

52

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LES PRAYDEET PRO

Revista

Julio 2023

52

Revista Penal

Penal

Julio 2023



tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 52

Sumario

Doctrina:

– El derecho a la reparación a las víctimas de violencias sexuales y violencia de género tras la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual: un punto de inflexión, por <i>Teresa Aguado-Correa</i>	5
– La suspensión de la ejecución de la pena de prisión en los delitos de corrupción pública, por <i>Soledad Barber Burusco</i>	23
– La DAC 6 como instrumento para la lucha contra el delito fiscal, por <i>Marina Castro Bosque, Fernando de la Hucha Celador y Hugo López López</i>	41
– Prescripción penal y Estado de Derecho, por <i>Eduardo Demetrio Crespo</i>	71
– Justicia restaurativa y corrupción pública, por <i>Paz Francés Lecumberri</i>	81
– La figura del arrepentido y la justicia penal negociada: a propósito de la incorporación de nuevas cláusulas pre-miales en el Código Penal (arts. 262.3 y 288 bis CP), por <i>Leticia Jericó Ojer</i>	109
– COVID-19 emergency, overcrowding and the right to health also of the prisoner subjected to the regime pursuant to article 41-bis of the Italian Penitentiary System, por <i>Mena Minafra</i>	136
– Giuliano Vassalli: vida y obra de un penalista italiano del siglo XX. Comentarios al libro de Giandomenico Dodaro, <i>Giuliano Vassalli fra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)</i> , editorial Giuffrè, Milán, 2022, 402 páginas, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	159
– El Derecho penal fascista y nacionalsocialista y la persecución de un penalista italiano judío: el caso de Marcello Finzi, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	172
– El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?, por <i>Inés Olaizola Nogales</i>	179
– Las investigaciones internas como elemento esencial de los «criminal compliance programs»: <i>haciendo de la necesidad virtud</i> , por <i>Nicolás Rodríguez-García</i>	201
– Las penas sustitutivas de la detención carcelaria en la reforma <i>Cartabia</i> . El proceso de renovación del sistema sancionador penal italiano entre la necesidad de deflación y el perseguimiento de la finalidad reeducadora de la pena, por <i>Pietro Maria Sabella</i>	224
– Los protocolos por acoso sexual y por razón de sexo como modelo de canal de denuncia en la empresa, por <i>Elisa Sierra Hernaiz</i>	245
– ¿Hacia una reevaluación europea del derecho punitivo?, por <i>John Vervaele</i>	260
Sistemas penales comparados: La trata de seres humanos (Human Trafficking)	287

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I^o
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Alessandro Melchionda. Univ. Trento
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Eva Kiel (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)
Jiajia Yu (China)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Federica Raffone (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)

Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Ana Cecilia Morán Solano y John Charles Sirvent Istúriz (República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Baris Erman (Turquía)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 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: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

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.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



La figura del arrepentido y la justicia penal negociada: a propósito de la incorporación de nuevas cláusulas premiales en el Código Penal (arts. 262.3 y 288 bis CP)

Leticia Jericó Ojer

Revista Penal, n.º 52 - Julio 2023

Ficha Técnica

Autor: Leticia Jericó Ojer

Adscripción institucional: Universidad Pública de Navarra

ORCID: 0000-0003-3100-850X

Title: The figure of the repentant and negotiated criminal justice: on the incorporation of new premium clauses in the Criminal Code (arts. 262.3 and 288 bis Criminal Code)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS INCENTIVOS DESTINADOS A FAVORECER LA DELACIÓN. 1. La protección al alertador: una mirada rápida a la Ley 2/2023, de 20 de febrero de protección de la persona informante. 1.1. La denuncia anónima. 1.2. Confidencialidad de la información y proceso penal. 2. El sistema de recompensas. 2.1. La recompensa económica. 2.2. Los programas de clemencia. III. DEL FRACASO A LA OPORTUNIDAD: LA DENUNCIA COMO MONEDA DE CAMBIO EN EL ÁMBITO DE LA CRIMINALIDAD. IV. LOS PROBLEMAS DE LEGITIMIDAD QUE PRESENTA EL DERECHO PENAL PREMIAL. V. EL DERECHO PENAL PREMIAL: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES. 1. Las cláusulas premiales en el CP. 2. Los “beneficios premiales” en la ejecución de la pena: el acceso al tercer grado y la concesión de la libertad condicional. 3. La inclusión de beneficios premiales en el ámbito del proceso penal. VI. DESPUÉS DE TODO ESTO: ¿RESULTAN ÚTILES LOS BENEFICIOS PREMIALES? VII. ANÁLISIS DE LAS NUEVAS CLÁUSULAS PREMIALES (ARTS. 262.3 Y 288 BIS CP). VIII. REFLEXIONES FINALES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

