

LES FRAYDES ET PRO

Revista

Julio 2011

28

blanch



blanch

Revista Penal

Número 28

Sumario

Doctrina

– Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal, por <i>Juana del Carpio Delgado</i>	5
– Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	29
– Hechos psíquicos y concurso de personas. El problema de la interacción psíquica, por <i>Donato Castronuovo</i>	44
– ¿Para qué necesitamos una coautoría imprudente?, por <i>Andreas Hoyer</i>	56
– El arrepentimiento postdelictual en España: un ensayo acerca de su viabilidad como instrumento combativo del crimen organizado, por <i>M^a José Jordán Díaz-Roncero e Ignacio Comes Raga</i>	67
– Los límites de la amnistía, por <i>Juan Antonio Lascurain</i>	95
– Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil, por <i>Ana Elisa Liberatore S. Bechara</i>	114
– ¿Hacia un espacio sancionador administrativo común?, por <i>Adán Nieto Martín</i>	136
– Mandato de determinación y consecuencia jurídica, por <i>Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro</i>	153
– La legislación penal relativa a la protección de los Derechos de Propiedad Intelectual a nivel internacional por <i>Shizhou Wang</i>	165
– Las fronteras entre el honor del funcionario público, la libertad de expresión y el delito de difamación, según los límites que impone el principio de lesividad, por <i>Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo</i>	187
– Co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?, por <i>Gerhard Werle y Boris Burghardt</i>	197
Sistemas penales comparados: El delito de blanqueo de dinero	207
Bibliografía: Notas bibliográficas sobre pena de muerte, historia del Derecho penal y Derecho penal Internacional, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	269
Noticias. Próximo encuentro del Grupo Nacional español de la Asociación Internacional de Derecho Penal.....	293



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ.Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Shizhou Wang (China)	Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)	Ana Cecilia Morún (República Dominicana)
Adán Nieto Martín y (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Dimitris Ziouvas (Grecia)	Baris Erman (Turquía)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)	Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Luigi Foffani (Italia)	Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL:
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Compobell
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



El arrepentimiento postdelictual en España: un ensayo acerca de su viabilidad como instrumento combativo del crimen organizado

M^a José Jordán Díaz-Roncero

D.E.A. Derecho Procesal Universidad de Valencia

Ignacio Comes Raga

Abogado y D.E.A. Derecho Penal Universidad de Valencia

Revista Penal, n.º 28.— Julio 2011

RESUMEN: *Estamos en un mundo globalizado en que las barreras fronterizas han desaparecido. Esta nueva realidad ha sido aprovechada por el crimen organizado instalando su infraestructura y actividad criminal en prácticamente todo el orbe. El reto del siglo XXI, además de la erradicación de la pobreza, debe ser la desmantelación de las asociaciones criminales, que tanto daño generan a nuestra sociedad. Ello no va a resultar fácil, pues de entre todas las facetas virulentas y execrables de estas entidades destaca una sobremanera: invertir el orden constitucional de los Estados, en aras a lograr la anarquía y el desgobierno para poder llevar a cabo con total libertad sus actividades criminales. Debemos partir que a lo largo de la historia las herramientas empleadas para su combate al margen del Estado de Derecho han dado escasos resultados. Sin embargo, existe una medida con respeto al Estado de Derecho muy eficaz para lograr la desmantelación de los grupos criminales organizados: otorgar beneficios penales y penitenciarios al arrepentido integrante de asociaciones ilícitas a cambio de información que permita asestar un duro golpe a los entramados criminales.*

PALABRAS CLAVE: *arrepentimiento postdelictual, colaborador de justicia, crimen organizado, legislación premial, testigos protegidos.*

ABSTRACT: *We are in a world included in that the frontier barriers have disappeared. This new reality has been taken advantage by the organized crime installing his infrastructure and criminal activity in practically the whole orb. The challenge of the 21st century, besides the eradication of the poverty, it must be the desmantelación of the criminal associations, which so much I damage they generate in our society. It is not going to turn out to be easy, so of between all the virulent and execrable facets of these entities one stands out exceedingly: to invert the constitutional order of the States, in altars to achieving the anarchy and the mismanagement to be able to carry out with total freedom his criminal activities. We must depart that along the history the tools used for his combat to the margin of the Constitutional state have given scanty results. Nevertheless, a measure exists as for the very effective Constitutional state to achieve the desmantelación of the criminal organized groups: to grant penal and penitentiary benefits to the integral penitent of unlawful assemblies in exchange for information that allows to aim a hard blow at the criminal studdings.*

KEY WORDS: *Repentance postdelictual, collaborator of justice, organized crime, legislation premial, protected witnesses.*

SUMARIO: I. Premisas introductorias acerca de la colaboración con la justicia.- II. Evolución histórica en España.- III. Derecho comparado.- 1. El sistema de protección para los colaboradores de justicia en los Estados Unidos.- 2. El sistema premial en Italia: el éxito de la colaboración en sede procesal.- 3. El estado de la cuestión en Alemania.- IV. Sistema premial en España.- 1. Regulación Actual.- 2. Tensiones reales, sociales y penales.- V. A modo de conclusión: una propuesta de lege ferenda.- 1. Potenciar premios de carácter penal y penitenciario.- 2. Valoración del testimonio del «arrepentido» en juicio y admisión de su declaración como única prueba de cargo.- 3. La inclusión de los colaboradores procesales en los programas de protección de testigos.- VI. Bibliografía consultada.

I. Premisas introductorias acerca de la colaboración con la justicia

Cuando Franz Von Liszt definió en su Tratado el Derecho penal como «la infranqueable barrera de la Política-Criminal» deslizó con inmejorable percepción histórica las tensiones que hoy en día siguen sobrevolando los lindes de la Ciencia jurídico-criminal. Efectivamente, lo que quiso poner de manifiesto el maestro alemán fue la antítesis conceptual entre los métodos jurídicos de ordenación y elaboración sistemático-conceptual de los presupuestos del delito, y los principios del tratamiento adecuado de la conducta desviada que descansan, naturalmente, en fundamentos empíricos. Ergo mientras la Política-criminal extiende sus miras en las políticas de lucha contra el crimen, el Derecho penal democrático sintetiza en sus postulados la protección preventiva de los bienes jurídicos. Brevemente: se propende a la caracterización del Derecho penal como ciencia jurídica y social¹. Estas reflexiones jalonan siquiera parcialmente la construcción de un sistema abierto en cuya esencia el Derecho penal y la Política-Criminal articulan un debate dialéctico que retroalimenta y justifica la *ratio essendi* del ilícito penal allende los estrechos contornos de la ley.

De tal suerte, la esencia única e irrepetible del delito concita un legislador democrático que negocia, y en ocasiones, exime de pena incluso en casos de delitos graves a cambio de conseguir más beneficios que perjuicios con dicha impunidad²; en otras palabras: una traducción de la teoría microeconómica de los costes y beneficios del consumidor al ámbito político-criminal.

Pues bien: hasta aquí no hay mayor problema en la inteligencia de un sistema que, como bien sabemos, relativiza esa visión puramente retribucionista del Derecho penal *kantiano* y *hegeliano*. Por decirlo en palabras de ROXIN: «El camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridad y su legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos, no estén por debajo de las aportaciones del sistema formal positivista proveniente de Liszt»³. Más todavía: si bien es cierto que el hecho penalmente antijurídico, culpable y punible ha sido —y sigue siendo— nódulo esencial de la teoría jurídica del delito, empero debemos significar cómo la propia ciencia penal implementa sus propios dogmas tradicionales con otras categorías y realidades que adquieren un nuevo abolengo; entre ellos, qué duda cabe, el llamado dentro de la doctrina italiana *postfatto*⁴, a saber, la norma de favor para quien coopere con las autoridades policiales o con la autoridad judicial en la determinación del hecho y/o la individuación o captura de los otros sujetos intervinientes en el hecho típico.

Naturalmente, estas reflexiones a título meramente introductorio nos colocan en la tesitura fundamental de la presente investigación, a saber: verificar si la legislación «premial» o de «recompensa» es legítima *per se* o⁵, si de conformidad con los principios que informan el sistema precitado, es *necesaria y conveniente* en razón de los instrumentos coactivos de que se vale el legislador para obtener las funciones de tutela en la protección de bienes jurídicos. En resumidas cuentas:

1 ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. MUÑOZ CONDE, F., ed. Hammurabi José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2002, pp. 31-32.

2 MUÑOZ CONDE, F.J., «Los arrepentidos en el caso de criminalidad o delincuencia organizada», en *La criminalidad organizada ante la justicia* (coord. GUTIÉRREZ-ALVIZ, F.), ed. Universidad de Sevilla, 1996, pp. 146-147.

3 ROXIN, C., *Política Criminal...*, cit., p. 49.

4 Sobre esta cuestión cfr. PROSDOCIMI, S., *Profili penali del postfatto*, ed. Giuffrè, Milán, 1982.

5 Bien entendido que en el presente trabajo se usarán indistintamente ambos vocablos como conceptos sinónimos que expresan una misma realidad: la colaboración procesal de los arrepentidos.

la inteligencia de la prevención de la delincuencia en un sentido democrático y preventivo general positivo ha de ser tributaria de una lógica conceptual y material dentro del sistema, y no un puro y simple objeto de compraventa por parte de la política-críminal de turno⁶. Es por ello que participamos de un criterio lógico y coherente que combine, tanto la corrección dogmática del tipo premial como las funciones preventivas del Derecho penal, evitando a la sazón que las garantías procesales y materiales del imputado no se disuelvan como un «azucarillo» en el populismo demagógico de la lucha contra el crimen. Si el Derecho es la cuna de *un nuevo lenguaje*, el lenguaje aristotélico que cifra en la ley la razón libre de la pasión, ha de hacer primar el Estado de Derecho —que no es poco— al Derecho del Estado.

Es dable precisar la composición del texto objeto del presente trabajo: el estudio dogmático y político-críminal de los denominados «arrepentidos», bien entendido que nuestro discurso gravitará esencialmente en el arrepentimiento postdelictual, limitando el desistimiento voluntario que se suscita en el segmento temporal y material entre la tentativa y la consumación a lecturas y referencias fragmentarias.

El fenómeno de la colaboración con la justicia no es una coyuntura inédita en la historia del Derecho penal ni a la sazón, un instrumento procesal inane en el descubrimiento del delito y la lucha contra el crimen organizado. Será, pues, en este contexto en el que la colaboración con la justicia cree ese «pasto fértil» de «pesos y contrapesos»: la averiguación y descubrimiento de los delitos que afectan al «magma social», que nutre de legitimidad a los derechos y libertades de los ciudadanos al socaire del patrocinio de actividades de desistimiento y arrepentimiento eficaz del germen criminal, especialmente latente en el seno de organizaciones criminales altamente especializadas.

De esta suerte, podemos definir el Derecho penal premial o del «premio» como aquél fenómeno en cuya virtud a la pena derivada de la comisión de un delito se le aplica un «premio» consistente en una causa de exclusión de la punibilidad⁷. A decir de MUSCO, tres son las características que dibujan el concepto de la «premiabilidad»: según una visión que gravita en el

tejido normativo, ésta haría referencia a todos los tipos penales que de cualquier manera, conceden a un sujeto una ventaja —desde una atenuación a la pura y simple extinción de la pena— ora por un concepto que se puede considerar tanto desde el punto de vista del ilícito penal como de la culpabilidad, ora por un comportamiento que se toma en consideración en la ejecución de la pena. Un segundo modo de entender la «premiabilidad» vendría dado por la extensión de sus miras empeño en el momento de la ejecución de la sanción penal, y comprende todos los institutos jurídicos que prevén ventajas y/o posibilidad parcial de la recuperación de la libertad personal contemporáneamente al pronóstico de reinserción social del condenado, lo cual se determina con una valoración *ad hoc*. *In fine*, hay un tercer modo de concebir la premiabilidad, de reciente cuño legislativo pero con una dilatada tradición histórica cuál es: la noción material de una cierta sociología criminal que expresa un fenómeno cada vez más llamativo en la llamada legislación de emergencia; ésta se sustancia en la relación funcional de intercambio entre la prestación consistente en un comportamiento de colaboración procesal con el poder judicial, y una ventaja alternativa en términos de exclusión de la punibilidad o atenuación de la pena a tales efectos⁸.

En suma: razones de pragmatismo político-críminal han inducido al legislador a conceder beneficios penales y penitenciarios a todos aquellos que colaboren activamente en la evitación de futuros delitos y descubrimiento de los ya cometidos. *Ergo* tales recompensas ostentan una triple naturaleza: penal, procesal y penitenciaria; esto es: tipo penal, proceso y ejecución de la pena.

Con lo cual, el objeto de la presente investigación es la colaboración procesal del imputado y a la sazón imputado *ex commissi delitti*. Sin mayores dilaciones, analicemos el *iter* metodológico elegido a los efectos expuestos que, en buena lógica, responde al objeto de nuestras reflexiones.

En primer lugar, analizaremos la evolución histórica de la figura legal del arrepentimiento en el Derecho español, desde los antecedentes más remotos hasta la Codificación; es claro que la visión retrospectiva es una herramienta hermenéutica de primer orden en la inteli-

6 Con mayor detalle acerca de la legitimidad de la prevención general positiva de la pena en un Estado Social y democrático de Derecho, cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, ed. Temis, Bogotá, 1999.

7 RESTA, E., «Il diritto penale premiale: "Nuove" strategie di controllo sociale», en *Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociale, storici e giuridici sulla questione criminale*, n° 1, 1983, p. 41.

8 MUSCO, E., «La premiabilità nel diritto penale», en *Legislazione premiale: Convegno in ricordo di Pietro Nuvoione*, ed. Giuffrè, Milán, 1986, pp.115-116.

gencia de cualquier concepto, categoría o precepto en el Derecho penal y en la misma historia de la Criminología.

En segundo lugar, desde la perspectiva del Derecho penal comparado, serán objeto de nuestra crítica y análisis las experiencias históricas —y actuales— de los incentivos a la colaboración con la justicia en los sistemas estadounidense, italiano y alemán; para ello, las singularidades de cada uno de los procesos penales son un botón de muestra de la capacidad de rendimiento que puede tener el concepto de la premialidad en el proceso penal. Sintéticamente: no podemos exigir del concepto de la premialidad aquello que el proceso penal no puede ofrecernos; así, la utilización de los colaboradores de justicia en el sistema jurídico italiano, fundándose en la obligatoriedad de la acción penal por imperativo constitucional, no puede «exprimir» tanto la premialidad como lo efectúa el ordenamiento jurídico estadounidense, fundado en la discrecionalidad de la acción penal.

En tercer lugar, se estudian con particular detalle las figuras premiales existentes en nuestro país destinadas a estimular la colaboración procesal del imputado con posterioridad a la consumación del delito, limitadas esencialmente a circunstancias atenuantes o causas de exclusión de la punibilidad sobrevenidas. En pocas palabras: merecerán nuestra atención, la atenuante de confesión de infracción a las autoridades del artículo 21.4 del Código Penal, los nuevos tipos de colaboración procesal en materia de terrorismo y narcotráfico y, por último, el premio a la colaboración con la justicia en relación con el delito de cohecho.

A título de conclusión, formularemos unas breves propuestas de *lege ferenda*, conclusiones y toma postura personal con ocasión de las líneas maestras fundamentales que construyan el edificio de esta investigación. Al respecto, la urgencia de la *praxis*, la falta de sistematización dogmática de un cuerpo doctrinal sólido y las tensiones que concita la institución premial en los derechos fundamentales del imputado *no colaborador*; no pueden soslayarse con argumentos que prescindan de los sólidos cimientos de nuestro sistema.

II. Evolución histórica en España

El objetivo del presente apartado, sin ánimo de exhaustividad, no es otro que el de proporcionar una visión general de los principales precedentes en la le-

gislación histórica del ordenamiento jurídico español sobre la figura objeto de la presente investigación.

