

VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ

Profesor de la Universidad de São Paulo - USP
Profesor del Doctorado en Integración Latinoamericana (Prolam - USP)

DELACIÓN PREMIADA

LÍMITES ÉTICOS AL ESTADO

Prefacio de
JOHN A. E. VERVAELE



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2019

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Prefacio	VII
Prólogo a la edición Iberoamericana.....	XI
Presentación y método	XV

CAPÍTULO I

DELACIÓN Y NUEVOS PARADIGMAS

1. ¿Delación o colaboración? La ley en Latinoamérica y los grandes eufemismos.....	2
A) El problema de la sinonimia en el whistleblowing	5
2. La pregunta rectora	8
3. Dos premisas de la visión del mundo	8
4. Legitimidad por el origen	13
A) ¿La corrupción como identidad latinoamericana?	17

CAPÍTULO II

¿QUÉ ES UN TRAIADOR?

1. El rechazo a la traición	21
2. La inmolación del traidor	22
3. Ajusticiamiento, ley del silencio y quema de archivo	25
4. La adhesión al compromiso del secreto.....	28

CAPÍTULO III

EL ESTADO VENGADOR

1. Hipótesis: ¿cambiaría la ley o cambió la Ética?.....	31
2. El dilema de Kant	32
3. El enfrentamiento: el utilitarismo	34

	PÁG.
4. Si la moral perece	38
A) Los duelos entre caballeros	38
B) La moral del honor: ¿virtud o vanidad?	41
5. Delación premiada como victoria del bien común	46

CAPÍTULO IV

EL ESTADO ANIQUILADOR

1. Derecho al secreto	49
2. La reducción de la personalidad del delincuente	52
3. El reconocimiento del dolor subjetivo del delator	55

CAPÍTULO V

EL ESTADO PROVOCADOR

1. El caso del joven Azul	59
A) Cuestionamientos sobre la oportunidad	62
B) El difícil problema de los criterios	63
2. Cuatro cuestiones del agente infiltrado	69
A) Si el Estado puede mentir	69
B) El infiltrado fomenta el delito	70
C) El “undercover” como partícipe del crimen	73
D) El agente fungible	74
3. Contrapunto: la lealtad de la ley	76
A) La casa de prostitución y el expendio de drogas	76
B) Resolver el dilema: mantener la excepcionalidad	79

CAPÍTULO VI

EL ESTADO ENEMIGO

1. El delator distante del orden jurídico	85
A) El delator “fuera” del Estado: la condición de persona	86
B) El delator por encima del Estado: el Übermensch	91
2. Entre Hegel y Nietzsche	94

CAPÍTULO VII

EL ESTADO QUE DIALOGA

	PÁG.
1. Un nuevo contrato social	97
2. La ilustración del soldado amarillo	97
3. Delación como ejercicio de la democracia	98
4. Legitimaciones democráticas del “whistleblowing” premiado	102
A) La misericordia y la amistad con el derecho	102
B) La deliberada anulación del delator	107
C) Hipótesis de desistimiento (o arrepentimiento) voluntario	109
5. Problema general del acceso a la justicia	110
6. La hipótesis del comandante-delator	113
7. Breve repaso de la dicotomía	116

CAPÍTULO VIII

EL ESTADO DE RODILLAS

1. El caso de la negociación con secuestradores	117
A) La sentencia bajo coacción	120
2. La negociación bajo amenaza y legítima negociación	120
3. Acuerdos de paz y rendiciones	124
4. Dónde reside la excepción	126

CAPÍTULO IX

EL ESTADO DE GUERRA

1. Ley de guerra	128
A) El caso de la pistola para matar nazis	128
2. Un Estado de necesidad ampliado (continuación)	129
3. Los adversarios de la guerra	133
4. La organización criminal sistémica	137

CAPÍTULO X

EL ESTADO PACIFICADOR

1. Los horrores de la guerra	142
2. La manipulación de la guerra	143

	PÁG.
3. Quién celebra la paz	144
4. Síntesis de la guerra sublimizada.....	145

CAPÍTULO XI

EL ESTADO UTÓPICO

1. El “foresight” en la delación premiada.....	147
2. La distopía de la delación premiada	149
3. La utopía del “whistleblowing”	156

