

Marcelo Alberto Sancinetti

**Dictamen sobre proyectos de leyes,
así llamados, de “Arrepentido” y
de “Extinción de Dominio”**

**(Explicaciones complementarias a la intervención del 3/8/2016,
a disposición del H. Senado en versión taquigráfica de esa fecha).**

Buenos Aires, 16 / 8 /2016

Índice

Preliminar	1
§ 1. Sobre el “testigo de la corona” y acciones “en protección del bien jurídico”	1
a) <i>Planteo de la cuestión:</i> <i>Dos “estructuras diferentes”</i>	1
b) <i>Las objeciones constitucionales:</i> <i>Resumen y remisión</i>	3
b.1) El “principio <i>nemo tenetur</i> ”.....	4
b.2) El “principio <i>de igualdad</i> ”.....	7
b.3) El “principio <i>de culpabilidad</i> ”.....	7
c) <i>Otras objeciones</i>	8
d) <i>Prescendencia de una consideración particular del proyecto</i>	13
e) <i>Propuesta de un “Proyecto Alternativo”</i>	14
e.1) Planteo de la cuestión.....	14
e.2) El texto del Código Penal alemán (StGB).....	15
e.3) La vigencia del art. 41 <i>ter</i> en el Código Penal argentino.....	17
e.4) Propuesta de reforma del art. 41 <i>ter</i> , CP.....	18
e.5) ¿Conminación penal para la incriminación falsa?.....	20
§ 2. Sobre el proyecto de “extinción de dominio”	22

Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de “Arrepentido” y “Extinción de Dominio”

Preliminar:

Con motivo de mi intervención, el día 3/8/2016, en las discusiones abiertas a juristas penales en sus diferentes roles (profesores, jueces, abogados, etc.) habidas en las comisiones del H. Senado, de Seguridad Interior y Narcotráfico (presidida por la senadora Kunath), y de Justicia y Asuntos Penales (presidida por el senador Guastavino), la senadora Negre de Alonso, me solicitó, al cierre de mi breve exposición, que, en la medida de lo posible, yo acompañase por escrito un desarrollo de los argumentos en que se fundaba mi opinión contraria a la sanción de los proyectos, así llamados, de “arrepentido o colaborador”, por un lado, y de “extinción de dominio”, por el otro.

Al igual que hice en mi exposición oral, me concentraré en el primer proyecto (*infra*, § 1), y dedicaré sólo un par de trazos, a modo de lineamientos, sobre el segundo proyecto (*infra*, § 2).

§ 1. Sobre el “testigo de la corona” y acciones “en protección del bien jurídico”

a) Planteo de la cuestión: Dos “estructuras diferentes”

- 1 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 negociación” 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, que luego explicaré con mayor detalle. En el derecho alemán se suele denominar a este “informante” como “*testigo de la corona*”, con lo que se quiere dar a entender que es un *declarante en favor del Ministerio Público*, pero con la particularidad de que se tra-

ta de *un imputado* del mismo hecho, que, a cambio de ese aporte, recibe una disminución de la pena.

Ante todo, ese caso debe ser *distinguido* claramente de aquel otro que también contiene el proyecto de ley en examen, en el art. 1, al prever una disminución de la escala penal, asimismo, para el caso de que el autor o partícipe “evite o impida el comienzo, la permanencia o la consumación del delito”. Esta hipótesis muestra una estructura completamente *distinta*, que sí merece una disminución de la pena, sin ningún vicio constitucional, pues ella describe una situación que guarda cierta analogía con el desistimiento de una tentativa de delito (art. 42, *a contrario sensu*, CP, y art. 43, en forma expresa, CP, lo que sin embargo ya está contenido implícitamente en el art. 42, CP), pero presuponiendo que *ya se haya dado algún hecho en sí punible* y que, por ello, no llega a haber un desistimiento eximente de pena¹.

- 2 Dicho brevemente: una situación es la de disminuir la pena a cambio de informaciones de *esclarecimiento de un hecho punible* en el que uno mismo haya participado (a este caso se refieren las objeciones constitucionales) y otra cosa muy diferente es la de un comportamiento posterior al hecho que produce *la protección del bien jurídico*, así más

¹ Sin embargo, el caso en el cual se evita incluso “el comienzo” de un hecho punible (= comienzo de ejecución, tentativa), en primer lugar se daría *la impunidad*, en la gran mayoría de los casos, ya en razón de que no se llegó a un estadio de desarrollo de la acción *en sí punible*. Sólo en aquellos tipos penales en los que ya actos preparatorios o bien los actos llamados “de emprendimiento” son formalmente punibles antes del comienzo de ejecución de un hecho que materialmente sea el que de veras afecte un bien jurídico, podría regir que haya algo punible “antes del comienzo del hecho”. Pero en este punto el proyecto sancionado por la H. Cámara de Diputados es oscuro y no entra en detalles acerca de qué casos quedarían alcanzados con esa proposición. Dicho a modo de ejemplo, si bien los “Delitos contra la seguridad de la Nación” (Título IX, de la Parte Especial) no están abarcados por el proyecto (pues el proyecto hace una selección arbitraria de los tipos penales que sí quedan incluidos), ellos sí ofrecen ejemplos de actos de planeamiento en sí punibles, por ej., para la “conspiración de una traición” (art. 216, CP). Pero, para casos de esta índole, se prevé en disposiciones particulares la exención de pena para quien “revelare la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento”. Por ello, lo dicho arriba en el texto presupone que el que informa para proteger el bien jurídico ya ha quedado incurso en un hecho típico, en sí punible, pero su comportamiento posterior al hecho, que *beneficia al bien jurídico*, debe ser tomado en cuenta en *la medición de la pena*. En este sentido, sería preferible que la parte correspondiente del actual art. 41 ter, CP, fuera extendida a todo delito, o al menos a todo delito de mediana o alta gravedad, tal como propondré finalmente en este dictamen (v. *infra*, n.º m. 32 ss.).

no fuese “tardíamente”, por ej., una vez consumada una privación de libertad, pero pudiéndose lograr aún el cese de la privación de libertad.

b) Las objeciones constitucionales:

Resumen y remisión

- 3 En agosto de 1997, aproximadamente, la H. Cámara de Diputados de la Nación había aprobado un proyecto que acogía el beneficio de la disminución de la escala penal, para casos de la “primera estructura” de las recién señaladas (= testigo de la corona, mal llamado por entonces, al igual que ahora, “arrepentido”).

Como consecuencia de ello el Senado abrió a consulta de diversos juristas, de modo similar a esta ocasión, para que expresasen su parecer al respecto, lo que se llevó a cabo en setiembre de 1997.

- 4 Siendo yo, por aquel entonces, asesor del senador Bernardo P. Quinzio, hice una exposición que más tarde fue publicada en la revista “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”². No he cambiado en absoluto mi opinión al respecto, por lo que podría remitirme sin más a ese trabajo.

Mi posición por entonces se basaba en los autores de la Ilustración, y en la recepción más moderna y elaborada de aquel patrimonio cultural liberal del Estado de Derecho, que reformuló, en una obra monumental, el autor italiano Luigi Ferrajoli³.