Una mejor comprensión del contenido estructural de la institución objeto de estudio hoy en día, requiere un mínimo bosquejo histórico de la figura del arrepentimiento en textos y cuerpos pretéritos. Con todo, como tendremos la oportunidad de matizar, la regulación actual del arrepentimiento en el Código Penal español, en líneas generales, no distará excesivamente de los postulados que históricamente constituyeron la *ratio essendi* de esta institución.

El arrepentimiento es una institución jurídico-penal presente desde antiguo, ya reconocible en varios textos del Derecho Romano y legislada por el Derecho Canónico. Por todo ello, hemos optado por dividir metodológicamente su estudio histórico en dos partes, basándonos en parámetros de importancia legislativa histórica: en primer lugar, el Derecho preexistente a la Codificación penal, y por último, el contemporáneo a la misma.

Ni qué decir que tras este barniz histórico, estaremos en mejores condiciones de conocer con mayor precisión el origen, esencia y naturaleza de la figura del arrepentido.

1. Precedentes remotos

Aunque se parta tradicionalmente del Derecho romano como antecedente más remoto en la regulación del arrepentimiento, debemos advertir que esta afirmación no es del todo cierta. Esta institución ya era recogida en legislaciones de civilizaciones anteriores a la romana. Tal y como recogiese otrora TOLOMEI, existían una serie de supuestos en dichas civilizaciones en cuya esencia se otorgaba cierta relevancia jurídica, y consecuentemente, una disminución del castigo impuesto en todos aquellos casos en que se procediese por el infractor a la reparación del daño, o en su caso, existiese un sincero arrepentimiento en un sentido religioso⁹.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el Antiguo Testamento: así, en el *Deuteronomio*, se dice que los culpables que no hayan querido enmendar sus delitos serán castigados por Dios «con furor de enemigo» en la persona de los propios infractores y en la de sus descendientes, siendo suficiente un sincero arrepentimiento y una espontánea confesión para librarse de ese castigo divino¹⁰.

9 TOLOMEI, A. D., *Il pentimento nel diritto penale*, ed. Fratelli Bocca, Turín, 1927, p. 8.

10 *Deuteronomio*, XXX, 2 y ss.

Esbozada esta breve coyuntura histórica, hemos de precisar que excede de las pretensiones y objeto del presente trabajo un análisis histórico más matizado en sus fuentes, sin perjuicio de que no se posean datos fehacientes que acrediten que, en caso de arrepentimiento, se llevara a cabo por las autoridades de la época una atenuación de la pena o absolución del culpable, siendo, por tanto, estos antecedentes más próximos al valor de mera conjetura¹¹.

En esta tesitura, en cambio nos es dable afirmar que el antecedente más remoto y que, efectivamente, adquirió una aplicación práctica se sitúa en el Código Teodosiano (9,14,3,6). En este cuerpo normativo, se recogía una exención de la pena prevista por la *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, impuesta al implicado en un delito de *lesa majestad* que revelara a tiempo la intención de la comisión de este hecho criminal con la finalidad de poder evitar su funesta consecuencia¹².

Una disposición de similares características se encuentra también en el Código Justiniano (9,8,5,7. *Lex Iulia Maiestatis*). En este cuerpo legal, se considera susceptible de otorgar la absolución y el perdón al que «aun habiendo servido en la facción, si aunque tarde, pero siendo todavía desconocidos, hubiere descubierto los secretos de los designios»¹³.

Llama poderosamente la atención la no observancia de ningún precepto similar a los precitados en las Leyes romanas otorgadas a concretas localidades españolas¹⁴, ni en las Constituciones imperiales relativas a España en las que se regulaban disposiciones de carácter penal¹⁵.

En cualquier caso, existía un acuerdo tácito entre jueces penales y delincuentes que confesaban su participación en el hecho criminal, bien entendido que dicha confesión debía allanar el camino para condenar al resto de autores, eximiéndose de pena a aquellos, fuere cual fuere el tipo de delito perpetrado¹⁶.

Esta tendencia legislativa de contracción de la punibilidad harto precaria continuará siendo la tónica durante la época visigoda. Por tanto, ni en el Breviario de Alarico ni en el Código de Eurico, encontraremos remisión alguna a una posible exclusión de la pena en caso de espontánea confesión y consiguiente arrepentimiento.

El Derecho canónico será un punto de inflexión que siente las bases de una nueva concepción de la figura. En la legislación prelada, encontraremos una causa de exclusión de la pena para el cómplice de delito de simonía¹⁷, en el supuesto de que denunciase la comisión del mismo a la Autoridad competente¹⁸. Atención: ya observamos en este punto, a diferencia de las situaciones descritas en el Derecho Romano, no sólo un «premio» a la confesión realizada antes de la comisión del hecho criminal, sino también post-delictual, es decir, una vez el hecho doloso se ha consumado. Con todo, las dos causas de exclusión de la pena persiguen una finalidad claramente utilitaria en orden al restablecimiento del orden y la paz social. Con la primera se logra prevenir y evitar la perpetración de un delito, con la segunda se consigue averiguar los partícipes de un hecho criminal, imponer un castigo a los culpables —otorgando mayor sensación de seguridad a la ciudadanía—, y aleccionando a la población de las consecuencias negativas que poseen las conductas delictivas.

Con ocasión del uso de la figura del arrepentimiento por los históricos Tribunales Eclesiásticos, creemos que merece la pena destacarse el uso que efectuó de esta institución la Inquisición española. En esta coyuntura, muchas personas, en la gran mayoría de casos ante el pavor que sentían a ser delatadas a la Autoridad inquisitorial como coautores o cómplices de un delito de herejía, acudían voluntariamente a la misma confesando los hechos acatólicos y satánicos en los que habían participado. Si tales personas mostraban un arrepentimiento de sus actos de herejía, confesaban sus

11 DORADO MONTERO, P., *Contribución al estudio de la historia primitiva de España: el Derecho penal en Iberia*, ed. Imp. de la Revista de Legislación, Madrid, 1901, pp. 7-8.

12 CUERDA-ARANAU, M.L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, ed. Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, p. 29.

13 *Ibidem*, p. 29.

14 Serían las siguientes: Lex Flavia Malacitana, Flavia Salpensana y Flavia Irnitana. *Ibidem*, p. 29.

15 Las citadas Constituciones imperiales con disposiciones penales, se podrían detallar en las siguientes: Rescripto de Antonio Pío a Aurelio Merciano, Rescripto de Adriano a la Asamblea Provincial de la Bértica, Constitución del año 317 a Octaviano, Constitución del año 322 a Tiberiano, Constitución del año 365 a Valerio y la del año 383 a Mariniano. FERNÁNDEZ ESPINAR, R., *Manual de historia del derecho español*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, pp. 127-128.

16 MOMMSEN, T., *El derecho penal romano*, vol. 1, ed. La España Moderna, Madrid, 1907, p. 479.

17 El delito de simonía consiste en celebrar o recibir el sacramento de forma simoniaca, es decir, comprando o vendiendo funciones religiosas de carácter secular.

18 MONTES, J., *El crimen de herejía: Derecho penal canónico*, ed. Analecta, Pamplona, 2007, pp. 74-75.

crímenes, solicitaban la readmisión en la fe católica y delataban a sus cómplices, tenían un trato indulgente por el Tribunal Inquisitorial, que podía oscilar desde la conmutación de la pena de muerte por la de cadena perpetua a la absoluta liberación. De esta manera, el arrepentimiento se convirtió en el instrumento más importante como medio de investigación para descubrir a los autores de los crímenes de herejía¹⁹.

A pesar de la aplicación por la Inquisición española de este «Derecho premial», el precedente histórico de mayor importancia en España lo constituirá, como no podía ser de otra manera, Las Partidas de Alfonso X el Sabio, primer texto normativo español que efectúa un esfuerzo por lograr una unidad legislativa en varios órdenes jurídicos. Será objeto de regulación en las Partidas un arrepentimiento pre-delictual siguiendo el hilo conductor patrocinado por el Derecho Romano.

Si bien es cierto que la primera regulación legislativa de carácter unitario de esta figura fue tributaria de las Partidas, no es menos cierto que quedaba circunscrita a un ámbito geográfico limitado: el Reino Castilla. Tendremos que esperar hasta el siglo XVII para poder ver la prima norma de carácter propiamente «estatal» —y por ende con vocación de generalidad— que recoja el premio a la colaboración con la justicia: la Pragmática de Felipe IV de 15 de junio de 1643²⁰. Este cuerpo legal trataba de hacer frente a un grave problema de aquella época: el bandolerismo. Para combatir el mismo, se reguló la exención de pena a los integrantes de «bandas y cuadrillas de malhechores», a saber, a los «peligrosos bandidos». Posteriormente, con la Pragmática de Carlos III de 17 de abril de 1742 se decidió ampliar el ámbito subjetivo de la categoría premial a los sujetos implicados en asonadas o agitaciones populares.

Esta normativa estatal sería el *prius* para la asunción posterior en la codificación de la circunstancia atenuante de arrepentimiento, como glosamos a continuación.

2. La categoría premial en el proceso de codificación penal en España

En 1822 se aprobó el primer Código Penal en España. Se trató de un Código influenciado por las ideas de la Ilustración, en palabras de ANTÓN ONECA «fue palenque en que lucharon las ideas del antiguo régimen con las reformistas aportadas por la filosofía de la Ilustración»²¹.

Fruto de estas ideas modernizadoras y renovadoras fue acreedor el art. 107, en cuya virtud se preveían dos circunstancias atenuantes referidas a conductas postdelictivas:

a) «El arrepentimiento manifestado con sinceridad inmediatamente después de cometido el delito, siempre que el autor procurare voluntariamente impedir o remediar el daño causado por él, o socorrer o desagraviar al ofendido;

b) El presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido el delito, o confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas».

Este Código influyó notablemente en el de 1848, si bien, a pesar de esta proyección, la atenuante de arrepentimiento no figuraba en su cuerpo normativo. En este sentido, esta será la tónica predominante durante los sucesivos códigos aprobados a finales del siglo XIX y principios del XX.

No obstante, y pese al silencio legislativo que gravitará en sede de colaboración con la justicia, no será óbice ni cortapisa para que en la *praxis judicial* sea alegada ante los tribunales como circunstancia atenuante por analogía²². En la mayoría de casos, el Tribunal Supremo rehusó esta argumentación, por entender que el presupuesto necesario para que una circunstancia atenuante pueda observarse a través de analogía había de ser siempre coetánea o anterior al delito²³.

19 Cfr. REYES ALVARADO, Y., «Arrepentidos» y «testigos secretos»: remembranzas de la Santa Inquisición», en AA. VV., *Teorías actuales en el Derecho penal*, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 375-390.

20 En la edición de 1723 de la Nueva Recopilación la fecha que se da a esta pragmática es de 15 de junio de 1663. Sin embargo, nosotros seguimos el criterio dado por TOMÁS Y VALIENTE, al advertir muy acertadamente este autor de que dicha fecha probablemente es errónea. La Pragmática va dirigida en su encabezamiento «Al Serenísimo Príncipe don Baltasar Carlos, mi muy caro y mi muy amado hijo», el cual falleció en 1646, si se consulta a GIL AYUSO, F., cita una fecha diferente: 15 de junio de 1643, dato que adhiriéndonos al siempre buen criterio de TOMÁS Y VALIENTE, consideramos que será más correcto. TOMÁS Y VALIENTE, F., *El derecho penal de la monarquía absoluta: siglos XVI-XVII-XVIII*, ed. Tecnos, Madrid, 1969, p. 264; GIL AYUSO, F., *Noticia bibliográfica de textos y disposiciones legales de los reinos de Castilla impresos en los siglos XVI y XVII*, ed. Consejería de Educación y Cultura, Valladolid, 2001, p. 273.

21 ANTÓN ONECA, J., «Historia del Código Penal de 1822», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 18, nº 2, 1965, p. 264.

22 MOZOTA FATAS, M.L., «La atenuante de arrepentimiento activo: artículo 9.9 del Código Penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 42, nº 1, 1989, p. 143.

23 STS 8 de junio de 1888.

Con el Código Penal de 1928 aprobado en la Dictadura de Primo de Rivera y de marcado sesgo autoritario, se recupera nuevamente la atenuante de arrepentimiento post-delictual. De esta guisa, su art. 64 preveía esta atenuante en los siguientes casos: «6º. Haber procedido, espontánea e inmediatamente, a dar satisfacción adecuada al ofendido, a disminuir los resultados de la infracción o a reparar la lesión o el daño, siquiera en parte con propio sacrificio personal o económico, todo ello antes de dar principio al procedimiento; 7º. Haberse presentado espontáneamente el culpable a las autoridades, confesando la infracción, antes de ser ésta descubierta, o de que aquél hubiere sido citado o perseguido como presunto culpable»²⁴.

Estas circunstancias no se aplicaban directamente, sino que eran estimadas o no por los Tribunales, «a su prudente arbitrio», apreciando en cada caso el valor de los actos a los que hicieran referencia²⁵.

Con el Código Penal de 1932, es decir, el de la Segunda República, la circunstancia atenuante se asienta definitivamente en nuestro ordenamiento jurídico. En esta tesitura, el art. 9.8 de este texto legal, determina que será circunstancia atenuante el «haber procedido por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción, antes de conocer el culpable la apertura del procedimiento judicial». La novedad respecto de la codificación anterior, vendrá dada por la unificación en una única atenuante de las dos conductas descritas anteriormente.

Esta coyuntura histórica sellará la evolución histórica de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, pues poco o nada cambiará en su contenido esencial hasta nuestros días.

El Código Penal de 1944 introduce una novedad sustancial: el llamado presupuesto temporal de anterioridad. Con ello, su art. 9.9 fijará que será circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal: «la de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción».

Con el Código punitivo de 1973 se introduce el art. 57.bis.b) en el que se establece una circunstancia cualificada para la graduación individual de las penas por delitos de terrorismo cuando:

a) El sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado.

b) El abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

Luego si se cumplían estos dos presupuestos, el Tribunal debía *de iure* imponer la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito, pudiendo acordar asimismo la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiese tenido una particular trascendencia en la identificación de los delincuentes, evitación del delito o el impedir la actuación o el desarrollo de las bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, siempre y cuando no se imputaran al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o un determinado tipo de lesiones.

Con la aprobación del «Código Penal de la Democracia» en el año 1995, la atenuante que venimos describiendo se cristalizará en los apartados 4 y 5 del art. 21 del texto penal. El meritado precepto fijará como circunstancia atenuante: «4. La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades; 5. La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral».

Con esta nueva redacción, el legislador español de 1995 introduce normativamente lo que venía dándose en la práctica judicial: «la máxima objetivización de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo», de tal suerte que no se exigía que dicho arrepentimiento viniera motivado por un impulso propio y voluntario, ni que fuera como consecuencia de un profundo remordimiento en el autor del injusto²⁶.

24 JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal: conforme al Código de 1928*, vol. 1, ed. Reus, Madrid, 1929-1930, pp. 346-350.

25 *Ibidem*, pp. 350-351.

26 QUINTANAR DÍAZ, M., *La justicia penal y los denominados «arrepentidos»*, ed. Edersa, Madrid, 1996, p. 60.

Con las sucesivas reformas del Código Penal de 1995, especialmente a través de la Ley Orgánica 15/2003 de 23 de noviembre, se vuelve a alterar el contenido de una de las figuras del arrepentimiento, específicamente la del apartado cuarto. Se suprime el arrepentimiento espontáneo, y se introduce la atenuante de confesión ante autoridad o funcionario público de las infracciones cometidas. Como podemos observar, asistimos a una vuelta a los orígenes primigenios de la codificación, pues se reimplanta la misma atenuante que se reguló en el Código Penal de 1822.

