el mismo si entendemos que el incentivo que ofrecen las regulaciones jurídicas genera este tipo de conductas por parte de los imputados de delitos penales. La coerción funciona como la obligación que tienen los imputados de “arrepentirse” y mejorar su propia situación personal, perjudicando a otros. Le agradezco a un/a evaluador/a anónimo/a por sugerirme hacer esta aclaración.

⁹ SANCINETTI (1998), p. 800.

justicia penal prohíbe cualquier promesa o presión directa o indirecta sobre los acusados para inducirlos al arrepentimiento o a la colaboración con la acusación.¹⁰

Si el Estado pone en el comercio la investigación penal, como un bien de intercambio, se socava la función social del castigo. Si, por ejemplo, el Estado permitiera que se extinga una investigación penal por el pago de una importante cantidad de impuestos atrasados o evadidos estaría privilegiando fines de menor importancia por sobre fines superiores, por ejemplo, reafirmar la vigencia de la norma como modelo de contacto social.¹¹ En soluciones alternativas limitadas a ámbitos tan específicos, la consecuencia es la de poner en duda ya la legitimidad del castigo para los delitos de ese ámbito. De esa manera puede dudarse de si lo correcto sería que no existiera la extinción por pago o si, en cambio, la existencia de esta posibilidad demuestra, más bien al contrario, que las conductas conminadas con pena no son tan graves como se pretende, ya que son redimibles por dinero.¹²

Las críticas a la “delación premiada” señalan que, de todas maneras, el argumento de que el Estado no debe apoyarse en la deslealtad de los “delincuentes” entre sí, ciertamente, no es decisivo. El Estado no tiene que respetar o solventar los pactos de silencio entre criminales. El pacto de silencio puede ser bienvenido si el medio empleado es legítimo. El problema es cuando el Estado acepta establecer rebajas del castigo estatal que, en el caso de la delación premiada, se otorgan por el quebrantamiento de la lealtad criminal. Es esto lo que no tiene legitimación moral.¹³

b) Violación del principio *nemo tenetur*

La segunda crítica tiene que ver con la violación del principio *nemo tenetur* que implica que nadie está obligado a declarar en su contra. Este es un principio básico del Estado de Derecho, que establece que nadie tiene por qué traicionarse ni darle armas a su adversario contra sí mismo ni acusarse a sí mismo ni detenerse a sí mismo.¹⁴ La oferta de un premio o una rebaja presupone que esa oferta puede motivar al coimputado a decir algo; pero este “decir algo” ha de llevar al que delata a reconocer también su participación en el hecho. Esta participación en el hecho mediante una conducta, también punible, terminará llevando al delator a no poder volver sobre sus propios actos. El juez podrá darle una rebaja o no, pero en todo caso el imputado habrá declarado ante

¹⁰ FERRAJOLI (1995), p. 608.

¹¹ SANCINETTI (2022), p. 148.

¹² SANCINETTI (2022), p. 148.

¹³ SANCINETTI (1998), p. 814.

¹⁴ SANCINETTI (2022), p. 189.

el riesgo de que, en caso contrario, pudiera tener una sanción más grave.¹⁵ Esto sólo podría evitarse si el “arrepentido” recibiera la impunidad por su conducta y no sólo una rebaja. Esto, sin embargo, tiene otros problemas dado que es dificultoso analizar cómo valorar los aportes que hagan los imputados. De modo que aparecen ciertas dudas sobre la cantidad y calidad de información que alguien debería aportar para poder recibir la impunidad.

Por otra parte, una de las formas en las que se presenta esta posibilidad de delatar a otros se acerca a la idea de colaborar con la investigación. Es evidente que el principio *nemo tenetur* impide que coactivamente el Estado obligue a un acusado de un delito a colaborar con una investigación pública. Pero, además, es moralmente reprobable que el Estado se base en las palabras del propio imputado para condenarlo.¹⁶