- 5 Pero esa opinión no es una opinión “aislada”, sino que es la prevalente entre los juristas penales de *tradición humanista*. Si bien estos institutos, por contaminación de soluciones procesales oriundas del pragmatismo, han ido invadiendo los regímenes jurídicos de muchos países de tradición europea continental –incluso aquellos de gran tradición cultural, como la República Federal de Alemania–, la opinión entre los juristas se mantiene predominantemente *en contra* de este instituto, en la configuración de la “primera estructura” (testigo de la coro-

² Sancinetti, *Observaciones críticas sobre el proyecto de ley de tratamiento privilegiado al “testigo de la corona” (¿“arrepentido”?) - Ponencia ante el Senado de la Nación*, publ. en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, año III, N° 7, pp. 791/818 (ponencia ante la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios del H. Senado de la Nación, el 2/9/1997).

³ Ferrajoli, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, trad. de Ibáñez y otros, ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 608 s., 680 ss., notas 299, 300, 301, 306, y *pássim*.

na), no, por cierto, en situaciones de protección del bien jurídico, como la interrupción de la comisión de un delito o la recomposición entre víctima y autor, etc.

En Alemania, en el comentario al Código Penal alemán conocido por el nombre de sus fundadores (Schönke / Schröder), el comentarista Kinzig ofrece una introducción en la que reseña todas las objeciones que se alzan contra el actual § 46b, StGB (léase: párrafo 46b, del Código Penal alemán). En ese panorama se destaca la opinión del criminólogo y jurista alemán Peter Alexis Albrecht, quien fue el primer orador en la consulta –similar a la que hizo el Senado el pasado 3/8/2016– del 25/3/2009, ante el *Bundestag* alemán⁴ (el paralelo de nuestro Congreso de la Nación).

- 6 Las objeciones propias de un Estado de Derecho (Alemania es un Estado Social y Democrático de Derecho) pueden ser resumidas del siguiente modo (el orden de los argumentos es discrecional; la enumeración podría seguir también *otro* orden):

b.1) El “principio *nemo tenetur*”

- 7 Por un lado, se afecta el “principio *nemo tenetur*”⁵. Este es un principio básico del Estado de Derecho, de tal intensidad, que uno podría afirmar que es el principio central de las garantías procesales penales, que integran los derechos fundamentales del hombre, pues nadie tiene

⁴ Tengo a la vista el “Protocolo” (equivalente de una “versión taquigráfica” de la sesión), de la sesión habida en el *Bundestag* el 25/3/2009. A pesar de todas las críticas que el proyecto de ley recibió en ese momento, fue convertido en ley el § 46b, StGB: “Ayuda para el esclarecimiento o evitación de hechos punibles graves”, posteriormente reformado en 2013, pero en lo que aquí interesa manteniéndose las dos estructuras de las que se habla en el texto, siendo el párrafo 1, número 1.º, el caso de “esclarecimiento” (testigo de la corona), y el párrafo 1, número 2.º, el caso de “evitación”.

⁵ Explicación del principio: “*Nemo tenetur armare adversarium contra se*: nadie está obligado a darle armas a su adversario contra sí mismo. V. Baldo, com. 1, según Cód. Justiniano, 2, 1, 4”. Más específico aun: *Nemo tenetur se ipsum prodere*. Nadie está obligado a traicionarse. Ni tiene que denunciarse, ni incriminarse en una declaración, sea como inculpado o como testigo. V. decreto de Graciano, 2, 33, 3, 87, invocando a [San] Juan Crisóstomo”. Tomo ambas transcripciones de la recopilación de Detlef Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter [Aforismos y reglas jurídicas latinas]*, Darmstadt, 5ª ed., 1982, ps. 134 y s. (reglas 79-81). Con frecuencia, el principio es formulado también bajo el modo: *nemo tenetur se ipsum accusare*: así, entre otros, Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal argentino, Fundamentos*, t. 1 b, Buenos Aires, 1989, p. 434.

por qué traicionarse, ni darle armas a su adversario contra sí mismo, ni acusarse a sí mismo, ni detenerse a sí mismo (art. 18, CN: “... nadie está obligado a declarar contra sí mismo”). 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 idiomas⁶–, 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). Pero esta idea es errónea, si bien está muy difundida en los medios de comunicación, que carecen de personas entendidas en la materia, a pesar de todo lo que dicen al respecto. 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 reprobable* que el Estado secular se base en las palabras del propio imputado para condenarlo (así fuese que éste hubiera reconocido su culpabilidad “sin presiones” del Estado).

Ya el hecho de que el sacerdote que otorga el perdón por la confesión deba guardar *secreto* del relato del pecador que busca la “reconciliación” demuestra que ese acto privado de contrición espiritual no tiene ninguna relación con declararse culpable de un delito ante el Estado secular, pues, muy a diferencia del sacerdote, el juez publica el reconocimiento de la culpa en su propia sentencia, de modo que no está en juego un acto privado de contrición interior, sino la reacción del Estado ante el hecho punible, ante el quebrantamiento de una norma de conducta cuyo fortalecimiento (el de la norma) es fundamental para la existencia de la sociedad.

⁶ En lengua alemana, por ej., que en general es de mucha mayor precisión que la española, “confesión”, en el sentido del “sacramento religioso”, se dice „*Beichte*“; en cambio, en el sentido de una declaración auto-incriminante: „*Geständnis*“, aunque, traducidas al español, en ambos casos se leería como “confesión”. A su vez, en alemán existe también el sustantivo „*Konfession*“, en el sentido del *credo religioso* que uno profesa, si es que profesa alguna religión (protestante, católica, judía, musulmana, etc.).

- 8 Es una falacia el argumentar que, en tanto el autor o partícipe de un delito concurren “voluntariamente” a reconocer su hecho, entonces no habría ninguna lesión al art. 18, CN, en tanto en este texto se asegura aquel principio mediante la formulación de que “nadie está *obligado* a declarar contra sí mismo”. Algunos colegas que argumentaron ante las comisiones del Senado en favor de otorgar la reducción de pena para quien se reconoce culpable, citaron como fundamento de su posición que ciertos países prevén la disminución de la pena para quien *confiesa*. Pero si uno realmente se atiene al principio de que, en un Estado de Derecho, nadie está obligado *a penarse a sí mismo*, entonces, tampoco puede sufrir un “aumento de pena” por *no declararse culpable*.

Y ocurre que si, respecto de quien *sí* confiesa hay una “reducción”, ello implica necesariamente –en términos comparativos– que para el que no reconoce su culpabilidad (supóngase, en sí *merecida*) hay un *incremento* de su punición, por lo que, como saldo, se lo presiona a declarar contra sí mismo so pena de ser incrementada su punición por no declararse “voluntariamente” culpable. Por consiguiente, todo estímulo a la auto-incriminación implica una lesión al art. 18, CN (“principio *nemo tenetur*). Esto *es así*, y *no* puede ser de otro modo.