Empero la mentada reforma va más allá: además de modificar esa atenuante general en materia de arrepentimiento, introduce una serie de beneficios penales a los sujetos colaboradores con la justicia que tengan la condición de miembros de asociaciones criminales dedicadas al narcotráfico o con fines terroristas, así como a los que informen sobre la comisión de un delito de cohecho (arts. 376, 579 y 427 CP respectivamente).

III. Derecho comparado

Tras las pinceladas que dibujan el paisaje histórico del arrepentimiento en nuestro país, ha llegado el momento del Derecho comparado. En esta sede, podemos apreciar un amplio elenco de normas que fomentan el uso de la figura del colaborador con la justicia como instrumento procesal para el descubrimiento del delito y averiguación de la verdad así como mecanismo de política criminal para combatir el fenómeno criminal organizado. Así, a título de ejemplo, es de reseñar en el Derecho anglosajón el llamado *witness crown* (testigo de la corona), quién obtiene una remisión de la pena (*grant of immunity*) a cambio de prestar declaración en calidad de testigo; en los Estados Unidos, se negocia con el imputado su testimonio a cambio de una reducción en su condena (*plea bargaining*); en el Derecho italiano se alza prima la figura de los denominados *pentiti* —ejemplo paradigmático de cómo una política criminal bien aplicada es eficaz en la lucha contra el terrorismo y las mafias sin acudir únicamente a mecanismos penales represivos—; y también encontramos en los países de órbita germánica (Alemania, Suiza y Austria) el denominado *Kronzeugenregelungen* (reglas del testigo principal), en cuya esencia los sujetos activos de la colaboración procesal obtienen una reducción

de la pena a cambio de su declaración en el acto de juicio oral contra el resto de coimputados.

Todas estas figuras han encontrado en el Derecho penal más contemporáneo su «pasto fértil», singularmente en la lucha contra el crimen organizado, el narcotráfico y el terrorismo. En nuestro entorno jurídico, podemos destacar el éxito aplastante que ha tenido esta figura en Italia: erradicación del terrorismo de las llamadas *Brigate Rose* y desmantelamiento de grupos mafiosos, especialmente *Cosa Nostra*; con todo, debemos considerar el retroceso que ha experimentado en Alemania esta política de lucha contra el crimen organizado.

1. El sistema de protección para los colaboradores de justicia en los Estados Unidos

La figura del arrepentimiento es una institución anclada en la tradición anglosajona, de aplicación histórica en Reino Unido, y exportada posteriormente a los países del *common law*. Por la influencia que genera uno de los integrantes de este sistema jurídico sobre el resto de ordenamientos del *orbe*, es decir Estados Unidos, unido a la utilización de la justicia negociada como práctica habitual en esa nación —la cual ha generado en no pocas ocasiones un gran golpe de efecto a la mafia—, vamos a analizar la institución del colaborador con la justicia en el precitado país.

En el sistema de Estados Unidos, como buen heredero de la tradición jurídica anglosajona, son varios los instrumentos premiales existentes en beneficio del colaborador, con la mirada puesta en animar a un imputado a acusar al resto de coimputados.

A grandes rasgos, podemos señalar que los imputados en una causa criminal podrán barajar tres opciones al comienzo del proceso penal: a) declararse no culpable; b) declararse culpable; y c) con el consentimiento de la Corte, llegar a un acuerdo para reducir su pena a cambio de suministrar información²⁷.

Este último supuesto se conoce como *plea bargaining*, que en sustancia es un método transaccional penal que consiste en la confesión del culpable de los hechos en los que ha participado (*guilty plea*) y en la adquisición del compromiso de testificar en el juicio contra el resto de coimputados, asumiendo el papel en el proceso de *state's witness*, suscitándose a cambio de esa

27 MORA DONATTO, C., «El valor probatorio de las declaraciones del "arrepentido" en el proceso penal español», en AA.VV., *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, vol. 2, ed. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas, México, 1998, p. 1282.

colaboración un trato de favor respecto a la imputación (*charge*) o a la reducción de la pena (*punishment*).

La negociación penal es el método más utilizado a la hora de revolver el gran volumen de causas criminales existentes en los Estados Unidos. Si bien una buena parte de los tribunales estatales norteamericanos han suprimido o limitado la intervención de los jueces en estos acuerdos transaccionales²⁸, es práctica habitual la participación de los mismos en el *plea bargaining*. En esencia, una vez que el acuerdo ha sido concluido entre las partes, se encargan de revisar el *guilty plea* para asegurar que la confesión realizada por el acusado es voluntaria y con conocimiento de todas las consecuencias que se pueden derivar de la misma²⁹. Este modelo de juez como verificador pasivo³⁰, fue recogido por la primera edición de las Normas ABA de Justicia criminal³¹, y actualmente, se encuentra regulado en las Reglas Federales de Procedimiento criminal³².

En lo referente a los tribunales estatales éstos han de informar en todo momento de los cargos que existen contra el acusado, pues en caso contrario, la confesión efectuada no tendrá validez alguna al reputársele el carácter de involuntaria (*involuntary*)³³.

Así las cosas, vemos que para que se dé el *plea of guilty*, han de concurrir una serie de requisitos para su validez, siendo los cuales:

a) voluntariedad de la confesión;

b) conocimiento del sentido y alcance del *plea of guilty*;

c) presencia de Abogado, como garantía de cumplimiento de los anteriores requisitos, y como derecho constitucional a la asistencia letrada.

Los efectos que concita este modelo transaccional tras la confesión y aceptación judicial son los siguientes: directamente se pasa a la fase de *sentencing* (determinación de la pena) sin necesidad de acudir al contradictorio; la inclusión del acusado en un programa de testigos protegidos en los supuestos de crimen organizado; y por último, su ulterior participación en el acto de juicio oral como testigo de cargo contra el resto de coimputados.

Dicho lo cual, pueden suceder dos cosas: la absolución del sujeto por falta de pruebas aportadas por parte del órgano de la acusación (*offering no evidence*) como a su derecho-deber conviene; el acuerdo con el Ministerio Público (*plea agreements*) del testigo que declara contra los copartícipes, acompañándose en su testimonio un *guilty plea*, declarándose culpable a la sazón e incriminando al resto de coacusados en la intervención de los hechos. En este último supuesto, lo lógico será que el testimonio se preste una vez se haya determinado su pena en la fase de «*sentencing*».

En cuanto a las formas de colaborar con la justicia a cambio de un «premio», obviamente los «arrepentidos» propenderán en sus peticiones a la inmunidad total (*immunity*) antes que a una rebaja penológica o

28 Al menos en nueve Estados y en el Distrito de Columbia, sus tribunales han prohibido la participación judicial en los acuerdos negociales, aunque permiten al juez, a petición de las partes, indicar antes de que se produzca la confesión de su culpabilidad si quiere aceptar los términos del acuerdo. Dichos tribunales serían los de Alaska, Colorado, el propio Distrito Federal de Columbia, Georgia, Maine, Mississippi, Pennsylvania, Texas, Washington y Wisconsin. Vid. En este sentido: *State v. Abraham*, 566 P.2d 267, 270 (Alaska 1977); *Colo. Rev. Stat. § 16-7-302 (1) (2000)* *Boyd v. United States*, 703 A.2d 818, 821 (D.C. 1997); *McDaniel v. State*, 522 S.E.2d 648, 650 (Ga. 1999); *In re Cox*, 553 A.2d 1255, 1258 (Me. 1989); *Magee v. State*, 759 So.2d 464, 470 (Miss. Ct. App. 2000); *Commonwealth v. Evans*, 252 A.2d 689 (Pa. 1969). Otros tribunales estatales no han suprimido la intervención judicial en un acuerdo transaccional, pero han promovido fuertemente la no participación de los tribunales en los mismos. Cfr. *People v. Weaver*, 12 Cal. Rptr. 3d 742, 755-56 (Cal. Ct. App. 2004); *State v. Anyanwu*, 681 N.W.2d 411, 414 (Minn. Ct. App. 2004); *State v. Moore*, 547 N.W.2d 159, 169 (Neb. Ct. App. 1996); *Standley v. Warden*, 990 P.2d 783, 785 (Nev. 1999); *State v. Byrd*, 407 N.E.2d 1384, 1388 (Ohio 1980).

29 IONTCHEVA TURNER, J., «Participation in plea negotiations: a comparative view», en *American Journal of Comparative Law*, n.º 54, 2006, p. 202.

30 En el sentido de garante de la legalidad del acuerdo transaccional de naturaleza penal.

31 En 1968 la *American Bar Association* recoge en el recopilatorio *Standards Relating to Pleas of Guilty The American Bar*, todas las reglas por las que se deben guiar los operadores jurídicos estadounidenses: jueces, fiscales y abogados defensores. En concreto en la norma § 3.3(a) se insta al juez a no participar en el acuerdo transaccional, pero tanto la acusación como la defensa han de presentar al juez el acuerdo final antes de que el acusado decida confesar su culpabilidad. En el supuesto de que el juez dé su visto bueno al acuerdo, pero posteriormente decida rehusarlo, el acusado podrá variar su confesión.

32 De conformidad con la *Rule 11* de las normas federales sobre enjuiciamiento criminal, los Jueces federales han de informar a los acusados antes de prestar una declaración autoinculpatória. Al efecto, los Tribunales federales no pueden seguir ningún proceso específico ni cumplimentar un cuestionario concreto de preguntas. Queda a su libre voluntad, la forma de oficiar esta información, si bien deberán estar al caso particular, pues en ciertas ocasiones —piénsese en un acusado con trastorno de sus facultades mentales o que ha asistido sin presencia de Letrado— la investigación deberá ser mucho más minuciosa y exhaustiva. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, p. 76.

33 *Henderson v. Morgan* 426 U.S. 637, 96 S.Ct. 2253.

una imputación diferente que lleve aparejada una calificación delictual con un castigo inferior.

La concesión de inmunidad viene fijada en los arts. 6001 a 6005 (Título 18) del *United State Code*, introducidos por la *Organized Crime Control Act* de 1970. Una sucinta lectura del título de la ley que lo introduce nos da la pista de que esa «inmunidad» solamente será aplicable a delitos que se encuentran en el haber de la delincuencia transnacional.

Estos preceptos regulan una suerte de «colaboración coercitiva». En virtud del «*privilege against self incrimination*», un órgano jurisdiccional, a instancia del Ministerio Público, dictará una orden que obliga a prestar testimonio contra el resto de los partícipes de una trama a un imputado de la misma y que, con anterioridad a la emisión de aquélla, se había negado a realizar tal deposición. Esa orden le obliga a prestar testimonio, si bien de dicha obligación se deriva la concesión del premio de la inmunidad³⁴.

En ambas modalidades de prestación de testimonio —con o sin inmunidad—, la disyuntiva principal que se va a plantear es la forma de valorar la declaración del coimputado. Esto es: se pone en tela de juicio no tanto la colaboración premial *per se*, como el valor probatorio que se le puede dar a la deposición de un «delincuente». A tal efecto, se acudirá a la llamada *corroboration*: el juez advertirá al Jurado del peligro de condenar en base a una prueba no «corroborada» en los supuestos concernientes a la testifical de un copartícipe, con la finalidad puesta en la observancia absoluta de la credibilidad en las declaraciones de los deponentes.

Pese a las críticas severas que se pueden hacer al sistema del *plea bargaining*, —sobre todo el hecho estadístico de que la práctica totalidad de procesos no terminen en juicio—, en el ámbito del crimen organizado se tendría que hacer una excepción a las mismas. Gracias a la justicia negociada y al programa de protección de testigos puesto en práctica en los Estados Unidos, se han desmantelado un gran número de asociaciones criminales. Un ejemplo paradigmático lo hallamos en la década de los 80: una serie de mafiosos arrepentidos

que decidieron romper con el juramento de la *Omertà*, testificaron contra sus «jefes» a cambio de beneficios penales. De tal suerte, fue asestado un duro golpe a la *Cosa Nostra* transoceánica, al poder enjuiciarse y en consecuencia encarcelarse, a un gran número de *capos*.

Ante el éxito mostrado en Estados Unidos de la colaboración premial en la lucha contra el crimen organizado, otros países van a hacer uso de la misma. Será el supuesto de Italia —la cuna del arrepentimiento— y Alemania.

2. El sistema premial en Italia: el éxito de la colaboración en sede procesal

Con anterioridad a la llamada legislación de emergencia terrorista, la política-criminal italiana estaba orientada «a la tutela de bienes jurídicos y positivamente influenciada por la idea de finalidad». En efecto, el proceso penal de los años treinta del pasado siglo, de clara impronta fascista, contemplaba una fase de instrucción cuyos resultados venían sustancialmente ratificados en el juicio oral, sin que se presumesen significativas «gracias premiales». Habrá que esperar hasta la Ley n° 689/1981 para asistir a la introducción de una forma larvada de pacto para penas de corta duración. A mayor abundamiento, la normativa premial previa los años noventa, adolece de una significativa carga subjetiva, desplazando el *prius* del derecho penal del hecho y de la tutela de los bienes jurídicos a la personalidad y peligrosidad del sujeto³⁵. En otras palabras: el desvalor de la conducta objetivamente considerada cedía el paso a la sobrevaloración del comportamiento procesal y penitenciario³⁶.

Con la entrada en vigor del nuevo Código de Procedimiento penal, y en pleno apogeo del debate acerca de la cultura de sesgo premial para con los imputados que se muestren dispuestos a colaborar activamente con la justicia, la discusión adquirirá un nuevo sesgo procesal pues la formación y valoración de la prueba de cargo únicamente podrá formarse en el juicio oral. Tanto más

34 Esa inmunidad puede ser de dos clases: *use immunity* o *transaccional immunity*. En ambas el testigo no llegará a ser acusado, y no podrá ser perseguido posteriormente por las revelaciones que haga en su declaración. La diferencia existente entre ambas viene dada por el hecho de que en la primera no se obstaculiza que se dirija contra el sujeto una posterior acusación por los mismos hechos sobre los que se está enjuiciando al resto de copartícipes cuando las pruebas en que se funde la acusación sean diferentes de las que pudieran resultar de las propias declaraciones del sujeto. En la inmunidad transaccional, nunca se va a poder formular una posterior acusación.

35 Entre otras: Ley n° 15/1980; n° 304/1982; y n° 34/1987. BERNASCONI, A., *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, ed. Giuffrè, Milán, 1995, p. 81. Así mismo, puede verse una cumplida explicación del *iter* legislativo de los años setenta y ochenta en Italia en materia premial en RUGA RIVA, C., *Il premio per la collaborazione processuale*, ed. Dott. A. Giuffrè, Milán, 2002, pp. 39-54.

36 BERNASCONI, A., *La collaborazione processuale...*, cit., pp. 79-81.

cuanto se reputará desde la opinión pública la nueva ley ritual penal como insuficiente e inane para la lucha contra el crimen organizado, especialmente por la brevedad temporal de la instrucción, formación y valoración de la prueba o rigidez en la aplicación de la prisión preventiva; en este contexto jurídico, político y social surgirán entre finales del año 1990 y mitad del año 1992 toda una serie de procedimientos legislativos que acentuarán la negociación en el aparato de la justicia penal³⁷. Será, pues, a partir de una complicada coyuntura política y social en Italia, y por qué no reconocerlo, con ocasión de la inestimable labor de Giovanni Falcone al frente de la Secretaría de Asuntos penales del Ministerio de Justicia, cuando entre en vigor una legislación orgánica y compacta en materia de *pentiti*³⁸.

En esta coyuntura, a finales del año 1990, en relación con los colaboradores de justicia se construye una compleja estrategia de actuación en razón de tres pilares fundamentales.

El primero de ellos viene referido a la necesidad de articular un programa de protección —bastante más articulado que el precedente encarnado en la Ley n° 726/1982 que dejaba en manos del Alto Comisario para la lucha contra la mafia una incontrolada discrecionalidad— para responder eficazmente a las exigencias de tutela de la integridad física del colaborador, traducándose a la sazón en una normativa en cuya virtud medidas de asistencia y seguridad deberían ser aplicadas por una comisión central *a quo* según criterios previamente fijados.