c) El principio de igualdad y culpabilidad

Otro problema que se podría mencionar de las críticas a la “delación premiada” es la violación del principio de igualdad ante la ley. Así, si el castigo está influido por el comportamiento dentro del proceso penal, se produce un trato desigualitario y discriminatorio contra aquel que quizá no tenga ninguna información especial sobre el hecho en el cual participó. En los casos en los que estemos ante organizaciones criminales podría ocurrir que un partícipe de escaso poder e injerencia en los hechos no tenga los conocimientos que pudieran resultar interesantes para el Ministerio Público, pero que quizá hubiera otro interviniente que —con más envergadura dentro de la asociación ilícita— sí tuviera más información para aportar a cambio de algún beneficio. Esto altera la proporcionalidad entre las diversas penas impuestas a los intervinientes, al no expresar en la pena impuesta la intensidad de la intervención delictiva. Así, quien tenga un mayor grado de intervención en los hechos se encontrará en una mejor posición para proveer al persecutor penal de más y mejor información, y por ello tendrá una mejor probabilidad de acceder a la rebaja del castigo; consecuentemente, quien tenga un menor grado de intervención en el hecho (y por ello menor culpabilidad), se encontrará en una posición desmejorada para acceder a información relevante que pueda luego ofrecer, pudiendo incluso llegar a ser castigado más severamente que aquellos coimputados con títulos de intervención más intensos. Es así como este tipo de alternativas permiten que se pueda manipular la importancia de cada interviniente en un hecho delictivo en función de determinados intereses políticos, alterando también el principio de culpabilidad.¹⁷ De este modo, el castigo no va a ser en función del grado de culpabilidad que tenga cada interviniente en un hecho, sino de acuerdo a la información que pudieran brindar o la colaboración que pudieran ofrecer al Ministerio Público.

¹⁵ SANCINETTI (1998), p. 816.

¹⁶ SANCINETTI (2022), p. 190.

¹⁷ SANCINETTI (2022), pp. 192-193. También ZIFFER (1996), p. 172.

d) El estatus moral del Estado

La última cuestión que me gustaría mencionar aquí se vincula con la posibilidad de que el Estado “se siente a negociar con el delincuente.” Los fiscales y defensores se sientan a pactar las penas de un hecho concreto a cambio de recibir información. Este tipo de prácticas se aleja del ideal de la llamada “pena justa.” Para algunos autores, la negociación que implica una rebaja del castigo a cambio de información no es incorrecta en sí misma. Sólo lo es porque viola principios como el *nemo tenetur*, igualdad y culpabilidad. Además, porque ese intercambio entre información delatora y castigo merecido debilita la “vigencia de la norma en sí misma.”¹⁸ Una rebaja para castigar a más personas, y, a éstas, más duramente, implica a la vez no tomarse en serio la norma misma. El castigo dejaría de funcionar como un juicio de reproche por el hecho cometido y se convertiría en el reproche por la falta de delación de alguien más relevante.¹⁹

Sin embargo, existe también la posibilidad de considerar que el Estado no está en la mejor condición moral para poder imponer un castigo penal a un “arrepentido” quien debió darle información que lo incriminaba para poder recibir una rebaja en su propio castigo. Tampoco estaría en la mejor posición para pretender castigar a otros con la información que recibió del “arrepentido.” Pese al fracaso en sus habilidades investigativas, el Estado, de todos modos, puede imponer castigos penales, gracias al favorecimiento de herramientas como la “delación premiada.” Estas circunstancias que presentan al Estado como hipócrita, deja de lado cuestiones básicas del estado de derecho, premiando el delito de unos para poder castigar los de otros. Por esta razón y otras que no puedo desarrollar aquí no estaría en el mejor lugar para actuar imponiendo castigos penales.²⁰

III. ¿QUÉ TEORÍA DEL CASTIGO?

Las cuatro críticas mencionadas me parecen relevantes para cuestionar a la “delación premiada.” Sin embargo, me parece importante destacar la relevancia que tiene la función del castigo en la creación de herramientas como estas. Si bien no es obvio, es necesario considerar que la justificación que le damos a la imposición de un castigo penal determina el modo en el que vamos a estructurar las instituciones vinculadas con el sistema de justicia penal. Es el modo en el que pensamos el castigo lo que determina cómo organizar institucionalmente también el proceso penal. De este modo, si las teorías del castigo estatal se afirman en distintas teorías que explica la ética

¹⁸ SANCINETTI (2022), p. 196.

¹⁹ SANCINETTI (2022), p. 147.

²⁰ Sobre esto ver (BEADE (2019a).

normativa, como el deontologismo y el consecuencialismo, por ejemplo, es posible pensar que la construcción de un sistema procesal penal debería estar apoyado sobre bases similares. En este sentido, conceptualmente una teoría que tienda a considerar que lo bueno está por sobre lo correcto no tendría problemas en admitir que, si lo bueno es desarmar bandas criminales, encarcelar narcotraficantes poderosos o descubrir grandes redes de corrupción, la “delación premiada” debería ser, sin dudas, admitida. Así, quien se ofreciera a brindar información para ver reducido su castigo, podría eventualmente ser utilizado como un medio para un fin mayor que es el de descubrir delitos más importantes, encarcelar criminales más peligrosos o desbaratar grupos criminales. De hecho, tampoco sería un problema que ese “delator” fuera alguien que sea eximido de ser castigado. Probablemente, esta debería ser la solución óptima.