- 9 El querer resucitar las rebajas por auto-incriminación e incriminar a su vez a otro “más importante” recuerda al *Manual del Inquisidor*, tal como lo destacó entre nosotros el jurista colombiano Yesid Reyes Alvarado (con el tiempo: Ministro de Justicia de la República de Colombia), con motivo del congreso en que se celebró el 75.º aniversario de vigencia del Código Penal argentino, en 1997, en la Universidad de Buenos Aires.

(ortografía original) “Mira, hijo mio, te tengo mucha lástima; han engañado tu candor, y te pierdes miserablemente. Sin duda has errado; pero mas culpa tiene que tú el que te engañó: no te cargues de pecados ajenos, ni quieras hacer de maestro siendo discípulo: confiesame la verdad, pues ves que todo lo se, para conservar tu buena fama, y que te pueda yo poner cuanto antes en libertad, perdonarte y que te vuelvas en paz a tu casa; dime quien fue el que te engañó, cuando vivías inocente”.⁷

⁷ Reyes Alvarado, “*Arrepentidos*” y “*testigos secretos*”: *remembranzas de la Santa Inquisición*, en AA.VV., *Teorías actuales en el derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 375 ss. (esp. ppp. 377/8), ponencia al Congreso citado, de 1997. Citas del *Manual de Inquisidores* (Mompelíer, Imprenta de Feliz Aviñón, 1821, pp. 21 y ss.), según la transcripción de Reyes (ortografía original).

b.2) El “principio de igualdad”

- 10 Pero la enumeración de violaciones a garantías propias del Estado de Derecho podría haber comenzado también por el “principio de igualdad” (art. 16, CN; art. 24, CADH).

Pues si la pena a ser aplicada en concreto está influida por el comportamiento “procesal” (lo que ya implica, como se vio, una violación al *nemo tenetur*) se produce un trato *desigualitario* y *discriminatorio* contra aquel que quizá no tenga ninguna información especial sobre el hecho en el cual participó. Especialmente en una organización criminal –y las figuras que quieren ser introducidas están orientadas, en principio, a la lucha contra la llamada “criminalidad organizada”– bien podría ocurrir que un partícipe de muy escaso poder en la organización no tenga los conocimientos “interesantes” para el Ministerio Público que sí pudiera tener otro sujeto de “mayor envergadura” en la asociación ilícita. Éste, a pesar de su eventual mayor ilícito y culpabilidad, podría tener *informaciones*, que entregase a cambio de obtener la “rebaja de ocasión” por parte de la fiscalía y de los tribunales, de las que, en cambio, no dispusiera otro sujeto, cuya participación implicara un menor ilícito y culpabilidad en el hecho o hechos implicados.

Entonces, ése último podría ser penado más gravemente que el otro “por no disponer de informaciones”, lo cual altera el principio de igualdad, pues el principio de igualdad se traduce, en el derecho penal, en que cada uno responda según su contenido de ilícito y culpabilidad.

- 11 Por lo demás, el gran campo de manipulabilidad que abren instituciones de esta índole permitiría que se le colgara el mote de “persona más importante para la punición” a quien el poder político quisiera perseguir en particular. Pues no es para nada evidente la cuestión de quién es “el importante” en una agrupación que comete delitos.

Desde siempre es sabido que estos institutos permiten que el delincuente *más temible* sea el que “se salga con la suya”. De modo que la apertura a la *discriminación* y la *arbitrariedad* no podrían ser evitadas en la aplicación concreta de la disposición.

b.3) El “principio de culpabilidad”

- 12 Emparentado con ello, se alza a su vez el “principio de culpabilidad”. En el derecho *procesal* penal es bien conocido el “principio de inocencia”, lo que significa que toda persona goza de la presunción de

inocencia, en tanto⁸ una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no la declare culpable de la comisión de un delito. Pero, en el derecho penal *material*, se entiende por “principio de culpabilidad” no algo que sea contradictorio con el principio de inocencia (así “suena *prima vista*”), sino que una pena sólo puede ser aplicada si el sujeto *es* culpable, en el sentido de que estuvo *en condiciones personales de motivar su comportamiento conforme a la norma* y, a pesar de ello, la *quebrantó*. Pero la culpabilidad no es sólo un “requisito” de la pena, sino que también marca la medida de la pena *justa*, por más que la “medición de la culpabilidad” *personal* sea difícil en el caso concreto.

Por cierto, prever disminuciones de la escala penal por la “conducta procesal” *no* viola el principio de culpabilidad en el sentido de que haya *una pena sin culpabilidad* (pues el sujeto seguiría siendo culpable y punible, sólo si fue *efectivamente culpable*). Pero sí se alteraría el “principio de culpabilidad” en tanto y en cuanto, en la escala penal, interviniesen comportamientos posteriores al hecho que *no se refieran ya a la protección posterior del bien jurídico ni a la reparación del daño* causado por el delito, sino que, según el proyecto en cuestión, la pena se fundaría, al menos *también*, en los “aportes de ocasión” –o en las faltas de aportes– que cada uno pueda hacer para esclarecer el hecho. Es en *esta* medida que la pena dejaría de tener una referencia a *la culpabilidad personal* en el hecho cometido.

c) Otras objeciones

- 13 Las objeciones anteriores son aquellas que podría formular un partícipe del hecho que *no* fuera beneficiado por la disminución de la escala penal –en tanto otro co-imputado *sí* lo fuera–, fuese porque no aportó informaciones, y fuese esto, a su vez, porque no las tenía o porque no quiso hacerlo. Él podría alegar que, contra él, hay un trato *discriminatorio* (en conjunción con los tres principios mencionados anteriormente).

⁸ Con frecuencia este principio se formula con la preposición “hasta” (“... *hasta* que no se demuestre lo contrario”). Pero si uno formula el principio con esa preposición, sugiere la idea de que el sujeto, de hecho, es culpable; y que sólo es “una cuestión de tiempo” esperar *a que sea declarado tal*. Por ello, la formulación correcta es “*en tanto* no sea declarado culpable” o cualquier otro modo que no sugiera, por anticipado, la culpabilidad.

Pero existen otras objeciones que pueden ser formuladas desde la óptica de *la ética de un Estado legítimo*: el Estado de Derecho.

- 14 Una primera cuestión, que fue planteada en el Senado por algunos colegas, atañe a que el Estado, de esta forma, se sienta a “*negociar con el delincuente*”. Esta afirmación hace propicias consideraciones particulares.

Contra esta objeción fue alegado, por ej., por mis estimados colegas Guillermo Yacobucci y Alejandro Carrió, que ya el juicio abreviado (art. 431 bis, CPPN) implica una “negociación con el delincuente”.