CAPÍTULO XII

CONCLUSIONES: LA SÍNTESIS Y LAS ANTINOMIAS

1. Simbólicamente: el último dilema ético	161
2. Conclusiones generales: síntesis.....	165
3. Siete antinomias de la delación premiada.....	174
A) Primera: antinomia de la irretroactividad	174
B) Segunda: antinomia de la personalidad.....	175
C) Tercera: antinomia del concurso de agentes	176
D) Cuarta: antinomia del valor del arrepentimiento	177
E) Quinta: antinomia del quiebre del secreto	178
F) Sexta: antinomia de los actos de traición.....	178
G) Séptima: antinomia del Estado traidor.....	178
4. Consideración final	182
Bibliografía	185
Índice de autores	195

CAPÍTULO II

¿QUÉ ES UN TRAIADOR?

1. EL RECHAZO A LA TRAICIÓN

Entramos en el punto más delicado de nuestro ensayo: la traición del delator y sus aspectos éticos. A pesar de que en los capítulos siguientes nos concentraremos en la discusión sobre el derecho del Estado y la dogmática penal en sí, es preciso comenzar por la perspectiva generalizadora del papel ético del delator.

La directriz internacional del sistema de ‘colaboración’ determina que al autor del delito que ofrezca informaciones a la justicia se le conceda inmunidad o perdón judicial. O sea, premiar a quien traicione a sus excómplices.

La ley, en Occidente y en especial en Iberoamérica, innova al traer esa figura, y es allí donde se presenta un enfrentamiento claro entre la novedad y lo que está arraigado en la cultura: para el latino, pocos actos son peores que la conducta del traidor (*vide*, en las Conclusiones, § 2). Así, para enunciar de modo más amplio el contrasentido: la ley de *whistleblowing* recompensa y aplaude *al individuo que comete un acto socialmente reprobable*. Las consecuencias de ese disenso son por supuesto evidentes.

Simplemente constatar ese cambio de paradigma —del sistema latino-germánico al utilitarismo anglosajón— como lo han hecho algunos buenos estudiosos contemporáneos, no nos ayuda aquí. Debe hacerse una indagación propositiva, que colabore a la solución de la pregunta rectora, de legitimación del instituto. La cuestión que mejor nos puede guiar, de momento, es una confirmación de lo ya dicho: **(i)** ¿la repulsión que suscita la traición se configura como un valor (absoluto) en la sociedad? Si la respuesta es positiva, es necesario contrastarla con el elemento fáctico de que la ley de delación-colaboración premiada enfrenta esa repulsión, y de ello surgen nuevas preguntas. *Grosso modo*, habrá que saber ubicar una de estas dos hipótesis, consecuencia de nuestro cuestionamiento: **(ii)** que el utilitarismo suplante esa divergencia

Rechazo natural al traidor

legal, esto es, que se entienda que los resultados del premio a la delación compensan la contradicción valorativa entre ley y moral vigente; o que, por otro lado, (iii) la ley consiga cambiar el valor social del rechazo al traidor. Enfrentaremos aquí las cuestiones i y ii, dejando para el próximo capítulo (III) el análisis del poder disuasorio de la ley penal.

Para hacerlo, necesitamos ejemplos más peculiares.

2. LA INMOLACIÓN DEL TRAIADOR

Nuestro método asume que aproximarnos a una teoría por medio de un elemento figurativo tiene valor en cuanto le da fuerza al argumento. Es, ante todo, una forma de abordaje, siempre que se sepa extraer de esa ejemplificación lo que ella tiene de generalizadora¹. Entonces, uno de los requisitos de la ejemplificación es que sea real, o verosímil.

Recurriremos a dos escenas para avanzar en nuestra conceptualización. La primera de ellas, imborrable para el estudioso del derecho penal, es un fragmento de *El Padrino II*², en el diálogo que culmina en el suicidio de Frank “Five-Angels” Petangeli. Para quien no lo recuerde, Frank Pentangeli³ acepta ser un *whistleblower*, promover una delación premiada al Senado norteamericano, revelando por primera vez qué es la *Cosa Nostra*, en el caso, la familia Corleone. Pero desiste de hacerlo, al ver a su hermano, Vincenzo, que encarna la tradición siciliana, sentado en la platea del tribunal.