Nuevamente, las buenas consecuencias de medidas de este tipo se verifican si, efectivamente, se logran los resultados esperados.²¹ De este modo, las buenas consecuencias que pudieran traer estas regulaciones legislativas son el fundamento para considerar la corrección que pudiera implicar defender los argumentos que sostienen las críticas a la “delación premiada.” Si bien no es el objetivo del trabajo, asumo que estas buenas consecuencias han sido corroboradas empíricamente por las autoridades de los países que han decidido incluirlas en sus legislaciones procesales. De este modo, sería posible verificar que, pese a que dejamos de castigar a determinadas personas, los resultados conseguidos son mejores que los que se dejan de lado. Así, adoptar estas ideas sobre el castigo penal nos llevarían a dejar libres algunos “criminales,” pero en cambio estaríamos en condiciones de combatir el crimen organizado de un modo más efectivo. En este sentido, se ha dicho que una visión utilitarista del castigo —sea de prevención general o especial— puede abrir la puerta a soluciones compromisorias; hacer lo más conveniente en cada caso: aquí pena, allá sobreseer, acullá transar, aunque se trata de hecho iguales, en los tres casos.²²

En contraposición y, recurrentemente, se afirma que el castigo retributivo respeta la dignidad de las personas en comparación con su rival utilitarista quien utiliza a las personas como medios para fines determinados. Cada persona es un agente responsable que no debe recibir un castigo si no ha cometido ningún delito. La versión *negativa* de la retribución establece que si alguien lleva a cabo una conducta incorrecta entonces pierde esa inmunidad en un grado proporcional a su culpabilidad. Si un agente invade los derechos de otros, no puede razonablemente quejarse de eso y sus derechos serán intervenidos.²³ Esta versión negativa de la retribución se apoya en una idea del

²¹ Una presentación básica de las teorías utilitaristas puede verse en LACEY (1988), pp. 16-57. La defensa más reciente está en TADROS (2011), *passim*.

²² SANCINETTI (2022), p. 160.

²³ MACKIE (1982), pp. 5-6. Ver también LACEY (1988), pp. 16-46; BENNETT & BROWNLEE (2020), pp. 255-257 y FOCQUAERT *et al.* (2021), pp. 18-25.

merecimiento que establece que es incorrecto castigar a un inocente porque si no cometió ningún delito no merece ser castigado. En este sentido, y vinculado con la “delación premiada,” es incorrecto castigar criminales más duramente de lo que merecen. Entonces si la delación implica reconocer un delito y colaborar en una investigación, quizá pueda haber mayores posibilidades de que la versión negativa de la retribución lo considere. En cambio, en una versión *positiva* de la retribución *debemos* castigar a los culpables porque lo merecen. La versión negativa de la retribución no nos dice qué debemos castigar, sino que no debemos castigar inocentes o castigar a los culpables más de lo que se merecen.²⁴ Posiblemente, según esta clasificación, entiendo que sólo una versión positiva de la retribución negaría la posibilidad de que se implementen herramientas como la “delación premiada.” Si alguien cometió un delito, debe ser castigado y la posibilidad de negociar su castigo afectaría severamente la posibilidad de recibir el castigo merecido.

Esta primera distinción permite aclarar ciertas cuestiones que la crítica original a la “delación premiada” no logra capturar. Una teoría utilitarista podría, sin problemas, dejar de lado las obligaciones vinculadas a los principios de igualdad y *nemo tenetur* así como también las críticas por “mercantilizar” el derecho penal y actuar sin tener en consideración el estatus moral para sentarse a dialogar con delincuentes. Si las consecuencias que se derivan de estas decisiones contribuyen con la generación de buenas consecuencias *i.e.*, el descubrimiento de bandas delictivas importantes, la evitación de delitos graves, etc., no hay lugar para cuestionarlas. Lo mismo sucede si pensamos que defendemos una versión negativa de la retribución que nos impide castigar inocentes. Podemos castigar menos a algunos culpables dentro de este marco. Sin embargo, las críticas que presenté en la primera parte del texto se refuerzan si, además incluimos el merecimiento como un elemento central de una tesis retributiva. Merecer un castigo es parte central de la versión positiva del retribucionismo y un concepto que sigue siendo difícil de definir en estos contextos.²⁵