En segundo lugar, se articula la configuración de particulares atenuantes consistentes en la sustitución de la cadena perpetua por la pena privativa de libertad de 12 a 20 años y la reducción de otras penas de un tercio a la mitad para el imputado por delitos de asociación de tipo mafioso; de esta suerte el imputado disociándose de los otros ha de comprometerse que esa actuación de-

lictiva sea llevada a consecuencias ulteriores³⁹, incluso ayudando a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la recogida de elementos decisivos para la reconstrucción de los hechos y para la individualización o captura de los autores de los hechos delictivos. Es preciso matizar asimismo que se establece un procedimiento de revisión de la sentencia —en cualquiera de los tres grados— en caso de falsas declaraciones y la posibilidad de que el juez competente decida directamente de la suspensión de las medidas alternativas a la privación de libertad que en ese momento esté disfrutando el imputado.

En tercer lugar, se prevé una excepción a las agravaciones introducidas en materia penitenciaria así como que los colaboradores puedan beneficiarse de medidas alternativas a la pena de prisión, del trabajo en el exterior y de los permisos penitenciarios de naturaleza premial previsto en la Ley n° 354 de 1975⁴⁰.

La aspiración del legislador consistente en la elaboración de una Ley marco que dotase de una cierta estructura orgánica a la materia muy pronto se convierte en una *desideratum*, especialmente a causa de la dispersión y de la convulsión del legislador sin una finalidad político-criminal definida⁴¹. El Decreto legislativo n° 8 de 15 de enero de 1991, intitulado bajo el objeto de nuevas medidas de secuestro de personas con la finalidad de distorsión y la protección de aquellos que colaboran con la justicia, se estrecha en un único cuerpo legal en materias que deberían tener su autónoma ordenación. En primer lugar se amplían los beneficios para los intervinientes de los arts. 289.bis y 630 del Código Penal, que una vez disociados de la organización criminal proporcionen informaciones de relevancia atinentes a la duración del secuestro y la integridad física del secuestrador. En segundo lugar se establecen las líneas esenciales de un especial programa de protección que integra las medidas ya previstas en el art. 1-ter apartado

37 BERNASCONI, A., *La collaborazione processuale...*, cit., p.85; PAVARINI, M., «Per aprire un dibattito su Criminalità organizzata e legislazione d'emergenza» en *Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociale, storici e giuridici sulla questione criminale*, n° 3, 1992, pp. 31-38; RINALDI, S., «Un dibattito sulla risposta istituzionale alla criminalità organizzata», en *Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociale, storici e giuridici sulla questione criminale*, n° 3, 1992, pp. 57-99.

38 Define MUSCO a los *pentiti* como «aquellos sujetos que confiesan sus propios crímenes y proporcionan a la autoridad informaciones necesarias para la reconstrucción del hecho y la individualización de los participantes en el delito». MUSCO, E., «Los colaboradores de la justicia entre el «pentitismo» y la calumnia: problemas y perspectivas», en *Revista penal*, n° 2, Madrid, 1998, p. 35.

39 Por disociación podemos entender *in primis* una causa idónea a la recompensa, preordenada a la puesta en conocimiento de la autoridad judicial de todos aquellos elementos objetivos de que tenga conocimiento el sujeto con fines de investigación o por otra parte comportamientos activos destinados a la evitación de ulteriores actividades delictivas. MUSCO, E., «Los colaboradores de la justicia entre el «pentitismo»...», cit., p.40; RUGA RIVA, C., *Il premio per la collaborazione...*, cit., pp. 31-36.

40 BERNASCONI, A., *La collaborazione processuale...*, cit., pp. 87-88.

41 Por ejemplo, la fallida conversión en Ley del Derecho Legislativo n° 324 de 13 de noviembre de 1990 en materia de restricción a los beneficios penitenciarios.

3º introducido por la Ley nº 468 de 1988. De este instrumento, podrían beneficiarse no sólo los imputados por delitos de mafia sino también de todos los autores de los delitos previstos en el art. 380 del código de Procedimiento Penal⁴².

Con todo, y a pesar del brote legislativo que en poco más de un año rediseña las estrategias político-criminales, la normativa *a quo* contra los delitos más graves es cuanto menos ambivalente; si bien se aprueban elevaciones penológicas contra los delitos más graves de detención ilegal, narcotráfico y delitos de mafia, no es menos cierto que se introducen correlativamente atenuantes cualificadas para aquellos que colaboran activamente con la autoridad judicial. Asimismo, el programa de colaboración con la justicia se amplía a un catálogo de delitos más extenso que el precedente, haciéndose expresa referencia a las categorías comprendidas en el artículo 380 del Código de Procedimiento penal⁴³. En esta

coyuntura política, se introduce la Dirección de Distrito Antimafia que, en colaboración con la Dirección Nacional Antimafia, asumirá las competencias de este grupo de delitos sintetizados en el artículo 51 apartado tercero-bis del Código de Procedimiento Penal en cuya esencia se potencia la colaboración procesal *supra* examinada⁴⁴.

Pero será el mes de junio del año 1992, tras la trágica muerte del entonces Director de la Secretaría de Asuntos Penales del Ministerio de Justicia y siempre Juez, Giovanni Falcone, cuando se pone en marcha una compleja estrategia contra el crimen que potencia los instrumentos de recompensa para los colaboradores de justicia. En efecto, amén de una suerte de «contrarreforma» del proceso penal que adopta un nuevo rito inquisitorio en consuno con algunas sentencias de la Corte Constitucional italiana, la Ley nº 356 de 1992 introduce una serie de normas que implementan tanto los programas de protección como el ordenamiento penitenciario⁴⁵.

42 Se va a efectuar una distinción entre programas de protección y medidas especiales de protección, aplicándose unas u otras dependiendo del tipo de protección que requiera el colaborador con la justicia en un preciso momento. El programa de protección implica la adopción de una serie de medidas teniendo en cuenta las hipotéticas situaciones de peligro que se pueden suscitar, generalmente consistirán en el traslado de estas personas a lugares protegidos, cambio de identidad o medidas dirigidas a favorecer la reinserción social del colaborador. Las medidas especiales de protección son cautelas que se adoptan de una forma inmediata y rápida para garantizar la seguridad del testigo protegido, como por ejemplo la custodia y vigilancia del colaborador.

43 El mencionado artículo hace referencia a los casos de detención obligatoria en caso de flagrancia de delito, mencionando los delitos dolosos en grado de tentativa o consumación para los cuales el Código Penal establece una pena de cadena perpetua o privativa de libertad de entre cinco y veinte años. Sin perjuicio de la regla general, se mencionan un catálogo de delitos que en todo caso habrán de conllevar la detención, tales como los delitos contra la personalidad del Estado, devastación y saqueo, delitos contra la incolumidad pública, robo o tráfico de drogas, entre otros.

44 BERNASCONI, A., *La collaborazione processuale...*, cit., pp. 90-91.

45 En primer lugar, se incide sobre la Ley nº 82/1991, añadiendo dos nuevas disposiciones en relación con los colaboradores de justicia; con ello, se autoriza expresamente al Fiscal jefe del Tribunal de apelación la posibilidad de autorizar, por motivos de urgencia el traslado de un penado fuera del establecimiento penitenciario o particulares modalidades de cumplimiento de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad, por el tiempo necesario que prevea la propia configuración del programa de protección. Asimismo, se ofrece la posibilidad a todos los condenados admitidos en el programa de disfrutar de medidas alternativas a la pena privativa de libertad y otros beneficios penitenciarios. Ahora bien: la Ley nº 45 de 3 de febrero de 2001 ha reformado sustancialmente todo lo atinente a los beneficios penitenciarios y medidas alternativas a la prisión.

Así, la principal reforma respecto a la Ley de 1991 gravita en la concesión de los beneficios penitenciarios: éstos se desvinculan de la admisión a las medidas de protección. De esta guisa, se requiere una colaboración activa que sea hábil a la concesión de las atenuantes, otorgándose respecto al colaborador como recompensa el arresto domiciliario y la libertad condicional por intervención directa del Juez de Vigilancia Penitenciaria. A mayor abundamiento, requisito *de iure* para acceder al arresto domiciliario o a la libertad condicional es el cumplimiento al menos de un cuarto de la pena y de diez años en los casos de condena a cadena perpetua. Y es más: en el caso de que los beneficios se concedan sin el informe favorable del Fiscal Jefe del Tribunal de Apelación, se requiere una motivación especial en este punto por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria. *In fine*, el artículo 25 de la precitada Ley 45/2001 regula el ámbito de eficacia de la propia ley, presumiendo expresamente que la misma puede ser también aplicada a todos aquellos que hayan manifestado una expresa voluntad de colaborar incluso con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley siempre que se redacte el *verbale illustrativo*.

En segundo lugar, se lleva a cabo la modificación de la ley penitenciaria, agregándose especiales cautelas en la concesión de medidas alternativas a la prisión, permisos y trabajo en el exterior para los casos previstos en el artículo 4-bis de la ley penitenciaria en que se consigne una especial peligrosidad social, mientras que para los autores de los delitos de asociación mafiosa y detención ilegal con finalidad a la extorsión se prevé expresamente la prohibición de tales beneficios excepto en el caso de colaboración con la justicia tal y como prevé el artículo 58-ter de la ley penitenciaria. Gráficamente: es de resaltar una normativa penitenciaria altamente restrictiva para con ciertas formas de criminalidad que con todo, sigue incentivando la colaboración procesal a través de maniobras de presión a través de las cuales el penado pueda cambiar su status penitenciario; botón de muestra es comúnmente conocido como el régimen del 41 bis o «cárcel dura» en cuya esencia se le limitan al penado no sólo los beneficios penitenciarios sino los paseos en el patio, las comunicaciones con el exterior y el contacto con el resto de penados.

La legislación premial italiana no ha estado exenta de críticas desde sus orígenes. En este sentido, si bien es cierto que se ha demostrado como un eficaz instrumento político-criminal en singulares aspectos de la criminalidad más opaca y huidiza, especialmente la mafiosa regida por el vínculo de *l'omertà*, no lo es menos que hoy en día incluso sus más firmes seguidores patrocinan una reformulación de fenómeno de la colaboración procesal de los arrepentidos⁴⁶.

Con todo, uno de los aspectos que resulta significativamente afectado por el instrumento de la colaboración —tal y como ya expusieramos al tratar esta figura en el sistema estadounidense— es la adquisición y valoración de la prueba de cargo en la fase de juicio oral. La historia judicial italiana ha demostrado que con no poca frecuencia, los arrepentidos manipulan la *verdad de los hechos* a su antojo procesal, recurriendo a maniobras arteras y desleales con un doble propósito: gozar de beneficios penitenciarios y golpear directamente, no tanto al fenómeno criminal del que reniegan, sino a los sujetos mismos que lo componen por rencillas del pasado. En cualquier caso, el riesgo de informaciones falsas o ambiguas es inherente a la propia colaboración que, en su caso, debe ser relativizada por la profesionalidad y experiencia de los investigadores a la hora de dar mayor o menor veracidad a las informaciones⁴⁷. Se trata de combinar en muchas ocasiones declaraciones personales de los protagonistas con elementos periféricos y objetivos que los propios investigadores recaben a fin de dotar de mayor credibilidad a la colaboración.

Concluyendo: ¿qué valoración probatoria hemos de otorgar a estas declaraciones especialmente en aquellos casos en que el arrepentido, por miedo o presiones, no ratifica en el plenario las declaraciones prestadas en la instrucción o, simplemente, hace uso de su derecho a no responder a pregunta alguna de la acusación?

En estos casos el coimputado tendrá la doble condición de acusado y testigo. No operando el *ius tacendi* respec-

to del resto de acusados, y si en relación consigo mismo como elemento integrante de su derecho de defensa, tendrá por ende la obligación de responder a las preguntas que le formule la acusación respecto de la participación del resto de coacusados en relación con los aspectos en los que él no hubiera intervenido criminalmente⁴⁸.

En definitiva: las medidas que se introdujeron en Italia han sido de suma eficacia en la represión del terrorismo y del crimen organizado de corte mafioso. Los resultados no han podido ser mejores: la desaparición de las Brigadas Rojas (organización terrorista revolucionaria italiana) y el desmantelamiento de un gran número de grupos mafiosos, localizados esencialmente en la región de Sicilia. El mayor ejemplo de éxito institucional contra el crimen organizado lo pudimos comprobar en el *maxiprocesso* de Palermo de 1986, impulsado por el célebre Juez Giovanni Falcone en la instrucción del mismo y en el que gracias a un testigo arrepentido, Tommaso Buscetta, se pudo encarcelar a más de 400 mafiosos, muchos de ellos con enorme poder dentro de la *Cosa Nostra*.

3. El estado de la cuestión en Alemania

En Alemania, a partir de los años setenta, se inicia —al igual que Italia mediante leyes de emergencia— una serie de cláusulas premiales en las diferentes normas que regulan la lucha contra la delincuencia de tipo asociativo.

Hasta el 1 de enero del año 2000, existían únicamente reglas de esta suerte en materia de crimen organizado, estableciéndose a la sazón supuestos diferentes entre los delitos de pertenencia a asociación terrorista de los de integración a asociación criminal organizada en general. Para el delito de pertenencia a una organización terrorista, se introdujo la figura del colaborador con la justicia por Ley de 18 de agosto de 1976⁴⁹, como respuesta a la grave situación nacional de violencia te-

46 De esta suerte, para MUSCO se arguyen las siguientes razones: de índole ética pues la delación puede ser causa de inculpación de inocentes; en segundo lugar, la relativización de los arrepentidos en la derrota del terrorismo político; en tercer lugar, la ruptura de la dialéctica y los equilibrios procesales; en cuarto lugar, la instrumentalización política de este tipo de declaraciones para «pescar» en otras aguas y, con ello, hacer política con la judicatura. MUSCO, E., «Los colaboradores de la justicia entre el "pentitismo"...», cit., pp. 38-39.

47 *Ibidem*, p. 42.

48 Esto es lo que se conoce en Italia como «testimonio técnicamente asistido» (*testimonianza tecnicamente assistita*), introducida por Ley nº 63, de 1 de marzo de 2001, modificadora del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal en materia de formación y valoración de la prueba, en desarrollo de la Ley constitucional de reforma nº 2, de 23 de noviembre de 1999, del artículo 111 de la Constitución. Recibe este nombre porque si bien el coimputado ostenta la condición de testigo, al ser sujeto pasivo del proceso debe estar asistido de Letrado cuando preste la deposición. Sobre *testimonianza assistita* vid. SANNA, A., «L'esame dell'imputato sul fatto altrui, tra diritto al silenzio e dovere di collaborazione», en *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, nº 2, 2001, pp. 462-502 y DANIELLE, M., «Lacune nella disciplina sulla testimonianza assistita», en *Cassazione penale*, nº 2, 2005, pp. 713-721.

49 *Bundesgesetzblatt I*, 1976, 2181.

rorista a raíz de los atentados llevados a cabo durante la década de los 70 y 80 de la Fracción del Ejército Rojo (RAF), en cuya virtud se extendían las normas premiales previstas para las asociaciones criminales a las organizaciones terroristas.

Años más tarde, se modificó por el art. 4 de la *Gesetz zu Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten* (KronzG) de 9 de junio de 1989, por la que se incorporó la denominada *Kronzeugenregelung* (Regla del testigo principal, es decir, una figura similar al «testigo de la corona»)⁵⁰. Esta nueva institución poseía un mayor alcance que su predecesora, pues su contenido se circunscribía no sólo al delito de pertenencia a asociación terrorista sino también a los delitos cometidos a través de la misma.

Posteriormente, se introdujo una figura similar para la asociación criminal general a través de la *Verbrechensbekämpfungsgesetz* de 28 de octubre de 1994, que añadía un apartado 5º al art. 4 de la Ley de 9 de junio de 1989 antes mentada. En este caso, el premio consistía en abstenerse de la persecución penal, atenuar la pena o renunciar a la misma.