- 15 Esa réplica tiene un doble defecto. En primer lugar, el llamado “juicio abreviado” es, en rigor, *la supresión* del juicio, y, por tanto, implica una violación al art. 18, CN, en el sentido de que *nadie puede ser penado sin juicio previo*. El artículo se introdujo cuando estaba vigente el Código de Vélez Sarsfield, que con razón consideraba ajena, como objeto de la transacción, a la acción penal (art. 842, CC, anterior redacción). Por consiguiente, si en el ámbito del art. 431 bis, CPPN, se daba una “negociación”, eso era en violación al art. 842, CC, que no permitía tomar a la acción penal como objeto de los “negocios jurídicos”, en el sentido del art. 953, CC (anterior redacción).

Pero la réplica de Yacobucci / Carrió es errónea *por otra razón*: y es que el art. 431 bis, CPPN, tomado literalmente, no habilita una “negociación”. Que fiscales y defensores lo interpreten así no hace desaparecer del mundo el hecho de que un “fiscal *noble*” y un “defensor *noble*” no pudieran llegar nunca a un “acuerdo de pena”, a excepción de que la pena pactada fuese, precisamente, la pena *justa*, es decir, en función del ilícito y la culpabilidad en sí existentes⁹. Por ende, en términos *ideales* el régimen del llamado “juicio abreviado” posibilitaría una “pena *justa*”, mientras que el “testigo de la corona”, *no*.

- 16 Se podría alegar, en contra de mi interpretación, que eso implicaría negar la realidad, pues en todo caso es sabido que, en la práctica, fiscales y defensores “negocian la pena”. ¿Significa esto que no se trata de

⁹ Por cierto, esta hipótesis presupone que fuese en sí posible, por la “pura nobleza” de dos almas, coincidir exactamente en cuál sería la pena justa, lo cual, en gran parte, es una ficción, ya por el hecho de que, aun como juez, no es sencillo establecer “la pena *justa*”.

fiscales y defensores nobles? Tal vez no¹⁰; pero esta cuestión moral podría ser dejada momentáneamente de lado.

Más importante que ello es reconocer que, *per se*, no siempre sería contrario a la ética de un Estado de Derecho “negociar con el delincuente”. Por ej., en el caso de una toma de rehenes, es bien recibido, y con razón, que el Estado cuente con personas idóneas para persuadir a los autores del hecho de que no agraven la situación ya ocasionada, y para hacer entrar en razones acerca de la conveniencia de un comportamiento en reversa. Pero si uno quisiera extender la “legitimidad de la negociación” a dar rebajas de ocasión con tal de que, por ej., “no se mate a una persona”, podría ocurrir también que hubiera que dar tal rebaja o incluso la impunidad, aun en el caso de que el autor del hecho ya hubiera matado a tres rehenes. Por tanto, los términos de cualquier “negociación” deben ser medidos éticamente en sus justos límites.

- 17 Entender el “juicio abreviado” como una “negociación” lleva de hecho al siguiente escenario: el imputado culpable obtendrá una pena *rebajada* si admite su culpabilidad; pero, como contrapartida, sabiendo los defensores avezados que un juicio oral implica una elevada probabilidad de condena, el riesgo de juicio oral que se cierna sobre un imputado *inocente* puede llevarlo a éste, y a su defensor —por nobles que fuesen—, a *aceptar una culpabilidad de hecho inexistente*.

Dicho brevemente, mientras que el negocio le conviene al imputado culpable, perjudica, en cambio, al imputado inocente. También por el riesgo evidente de que las cosas ocurran así este instituto debería haber sido declarado inconstitucional (por violar el art. 18, CN: “pena *SIN* juicio previo”).

Pero, en términos ideales *puros*, no hay nada en la estructura del art. 431 bis, CPPN, que obligue a una negociación; bien se podría llegar a una pena *justa*. Sólo que el instituto le da un amplio espacio a la

¹⁰ Al menos en lo que se refiere a los defensores, éstos están obligados, también por razones de nobleza, a hacer lo más favorable a su defendido. Por tanto, o bien uno acepta defensas aclarando de antemano que no se presta a juicios abreviados o bien puede tener que ceder ante posibles imposiciones, derivadas de actitudes de los acusadores o de riesgos procesales. Aquí no corresponde abrir juicios morales categóricos sobre el comportamiento correcto de personas determinadas en cada rol de que se trate. Sólo está en juego el análisis de un “sistema penal” *justo*.

rebaja de pena de imputados culpables y a la punición, “por resignación y temor a un mal mayor”, del imputado inocente¹¹.

- 18 Pero el “testigo de la corona”, en cambio, sí *presupone una negociación*, es decir, una rebaja de la pena a cambio de una información. El hecho de que esto es incorrecto no lo demuestra la negociación *per se*, sino las ya mentadas lesiones al principio *nemo tenetur*, al *de igualdad* y al *de culpabilidad*.

A la larga eso significa: no se puede hacer ese intercambio entre información delatora y pena merecida, pues esto debilita la vigencia de la norma en sí misma. Si la norma quebrantada por el delito debe ser tomada en serio, una rebaja para “penar *a más* personas”, y, a éstas, con *mayor* pena, implica a la vez no tomarse en serio la norma misma, porque el perdón parcial recibido por el intercambio implica a la vez una *gracia* hacia el quebrantamiento de la norma.

- 19 Esto conduce a otro problema ético del “testigo de la corona”. Y es que la anunciación legal de que los intercambios de información pueden conducir a una disminución de la pena, lo cual, a su vez, puede llevar a una más fácil negociación de la pena en un “juicio abreviado”, –y, a mayores, presupuesta la perversión total del sistema, el fiscal podría “hacerse el distraído” frente a quien aporta la información y, en definitiva, abstenerse de acusarlo o subsumir el hecho bajo una calificación jurídica más benigna, etc., etc.–, podría insinuar que el Estado *apoya la formación de bandas criminales*, en tanto y en cuanto el que se asocia se guarde una carta importante de “incriminación de otros”, en caso de ser perseguido penalmente. Para éste, al menos, existe un

¹¹ Esta situación tan aborrecible es la que inspira al profeta Daniel en el episodio de “Susana y el juicio de Daniel” (*Dn*, 13, 52-53), cuando él dice: “Envejecido en la iniquidad, ahora han llegado al colmo los delitos de tu vida pasada, dictador de sentencias injustas, que condenabas a los inocentes y absolvías a los culpables, siendo así que el Señor dice: ‘No matarás al inocente y al justo’ ”. En este pasaje del Libro de Daniel se ve con claridad la importancia tanto del principio *material* “de culpabilidad” (sólo es punible aquel que quebrantó la norma habiendo podido acatarla), como del principio *procesal* “de inocencia” (se presume la inocencia, al igual que la buena fe, en tanto no se demuestre lo contrario). Mas, el principio procesal de presunción de inocencia parece surgir más de la súplica de Abraham: “¿De verdad vas a aniquilar al justo con el malvado?” (*Gn*, 18, 23-32).

estímulo al comportamiento delictivo, tanto mayor cuanto mayor sea la disminución prevista para la pena a aplicar¹².

Ello le hace perder una proporción de vigencia a la norma quebrantada por el delito, por lo que el sistema de “testigo de la corona” lleva en sí el germen de una auto-destrucción normativa.