Summary: I. INTRODUCTION. II. INCENTIVES INTENDED TO FAVOR DENUNCIATION. 1. Protection of the whistleblower: a quick look at Law 2/2023, of February 20, on the protection of the whistleblower. 1.1. The anonymous complaint. 1.2. Confidentiality of information and criminal proceedings. 2. The reward system. 2.1. The financial reward. 2.2. leniency programs. III. FROM FAILURE TO OPPORTUNITY: REPORTING AS A BARGAINING CHIP IN THE FIELD OF CRIME. IV. THE PROBLEMS OF LEGITIMACY PRESENTED BY THE CRIMINAL LAW AWARD. V. AWARD CRIMINAL LAW: SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL ASPECTS. 1. The award clauses in the CP. 2. The “award benefits” in the execution of the sentence: access to the third degree and the granting of probation. 3. The inclusion of prize benefits in the field of criminal proceedings. VI. AFTER ALL THIS: ARE THE REWARD BENEFITS USEFUL? SAW. VII. ANALYSIS OF THE NEW AWARD CLAUSES (ARTS. 262.3 AND 288 BIS CP). VIII. FINAL THOUGHTS. IX. BIBLIOGRAPHY.

Resumen: La reforma operada por LO 14/2022, de 22 de diciembre, ha supuesto la modificación de la atenuación premial prevista para el delito de malversación (art. 434 CP) y fundamentalmente la inclusión de nuevas cláusulas premiales aplicables a conductas delictivas que afectarían a la libre competencia y que son de aplicación al delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262.3 CP), la detracción de materias primas o productos de primera necesidad (art. 281) y la alteración de precios (art. 288 bis CP). Sirven estas novedades para abrir de nuevo el debate sobre la legitimidad del Derecho penal premial aplicable a la denominada figura del arrepentido, que tiene impacto no sólo en la posible atenuación o exención de la pena a imponer, sino también el ámbito de la ejecución de la pena.

Palabras clave: Derecho penal premial, arrepentido, colaboración activa, legitimidad.

Abstract: The reform brought about by LO 14/2022, dated December 22, has modified the premial attenuation provided for the offense of embezzlement (art. 434 CP), and fundamentally included new premial clauses applicable to criminal behaviors that would affect free competition and that are applicable to the offense of alteration of prices in public tenders and auctions (art. 262.3 CP), the withdrawal of raw materials or essential products (art. 281), and the alteration of prices (art. 288 bis CP). These novelties serve to reopen the debate on the legitimacy of the premial criminal law in relation to the so-called figure of the repentant, which has an impact not only on the possible attenuation or exemption of the penalty to be imposed but also on the scope of the penalty's enforcement.

Key words: Premial Criminal Law, Repentant, Active Collaboration, Legitimacy.

Observaciones: El presente trabajo se enmarca en el contexto del Proyecto de Investigación Instrumentos normativos preventivos en la lucha contra el fraude y la corrupción PID2020-118854GB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyos investigadores principales son Inés Olaizola Nogales y Hugo López López. Email de la autora: leticia.jerico@unavarra.es

Rec.: 04-04-2023 **Fav.:** 03-05-2023

I. INTRODUCCIÓN

La última modificación que, hasta el momento, ha sufrido nuestro CP ha reabierto sin duda alguna el debate jurídico acerca de la conveniencia de potenciar beneficios premiales para la figura del arrepentido. En efecto, la reforma introducida por LO 14/2022, de 22 de diciembre modifica, en primer lugar, los requisitos exigidos para aplicar una cláusula premial para el culpable de un delito malversación (art. 434 CP), quedando su redacción como sigue (la cursiva es mía):

“Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público *antes del inicio del juicio oral*, o hubiera colaborado activa y eficazmente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados”.