Estas reglas tenían un carácter temporal, siendo el *dies ad quem* hasta el 31 de diciembre de 1999; con todo, debido a su poca utilidad práctica, se decide renunciar a su promulgación con carácter permanente, quedando por tanto actualmente derogada.

El hecho de que se decidiera prescindir de tales instrumentos, no quiere decir que no se formule en Alemania ninguna figura premial. Actualmente, encontramos su regulación en el Código Penal (*Strafgesetzbuch*, StGB), quedando circunscrita al crimen organizado en todas sus manifestaciones.

De esta guisa, en el § 129 StGB se regula el delito de pertenencia a asociación criminal, facultando al juez a atenuar la pena del autor si lo estima conveniente conforme al § 49.2 StGB, siempre que se cumplan los requisitos del nº 6 del § 129, que son los siguientes:

a) Que efectúe voluntaria y sinceramente esfuerzos para prevenir la continuación de la organización o la comisión de algún delito que constituya su objeto; o

b) Que revele voluntariamente el conocimiento de la planificación de delitos a una autoridad con el suficiente tiempo para prevenir la comisión de esos delitos.

En el supuesto de que se logren los objetivos de desmantelación de la asociación criminal o de prevención de la comisión de los delitos planificados por la misma, entonces el «delator» no incurrirá en responsabilidad criminal.

También se prevé después de la controvertida reforma del Código Penal de 22 de agosto de 2002 una disposición similar para las asociaciones criminales y terroristas en el extranjero (§129b StGB)⁵¹.

No sólo la figura del arrepentido está prevista para el terrorismo, sino también para los integrantes de redes de narcotráfico. Esta modalidad de atenuación no está en la StGB sino en una ley especial: en la *Betäubungsmittelgesetz* de 28 de julio 1981 (BtMG)⁵², cuyos §§ 31 y 31a facultan al juez para atenuar la pena e incluso, declarar su remisión total a favor del colaborador con la justicia. Asimismo, se puede apreciar una regulación premial respecto del blanqueo de capitales en el § 261 (cfr. nº IX y X) del Código Penal —introducido por la ley contra el crimen organizado de 1992 anteriormente citada—, que permite al juez reducir la pena o eximir de ella al culpable que contribuya esencialmente al descubrimiento del hecho propio o de otro revelando voluntariamente lo que conozca.

En buena lógica, el denominado «testigo principal» fue suprimido por las dudas morales y procesales que generaba su aplicación, y todo ello en consonancia con el hecho de que durante el período de vigencia del mismo ningún integrante de la RAF se acogiera a la oferta estatal de rebaja de la pena. Esta coyuntura pretirió el carácter temporal de tal institución, quedando finalmente abolida, pese a que un determinado sector político reclamó una prórroga en su aplicación⁵³. De hecho, si bien es cierto que la figura

50 Modificado por una posterior Ley de 16 de febrero de 1993 que prorroga la vigencia de la anterior, en principio prevista temporalmente hasta el 31 de diciembre de 1992. Sobre las *Kronzeugenregelungen* en el Derecho alemán cfr. JUNG, H. «Der Kronzeuge-Garant der Wahrheitsfindung oder Instrument der Überführung?», en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, nº 2, 1986, pp. 38-42; BERNSMANN, K., «Kronzeugenregelungen des geltenden Rechts», en *JuristenZeitung*, 1988, pp. 539-545; HASSEMER, W., «Die Kronzeugenregelung», en *Strafverteidiger*, nº 2, 1989, pp. 79-80; MÜHLHOF, U., PFEIFFER, C., «Der Kronzeuge-Sündenfall des Rechtsstaat oder unverzichtbares Mittel der Strafverfolgung?», en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, nº 33, 2000, pp. 121-127.

51 *Strafänderungsgesetz*, *Bundesgesetzblatt* de 29 de agosto de 2002-I, 3390.

52 *Bundesgesetzblatt*, 1981, 681, en vigor con una serie de reformas desde el 1 de enero de 1982.

53 CANO PAÑOS, M.A., «¿Clemencia o justicia?: Sobre las reticencias existentes en Alemania a la hora de poner en libertad a los últimos terroristas de la RAF», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, disponible en: http://www.indret.com/pdf/424_es.pdf

del *Kronzeugenregelung* ha desaparecido, no es menos cierto que en la legislación penal se han mantenido otras figuras premiales similares para estos casos. Y en cierto modo, han sido muy aplicadas por los tribunales alemanes, especialmente en lo atinente a las organizaciones de narcotráfico, pues desde 1982 —fecha de aprobación de las medidas premiales en esta materia— hasta 1998 han sido utilizada por los órganos jurisdiccionales teutónicos 6000 veces⁵⁴.

IV. Sistema premial en España

Es lugar común entre los penalistas cifrar en la protección preventiva de bienes jurídicos la función esencial del Derecho penal; en esta coyuntura discursiva, el peligro para el bien jurídico protegido reside en la tentativa. El comportamiento humano, desde que irradia sus primeras intenciones criminales hasta que lesiona el interés protegido discurre en el camino al delito desde su inicio hasta su terminación⁵⁵. Brevemente: el delito hasta su consumación, atraviesa diferentes fases; en alguna de ellas, pueden producirse una serie de reflexiones de diversa índole en el sujeto activo, que motiven un arrepentimiento respecto a su conducta punitiva. En términos temporales y materiales, el primer estadio de ejecución delictiva antes de llegar a la lesión al bien jurídico protegido es la tentativa; y antes de la consumación el sujeto activo puede desistir voluntariamente de proseguir el *iter criminis* en cuyo caso la conducta por razones político-criminales es atípica. La figura del desistimiento voluntario está regulada en el apartado tercero del artículo 16 del Código Penal, exigiéndose un desistimiento activo del sujeto a la hora de regresar del camino a la consumación y evitar la misma⁵⁶. Obvio es reseñar que un análisis detallado de esta suerte de

«arrepentimiento primario» excede de las pretensiones del presente estudio, lo cual no empece a su mención a título introductorio.

La presente investigación, como es conocido, pretende analizar aséptica y críticamente el conjunto normativo premial español de los llamados comúnmente —y de progenie itálica— «arrepentidos», como mecanismo de lucha contra el crimen organizado. La figura legal del arrepentido que colabora con la justicia⁵⁷, está regulada, *in primis*, como atenuante genérica en el artículo 21.4 del Código Penal, y por otra parte, en la Parte Especial del mismo, en el delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas (art. 376), en el delito de cohecho (art. 427) y en el delito de terrorismo (art. 579 apartado tercero)⁵⁸.

1. Regulación actual

Históricamente, nuestro legislador patrio concibió esta atenuante bajo el paraguas de la espontaneidad en el arrepentimiento postdelictual.

El Código Penal de 1995 introdujo el contenido esencial de atenuación así concebido en dos atenuantes diversas: las circunstancias 4ª y 5ª del artículo 21 del Código Penal; implicando las mismas la confesión de la infracción a las autoridades —el antiguo arrepentimiento— y la reparación del daño causado en el patrimonio material o moral de la víctima.

El fundamento de atenuación de la confesión de la infracción a las autoridades trae causa de un requisito temporal muy preciso: la confesión del delito una vez consumado. Siguiendo el criterio interpretativo de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo⁵⁹, los requisitos que han de integrar la confesión serían:

(fecha de consulta: 18 de agosto de 2009). Creemos que ese sector político sí ostentó una perspectiva histórica y política de suma lucidez hasta entonces inédita, interesando no sólo instrumentos punitivos sino con instrumentos con clara vocación político-criminal.

54 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003)», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 7, 2005, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf> (fecha de consulta: 18 de agosto de 2009).

55 Acerca de la terminación del delito cfr. BORJA JIMÉNEZ, E., «La terminación del delito», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 48, nº 1, 1995, pp. 89-185.

56 PÉREZ FERRER, F., *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español*, ed. Dykinson, Madrid, 2008, pp. 85-100; MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, ed. Bosch, Barcelona, 1972, pp. 67-68.

57 Por tal colaboración, ha de entenderse la procesal, que tal y como hemos definido *supra* en la experiencia premial italiana, y por la que nuestro país ha optado expresamente, se opone a la sustancial, propia de los Estados Unidos, y en cuya esencia la discrecionalidad de la acción penal reconfigura con perfiles muy propios y singulares la institución con clara vocación político-criminal.

58 Se prevé también en nuestro Código Penal para los delitos contra la Hacienda Pública (art. 305.4 CP), contra la Seguridad Social (art. 307.3 CP) y de fraude de subvenciones (art. 308.4 CP) una excusa absolutoria para el culpable que regulariza la deuda contraída con la Administración tributaria o con la Seguridad Social o devuelve el dinero de la subvención defraudada. Sin embargo no vamos a analizar estas conductas, puesto que exceden de nuestra investigación, ya que la misma se halla centrada en el premio a la colaboración procesal como instrumento de lucha contra el crimen organizado.

59 SSTS nº 43, de 25 de enero de 2000; nº 1044, de 7 de junio de 2002; nº 1946, de 17 de marzo de 2003.

a) La existencia de un acto de confesión de la infracción;

b) La culpabilidad del sujeto activo de la confesión;

c) La veracidad de la confesión, es decir, la corroboración que una parte importante de tal declaración es cierta;

d) La realización de la confesión ante Agente de la autoridad o funcionario público cualificado para recibirla;

e) La concurrencia del requisito cronológico, consistente en que la confesión no tendrá que haberse efectuado antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él⁶⁰.

No obstante ello, sin lugar a dudas, el aspecto dogmático más interesante y a la sazón controvertido, al socaire qué duda cabe de la reticencia de nuestra jurisprudencia a descensos penológicos sustanciales, es la consideración de la atenuante como muy cualificada. Esto es: los criterios que han de concurrir en el caso concreto para que la circunstancia sea valorada como tal.

La jurisprudencia al respecto ha sido uniforme al exigir como requisito para estimar la cualificación que el sujeto activo del hecho delictivo haya desplegado la conducta exigida para la estimación de la atenuante pero «con una intensidad superior a la normal»⁶¹. De esta guisa, la atenuante muy cualificada será aquella que logre adquirir un grado superior en relación con la normal o no cualificada, debiéndose apreciar para determinar su concurrencia: las circunstancias del culpable, los antecedentes o incidentes del hecho y cuantos elementos sean susceptibles de informar concretos méritos en la conducta del culpable⁶².

Dicho lo cual, es de apreciar en la *praxis* la indiferencia ante estas actitudes sentidas por el delincuente —psicológicamente muestra un remordimiento por la comisión del delito y desea expiar su castigo—, pues escasa jurisprudencia apenas toma en consideración ese grado de pretensión reparadora —siquiera de carácter moral—, confesando el crimen antes de que las autoridades tengan conocimiento del mismo, y ayudan-

do en suma a averiguar todos los detalles sobre la ejecución del mismo.

Queda claro que esto choca con una justicia penal resocializadora. Si lo que pretendemos es la reinserción del delincuente en la sociedad en el ecosistema preventivo propio de la pena, qué mejor reinserción que dar un «premio» a aquéllas personas que realmente han mostrado un arrepentimiento psicológico en su actividad criminal sin obviar, claro está, el componente afflictivo y de certeza de la pena.

La práctica a nuestro entender es desoladora; pocos jueces son dables a la aplicación de este precepto por la ausencia de una cultura de la reparación del daño y de la colaboración de la justicia.

A modo de ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 10 de Valencia, de 13 de julio de 2009. Esta resolución considera improcedente la apreciación de la atenuante como muy cualificada en razón de la ambigüedad del relato fáctico del acusado, sin tener en cuenta que constituyó la única fuente irrepetible de la resolución del delito. En pocas palabras: sin tal confesión el delito habría quedado impune. Luego creemos que más que los detalles que hayan de proporcionarse acerca de la dinámica fáctica del delito, ha de tomarse en consideración a los efectos de la meritada atenuante, el puro y simple hecho del cual nace la resolución del delito: que las manifestaciones que vinculen al acusado con los hechos resueltos y juzgados sean objetivamente consideradas como ajenas a un presunto interés del acusado en obtener una rebaja penológica «gratuita»; así las cosas, si un sujeto confiesa la infracción a las autoridades en la inteligencia de que éstas difícilmente van a resolverlo, se entiende que el mismo es un arrepentimiento espontáneo, activo, sincero y totalmente ajeno a cálculos penitenciarios. Haciendo un razonamiento económico, el coste de confesar dicha infracción es superior al beneficio penológico previsto por la atenuante. Con lo cual, nos parece no sólo contraproducente político-criminalmente sino dogmáticamente incorrecto, presumir una rebaja penológica de un gra-

60 SOLAZ SOLAZ, E., «Informe de jurisprudencia: la circunstancia atenuante de confesión», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 14, 2005, p. 82.

61 SSTS nº 1069, de 22 de julio de 2003 y nº 647, de 17 de abril de 2000.

62 SOLAZ SOLAZ, E., «Informe de jurisprudencia: la circunstancia atenuante...», cit., p. 86. Como matiza la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1116, de 24 junio de 2000: «En los casos en que nos encontramos ante un supuesto de colaboración y auxilio con la Administración de Justicia, es necesario valorar las circunstancias y contenido de las confesiones y su incidencia sobre el desarrollo de la investigación procesal en marcha. La cualificación viene determinada por la espontaneidad y claridad de las manifestaciones y por el hecho de haber facilitado datos que, de otra forma, no se hubieran conocido o hubiera sido difícil conocer por las autoridades encargadas del caso. Por otro lado, la declaración tiene que ser plena y sin matices que enturbien las operaciones de investigación, facilitando todos los detalles necesarios para esclarecer los hechos».

do, si bien lamentablemente esto constituye una práctica habitual en la jurisprudencia menor de este país. A nuestro juicio, esta *praxis judicial* no es ni valiente político-criminalmente hablando ni la prevención general y especial de la pena sale bien parada.

Junto a la atenuante genérica de confesión del delito, acabada de analizar, como ya hemos mencionado, se reconocen tres atenuantes especiales, que se incardinan en tres ámbitos netamente propios de la criminalidad organizada: narcotráfico, corrupción y terrorismo.

Todas estas figuras son imprescindibles para la lucha en España contra la delincuencia organizada. En nuestro Código Penal, la colaboración procesal queda bien delimitada respecto a los integrantes de dos clases de grupos criminales asociativos: redes de narcotráfico y organizaciones terroristas. Al no existir un precepto penal —como sucede en Italia con la tipificación del delito de «asociación de tipo mafioso» en el art. 416-bis del *Codice Penale*—, en nuestro Código que castigue con carácter general la pertenencia a una organización criminal mafiosa, y se regule una figura premial a tal fin, este escollo quedará salvado con la aplicación por un lado del art. 427 CP, al tratarse el delito de cohecho una figura encallada en las prácticas de corrupción —estrategia utilizada por la mafia en aras a conservar y salvaguardar su organización—, y el art. 21.4 CP, por tratarse de una atenuante genérica proyectada a todo tipo de delitos, se podrá extender su aplicación a los miembros de clanes mafiosos.

Hemos explicado la atenuante genérica del art. 21.4, a continuación analizaremos estas atenuantes «especiales», que por razones de sistemática penal, comenzaremos con el delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas.

Con el art. 376 CP, se introduce en España por vez primera, una norma que premia la colaboración procesal por delitos diferentes a los de terrorismo. El Código Penal de 1995 extendió el premio a la colaboración con la justicia a los delitos relacionados con el tráfico de drogas, parificando a nivel de recompensa tanto el terrorismo como el tráfico de drogas, que en puridad, si bien son dos realidades criminológicas que responden a causas diversas, los últimos estudios empíricos han desvelado en materia criminológica la convergencia de objetivos en materia económica.