IV. RETRIBUCIÓN-COMUNICATIVA

Hasta el momento me limité a presentar las críticas con las que se ha puesto en duda la importancia de herramientas como la “delación premiada” y señalé, de un modo acotado, la posibilidad de que esas críticas tuvieran un fundamento más o menos robusto desde las teorías del castigo más tradicionales. Un objetivo modesto del trabajo podría limitarse a esta cuestión. Podría señalar una advertencia para que, quien quiera defender o cuestionar la “delación premiada” debería tomar partido por una determinada teoría

²⁴ DUFF (2001), p. 12; MACKIE (1982).

²⁵ No es parte del objeto del trabajo discutir sobre el merecimiento que sostienen los defensores del retribucionismo. En particular, tengo algunas reservas con el concepto de merecimiento que desarrollé en otro lado. Ver BEADE (2021).

del castigo para que el proceso penal no carezca de la coherencia necesaria que se exige en todo sistema jurídico. Esto, sin embargo, sería tal vez insuficiente para justificar este trabajo.²⁶ Mi interés, en lo que sigue, es tratar de desarrollar mejor las críticas que presenté en la primera parte contra la “delación premiada.” La mejor forma de hacerlo, entiendo, es mediante la que pienso que es la versión de la teoría retributiva más influyente en las últimas décadas: la teoría comunicativa del castigo penal.²⁷

Las teorías comunicativas del castigo penal tienen la finalidad de comunicar censura y reprobación a la persona que comete el delito. La comunicación del castigo se diferencia de la mera expresión del castigo porque el acusado de un delito tiene la posibilidad de responder ante la acusación y ofrecer argumentos para explicar y/o justificar su conducta.²⁸ Más allá de este fin principal que tiene un carácter retroactivo y que, por tal razón, se emparenta con las teorías retributivas, las teorías comunicativas también tienen una mirada hacia el futuro. Así, se espera que el acusado de un delito ofrezca una disculpa y repare, en la medida de lo posible, el mal que ha causado. Uno de los fines últimos que presentan este tipo de teorías es lograr la reconciliación entre el perpetrador de un delito y el resto de la comunidad. Si bien, esto ha generado algunas dudas y ha recibido varias críticas,²⁹ en particular pienso que es uno de los rasgos más interesantes de estas teorías. Esta aspiración reparatoria que tienen estas teorías las hace particularmente interesantes y especialmente relevantes para analizar y entender mejor el problema que nos presenta la “delación premiada.” Vuelvo sobre esta cuestión más adelante.

Una buena forma de tratar de entender estas teorías es analizar los procesos penales a partir de los presupuestos que nos presenta el castigo comunicativo. En primer lugar, tenemos que determinar si tenemos razones para investigar un delito o si no la tenemos.³⁰ Así, cuando investigamos un delito y tenemos pruebas firmes de que una persona lo ha llevado a cabo, la llamamos a rendir cuentas frente al resto de sus conciudadanos. En el proceso de rendir cuentas, tenemos que escuchar lo que el acusado de un delito tiene para decir. Debemos facilitar los arreglos institucionales para que esto pueda funcionar de este modo y que su participación no se limite a afirmar si es culpable

²⁶ Por otra parte, la discusión sobre la “delación premiada” es mucho más amplia que la que aquí he mostrado. Es posible analizar las implicancias prácticas de la cooperación (SIMONS (2003)), sus negativas consecuencias punitivas (NATAPOFF (2009)), sus vínculos con los acuerdos procesales (HESSICK (2021)) y una variante específica vinculada con los *whistleblowers* (CEVA & BOCCHIOLA (2019)).

²⁷ Ver entre otros MORRIS (1981), DUFF (2001) y VON HIRSCH (1993).

²⁸ Sobre las teorías expresivas ver FEINBERG (1970) y BENNETT (2008).

²⁹ Ver BROWNLEE (2011).

³⁰ Recientemente Antony Duff introdujo la idea de que hay un derecho a enjuiciar a las personas. Ver DUFF (2018), pp. 210 y ss. Críticamente ver BEADE (2019b).

o inocente. El acusado de un delito puede tener una excusa o una justificación para poder explicar qué fue lo que hizo (y por qué lo hizo). Parte de las obligaciones que tiene una comunidad política cuando llama a rendir cuentas a unos de sus conciudadanos es estar abierto a escuchar lo que el acusado tiene para decir antes de imponer un castigo.