Sin embargo, por lo que se refiere las figuras premiales, la reforma tiene un impacto que va más allá de la mera modificación del art. 434 CP. En el ámbito de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico el legislador penal ha introducido novedosamente algunas previsiones que permiten eximir de responsabilidad penal a quienes, habiendo cometido el hecho delictivo, colaboren activamente con las autoridades competentes aportando información y elementos de prueba considerados de utilidad. Concretamente, la introducción de esta cláusula premial es de aplicación para el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262.3 CP), la detracción de materias primas o productos de primera necesidad (art. 281) y la alteración

de precios (art. 288 bis CP), atendiendo al hecho de que el legislador penal sanciona con penas privativas de libertad este tipo de conductas que son subsumibles e los arts. 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia LDC. De este modo, el art. 288 bis CP (cuya redacción es similar a la recogida en el art. 262.3 CP) establece lo siguiente:

“En los supuestos previstos en los artículos 281 y 284 de este Código, quedarán exentos de responsabilidad criminal los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales y anteriores de cualquier sociedad, constituida o en formación, que en esa condición hayan cometido alguno de los hechos previstos en ellos, cuando pongan fin a su participación en los mismos y cooperen con las autoridades competentes de manera plena, continua y diligente, aportando informaciones y elementos de prueba de los que estas carecieran, que sean útiles para la investigación, detección y sanción de las demás personas implicadas, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Cooperen activamente en este sentido con la autoridad de la competencia que lleva el caso,

b) estas sociedades o personas físicas hayan presentado una solicitud de exención del pago de la multa de conformidad con lo establecido en la Ley de Defensa de la Competencia,

c) dicha solicitud se haya presentado en un momento anterior a aquel en que los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales y anteriores de cualquier sociedad, constituida o en formación, que en esa condición hayan sido informados de que están siendo investigados en relación con estos hechos,

d) se trate de una colaboración activa también con la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal proporcionando indi-

cios útiles y concretos para asegurar la prueba del delito e identificar a otros autores”.

Resulta ciertamente lacónico el legislador cuando en la EM motiva la modificación de la cláusula premial prevista para el delito de malversación (art. 434 CP), ya que aduce que su razón de ser obedece simplemente a la necesidad de redactar dicha cláusula de manera similar al resto de las contempladas en el CP, cuestión que como señalaré más adelante debe ser objeto de cierta matización. No ocurre lo mismo cuando esgrime las razones que le han llevado a renunciar a la pena frente a la comisión de determinadas conductas que afectan a la competencia leal y a los derechos de los consumidores y que responden a la necesidad de trasponer al derecho interno la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (conocida como Directiva ECN+). Partiendo de la libertad que el art. 23.3 de la Directiva deja a los Estados miembros para elegir no imponer ninguna sanción penal o solamente atenuarla, el legislador español expone pormenorizadamente en la EM las razones que justifican no la atenuación, sino la exención de responsabilidad criminal para el arrepentido. Adorna esta decisión indicando que, a pesar de que en nuestro ordenamiento jurídico penal las medidas premiales basadas en la colaboración con las autoridades por parte del responsable del delito han consistido en la rebaja de la pena, dicho precedente no puede conducir sin más a la solución “simplista” de la atenuación. Da la impresión de que con la utilización de esta expresión el legislador desprecia (o en el mejor de los casos, desconoce) el intenso debate jurídico que desde hace años ha generado la incorporación de beneficios premiales en el CP cuando lo que se plantea es únicamente la atenuación de la pena.

El legislador, sin el menor atisbo de rubor, se despaucha en la EM indicando expresamente que el criterio que le lleva a escoger como opción preferida la exención de la responsabilidad penal para el arrepentido (frente a la solución “simplista” de la atenuación), es el hecho de que frente al interés que puede tener el Estado en su enjuiciamiento y castigo, existe otro de rango superior como es la detección e investigación del cártel secreto a través del cual se llevan a cabo determinadas conductas consideradas anticompetitivas. Son cua-

tro las razones que, desde una óptica manifiestamente utilitarista, emplea nuestro legislador para justificar la inclusión de este nuevo beneficio premial.