- 20 La cuestión de en qué medida la “negociabilidad” de la acción penal pone en cuestión la vigencia de la norma misma no agota los problemas que genera una previsión como ésta.

Ocurre que, por ej., en el proyecto sancionado por la H. Cámara de Diputados, se prevé, en el art. 14, la “protección de los arrepentidos”, según lo cual “los imputados que colaboren en el marco de la presente ley se encuentran alcanzados por las disposiciones del programa Nacional de Protección de Testigos e Imputados creado por la ley 25.764 y sus modificatorias”.

- 21 La previsión de una “seguridad especialmente reforzada” para los aportantes de información en contra de otros imputados puede parecer razonable; y, en determinados casos concretos, podría ser *más razonable aun*.

Pero, si se lo observa con mayor detalle, eso tiene el déficit de que el ciudadano fiel al Derecho, que no está dispuesto a entregarse a la comisión de delitos —o al menos *no* en la forma de una criminalidad organizada— dispone de una seguridad *frágil*: la seguridad que un Estado pobre puede dispensarle al ciudadano promedio, es decir, una seguridad *escasa, relativa o bien nula*. De hecho, incluso en Estados muy desarrollados, al momento actual las sociedades han constatado lo difícil que es “sentirse seguro”. ¿Debería uno, entonces, entregarse al delito, para luego contar con *una seguridad mayor*, al intercambiar información por rebajas de pena?

Esta pregunta, ciertamente, es “retórica”. Sólo quiere mostrar la desigualdad que, de nuevo, se genera, pero ahora desde *otra* perspectiva.

¹² A primera vista, la fuerza de este argumento puede menguar si uno repara en que, de antemano, nadie sabe bien si le cabrá una disminución de pena en caso de resultar imputado. Pero esta apariencia engaña, pues todo sujeto podría tener el derecho a considerar que, *en su* criterio, él no era el imputado “más importante” y que, conociendo la previsión legal, tomó recaudos para entregar *información fiable*, por lo que eso mismo lo llevó a delinquir.

El autor del delito puede quedar más protegido, en su seguridad personal, que el ciudadano ideal, fiel al Derecho¹³. Con esto no se quiere decir que la “protección especial de seguridad” del “testigo de la corona” esté en sí “mal”, sino que lo que está “mal” es en sí que exista el instituto del “testigo de la corona”.

- 22 Otra objeción autónoma, derivada de la configuración particular del proyecto en consideración la produce la circunstancia de que estén previstos efectos procesales atinentes a la excarcelación que merecería, durante el proceso, el “colaborador” (testigo de la corona).

Este punto ya fue correctamente criticado por mis colegas en sus respectivas intervenciones ante la consulta del H. Senado (por ej., en particular, por Fernando Díaz Cantón). Es que esa idea presupondría que la prisión preventiva debiera ser usada con fines de “*pena anticipada*”, pues, si uno respeta la jurisprudencia impuesta con el tiempo en pos de restringir la prisión preventiva a asegurar los fines del proceso, no es posible que el otorgamiento de la libertad durante el proceso dependa de las informaciones aportadas por el imputado. Pues ello implicaría a la vez constreñirlo a declarar, imputando a alguien, a fin de obtener una libertad a la que tendría derecho aunque guardara silencio (en tanto no hubiera peligro de fuga ni entorpecimiento de la investigación).

d) Prescendencia de una consideración particular del proyecto

- 23 Las observaciones formuladas hasta aquí hacen prescindible entrar a considerar los detalles de formulación del proyecto votado en la H. Cámara de Diputados, a consideración, ahora, del H. Senado de la Nación.

Pues mi oposición al proyecto es una oposición “por principio”, no por la contingencia o coyuntura de una *mejor* o *peor* formulación. Pero, para mostrar las carencias del proyecto con una sola mención, ya la

¹³ La idea en sí del “ciudadano ideal, fiel al Derecho”, puede ser ficticia. Uno podría pensar que, acaso, todo ciudadano quebranta, alguna vez, una norma. Pero aun así es concebible la “imagen ideal” como base del argumento. Lo que interesa no es la constatación de sí, en la práctica, existe en sí un ciudadano ideal, *siempre* fiel al Derecho, sino la razón de que, presupuesto un ciudadano ideal, fiel al Derecho, éste sería “desalentado” en su forma de ser, al percibir que el asociado criminal recibe un “servicio especial de protección” del cual aquél carece.

primera palabra del texto encierra un error. Pues la ley no puede decir “Sustitúyase”, dado que este giro verbal implica la orden a *otro* de que “vaya Ud. y sustituya”; sino que debe decir, en todo caso: “Sustitúyese”, es decir: aquí mismo, yo, Congreso de la Nación, estoy “sustituyendo”, y no le digo a otro que “vaya y sustituya”. De allí en más todo está mal formulado. Pero esto no es el motor primordial de mi toma de posición, dado que esta es la misma que asumí hace 19 años, ante un proyecto completamente distinto.

- 24 Señalo, con todo, que otros juristas invitados al H. Senado han expuesto argumentos contrarios a este instituto, como Fernando Díaz Cantón, Edgardo Donna, Ricardo Gil Lavedra y León C. Arslanián, cuyas exposiciones fueron claras y con las cuales, a grandes rasgos, coincido.

A mayor abundamiento, señalo que el proyecto particular, al haber formulado “todo un procedimiento” para establecer, con carácter previo al juicio, la veracidad de la información aportada, contribuye a la nebulosidad del sistema votado por la H. Cámara de Diputados. Un proceso penal en el que hubiera un grupo de imputados considerable, podría conducir a la existencia simultánea de varios “procedimientos previos de constatación”, que prolongarían la duración global del proceso principal, mucho más allá de la exigencia de “un plazo razonable”, lo que conduciría a una violación más a las garantías constitucionales (art. 8, párr. 1, CADH)¹⁴.

e) Propuesta de un “Proyecto Alternativo”

e.1) Planteo de la cuestión

- 25 Tras lo dicho, parecerá sorprendente que quien suscribe este dictamen se atreva, con todo, a proponer un texto alternativo. La explicación de este comportamiento “contra los propios actos” remitiría a la difícil justificación ética de las acciones *desviadas* que se realizan para evitar una situación *más desviada*, o sea: la pregunta moral de en qué medida un curso hipotético posible justifica un comportamiento que, en caso de que ese riesgo no existiera, no estaría justificado.

¹⁴ Sobre el carácter *básico* de la garantía del “plazo razonable” de duración del proceso, cf. por todos, Pastor, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho – Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

Ocurre que, por un lado, existe un proyecto que ya tiene la sanción de una de las cámaras del Congreso de la Nación. Si el Senado votase favorablemente el proyecto en cuestión, se llegaría, a mi modo de ver, a una situación catastrófica, porque el proyecto en sí es sumamente deficitario, aun en el caso de que uno se parase en el horizonte de la *justificación* del “testigo de la corona”.

- 26 Por otro lado, tal como lo dije en mi exposición oral en el Senado, el Código Penal alemán, que es en general un texto legal que se apoya en una alta elaboración doctrinal, contiene hoy en día una figura de “testigo de la corona”.