Son muchas las cosas que se han dicho sobre las teorías comunicativas y todavía más lo que queda por decir.³¹ Sin embargo, y más allá de esta breve presentación conceptual, insistiría en que muchas de las críticas presentadas al comienzo se entenderían mejor dentro de este marco teórico. Muchas de las críticas que se presentan al comienzo del texto se construyen desde la idea de un derecho penal liberal, más bien, tradicional. El desarrollo de esas ideas se sostiene en conceptos clásicos que provienen del iluminismo. El enfoque que proponen las teorías comunicativas se analiza desde un enfoque particular denominado liberal republicano. En algunas cuestiones, y más allá de las distinciones teóricas, se asemeja más a visiones republicanas que liberales. No puedo desarrollar esta cuestión aquí. En cambio, lo que pretendo hacer en lo que resta del trabajo es mostrar que estas críticas liberales se interpretan mucho mejor desde el enfoque que ofrecen las teorías comunicativas.

a) Estatus moral para castigar y el derecho penal en el mercado

En general, una teoría comunicativa del castigo responde mejor a la idea de que la moral comunitaria tiene un rol central en la construcción de nuestras prácticas de responsabilidad estatal. Por un lado, porque estamos ante un Estado que necesariamente tiene que estar en condiciones morales de poder imponer un castigo. Si una comunidad política favorece o no limita las condiciones de desigualdad, por ejemplo, no está moralmente en el mejor lugar posible para imponer un castigo y por supuesto, no está en condiciones de llamar a rendir cuentas a un conciudadano por sus propias faltas. Una comunidad política sin legitimidad moral no puede comunicar legítimamente que la conducta llevada a cabo es incorrecta. Pero, además, una comunidad política que no tiene estatus moral para inculpar por sus propias (y previas) faltas no puede pretender tener autoridad para castigar actos ilícitos de sus conciudadanos. De este modo, la comunidad política perdería su estatus moral si estuviera dispuesta a dejar impunes algunos delitos para castigar otros, quizá, más graves.

Una comunidad política que “perdonara” delitos cometidos por sus conciudadanos sin un arrepentimiento sincero y a cambio de un beneficio tendría serios problemas para imponer castigos penales. Si los objetivos detrás de regulaciones como la “delación premiada” es la de desbaratar bandas de narcotraficantes y grupos

³¹ Una presentación detallada en DUFF (2001).

organizados que cometen delitos graves, esto, seguiría favoreciendo a los delitos de los poderosos, aquellos que manejan grandes sumas de dinero y operaciones transnacionales o aquellos otros que se llevan a cabo con bandas organizadas. Quienes cometan delitos más leves o que no tengan a quien delatar estarían en problemas. Más aún, el incentivo que estarían ofreciendo sería para cometer delitos graves porque la recompensa es mayor. Este tipo de incentivos, junto con la posibilidad de poner al derecho penal en el mercado, parecen no tener lugar dentro de este marco teórico.

Nada de esto podría ser interpretado como algo nuevo. La idea de que el Estado (o la comunidad política) tiene un estatus moral es parte, incluso, del liberalismo tradicional.³² En el contexto actual, se defiende la idea de que no es posible violar derechos de los ciudadanos para investigar delitos y castigar acusados, por ejemplo, limitando la posibilidad de que se utilicen pruebas —dentro de un proceso penal— obtenidas de un modo fraudulento o ilegal. Es decir que el Estado siempre ha debido cumplir con ciertas obligaciones morales al momento de investigar delitos penales. Sin embargo, el rol del Estado y su estatus moral tienen una gran importancia en el marco de las teorías comunicativas.³³

Por otra parte ¿qué es lo que comunica el castigo en los casos en los que interviene un delator que es premiado? Posiblemente, se comunica al imputado que su información es valiosa y que eso le permite recibir menos castigo. Sin embargo, nada de esto cumple con los objetivos que pudiera tener una teoría comunicativa. El imputado no repara el daño, no se arrepiente verdaderamente, sólo intercambia información. Arrepentirse supondría que el imputado quiere hacer lo correcto y para ello no debería esperar nada a cambio o también querer estar dentro de la comunidad a la que pertenece. Reparar el daño implicaría que la persona acusada de formar parte de una banda de narcotraficantes debería realizar tareas para reparar algunos de los perjuicios causados e intentar reconstruir los lazos comunitarios que su conducta rompió. Parece difícil que personas que causan afectaciones tan diversas, que cometen o contribuyen en la comisión de tantos males públicos puedan reparar algo. Sin embargo, el arrepentimiento podría ser considerado de gran valor para poder acceder a ser perdonado por la comunidad política. Lo que con certeza no es importante comunicar es que, pese a los graves daños causado por el delito, el imputado sólo se beneficie a sí mismo. Vuelvo sobre la cuestión del arrepentimiento al final del trabajo.