En consecuencia, no es de extrañar que se trate de una norma idéntica al art. 579.3 CP —colaboración

procesal en materia de delitos de terrorismo—, siendo idénticos los requisitos establecidos en ambos preceptos para poder beneficiarse de una atenuación de la pena en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate. Así las cosas, el Juzgador podrá rebajar la pena en uno o dos grados cuando concurran las siguientes circunstancias:

a) que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado; y

b) que además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.

El art. 376 se proyecta sobre los delitos en materia de narcotráfico previstos en los arts. 368 a 372 del CP. De esta forma, la disposición parece hacer referencia también a los delitos cometidos de manera individual, pero más bien parece destinada a los crímenes cometidos en forma asociativa⁶³. De esta suerte, la figura premial de la delación surtirá efecto no tanto por la información dada por el delincuente individual acerca de los detalles de su infracción penal, como por la revelación efectuada por un miembro de una asociación delictiva de una entidad tal que sirva para dismantelar un grupo criminal.

El siguiente tipo de colaboración procesal lo encontramos en relación con el delito de cohecho en el art. 427 CP. A los sentidos de esta disposición —configurador de un tipo penal en el que coexisten al mismo tiempo rasgos de la concusión italiana y de la corrupción—, estará «exento de la pena el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos».

En sede de derecho interno, son de mentar una serie de singularidades acerca del contenido del art. 427 CP:

a) No cabe esta excusa absolutoria en la tentativa, sino en un delito ya consumado;

63 VALLE MUÑIZ, J.M., FERNANDEZ PALMA, R., «Art. 376», en AA. VV., *Comentarios al Código Penal* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.) (coord. MORALES PRATS, F.), vol. 2, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008. p. 1034.

b) La denuncia debe ser interpuesta antes del inicio del procedimiento y con un plazo de sólo diez días después de la consumación del delito. Además, la denuncia ha de ser presentada ante los órganos jurisdiccionales penales, Ministerio Fiscal o autoridades policiales. En caso contrario, no será de aplicación esta excusa absolutoria de la pena, no sirviendo la mera denuncia ante un funcionario administrativo, pues este hecho en cierto modo es ajeno a que el hecho pudiera acabar o no en la Jurisdicción Penal⁶⁴.

Según ORTS BERENGUER y VALEIJE ÁLVAREZ, con este precepto se concitan los siguientes efectos: un incentivo a la ruptura del *pactum sceleris* en el delito de cohecho⁶⁵; la posibilidad para el ciudadano —el cual temía conductas discriminatorias o vejatorias por parte de la autoridad o funcionario público— de no padecer perjuicios con la denuncia, renunciando a consignar la dádiva o el precio que se le solicita; la evitación de la impunidad de las conductas corruptas, si bien no faltan los supuestos de chantaje en manos de particulares⁶⁶.

En nuestra opinión, esta disposición penal va más allá de los incentivos referidos por los mencionados autores: su finalidad va a estar relacionada, como ya hemos apuntado, con la lucha contra el crimen organizado.

Los delitos relacionados con la corrupción van íntimamente ligados a la delincuencia transnacional, pudiéndose incluso llegar a afirmar que no se puede luchar contra el crimen organizado, si no se sitúa primero la corrupción⁶⁷. Por esto mismo, entendemos que este precepto constituye un elemento muy importante en

la lucha contra las mafias. No disponemos de ninguna norma que regule la colaboración premial en materia de crimen organizado en general. De hecho, la única disposición existente en nuestro Código referente al crimen organizado es el art. 515 referente a las «asociaciones ilícitas», estableciéndose la penalidad sobre pertenencia a las mismas en los arts. 516-521.bis CP, sin que se vislumbre atisbo alguno de precepto que haga alusión a aquélla.

Es por ello que el art. 515 es únicamente funcional a los efectos del presente estudio para extraer los elementos mínimos necesarios que traen causa del crimen organizado: la existencia de más de dos personas, y la finalidad de cometer actos delictivos.

Empero a nuestro juicio la perspectiva del legislador es insatisfactoria. *In primis*, se excluyen de su ámbito objetivo los grupos que promuevan delitos contra la salud pública, corrupción administrativa y blanqueo de capitales; es decir: una clara alusión a las mafias, instrumentos funcionales al fin primordial de este tipo de organizaciones: el lucro económico paralegal. Carencia que echamos de menos, sobretodo entendiéndolo el panorama delictivo actual, en el que la mayoría de las mafias detectadas en Europa mantienen vínculos en España⁶⁸.

Como ya ha sido cumplidamente explicado, se ha pasado incomprensiblemente por alto la inclusión del derecho premial en materia de crimen organizado en general, pues un país como el nuestro, azotado por el terrorismo, no podía obviar una colaboración procesal en la lucha contra el terrorismo que propendiese a la deserción de sus miembros⁶⁹.

64 STS nº 713, de 30 de mayo de 1995.

65 Entendido como un concierto de voluntades en la que intervienen dos personas, coetáneo, inicial o sobrevenido a la acción, expreso o tácito, pero a pesar de participar dos sujetos, el delito es considerado unilateral, pues cada uno de ellos responderá por su propio hecho criminal (es decir, por cohecho activo o por cohecho pasivo) sin que en ningún caso sean de aplicación las reglas relativas a la coparticipación criminal establecidas en nuestro Código Penal.

66 ORTS BERENGUER, E., VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Delito de cohecho», en AA. VV., *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. VIVES ANTÓN, T.S.), vol. 2, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1841.

67 Piénsese sobre todo en materia urbanística, histórica levadura criminal de las mafias, que ven en el cemento un negocio muy útil como «lavadoras» de dinero, sobornando mediante dinero o dádivas a los funcionarios públicos que tengan competencias en materia urbanística para llevar a cabo las consabidas recalificaciones y, consecuentemente, la construcción de edificios por sus empresas. Sobre la relación entre la corrupción administrativa y la delincuencia organizada, vid. GARCÍA ESPAÑA, E., *El premio a la colaboración con la justicia: especial consideración a la corrupción administrativa*, ed. Comares, Albate (Granada), 2006, pp. 20-28.

68 Para más información sobre el asentamiento de las mafias en España vid. «Interpol considera a España como un paraíso de mafias internacionales», disponible en: <http://www.belt.es/noticias/2005/abril/13/mafias.htm> (fecha de consulta: 17 de agosto de 2009).

69 Las medidas premiales para el delincuente terrorista tenían ya un precedente en nuestro Derecho: el art. 174 bis c) del Código Penal de 1973. Posteriormente las previsiones contenidas en este Código Penal pasan a ser reguladas por el art. 6 de la Ley Orgánica nº 9, de 26 de diciembre de 1984 de medidas contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas o rebeldes (BOE nº 3, de 3 de enero de 1985). Como colofón final al previo Código Penal de 1995, por Ley Orgánica nº 3, de 25 de mayo de 1988, de reforma del Código Penal (BOE nº 126, de 26 de mayo de 1988), introduce un nuevo precepto que regula esta cuestión: el art. 57.bis.b). Acerca de los precedentes anteriores al vigente Código Penal de 1995 sobre colaboración de la justicia en sede de terrorismo, es aconsejable consultarse VERCHER NOGUERA, A., *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco: Legislación y medidas*, ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991, pp. 349-392.

Dicha colaboración viene recogida en el art. 579.3 CP, medida premial que viene establecida en base a razones utilitarias de carácter político-criminal, a saber, prevención de futuros delitos y descubrimiento de los ya cometidos⁷⁰. A todo ello podríamos añadir que, con esta figura, se logra la consecución de fines de prevención general, pues se contrarresta el mal ejemplo ocasionado por el hecho criminal, y de prevención especial, al favorecerse la reinserción del terrorista que desea abandonar la organización⁷¹; ni qué decir que con esa reinserción, hemos anulado la existencia de un delincuente peligroso preparado para cometer futuros actos criminales.

El beneficio que se obtiene por esa colaboración y abandono de la actividad terrorista, al igual que en los delitos contra la salud pública relativos a narcotráfico, consiste en la atenuación de la pena en uno o dos grados, a criterio del juzgador, atenuación que no es obligatoria, sino facultativa. Con respecto a su más inmediato antecesor, el art. 57.bis.b), ha desaparecido la posibilidad de remisión total de la pena. Cuestión a nuestro entender sumamente criticable. Si tenemos presente que España actualmente tiene dos amenazas terroristas, ambas de suma peligrosidad, cuales son: ETA y Al-Qaeda, con este tipo de medidas de remisión de la pena —eso sí, condicionada a que el reo no vuelva a cometer ningún delito relacionado con el terrorismo— se lograría en cierto modo, salvar los obstáculos que muchas veces tienen este tipo de delincuentes a la hora de abandonar los grupos criminales a los que pertenecen, y colaborar con las autoridades, consiguiéndose así una mejor justicia penal.

Tras la reforma en 2003 del Código Penal, de los arts. 376 y 579, desapareció el presupuesto de presentación ante las «autoridades confesando los hechos en que hubiera participado y haya colaborado activamente con éstas». Esto puede hacer pensar que se elimina un obstáculo en aras a la consecución de la colaboración

procesal en el ámbito del crimen organizado. Nada más lejos de la realidad. La eliminación de esa traba tiene como contrapartida la imposición de una barrera de carácter penitenciario que, en cierto modo, dificulta o impide el ejercicio de la colaboración procesal.

Con la Ley Orgánica 7/2003 cambian los presupuestos para acceder al tercer grado penitenciario y, en consecuencia, a la libertad condicional. Así, «los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de crímenes especialmente graves, se refieren siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias».

De esta forma, los requisitos exigidos para la obtención de beneficios penitenciarios aparecen fuertemente endurecidos. Así, lo podemos apreciar en los arts. 78.3 CP, 90.1.c) CP y 72.6 Ley General Penitenciaria⁷².

Observando el sistema de aplicación del sistema de excepcional de ejecución de penas, en los supuestos de reos terroristas y por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, el legislador les ha impuesto la «obligación» de colaborar correctamente con la Justicia y mostrar auténticas evidencias psicológicas de arrepentimiento, para acceder al tercer grado penitenciario y en suma a la libertad condicional.

A esta restricción legal, se le une otra de carácter interpretativa-jurisprudencial: la conocida «doctrina Parot». En virtud de esta doctrina asentada por el TS en Sentencia nº 179, de 28 de febrero de 2006, se entiende que la reducción de penas por beneficios penitenciarios (trabajos, estudios, buena conducta dentro de la prisión...) se aplica respecto de cada una de ellas individualmente, y no sobre el máximo legal permitido de permanencia en prisión (la sentencia viene referido al límite penológico máximo de permanencia en centro penitenciario de 30 años pues era de aplicación a este caso el Código Penal de 1973)⁷³.

70 La gran mayoría de la doctrina apoya esta tesis utilitaria en la introducción del art. 579.3 en el Código Penal de 1995. En este sentido: LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, ed. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985, pp. 321-322; CUERDA ARNAU, M.L. *Atenuación y remisión de la pena...*, cit., pp. 322-323; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del "arrepentido"», en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5, 1996, p. 1464; QUINTANAR DIEZ, M., *La justicia penal...*, cit., pp. 284-285; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. *El colaborador con la justicia: aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del "arrepentido"», ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 47.*

71 CUERDA-ARNAU, M.L., *Atenuación y remisión de la pena...*, cit., pp. 334-352.

72 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre (BOE nº 239, de 5 de octubre de 1979), apartado añadido al art. 72 por Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio.

73 El TS se pronunció en esta sentencia sobre un recurso presentado por el terrorista etarra Henri Parot, interpuesto frente a un auto de la Audiencia Nacional, sobre acumulación de penas y la forma de computar sus numerosas condenas. El Supremo en esta sentencia se pronunció acerca de la mentada acumulación pero también sobre la aplicación de los beneficios penitenciarios que permitan la redención de una parte de las penas en el supuesto de acumulación de condenas. Esta doctrina ha venido aplicándose posteriormente a otros casos equiparables en los que los acusados tenían penas de cárcel muy elevadas por el tipo de delitos que habían cometido, aludiéndose siem-

Ante semejante panorama, existe una contradicción en el sistema premial en sede de terrorismo. Por un lado, tenemos una atenuación de la pena en el art. 579.3 CP, y por otro, se le constriñe a la colaboración si quiere disfrutar del tercer grado penitenciario con la mirada puesta en la adquisición de la libertad provisional, si bien, aplicándose la «doctrina Parot», ese tercer grado penitenciario queda lejos de alcanzarse, siendo poco menos que una quimera. En suma, la colaboración voluntaria como mecanismo de lucha contra el terrorismo nacional de ETA es prácticamente inane en nuestro país por la ausencia total de estímulos de beneficios penológico y penitenciario que hagan plausible la colaboración activa. Es claro que un miembro de esta organización terrorista que se sienta verdaderamente arrepentido, que se quiera disociar y ejemplos no faltan como María Dolores González Catarín «Yoyes» o Soares Gamboa), y que proporcione una colaboración activa en el conocimiento de esta organización, puede ser un instrumento esencial en la lucha contra esta organización terrorista.

Esta atenuante es «tirar la piedra y esconder la mano». El problema actual que existe en nuestro país viene dado por la consideración del delito desde una óptica exclusivamente penal, obviándose el resto de disciplinas que se ocupan del mismo: la sociología, la psicología o la criminología. El delito no tiene única y exclusivamente una vertiente penal, sino que es en cierto modo, un componente social al que hay que dar una solución por el bien de la comunidad. No basta sólo con el castigo del culpable, sino que hay que poner en práctica respuestas elaboradas por esas otras disciplinas científicas para prevenirlo, combatirlo y, en consecuencia, disfrutar nuestra sociedad de una mejor calidad de vida si disminuye la delincuencia.

El obstáculo a una política criminal que aglutine todas estas disciplinas científicas obedece al hecho de que los gobiernos se han acomodado a gobernar «sólo» con leyes penales, contentando a la población, en cuya mente aún persiste «el ojo por ojo y diente por diente», dirigiendo la política criminal de los países la propia ciudadanía con sus exigencias de sed de venganza, instaurándose así lo que ha venido en denominarse «populismo punitivo», y abandonando la cordura los gobiernos en la prevención del delito.

Esta es la suerte que está corriendo en España el arrepentimiento. El «populismo punitivo» instaurado en la sociedad de nuestro país, imposibilita el hecho de que un «etarra» pueda obtener beneficios penales y penitenciarios a cambio de una colaboración con la justicia. La sociedad no entendería esta cuestión, es un no-ciudadano, un enemigo del pueblo. Pero lo que no comprende es que con esa actitud se estarían previniendo nuevos delitos, y se lograría unos mejores resultados en la lucha contra esa organización terrorista criminal. Digamos que «el árbol impide ver el bosque».

Tal vez pudiera considerarse que esa figura no se introduce en España, tal y como señalan diferentes recomendaciones internacionales, por contrariar determinados principios consagrados en nuestra Constitución, tales como el principio de presunción de inocencia, el de igualdad y el de proporcionalidad de las penas.

Nada más lejos de la realidad. Esbozar estos argumentos en contra de esta figura de evidente prevención delictual es falsear y boicotear un instrumento legítimo y eficaz contra el crimen organizado, tal y como se ha demostrado en otros países de gran calado democrático.

2. Tensiones reales sociales y penales

El legislador español en estos momentos concibe el Derecho penal como un Derecho al castigo, en el que se pueden inferir determinados signos del peligroso Derecho penal del enemigo. Estamos en presencia de la regla fundamental del orden social primitivo que domina plenamente la conciencia social del hombre primitivo: la retribución; el bien se pagará con el bien y el mal se ha de pagar con el mal⁷⁴.

Creemos que esta no es la política correcta a la hora de forjar el Derecho penal, pues este siempre ha de girar en torno dos ejes fundamentales: la protección de bienes jurídicos, tanto individuales como sociales, y el de llevarlo a cabo de forma preventiva. Se ha de «evitar la lesión de tales bienes o, una vez lesionados, procurar la no reiteración o no reincidencia en la lesión (un Derecho penal, *ut non peccetur*)»⁷⁵.