Si un país como el de la República Federal de Alemania, que tiene una tradición jurídica milenaria –más allá de las miserias y violaciones a la Humanidad que fueron infligidas durante el nazismo– ha recibido esta figura, cuando se trata de una cultura que dio origen a la formulación *retribucionista* de la pena más extrema que se conozca, por vía del llamado “idealismo alemán” (Kant, Hegel)¹⁵, es porque, posiblemente, la “globalización” tenga un efecto de contaminación tan intenso, que sea inevitable que nuestro sistema penal siga contaminándose como lo ha hecho en los últimos 30 años¹⁶.

e.2) El texto del Código Penal alemán (StGB)

- 27 Por consiguiente, transcribo a continuación el texto del § 46b, StGB, para posteriormente explicar por qué razón me atrevo a proponer un proyecto alternativo, que de algún modo se inspira en este texto, y deja de lado el complejo articulado del proyecto en consideración.

¹⁵ Respecto de una formulación moderna de una teoría en sí, a mi juicio, retribucionista, pero sublimada bajo el rótulo de *la prevención general-positiva*, véase la elevada y nítida formulación de Jakobs: *La pena estatal: significado y finalidad* (trad. y estudio preliminar de Cancio Meliá y Feijoo Sánchez), Thomson Civitas, Madrid, 2006, 182 páginas.

¹⁶ Que se trata de una contaminación en ascenso lo demuestra el hecho de que hasta mediados de los años '80, no era concebible que una “declaración *del co-reo*” fuera tomada como punto de referencia si se podía advertir *un interés* en sus manifestaciones. Tampoco había “mediaciones” resueltas por cada jurisdicción provincial a su antojo y otras relajaciones del principio *de legalidad*, que hacen turbio el mensaje de la conminación penal. “Ud., en el fondo, puede violar la ley, mientras sepa ser luego un buen negociador de su situación; quizá sólo le impongan ‘tareas comunitarias’”.

Texto del Código Penal alemán (StGB)

§ 46b. Ayuda para esclarecer o evitar hechos punibles graves

1) Si el autor de un hecho punible conminado con pena privativa de libertad de mínimo aumentado o con pena perpetua,

1.º) mediante manifestaciones voluntarias de su conocimiento ha contribuido de modo esencial a que pueda ser descubierto un hecho, según el § 100a, párr. 2, del Ordenamiento Procesal Penal que esté relacionado con su hecho; o bien

2.º) manifieste voluntariamente su conocimiento ante una oficina pública competente, tan a tiempo como para que un hecho, según el § 100a, párr. 2, del Ordenamiento Procesal Penal, que esté relacionado con su hecho y de cuyo planeamiento él sepa, pueda ser aún evitado,

el tribunal podrá atenuar la pena según el § 49, párr. 1, en cuyo caso, en lugar de pena perpetua que esté conminada en forma exclusiva, cabrá pena privativa de libertad no inferior a diez años. Para la clasificación como hecho punible que esté conminado con pena privativa de libertad aumentada en su mínimo, sólo serán consideradas las agravantes para hechos especialmente graves y no las atenuantes. Si el autor ha participado en el hecho, tendrá que extender su contribución al esclarecimiento según el párrafo 1, n.º 1, más allá de su propio aporte al hecho. En lugar de la disminución de la pena, el tribunal podrá prescindir [eximir] de pena, si el hecho punible está conminado exclusivamente con pena privativa de libertad temporal y el autor no ha incurrido en una pena mayor a tres años de prisión.

2) En la resolución según el párrafo 1, el tribunal tendrá que considerar especialmente:

1.º) la naturaleza y la magnitud de los hechos manifestados y su significación para el esclarecimiento o para la evitación del hecho, el momento de la manifestación, la medida del apoyo a las autoridades de persecución penal por parte del autor y la gravedad del hecho al que se refieren sus aportes de datos, así como

2.º) la relación de las circunstancias mencionadas en el número 1 respecto de la gravedad del hecho punible y la culpabilidad del autor.

3) Una atenuación, al igual que una eximición de pena según el párrafo 1, quedan excluidas, si el autor revela su conocimiento recién después de que haya sido resuelta la apertura del juicio principal (§ 207 del Ordenamiento Procesal Penal).

- 28 La comprensión cabal de esta disposición requeriría muchas explicaciones adicionales, la primera de las cuales concierne a qué quiere decir “mínimo aumentado (o bien ‘incrementado’)”. En el Código Pe-

nal alemán están previstos, en muchos casos, tipos penales agravados para “casos especialmente graves”, en cuya situación el mínimo de la escala penal (y generalmente también el máximo) se incrementa en comparación con la figura básica.

Pero aquí no interesa explicar “por completo” la disposición del Código Penal alemán, sino constatar que el primer párrafo, n.º 1, prevé el llamado “testigo de la corona” (negociación de la escala penal a cambio de informaciones procesales), mientras que el n.º 2 de ese mismo párrafo, prevé una disposición sobre un comportamiento posterior al hecho de cierta “analogía con un desistimiento tardío”, es decir, una acción *en pos de la protección del bien jurídico*. Como se dijo al principio (*supra*, n.º m. 1, 2), la segunda estructura no tiene vicios constitucionales, sino que los tiene sólo la prevista allí, en el párrafo 1, n.º 1.

e.3) La vigencia del art. 41 *ter* en el Código Penal argentino

- 29 Por otra parte, el art. 41 *ter* del Código Penal argentino *ya vigente*, prevé *ambas estructuras* (en el orden inverso: evitación del hecho, esclarecimiento del hecho), limitadamente a los casos de los artículos 142 bis, 145 bis, 145 *ter* y 170.

Esa restricción a ciertos tipos penales no se puede comprender bien, pues puede haber hechos aun *más graves* y cuya continuación en el tiempo pudieran producir lesiones mayores y continuas a diversos bienes jurídicos, que no están alcanzados literalmente por la disposición (si bien la disposición podría llegar a ser ampliada pretorianamente por “analogía *in bonam partem*”).

- 30 En particular, en caso de asociaciones criminales, los aportes de evitación de la continuidad de hechos punibles cometidos por la organización se entremezclarían casi inevitablemente con el aporte al esclarecimiento de hechos ya cometidos; o bien *muy probablemente* conduciría a ello. Aun así, en tanto haya una acción protectora de bienes jurídicos o en pos de esa protección, el comportamiento posterior al hecho *puede* tomarse en cuenta para la disminución de la pena ya merecida por el hecho previo.

Ello es así porque “el *hecho* propio de la individualización de la pena” es un contexto fáctico más amplio que el “hecho” típico, antijurídico y culpable. En el primero inciden también los antecedentes del

autor y sus conductas posteriores al hecho típico, que son conjugadas al momento de ser individualizada la pena.