³² Por ejemplo, tradicionalmente el Estado ha tenido un rol en la investigación de delitos penales que siempre ha sido asociado con la honestidad y la imposibilidad de realizar determinadas conductas. Así, el Estado no puede torturar para obtener confesiones, no puede valerse de pruebas obtenidas de forma ilícita para fundamentar condenas penales, no puede condenar en base a presunciones, etc. Estas y muchas otras garantías han sido consideradas como parte esencial del derecho penal liberal. Le agradezco a un/a evaluador/a por haberme sugerido aclarar este punto.

³³ Ver entre otros DUFF (2010).

Por último, es discutible el rol que tiene el sufrimiento en una teoría comunicativa del castigo. Creo que es posible ubicarlo en distintos momentos de un proceso penal sin considerar que el sufrimiento debe estar asociado con la cárcel. Sin embargo, es necesario que haya censura o inculpación por una conducta reprochable. Está claro que estas prácticas generan sufrimiento. Si alguien que aporta información evita estas dos circunstancias tenemos serios problemas para poder justificarla dentro del marco de una teoría comunicativa. La inculpación tiene como finalidad identificar a alguien que cometió una falta moral, pero también un delito. Inculpamos a quienes cometen delitos y no le reprochamos nada a quienes son inocentes. Olvidar el reproche a cambio de información no comunica el mensaje correcto.

En la última parte del trabajo, voy a introducir una cuestión relacionada con una variante dentro de las teorías comunicativas asociada a la versión más cercana al republicanismo contemporáneo.

b) Moralidad Cívica y *nemo tenetur*

Recientemente, Antony Duff y Sandra Marshall han propuesto una forma de ver el castigo como una forma de las virtudes cívicas que surgen de su visión republicana del castigo comunicativo. Su propuesta se sostiene en que deberíamos aspirar a un sistema de justicia penal en el que el entendimiento del castigo y el modo en el que habría que comprometerse con él incluye también al “delincuente.” Es decir, según esta idea, los criminales deberían comprometerse con su propio castigo.³⁴ Claramente, esta aspiración de Duff y Marshall se presenta como el modo en el que el castigo debería considerarse, es decir, no como una obligación jurídica sino como una obligación cívica. Esta idealización está pensada, por supuesto, en contextos de igual consideración y respeto.

En este contexto, la moralidad cívica de una comunidad política nos propone distintos roles cívicos que incluyen responsabilidades y deberes.³⁵ Estos roles pueden llevarse a cabo solo a través de un tipo de persuasión informal, pero no legal. Respecto de los criminales, Duff y Marshall los identifican como ciudadanos que violaron un deber cívico.³⁶ Esto se diferencia de aquellos que identifican a quienes cometen delitos como criminales o personas peligrosas. Según esta propuesta, si yo sé que cometí un delito y qué delito cometí y si tuviera identificada a una víctima debería, sin dudar, aceptar la responsabilidad de reparar y disculparme, independientemente de lo que establezca el derecho penal. Resumidamente, tengo la responsabilidad cívica de responder por mi

³⁴ DUFF & MARSHALL (2016), p. 34.

³⁵ DUFF & MARSHALL (2016), p. 36.

³⁶ DUFF & MARSHALL (2016), p. 39.

delito en un foro público que puedo concretar entregándome a las autoridades y aceptando mi culpabilidad en un juicio penal. Esto, por supuesto, es caracterizado como una virtud cívica, un tipo de comportamiento que deberían tener los ciudadanos en las condiciones ideales descritas para reconocer y hacerse responsables por las infracciones cometidas. Estas virtudes cívicas nos interesan como nuestros acuerdos con nuestros conciudadanos bajo la estructura del derecho penal que nos ayuda a ordenar estos acuerdos. De nuevo, ninguna de estas virtudes cívicas tiene sentido en, por ejemplo, contextos de desigualdad y limitada participación ciudadana en la creación de normas penales. Tampoco esta propuesta tiene como finalidad transformar deberes cívicos en deberes jurídicos. Así, la propuesta no contradice lo que establece el principio *nemo tenetur*. No estamos obligados a auto incriminarnos en términos jurídicos. Deberíamos estar obligados a hacerlo en términos de moralidad pública. Estas circunstancias se explican mejor en el marco de relaciones interpersonales en las que el modo de relacionarnos coincide con este tipo de prácticas y se aleja bastante del modo en el que lo regula el derecho.