Dicho esto, la pregunta clave será cómo puede llevarse a cabo esa protección. Siguiendo a HERRERO HERRERO, las soluciones vendrían dadas por:

pre por los tribunales la utilización de esta nueva línea jurisprudencial como «doctrina Parot». Si se desea ampliar conocimientos acerca de esta nueva forma de computar los beneficios penitenciarios y la acumulación de condenas es interesante consultar a SANJUÁN GARCÍA, P., «La redención de penas en la acumulación de condenas: La "Doctrina Parot"», en *Lex nova: La revista*, nº 54, 2008, pp. 26-27.

74 KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, trad. CALSAMIGLIA, A., ed. Ariel, Barcelona, 2006, p. 195.

75 HERRERO HERRERO, C., *Política criminal integradora*, ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 172.

a) Delimitar y configurar las necesarias figuras delictivas;

b) Señalar penas (o medidas de seguridad, en su caso) sintonizantes con la gravedad y el origen del delito, y dejar bien delimitadas las fronteras temporales y espaciales en que la comisión del delito llevaría, en todo caso, su aplicación;

c) Determinar, con exigencia real, los sujetos activos del delito;

d) Integrar en el sistema penal a la víctima⁷⁶.

e) Añadiríamos un apartado más: diseñar políticas criminológicas que se ocupen de desarrollar soluciones preventivas eficaces proyectadas sobre las diferentes variantes de criminalidad existentes en la actualidad.

En el contexto de estas políticas criminológicas preventivas, se ha de propender a la elaboración de disposiciones legislativas en los diferentes ámbitos de la justicia penal: prevención penal, administración de justicia y esfera penitenciaria.

Una figura que tiene cabida en el ámbito de estas políticas criminológicas preventivas lo constituye, sin ningún género de duda, el colaborador con la justicia.

No obstante, somos conscientes de que esta institución puede suscitar una serie de incertidumbres en su aplicación. Una fórmula que quiera resolver político-criminal y dogmáticamente las reservas que levanta este instrumento de colaboración, ha de ser tributaria en nuestra opinión, de una descripción del ámbito objetivo, subjetivo y temporal de los delitos sobre los que ha de desplegar sus efectos, sin que tal circunstancia suponga en absoluto alterar la arquitectura procesal ni la remisión a otro Derecho penal que le haga acreedor de definiciones tan peyorativas como el Derecho penal del enemigo o el Derecho penal de diferentes velocidades. Así las cosas, la colaboración con la justicia debería estar limitada a los delitos que nacen de una primigenia «impunidad» derivada del magma y raíces del que bebe la criminalidad organizada: tráfico de drogas, terrorismo, corrupción y delitos en general cuya investigación supere las fronteras de los países implicados y requiera una colaboración entre jurisdicciones varias. Asimismo, también nos parece aplicable en sede de crímenes contra la humanidad, genocidio y en general crímenes de *lesa* humanidad.

¿Por qué? Porque divisamos que la opacidad e impenetrabilidad de algunas organizaciones hace aconsejable recurrir por razones preventivas y político-criminales a la figura del colaborador con la justicia, para

tratar de determinar con mayor precisión y exactitud las llamadas autorías complejas —aparatos organizados de poder, estructuras en red, difícil a veces discernir donde radica la inducción—; también organizaciones secretas y ancladas en códigos de conducta decimonónicos que hacen imposible el conocimiento *intra muros* de dichas organizaciones —mafia— y, en general, todos aquellos fenómenos criminales globalizados que no tiene un centro de gravedad físicamente definido sino que explotan las fallas del sistema para perpetrar en silencio —aprovechándose de la ausencia de una fuente de prueba genuina— los crímenes que atentan contra los valores fundamentales del sistema.

España es un país en cuyo territorio se asientan diferentes tipos de organización criminal, cuales son: el terrorismo (banda terrorista ETA e internacional de corte *yihadista*), narcotráfico, e incluso tentáculos de la mafia rusa, rumana e italiana (entre otras muchas).

Y es por ello que uno de los instrumentos que consideramos oportuno e idóneo para el desmantelamiento de estas cédulas criminales tan peligrosas es el de la colaboración con la justicia de sus integrantes a cambio de beneficios penales y penitenciarios, así como su tratamiento de testigos protegidos. Este último caso debería implicar la inclusión en un programa de protección de testigos, en el que se velara por su seguridad individual y de las personas de su entorno familiar más próximo, el aseguramiento de su efectiva comparecencia en el acto de juicio oral, para con su testimonio, obtener una prueba de cargo que implicara el castigo de los integrantes de tal organización, y la proporción de una nueva identidad que testimonie una vida nueva.

La cuestión principal sería la siguiente, qué ha de primar, ¿el castigo de todo sujeto activo delincuente? o ¿premiar a un «delator», dejándole sin castigo, o con una penalidad más reducida, a cambio de dejar inoperativo un grupo criminal peligroso, y en consecuencia prevenir de esta manera futuros delitos? Queda claro que para la sociedad en sí, y el sentido común, habría que llevar a cabo la segunda opción.

Sin embargo, mucho nos tememos, que un país como el nuestro no estaría preparado para tal empresa; una sociedad azotada por el terrorismo desde décadas no aceptaría de buen grado que siquiera un miembro se beneficiara de medidas penales y penitenciarias, y no cumpliera íntegramente la pena impuesta en virtud de nuestro vigente Código Penal.

Si lo meditamos fríamente, y no nos dejamos llevar por nuestra sed de venganza, la «impunidad controlada» de un terrorista puede posibilitar el encarcelamiento de todo un comando, o quizá más, de dismantelar la propia organización.

Como sucediera en Italia bajo el reinado del capo mafioso de *Cosa Nostra* Totó Riina (*La Bestia*), la época más cruenta de la mafia contra el Estado con decenas y decenas de muertos entre personalidades del Estado y guerras intestinas entre clanes, la introducción de la figura del arrepentido constituyó el principio del fin del poder militar de *Cosa Nostra*, con ingentes capos mafiosos (*uomini d'onore*) que comenzaron a colaborar con la justicia. Ni qué decir que esta colaboración no sólo permitió la detención de sujetos que vivían en el limbo de la clandestinidad sino el cabal conocimiento de aquellas organizaciones hasta entonces con códigos de conducta cuasi secretos.

No creemos que la mafia desapareciera; aún sigue viva y latente en Italia mas con otro disfraz «invisible», pero sí es cierto que fue un duro golpe y muy efectivo contra su organización que, sin lugar a dudas, constituyó un antes y un después en la lucha contra el crimen organizado. ¿Por qué dejar pasar esta magnífica oportunidad? ¿Por qué no utilizar el «derecho premial» en beneficio de una sociedad más segura?

Una respuesta negativa podría venir dirigida desde los teóricos del Derecho penal; a la sazón, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido estaría incólume y sin castigo: presenciáramos un hecho anti-jurídico, culpable pero no punible. Sin perjuicio de que no se postula una absoluta impunidad sino una penalidad dosificada a la baja en razón de la colaboración salvo supuestos excepcionales de impunidad para fases tiernas del *iter criminis*, no creemos que la función única e irrepetible del Derecho penal se vea preterida en modo alguno. A nuestro juicio, la colaboración con la justicia del arrepentido tiende precisamente a la protección preventiva de bienes jurídicos, sin que la certeza de la pena pierda virtualidad alguna en una continua revisión dialéctica entre la prevención general y la prevención especial.

En definitiva, aplicando el concepto de Justicia de Kelsen, si un determinado modelo de lucha contra la delincuencia se justifica como medio para alcanzar un fin justificable (la desaparición de la misma), esa ten-

sión entre la Moral en general y la Justicia en particular, cede ante la Justicia en aras a alcanzar ese fin justo y razonable en beneficio de la sociedad⁷⁷.

Con estos argumentos creemos que ante el éxito alcanzado en otros ordenamientos jurídicos en la lucha contra el crimen organizado, se debería utilizar este mecanismo combativo en España junto a otros instrumentos consolidados en nuestro ordenamiento jurídico como son los *agentes encubiertos*, de una manera mucho más amplia y no tan restringida como opera hasta el momento, por lo que sería necesario llevar a cabo una serie de modificaciones legislativas al efecto. Pero esto es otra historia.

V. A modo de conclusión: una propuesta de *lege ferenda*

Existen una serie de recomendaciones internacionales dirigidas a la introducción de la figura del colaborador con la justicia especialmente orientadas a los delitos perpetrados por las organizaciones criminales.

Estas sugerencias pretenden incentivar la regulación de los Estados destinatarios de la colaboración del arrepentido con las autoridades judiciales a través del aliciente que puede suponer para un sujeto activo el levantamiento o la atenuación de la pena con relación a este tipo de delitos de especial gravedad y de difícil averiguación que pudiera haber cometido.

Por un lado nos encontramos con la Resolución CE, del Consejo de 20 de diciembre de 1996 sobre *las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada*⁷⁸, en la que se recomienda a los Estados Miembros a animar a las personas que participen o hayan participado en asociaciones para delinquir u organizaciones criminales o en delitos característicos de la delincuencia organizada a colaborar en los procesos judiciales mediante la concesión de beneficios a quienes rompan sus vínculos con la organización delictiva a la que pertenecen, pero a cambio de que se esfuercen en evitar la continuación de las actividades delictivas o ayuden a las autoridades policiales o judiciales a reunir elementos de prueba decisivos para la averiguación de los hechos y la identificación o detención de los culpables. Acompañándose siempre de la adopción de las medidas óptimas

77 KELSEN, H., *¿Qué es justicia?...*, cit., p. 45

78 DOCE C 10, de 11 de noviembre de 1997.

de protección para estos sujetos y para sus familiares y allegados más próximos⁷⁹.

Por otro lado, la Convención de Naciones Unidas sobre Crimen Organizado de 12 de diciembre de 2000 prevé la introducción de medidas que intensifiquen la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley⁸⁰, como la atenuación de la pena en casos de cooperación sustancial (art. 26. 1 y 2) o incluso la inmunidad judicial (art. 26. 3), sin olvidar la necesidad de prever medidas de protección para esas personas similares a las de los testigos (art. 26.4). Una norma idéntica se contiene en la Convención de la ONU contra la corrupción de 2003 (art. 37)⁸¹.

Esbozado brevemente estas recomendaciones provenientes de organismos internacionales de la talla de la Unión Europea y de las Naciones Unidas, observamos como tristemente en España no se ha incluido ni una sola de esas sugerencias.

En nuestra opinión, urge llevar a cabo una modificación legislativa en materia penal, procesal y penitenciaria, con la finalidad de tener una regulación idónea y adecuada de la figura del «arrepentido» en nuestro ordenamiento jurídico, y constituirse así en el instrumento eficaz de lucha contra el crimen organizado que refieren las mentadas recomendaciones internacionales.

En primer lugar, debería existir una norma en nuestro Código Penal referida al crimen organizado en general, y no de manera transversal a determinadas especialidades criminales (terrorismo, narcotráfico o corrupción), que regulara todos los beneficios penales que se fijaran (atenuantes o incluso inmunidad) y las condiciones necesarias para adquirir los mismos. En este mismo sentido, también debería existir una norma concreta en nuestra legislación penitenciaria que estableciera todas los requisitos necesarios para la flexibilización de cumplimiento de una pena de prisión para con estos casos de colaboración procesal.

En segundo lugar, habría que apuntalar determinadas cuestiones coyunturales adyacentes a la figura del «arrepentido»: la introducción de verdaderos beneficios penales y penitenciarios que alienten al de-

lincuente a colaborar con la justicia; la valoración de su declaración y admisión de la misma como única prueba de cargo; su inclusión en un programa de protección de testigos.

1. Potenciar premios de carácter penal y penitenciario

La criminalidad es un producto de la Sociedad, por tanto ésta misma es la que debe establecer los medios necesarios para que la delincuencia no aumente sino que disminuya. Esta Política-Criminal debe partir pues de la eliminación de barreras morales que impidan utilizar todos los instrumentos jurídicos eficaces que sirvan para contrarrestar las situaciones que puedan desencadenar las actuaciones criminales⁸².

Por estas razones se deberán incrementar beneficios penales como la atenuación de las penas e incluso la inmunidad del delincuente en determinados supuestos particulares como los actos preparatorios en materia de conspiración, provocación y proposición para delinquir en materia de terrorismo y narcotráfico; asimismo, se torna necesario desarrollar beneficios penitenciarios, incluso en los supuestos de terrorismo pues aún cuando el retribucionismo puro no admita estas prebendas, ello no es incompatible con nuestro sistema jurídico ya que en el mismo es tributario de una resocialización del delincuente y de una prevención general positiva de la pena.

Amén de lo cual, de nuestro sistema punitivo se puede extraer en todo momento la conclusión de que no nos hallamos ante el concepto abstracto de pena *hegeliano* o *kantiano* al no existir una obligación abstracta de imponer a un miembro de una organización criminal que colabore con la justicia la pena de 30 años de prisión. De lo contrario ¿qué sentido tendría colaborar y romper con los vínculos morales que le hicieron ser un delincuente por convicción?

Sin embargo, el hecho de que por su colaboración se le pueda conceder tamaño premio, no implica que este se dé a cualquier precio. Debe existir una fiscalización previa, un filtro serio y depurado acerca de la fiabilidad, credibilidad y verosimilitud de sus declaraciones, a fin de verificar que las mismas se hallan impregnadas

79 Existen otras disposiciones comunitarias que recomiendan básicamente estas mismas cuestiones en materia de terrorismo y de narcotráfico: La Decisión-marco (CE) 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea *sobre la lucha contra el terrorismo*, de 13 de junio de 2002 (DOCE L 164, de 22 de junio de 2002); y la Decisión-marco (CE) 2004/ 757/JAI del Consejo *relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas*, de 25 de octubre de 2004 (DOCE L 335/8, de 11 de noviembre de 2004).

80 Resolución de la Asamblea General 55/25 (A/RES/55/25).

81 Resolución de la Asamblea General 58/4 (A/RES/58/4).

82 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política Criminal*, ed. Colex, Madrid, 2001, p. 64.

de una absoluta veracidad. En este sentido, creemos oportuno y necesario realizar exámenes previos por el personal de instituciones penitenciarias, de psiquiatras e investigaciones policiales, en definitiva por parte de expertos que puedan corroborar sin ningún género de dudas que la información dada por el arrepentido sea veraz.

A tal fin, se debe reforzar el delito de calumnias para que los colaboradores no incurran en declaraciones mendaces; de lo contrario, el presunto beneficio de la colaboración no tendría contrapeso alguno en el caso de faltar a la verdad.

2. Valoración del testimonio del «arrepentido» en juicio y admisión de su declaración como única prueba de cargo

La figura del «delator», del arrepentido que colabora con las autoridades judiciales ha recibido todo tipo de descalificaciones, no sólo desde un punto de visto jurídico sino también desde una visión puramente ética. Se percibe —como ya adelantaría BECCARIA— como una traición auspiciada por el propio Estado⁸³.

Estos recelos no sólo se producen a nivel doctrinal sino también a nivel jurisprudencial. El Tribunal Constitucional en no pocas ocasiones ha analizado la eficacia probatoria de la declaración inculpativa de un coacusado. Su línea doctrinal no ha variado en ningún momento, limitándose a recordar al Juez o Magistrado que el coimputado como acusado que es, a diferencia del testigo, no está obligado a decir la verdad y no teniendo, en suma, que declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. De este modo, cuando su deposición sea la única prueba de cargo que se disponga para desvirtuar la presunción de inocencia del resto de coacusados, esta deberá ser valorada juntamente con otros elementos o indicios probatorios que permitan corroborar la autenticidad de la misma⁸⁴.