- 31 Por otro lado, cabe aclarar que, en muchos hechos delictivos, pueden producirse perjuicios económicos severos, y el comportamiento que consista en *la reparación del daño causado* por el delito también debería incidir en la medición de la pena, en tanto la “reparación” implica un reconocimiento tardío de la vigencia de la norma y una compensación parcial de la conmoción producida por el quebrantamiento precedente¹⁷.

Por último, y especialmente en la criminalidad organizada, es bien posible que un sujeto quede inmerso, así sea por su propia responsabilidad inicial (en estructura similar a una *actio libera in causa*), en una situación *de coerción* tal que ulteriores hechos punibles le sean difíciles de evitar o que, dicho de otro modo, el sujeto se sienta compelido a cometerlos por su incrustación en una organización de la que le es difícil desprenderse.

e.3) Propuesta de reforma del art. 43 ter, CP

- 32 En suma, se podría pensar en una sustitución (“sustitúyese” y no: “sustitúyase”) del art. 41 *ter* del Código Penal, que reúna situaciones de comportamiento posterior al hecho favorable al bien jurídico, de reparación del daño, de coerción o imputabilidad disminuida por cualquier razón, a la par de la estructura de “testigo de la corona”, pues en todo caso esto ya está previsto en el art. 41 *ter* vigente, y sería difícil pensar en una “*derogación* sin más ni más”.

Si se pensara votar sí o sí por una formulación en pos del “testigo de la corona”, entonces se podría pensar en una formulación como la siguiente (naturalmente, con posibilidades de cualquier modificación razonable):

¹⁷ En el Código Penal alemán la reparación o el “hacer nuevamente el bien” („*Wiedergutmachung*“) es una causal independiente de atenuación de la escala penal o incluso de la eximición de pena, esto último si el autor no ha incurrido en una pena que alcance a un año de prisión o más o bien si ha incurrido en multa de hasta trescientas unidades de días (o “días-multa”): Al respecto, véase el § 46a, *StGB: Compensación autor-víctima, reparación del daño*.

Sustitúyese el artículo 41 ter del Código Penal, por el siguiente texto:

Artículo 41 ter. 1) En los casos de delitos cuyo máximo de escala penal privativa de libertad fuese igual o superior a ocho años de prisión o reclusión, el tribunal podrá atenuar la escala penal, disminuyendo el mínimo a la mitad y el máximo en un tercio, y, en caso de prisión o reclusión perpetua, del mismo modo que las escalas previstas en el art. 44, segundo y tercer párrafos, cuando el autor o partícipe de un delito:

a) contribuyere al esclarecimiento de la situación fáctica relacionada con su propio hecho, mediante el aporte de datos objetivamente corroborables y que abarquen más allá de su propia participación; o bien

b) manifieste voluntariamente ante una oficina pública competente su conocimiento de la comisión de un hecho punible, relacionado con su propia participación, tan a tiempo como para que el hecho, de cuyo planeamiento o ejecución él sepa, pueda ser aún evitado o interrumpido, en pos de la protección del bien jurídico.

2) En la resolución según el inciso 1, el tribunal tendrá que considerar especialmente:

a) la naturaleza y la magnitud de los hechos manifestados y su significación para el esclarecimiento o para la evitación del hecho y los beneficios producidos al bien jurídico afectado;

b) la mayor o menor espontaneidad y premura con que el autor o partícipe haya tomado su actitud de esclarecimiento o evitación del hecho;

c) si el autor o partícipe se hubiera hallado en una situación de coerción o subordinación tal respecto de otros participantes en el hecho, que pudiera ser evaluada como reductora de su capacidad de comprender la criminalidad del acto o bien de dirigir sus acciones con plena libertad, conforme a esa comprensión;

d) si el autor o partícipe ha hecho los mayores esfuerzos a su alcance por reparar el daño económico o de otra índole causado por el delito.

3) La disminución de la escala penal prevista en el inciso 1 de este artículo será aplicable en la medida en que los aportes del autor o partícipe hayan sido prestados antes de que el proceso llegue a la etapa de juicio a su respecto.

4) En ningún caso será tomado como prueba de los hechos invocados la declaración misma del autor o partícipe, sino que lo serán los elementos de corroboración objetiva que surjan a partir de sus aportes. En caso de que el tribunal considere que no se dan las circunstancias que justifiquen la disminución de la escala penal, tampoco podrán ser consideradas las declaraciones del autor o partícipe para fundar su culpabilidad sobre la base de sus propios dichos.

e.5) ¿Conminación penal para la incriminación falsa?

- 33 El proyecto de ley que votó favorablemente la H. Cámara de Diputados contiene una disposición que reprime la incriminación falsa, con una escala penal de cuatro a diez años de prisión, para aquel que, “acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter, proporcione información falsa o datos inexactos, con la accesoria de la pérdida del beneficio concedido”.

Esa disposición suscitó críticas especiales por parte de algunos juristas invitados. Ocurre que en nuestra tradición cultural se ha interpretado en general que el imputado tiene un amplio derecho “a mentir”, como desprendimiento de “no estar obligado a declarar contra sí mismo”. Esta implicancia no es *para nada obvia*, pues del hecho de que uno no esté obligado a declarar contra sí mismo, en el mejor de los casos se podría desprender que se esté autorizado a no decir la verdad, ya en razón de que no está obligado a decirla. Pero el trasplante que, a partir de allí, se ha llevado siempre hacia el “derecho a decir cualquier cosa” no se desprende para nada de la garantía del *nemo tenetur*.

- 34 En efecto, del hecho de que el imputado no sea un “testigo” en sentido técnico, y que, en esta medida, no esté obligado a *decir verdades*, no implica en absoluto que esté autorizado a incriminar falsamente a otro. Dicho en términos coloquiales: yo puedo decir (falsamente) “yo *no fui*”; pero no puedo decir (falsamente) “fue *Fulano*”, pues esto implica incriminar a otro, cuya honra no tengo derecho a lesionar ¡sólo por ser imputado!

Si bien la inclusión de una sanción penal para el imputado que incrimina a otro falsamente sería contraria a nuestras tradiciones culturales, lo cierto es que estas tradiciones son muy objetables moralmente, si se las lleva al extremo de inferir, a partir de la “garantía *nemo tenetur*”, que el imputado pueda imputar falsamente a otro. De hecho, eventualmente los jueces valoran los dichos de co-imputados, como si fueran un “elemento de prueba”. Si bien en el proyecto alternativo que sugiero se parte de la base de que no puede ser tomada como “prueba” *la declaración misma* –en cuyo caso la declaración falsa en sí no perjudicaría al menos “como declaración”– sí sería posible que el imputado simulara toda una *situación objetiva en sí falsa* (“pistas o rastros falsos”), para incriminar a alguien y obtener a cambio de esto una rebaja.

- 35 Entonces, así como la disminución de la escala penal del “testigo de la corona” es *contraria a la tradición humanista de la Ilustración*, así también, si esa disminución fuese incorporada al Código Penal (en el que ya existe limitadamente), no estaría mal acompañar su introducción con una *punición del inculpatador falso*, que acusa falsamente a otros, a fin de obtener una rebaja para sí mismo.