Evidentemente, más allá de las discusiones que pueda tener la posición de Duff y Marshall, lo cierto es que coincide con la idea que está detrás de las críticas originales a la “delación premiada.” No estamos obligados a declarar contra nosotros mismos, pero deberíamos aceptar nuestra responsabilidad y no intentar beneficiarnos a través de incriminar a otros. Esto también contradice la idea de que quienes cometen delitos pierden todos sus derechos porque siguen siendo ciudadanos (y no son enemigos), pero además (y más importante) se opone a la idea de que porque están fuera de la ley los criminales tienen todo permitido, incluso mentir, hacer trampa e inculpar a otros con tal de evitar ser castigados. De este modo, el componente ético que está detrás de la responsabilidad cívica permite entender mejor las críticas que presenté al comienzo del texto.

Si bien Duff y Marshall se han concentrado en las obligaciones de los criminales y las víctimas también sería posible pensar en las virtudes cívicas que deberían tener aquellos integrantes de la comunidad política que cumplen con la función de perseguir delitos. En esta misma línea, investigadores y fiscales también deberían cumplir con estos ideales republicanos y actuar con determinadas virtudes cívicas. Estas, por supuesto, limitan la posibilidad de garantizar impunidad por la comisión de ciertos delitos para asegurarse el castigo de otros. También constituye una resistencia a que haya delitos que se investiguen a partir del testimonio de alguien que participó en él. Además, también exige un tipo de justificación más robusta para decidir aplicar este tipo de herramientas en algunos delitos y no en otros.

La última cuestión sobre la que me interesa reflexionar se vincula con uno de los objetivos de las teorías comunicativas, me refiero al interés de reconciliar al imputado con la comunidad política. Entiendo que parte de las obligaciones cívicas que tiene una comunidad política se sostienen sobre la necesidad de reincorporar a ciudadanos que cometieron delitos. En general, pienso que la comisión de un delito debe ser entendida

como la comisión de un “error,” si bien es cierto que hay conductas que son lo suficientemente graves como para que esta etiqueta los abarque. Sin embargo, permítanme enfocarme en quienes forman parte de un grupo dedicado a cometer delitos, en verdad, hacia quienes están dirigidas herramientas como la “delación premiada.” En una organización delictiva, muchas personas cumplen funciones accesorias y fungibles. Pienso en conductores de vehículos, mulas (que llevan y traen drogas) y en cualquier otro grupo de personas que no toman decisiones, sino que sólo las ejecutan bajo algún tipo de coacción. Parece inadecuado que el modo de reconstituir los lazos comunitarios con ese grupo de personas sea a través de fomentar la delación y no mediante exigirles que se arrepientan moralmente y que intenten remediar algo de lo que hicieron. La “delación premiada” no sólo comunica un mensaje éticamente cuestionable, sino que genera un incentivo negativo para una comunidad política. Incentiva la posibilidad de que se generen testimonios falsos, exagerados que intenten perjudicar a miembros de la misma organización delictiva. De hecho, permitiría que los líderes de esos grupos delictivos se beneficien acusando subalternos para salir en libertad rápidamente. Difícilmente podemos exigirle moralmente a una comunidad política que reincorpore a ciudadanos que no sólo formaron parte de banda criminales que cometieron delitos graves, sino que, al final del día, terminaron siendo favorecidos por la ley. En este contexto, las virtudes cívicas de una comunidad política deben ir acompañadas de las virtudes cívicas de quienes son responsables de haber cometido o participado de la comisión de delitos penales.