Días después, Tom Hagen, el abogado de la familia Corleone, visita al chivato Frank en la cárcel. Frank, claro, goza del prestigio de haber renegado de su delación, pero aun así debe ser castigado, porque los efectos de la traición no se anulan. El diálogo de ambos, tras la reja del penal (en realidad, un cuartel usado por el FBI), es ilustrativo.

Varios puros, grandes y visibles, intactos en el bolsillo de la camisa de Frank sugieren que le fueron regalados por el abogado que le visitó. Detrás de una espesa capa de humo (ambos fuman en señal de paz),

¹ Sobre el papel de la ilustración en el texto jurídico, *vide* nuestro texto: VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ, *Argumentação jurídica*, 6ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2015, págs. 162 y ss.

² *The Godfather, II*. Dirección: FRANCIS FORD COPPOLA, Guión de F. COPPOLA y M. PUZO [s.i.], Paramount Pictures, 1974.

³ El personaje está inspirado en el caso real de JOE VALACHI, que se comenta más adelante (4. La adhesión al compromiso del secreto) continuación.

Frank le pregunta al abogado: ¿qué debo hacer ahora?, refiriéndose a su porvenir como exdelator, a lo que Tom Hagen responde recordando el ritual de los plebeyos romanos: los plebeyos del Antiguo Imperio, “habrían cometido tentativa de magnicidio”. Frank, conocedor de la Historia, toma la narrativa, para decir que sabe bien que la única forma que tenía el plebeyo-traidor del Imperio de evitar que sus bienes, en aquel entonces, fueran confiscados por el Estado luego de su ejecución, era matándose a sí mismo. “Suicidándose, el traidor retomarí­a su honor, y como premio ganaría el derecho de que sus bienes fueran transmitidos a sus descendientes⁴, o inclusive ¡que ellos fueran protegidos por el Monarca traicionado!”, recuerda el mafioso delator.

Esa conversación pone punto final al diálogo cinematográfico, y el abogado entonces se despide, arrojando al suelo su puro, casi entero. Nada más debe decirme: el traidor Frank ya sabe cómo actuar.

La siguiente escena de la película, como se puede prever, muestra el cuerpo de Frank Pentangeli en la bañera del aposento que le servía de celda, sangrando con los pulsos cortados. El suicidio, como forma de redención.

Todos conocemos historias de punición del traidor, pero esta específicamente atañe la autoinmolación de aquel que traicionó, a su arrepentimiento. Que tampoco es novedad en la cultura cristiana, porque, ya sea ahorcándose o esparciendo gracias a un impacto, sus entrañas en el suelo⁵, es incontrovertible que Judas se suicida luego de entregar a su maestro: con perdón de la interpretación que hacemos del ejemplo bíblico, quien traicionó a Cristo no había hecho nada distinto que establecer con los romanos un acuerdo de delación premiada, por treinta monedas de plata y, ciertamente, el perdón de alguna acusación que caería contra sí. Nótese que, en su contexto, entregaba al Estado romano, plenamente constituido, un infractor de sus leyes, legítimamente buscado. Aun así, no deja de ser tal vez el acto⁶ más reprobado

El suicidio de Judas

⁴ MOMMSEN no se refiere a la reversión por el suicidio, pero sí documenta que la confiscación del patrimonio no venía de la analogía con el espolio de guerra: “Tenía la perdición una peculiaridad que no alcanzaba a ninguno de todos los demás delitos, a saber: que en el momento mismo de la comisión del hecho, el patrimonio del traidor a la patria pasaba *ipso iure* a ser propiedad del Estado, lo mismo que se tratará de un botín de guerra”. THEODOR MOMMSEN, *Derecho penal romano*, Bogotá, Edit. Temis, 1999, pág. 374.

⁵ La Biblia cristiana diverge en el modo en que ocurre la muerte del apóstol, aunque sea seguro que la culpa lo lleva a suicidarse. Ahorcado (Juan 21: 20-22 y Mateo 27: 5) o arrojándose del acantilado, conforme a los Hechos de los Apóstoles 1: 18, en que se narra que su cuerpo se partió al medio, “y todas sus entrañas se derramaron”.

⁶ BORGES, en su “Tres versiones de Judas”, analiza el escrito de RYNEBERG para calificar el acto de “rebajarse a delator” como “el peor delito que la infamia soporta”. Claro