Si bien, en la práctica, no hay casi persecuciones contra *testigos* en sentido técnico –es decir, con “obligación de decir verdad”– que inculpaten falsamente a otro –pues la maledicencia se ha hecho carne en el cuerpo social, y un denunciante raramente es tachado de falso aunque su imputación sea manifiestamente falsa¹⁸–, en términos ideales o simbólicos representa *un valor* decidir si uno va a declarar impune la inculpatación falsa de un coimputado que busca una rebaja *o no*.

- 36 En mi opinión, a pesar de que las razones dadas por el jurista León C. Arslanián en la consulta abierta de las comisiones (ver versión taquigráfica del 3/8/2016) son en sí atendibles y serias, no hay razones de principio que hagan imposible penar la inculpatación falsa de un co-imputado, sobre todo si la falsedad va *más allá de sus palabras*, es decir, si está acompañada de una simulación de una situación pretendidamente objetiva (pero que sea *falsa*).

Que un hecho de esta índole sea punible de modo análogo a un falso testimonio, por más que el imputado “no sea *testigo*” no tiene ningún vicio constitucional, y la conminación penal al menos tendría el efecto simbólico de declarar indebida la inculpatación falsa de otro.

- 37 Si se aceptara mi punto de vista, la conminación penal prevista en el art. 2 del proyecto votado por la H. Cámara de Diputados podría ser incluida como inciso 5 del proyecto anteriormente presentado *supra*, n.º m. 32, a saber:

(...)

5) Si el autor o partícipe que prestase las informaciones hubiese hecho inculpataciones sobre la base de datos conscientemente falsos en per-

¹⁸ Se ha hecho general la tendencia, altamente nociva, de presumir que todo denunciante, por el hecho de serlo, “dice la verdad”. La cuestión de cuántas condenas *erróneas* puedan estar fundadas en este prejuicio es imposible de determinar.

juicio de otro imputado, a fin de lograr la disminución de la escala penal de sí mismo, quedará sujeto a las penas previstas para el falso testimonio.

§ 2. Sobre el proyecto de “Extinción de Dominio”

38 El segundo proyecto que el H. Senado tiene en consideración, así llamado de “Extinción de Dominio”, ha sido criticado con razones suficientemente válidas, con diferentes matices, por mis colegas Fernando Díaz Cantón, Edgardo Donna, Ricardo Gil Lavedra y León C. Arslanián, entre otros.

Cualquier consecuencia negativa que se derive de la comisión de un hecho punible *es* una pena, aunque se la quiera revestir de cualquier otra cosa. En particular, no existen “acciones autónomas”, que “vayan *contra las cosas*”, tal como quiso presentarlo un funcionario del Poder Ejecutivo, según informó la senadora García, en ocasión de una de sus preguntas a Carlos Arslanián.

39 Si un sujeto tiene una cosa como producto de un delito, esta circunstancia tiene que ser establecida como consecuencia del ejercicio de la *acción penal*, como efecto del *decomiso*, y no puede desvincularse de esta naturaleza *punitiva* accesoria.

Por consiguiente, tiene que regir el art. 23, CP, tal como existe hasta hoy. El decomiso en sí es una “extinción de dominio”, pero como derivado de la demostración de que las cosas “bajo el dominio” han sido adquiridas delictivamente o han sido utilizadas como instrumentos del delito.

Entonces, sin necesidad de reproducir los epítetos descalificatorios y adjetivaciones intensas que emplearon mis colegas para referirse a ese proyecto, expreso que coincido con ellos en que ese proyecto no puede ser votado favorablemente en un Estado de Derecho. Se trataría de una *confiscación sin proceso*, que atentaría contra el derecho de propiedad y el debido proceso.

40 Por último, acoto que, en el Código Penal alemán, había sido introducido, por ley del 17/5/1992, un precepto de “imposición de pena patrimonial” (§ 43a, StGB)¹⁹, que quedaba limitada por la extensión del

¹⁹ El objetivo de esa disposición era el de crear una tercera clase de pena (junto a la pena privativa de libertad y la de multa). Se presuponía que debían quedar afectadas

patrimonio del penado, aun cuando no estuviera clara la relación entre el hecho punible y el patrimonio detraído (en tanto fuera de presumir que los bienes pudieran haberse originado en hechos punibles).

Pero el Tribunal Constitucional Federal alemán²⁰ declaró nula esa disposición, por ser incompatible con el art. 103, párrafo 2, GG (= Ley Fundamental) que establece el principio de legalidad (“Un hecho sólo puede ser penado si la punibilidad estaba determinada legalmente antes de que el hecho fuera cometido”). El joven autor alemán Thomas Kliegel (hoy, juez civil en el Tribunal Regional de Essen) vinculó esta decisión, en su tesis doctoral, con la invalidez de la previsión de tipos penales como el de “enriquecimiento ilícito”, derivado también de una presunción sin determinación del hecho supuestamente cometido²¹.

personas del campo de la criminalidad organizada, a las cuales le podía ser sustraído el patrimonio como totalidad, con lo cual se debía producir también “prevención”. El § 43a, StGB, conducía en definitiva a una confiscación de la propiedad. Por esta vía se pretendía incluso privar de medios de financiación a la criminalidad organizada. Cf. la 26.^a ed., de 2001 (anterior a la declaración de inconstitucionalidad por el Trib. Const. Fed. alemán), de Schönke / Schröder / Stree, *Strafgesetzbuch, Kommentar [Comentario al Código Penal alemán]*, Verlag C. H. Beck, München, 2001, pp. 708/711.

²⁰ BVerfG, sentencia del 20/3/2002 (2 BvR 794/95). Cf., entre otros, Kindhäuser, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar [Código Penal, Comentario teórico-práctico]*, 4.^a ed., Nomos Kommentar, Baden-Baden, 2010, § 43a, aunque aquí no son explicados los fundamentos. En contra de la validez del § 43a, StGB, se aducía que era indeterminado, desde el punto de vista del principio de legalidad: sin límites máximos ni mínimos claros, lo que infringía la protección de la propiedad, consagrada en el art. 14, párr. 3, GG. A la vez, eso conducía a un tratamiento desigualitario entre autores con propiedades y sin propiedades (art. 3, GG). El Tribunal Constitucional Federal se adhirió a estas críticas.

²¹ Kliegel, *Der Straftatbestand der unerlaubten Bereicherung – Internationale Korruptionsbekämpfung und rechtsstaatliche Garantien [El tipo penal del enriquecimiento ilícito – Lucha contra la corrupción y garantías del Estado de Derecho]*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2013, 428 páginas (tesis doctoral en la Universidad de Düsseldorf); este es el trabajo más moderno y más comprensivo de sistemas comparados habido hasta hoy sobre este tema. Por lo demás, es conocida mi posición en el sentido de que el art. 268 (2), CP argentino, es contrario a *casi todas las garantías penales de un Estado de Derecho*; al respecto, cf. Sancinetti, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (art. 268, 2, C.P.) – Un tipo penal violatorio del Estado de derecho*, 3.^a ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, 238 páginas.