Estimamos que la colaboración de un imputado con la justicia, amén de sus componentes éticos, socioló-

gicos y políticos, debe ser tratada con una seriedad, pulcritud y oportunidad procesal que haga de él un instrumento verdaderamente efectivo en la lucha contra la criminalidad que más trafica con los valores esenciales del sistema. La problemática que se plantea en esta punto, no reside tanto en el hecho de llevar a cabo revelaciones falsas —riesgo que en cierto modo se corre en cualquier otro procedimiento— sino en que esas falsas acusaciones puedan prosperar, y condenarse por ellas, produciéndose una merma en las garantías del resto de coimputados. En este sentido, su valoración ha de someterse a una ponderación especialmente cautelosa, que no prescinda de otros hechos periféricos, y sin que su consideración única y aislada tenga suficiencia alguna para condenar a ningún coimputado.

En este orden de cosas, sería en nuestra opinión muy aconsejable introducir en nuestro ordenamiento jurídico la figura italiana del «testimonio asistido»; de esta suerte, cuando el coimputado declare como testigo en relación con aquellos hechos que se están enjuiciando pero en los que él no participó, deberá ostentar las mismas obligaciones que un testigo, a saber, decir la verdad bajo pena de delito de falso testimonio; por supuesto, en este caso, se deberá garantizar siempre que sus deposiciones ya sean en calidad de testigo, ya lo sean en calidad de imputado-acusado, se efectúen con la debida asistencia letrada.

3. La inclusión de los colaboradores procesales en los programas de protección de testigos

Si se utiliza a un coimputado como testigo, y precisamente el calado de sus declaraciones puede hacer peligrar su integridad física y su seguridad personal, la lógica nos conduce a que debe ser incluido en un programa de protección de testigos.

Existe un vacío legal al respecto, pues no se refleja esa situación en la Ley 19/1994 de 23 de diciembre sobre protección de testigos y peritos en causas criminales. Pese a ello, nosotros consideramos que si le

83 BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, ed. Alianza, Madrid, 2006, pp. 105-106.

84 Vid. entre otras SSTC nº 153, de 29 de septiembre de 1997; nº 49, de 2 de marzo de 1998, nº 115, de 1 de junio de 1998; nº 70, de 17 de marzo de 2001; nº 72, de 26 de marzo de 2001; nº 68, de 21 de marzo de 2002; nº 70, de 3 de abril de 2002; nº 181, de 14 de octubre de 2002; nº 233, de 9 de diciembre de 2002; nº 237, de 9 de diciembre de 2002; nº 65, de 7 de abril de 2003.

85 No es una opinión aislada la nuestra, sino apoyada en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1998, resumida por ZARAGOZA AGUADO, en la que las Fiscalías de Sevilla y Bilbao sugieren una modificación legislativa que incluya a los imputados en el ámbito de protección de esta ley de dos maneras: una generalizada y otra hasta que se produzca la formalización judicial de la imputación. ZARAGOZA AGUADO, J., «La protección de los acusados, testigos y peritos en causas criminales en el ordenamiento jurídico español. Ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 19/1994. Las declaraciones de los coimputados. El problema de los testigos ocultos y anónimos. Incidencia de éstas cuestiones en el derecho a un proceso con todas las garantías», en *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 7, 2002, pp. 72-73.

serían plenamente aplicables las medidas de protección establecidas en los arts. 2 y 3.2 de la mentada Ley consistentes en ocultar el domicilio, la profesión o el lugar de trabajo del coprocesado-testigo, la utilización de medios o procedimientos para ocultar la verdadera identidad del que va a prestar testimonio o poner todos los mecanismos necesarios para que su declaración se efectúe sin presiones, amenazas o intimidaciones que pudieran ser ejercitadas por el resto de coimputados⁸⁵.

Con todo, una nueva regulación al respecto se hace más que necesaria en aras a poder incluir sin ninguna laguna legal al imputado-testigo en un programa de protección, introduciéndose a su vez, en nuestra opinión, también la posibilidad de que el Ministerio Fiscal en relación con la tramitación de sus diligencias de investigación preprocesales, pudiera decretar u obtener de la autoridad judicial —sin cesar en su investigación preliminar— la aprobación al imputado colaborador de la condición de testigo protegido, con el objetivo de prever un programa eficaz de protección⁸⁶. Vale decir que si lo que se pretende es impedir los efectos del delito o la desmantelación de una organización criminal delatando a sus integrantes, el legislador español al recabar esa colaboración debe potenciar al máximo un programa de protección que abarque no sólo al «arrepentido» sino también a sus familiares y sus allegados.

Como conclusión final, y parafraseando al célebre Giovanni Falcone, los delitos más denostados por la sociedad como son el terrorismo o las actividades llevadas a cabo por un grupo criminal organizado, no dejan de ser un hecho humano, que tienen un inicio y un fin, y por tratarse siempre de actividades que son fruto de la voluntad humana, la deserción de sus miembros estimulados por el premio a la colaboración es a nuestro juicio un instrumento que ataca estas organizaciones desde el origen mismo que las crea: el ser humano. Por tanto, estimamos que es necesaria y vital una regulación sobre el colaborador con la justicia en España —en la línea que hemos estado argumentando a lo largo de todo este estudio—, pues con la misma estamos seguros que se atacaría de lleno al corazón de la delincuencia más cruenta, logrando uno de los objetivos prioritarios de todo Estado de Derecho: lograr un sociedad más segura, rehabilitar al delincuente y obtener un mejor justicia penal.

VI. Bibliografía consultada

- AA. VV., *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. Vives Antón, T.S.), vols. 1 y 2, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- AA. VV., *La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos* (coord. GRANADOS PÉREZ, C.), ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- AA. VV., *Manual de victimología* (coords. BACABALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., TAMARITSUMALLA, J.M.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- AA. VV., *Comentarios al Código Penal* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.) (coord. MORALES PRATS, F.), vols. 1 y 2, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- AA. VV., *Comentarios al Código Penal* (coord. CRUZ DE PABLO, J.A.), vols. 1 y 2, ed. Difusión, Madrid, 2008.
- AA.VV., *Legislazione premiale: Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, ed. Giuffrè, Milán, 1987.
- ALONSO FERNÁNDEZ, J.A., *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño: interpretación jurisprudencial y doctrinal de las circunstancias del artículo 21.4 y 21.5 del Código Penal*, ed. Bosch, 1999.
- ANTÓN ONECA, J., «Historia del Código Penal de 1822», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 18, nº 2, 1965, pp. 263-278.
- BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, ed. Alianza, Madrid, 2006.
- BEERNAERT, M., «De l'irrésistible ascension des "repetins" et "collaborateurs de justice" dans le système pénal», en *Déviance et Société*, vol. 27, nº 1, 2003, pp. 77-91.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El colaborador con la justicia: aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del «arrepentido»*, ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- BERNASCONI, A., *La collaborazione processuale: Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, ed. Giuffrè, Milán, 1995.

⁸⁶ Sobre este extremo, pero en relación con los testigos pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, vid. la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2006, pp. 663-664, disponible en: <http://www.fiscal.es/> (fecha de consulta: 18 de agosto de 2009).

- BERNSMANN, K., «Kronzeugenregelungen des geltenden Rechts», en *JuristenZeitung*, 1988, pp. 539-545.
- BORJA JIMÉNEZ, E., «La terminación del delito», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 48, nº 1, 1995, pp. 89-185.
- BRICOLA, F., «El arrepentimiento del terrorista, el perdón alevador y los silencios de la Ley n. 646 del 1982», en *Cuadernos de política criminal*, nº 51, 1993, pp. 961-966.
- CALDERÓN SUSÍN, E., *Arrepentimiento espontáneo: estudio del artículo 9-9ª del Código Penal*, ed. Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, 1990.
- CAMPO MORENO, J.C., *El arrepentimiento postdelictual*, ed. Editorial General de Derecho, Sedaví (Valencia), 1995.
- CANEPA, M., MERLO, S., «L'ordinamento penitenziario e la normativa restrittiva del 1991-1992», en *Quaderni del Consiglio superiore della magistratura*, nº 80, pp. 118-150, disponible en: http://www.csm.it/quaderni/quad_80/qua_80_5.pdf (fecha de consulta: 18 de agosto de 2009).
- CANO PAÑOS, M.A., «¿Clemencia o justicia?: Sobre las reticencias existentes en Alemania a la hora de poner en libertad a los últimos terroristas de la RAF», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, disponible en: http://www.indret.com/pdf/424_es.pdf (fecha de consulta: 18 de agosto de 2009).
- COBO DEL ROSAL, M., *Fragmentos penales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- CUERDA-ARNAU, M.L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, ed. Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995.
- DANIELLE, M., «Lacune nella disciplina sulla testimonianza assistita», en *Cassazione penale*, nº 2, 2005, pp. 713-721.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», en *Cuadernos de política criminal*, nº 30, 1986, pp. 559-602.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del "arrepentido"», en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5, 1996, pp. 1463-1467.
- DORADO MONTERO, P., *Contribución al estudio de la historia primitiva de España: el Derecho penal en Iberia*, ed. Imp. de la Revista de Legislación, Madrid, 1901.
- FARALDO CABANA, P., *Las causas de levantamiento de la pena*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, R., *Manual de historia del derecho español*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989.
- FERRACUTI, F., «Legislación sobre el arrepentimiento de los delitos terroristas: un primer análisis de los problemas planteados y de los resultados obtenidos en Italia», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 11, 1986, pp. 303-312.
- FERRAJOLI, L., «Emergenza penale e crisi della giurisdizione», en *Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociale, storici e giuridici sulla questione criminale*, vol. 2, 1984, pp. 271-292.
- GARCÍA ESPAÑA, E., *El premio a la colaboración con la justicia: especial consideración a la corrupción administrativa*, ed. Comares, Albote (Granada), 2006.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de criminología*, ed. Tirant lo Blanch, 2009.
- GARCÍA PÉREZ, J.J., «El "arrepentimiento" en los delitos de narcotráfico: notas jurisprudenciales», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 2007, pp. 1907-1917.
- GARRO CARRERA, E., ASUA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión: equívocos de la orientación utilitaria (a propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GIL AYUSO, F., *Noticia bibliográfica de textos y disposiciones legales de los reinos de Castilla impresos en los siglos XVI y XVII*, ed. Consejería de Educación y Cultura, Valladolid, 2001.
- GRANADOS PÉREZ, C., *La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- HASSEMER, W., «Die Kronzeugenregelung», en *Strafverteidiger*, nº 2, 1989, pp. 79-80.
- HERRERO HERRERO, C., *Política criminal integradora*, ed. Dykinson, Madrid, 2007.
- HERRERO HERRERO, C., *Criminología: Parte general y especial*, ed. Dykinson, Madrid, 2007.
- IONTCHEVA TURNER, J., «Participation in plea negotiations: a comparative view», en *American Journal of Comparative Law*, nº 54, 2006, pp. 199-267.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal: conforme al Código de 1928*, vol. 1, ed. Reus, Madrid, 1929-1930.

- JUNG, H., «Der Kronzeuge- Garant der Wahrheitsfindung oder Instrument der Überführung?», en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, nº 2, 1986, pp. 38-42.
- KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, trad. CALSAMI-GLIA, A., ed. Ariel, Barcelona, 2006.
- LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, ed. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985.
- MOMMSEN, T., *El derecho penal romano*, vols. 1 y 2, ed. La España Moderna, Madrid, 1907.
- MONTES, J., *El crimen de herejía: Derecho penal canónico*, ed. Analecta, Pamplona, 2007.
- MORA DONATTO, C., «El valor probatorio de las declaraciones del «arrepentido» en el proceso penal español», en *AA.VV., Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, vol. 2, ed. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas, México, 1998, pp. 1277-1297.
- MOZOTA FATAS, M., «La atenuante de arrepentimiento activo: artículo 9.9 del Código Penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 42, nº 1, 1989, pp. 141-160.
- MÜHLHOF, U., PFEIFFER, C., «Der Kronzeuge-Sündenfall des Rechtsstaat oder unverzichtbares Mittel der Strafverfolgung?», en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, nº 33, 2000, pp. 121-127.
- MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, ed. Bosch, Barcelona, 1972.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, ed. Temis, Bogotá, 1999.
- MUÑOZ CONDE, F.J., «Los arrepentidos en el caso de criminalidad o delincuencia organizada», en *La criminalidad organizada ante la justicia* (coord. GUTIÉRREZ-ALVIZ, F.), ed. Universidad de Sevilla, 1996, pp. 143-156.
- MUSCO, E., «Los colaboradores de la justicia entre el «pentitismo» y la calumnia: Problemas y perspectivas», en *Revista penal*, nº 2, 1998, pp. 35-48.
- PAVARINI, M., «Per aprire un dibattito su Criminalità organizzata e legislazione d'emergenza», en *Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociale, storici e giuridici sulla questione criminale*, nº 3, 1992, pp. 31-38.
- PÉREZ FERRER, F., *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español*, ed. Dykinson, Madrid, 2008.
- POSCIA, G., «Le misure alternative per i collaboratori di giustizia», en *Giustizia Penale*, 2001, pp. 605-608.
- PROSDOCIMI, S., *Profili penali del postfatto*, ed. Giuffrè, Milán, 1982.
- QUINTANAR DÍEZ, M., *La justicia penal y los denominados «arrepentidos»*, ed. Edersa, Madrid, 1996.
- RESTA, E., «Il diritto penale premiale: “Nuove” strategie di controllo sociale», en *Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociale, storici e giuridici sulla questione criminale*, nº 1, 1983, pp. 41-69.
- REYES ALVARADO, Y., «“Arrepentidos” y “testigos secretos”: remembranzas de la Santa Inquisición», en *AA. VV., Teorías actuales en el Derecho penal*, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 375-390.
- RINALDI, S., «Un dibattito sulla risposta istituzionale alla criminalità organizzata», en *Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociale, storici e giuridici sulla questione criminale*, nº 3, 1992, pp. 57-99.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.
- ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. MUÑOZ CONDE, F., ed. Hammurabi. José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2002.
- RUGA RIVA, C., *Il premio per la collaborazione processuale*, ed. Dott. A. Giuffrè, Milán, 2002.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003)», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 7, 2005, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf> (fecha de consulta: 18 de agosto de 2009).
- SANJUÁN GARCÍA, P., «La redención de penas en la acumulación de condenas: La “Doctrina Parot”», en *Lex nova: La revista*, nº 54, 2008, pp. 26-27.
- SANNA, A., «L'esame dell'imputato sul fatto altrui, tra diritto al silenzio e dovere di collaborazione», en *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, nº 2, 2001, pp. 462-502.
- SOLAZ SOLAZ, E., «Informe de jurisprudencia: la circunstancia atenuante de confesión», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 14, 2005, pp. 80-93.
- TOLOMEI, A. D., *Il pentimento nel diritto penale*, ed. Fratelli Bocca, Turín, 1927.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *El derecho penal de la monarquía absoluta: siglos XVI-XVII-XVIII*, ed. Tecnos, Madrid, 1969.
- TONINI, P., *Manuale di procedura penale*, ed. Giuffrè, Milán, 2008.
- VERCHER NOGUERA, A., *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco: Legislación y medidas*, ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991.

VIGNA, P.L., «Nuevos institutos procesales contra el crimen organizado», en *El crimen organizado: Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización* (coord. YACOBUCCI, G. J.), ed. Ábaco Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005, pp. 177-208.

ZARAGOZA AGUADO, J., «La protección de los acusados, testigos y peritos en causas criminales en el ordenamiento jurídico español. Ámbito de apli-

cación de la Ley Orgánica 19/1994. Las declaraciones de los coimputados. El problema de los testigos ocultos y anónimos. Incidencia de éstas cuestiones en el derecho a un proceso con todas las garantías», en *Revista de derecho y proceso penal*, nº 7, 2002, pp. 67-86.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política Criminal*, ed. Colex, Madrid, 2001.