V. CONCLUSIÓN

Este trabajo me ha permitido clarificar la forma en la que acuerdo con las críticas más convencionales a las figuras como la “delación premiada.” Más allá de la importancia de esas críticas originales, ajustar el enfoque de esas críticas hacia las teorías que pretenden justificar el castigo me parece apropiado. Además, dentro de este enfoque específico, intenté mostrar que la teoría que permite explicar mejor estas críticas, o al menos, hacerlo con una base más firme es la aproximación que nos ofrecen las teorías comunicativas del castigo. Esto, espero, también permitirá ofrecer mejores argumentos contra aquellos que sostienen que el derecho debe cambiar (solo) para combatir los delitos de estos tiempos.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- BEADE, Gustavo A. (2021), “Punishment, rewards and the importance of desert”, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 9, Issue 1, 2021, pp. 1-10
- BEADE, Gustavo A. (2019a), “Who Can Blame Whom? Moral Standing to Blame and Punish deprived citizens”, *Criminal Law and Philosophy*, (2019), 13: pp. 271–281
- BEADE, Gustavo A. (2019b), “Should Public Blame replace the Criminal Trial? A comment on R A Duff, The Realm of Criminal Law” Symposium on Antony Duff’s Realm of Criminal Law, *Law, Ethics, and Philosophy* (2019), Vol. 7, pp. 221-232.

- BENNETT, Christopher (2008). *The Apology Ritual: A Philosophical Theory of Punishment* (Cambridge University Press).
- BENNETT, Christopher & BROWNLEE, Kimberley (2020). “Punishment”, en TASIOULAS, John (ed.), *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law* (Cambridge University Press), pp. 253–270.
- BÖHMER, Martin (1992), “La celada legal y los fundamentos del proceso penal”, *La Ley* (10 de abril de 1992).
- BROWNLEE, Kimberley (2011). “The Offender’s Part in the Dialogue”, en CRUFT, Rowan; KRAMER, Matthew H. & REIFF, Mark R. (eds.), *Crime, Punishment, & Responsibility* (Oxford University Press), pp. 54–67.
- CEVA, Emanuela & BOCCHIOLA, Michele (2019). *Is Whistleblowing a Duty?* (Polity Press).
- DUFF, R.A. (2001). *Punishment, Communication and Community* (Oxford University Press).
- DUFF, R.A. (2010). “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, *Ratio*, Vol. 23, N° 2, pp. 123–140.
- DUFF, R.A. (2018). *The Realm of Criminal Law* (Oxford University Press).
- DUFF, R.A. & MARSHALL, S.E. (2016). “Civic Punishment”, en DZUR, A.; LOADER, I. & SPARKS, R. (eds.), *Democratic Theory and Mass Incarceration* (Oxford University Press), pp. 33–59.
- FEINBERG, Joel (1970). “The Expressive Function of Punishment”, en FEINBERG, Joel, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility* (Princeton University Press), pp. 95–118.
- FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (Editorial Trotta).
- FOCQUAERT, Farah; SHAW, Elizabeth & WALLER, Bruce (2021). *The Routledge Handbook of the Philosophy and Science of Punishment* (Routledge).
- HESSICK, Carissa (2021). *Punishment Without Trial. Why Plea Bargaining is a Bad Deal* (Abrams Press).
- LACEY, Nicola (1988). *State Punishment: Political Principles and Community Values* (Routledge).
- MACKIE, J.L. (1982). “Morality and the retributive emotions”, *Criminal Justice Ethics*, Vol. 1, N° 1, pp. 3–10.
- MASLEN, Hanna (2015). *Remorse, Penal Theory and Sentencing* (Hart Publishing).
- MORRIS, Herbert (1981). “A Paternalistic Theory of Punishment”, *American Philosophical Quarterly*, Vol. 18, N° 4, pp. 263–271.
- NATAPOFF, Alexandra (2009). *Snitching. Criminal Informants and the Erosion of American Justice* (New York University Press).
- NINO, Carlos (2005). *Un país al margen de la ley* (Ariel, 3^{ra} ed.).
- SANCINETTI, Marcelo (1998). “Observaciones críticas sobre el Proyecto de ley de tratamiento privilegiado al ‘testigo de la corona’ (‘¿arrepentido?’)”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 7, pp. 791–818.
- SANCINETTI, Marcelo (2022). *Hacia un derecho penal más racional. Contribuciones sobre castigo estatal e imputación* (Editores del Sur).
- SIMONS, Michael A. (2003). “Retribution for Rats: Cooperation, Punishment, and Atonement”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 56, N° 1, pp. 1–54.
- TADROS, Victor (2011). *The Ends of Harm* (Oxford University Press)

VON HIRSCH, Andrew (1993). *Censure and Sanctions* (Oxford University Press).

ZIFFER, Patricia (1996). *Lineamientos de la determinación de la pena* (Editorial Ad-Hoc).