En primer lugar, pone de manifiesto que los acuerdos restrictivos de la competencia no sólo perjudican a los consumidores a través del incremento de precios y de la reducción de la producción y calidad de bienes y servicios, sino que también privan a la economía del dinamismo y la innovación que producen las presiones competitivas. Recalca de este modo la importancia de los bienes jurídicos afectados por estas prácticas desleales. La segunda razón abandera la efectividad de la política (programa) de clemencia en la lucha contra conductas anticompetitivas, situando el foco de interés en un instrumento que el legislador considera esencial para la detección e investigación de cárteles secretos: la denuncia realizada por alguno de sus integrantes. Así, entiende que “el informante debe ofrecer a la autoridad de competencia información y pruebas útiles que le permitan perseguir el cártel”, lo que contribuye al enjuiciamiento eficiente y a la imposición de sanciones a las infracciones más graves del derecho de la competencia. La tercera razón la vincula directamente con el ámbito subjetivo de aplicación establecido en la Directiva ECN+ por lo que respecta a la concesión de clemencia, concretamente referida a las personas beneficiarias y a quienes pueden solicitarla¹. En último lugar, la cuarta razón que justifica la opción de eximir de responsabilidad penal parece ser la curiosidad de nuestro legislador por las políticas adoptadas por nuestros vecinos europeos en esta materia. Así, alude al hecho de que países como Francia, Italia, Dinamarca o Eslovenia han elegido excluir de responsabilidad penal a los directivos, gestores y otros miembros del personal de una sociedad, presentes y pasados, que acuden a los programas de clemencia o incluso, como ocurre en el caso austríaco, a la suspensión del procedimiento penal por razones de oportunidad.

Rescato, por su singular interés, una de las razones esgrimidas por el legislador penal para justificar la incorporación en el ámbito del derecho de la competencia esta nueva cláusula premial: la importancia de la delación como instrumento eficaz de detección de prácticas ilícitas cometidas en el seno de las entidades y empresas. Una afirmación que, como vemos, no sólo se convierte en una de las razones que justifican la incorporación al CP de nuevas cláusulas premiales, sino que igualmente aparece como la razón de ser de la recientemente aprobada Ley 2/2023, de 20 de febrero,

1 En este sentido, la Directiva establece que como regla general, salvo que la empresa indique lo contrario, al solicitar la propia entidad la clemencia también lo hace en beneficio de los partícipes de la conducta. Además, se permite igualmente que sea la persona física quien pueda solicitar a título particular el beneficio de la exención, no en nombre de la empresa que representa sino en su propio nombre, lo que para el legislador español tiene una relevancia enorme, puesto que su efecto inmediato es que una persona física ocupe a título individual el primer puesto en el orden de prioridad del programa de clemencia.

reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Esta ley es el fruto de la trasposición al ordenamiento jurídico español de lo establecido por la conocida como Directiva *Whistleblowing*² que, a partir de una regulación de mínimos, deja en manos de los distintos legisladores nacionales la opción de diseñar estrategias que posibiliten la protección de aquellas personas que informan sobre vulneraciones del ordenamiento jurídico³ (los denominados alertadores) frente al riesgo de posibles represalias derivadas de esta revelación. Sin embargo, este finalidad no deja de ser, podríamos decir, un objetivo mediato para la consecución del verdadero interés que persigue el legislador con la aprobación de la Ley de Protección a las personas informantes, que no es otro que el descubrimiento y la persecución de las infracciones y las conductas delictivas cometidas en el seno de las entidades de naturaleza pública y privada. Como señala la doctrina especialista (Nieto Martín, 2016, pp. 5 y ss.; García Moreno, 2020, pp. 29 y s.), la creación de estructuras organizativas cada vez más complejas y el elevado coste económico que para las arcas públicas supone la investigación de la delincuencia económica y la vinculada con la corrupción incrementa considerablemente la dificultad de detectar los delitos que se cometen especialmente en estos ámbitos. Frente a este obstáculo, el Estado percibe la necesidad de incorporar actores que, no perteneciendo a la propia estructura estatal, posibilitan el descubrimiento e investigación de este tipo de conductas. Son los *insiders* o las personas que forman parte de la organización las primeras que pueden detectar y conocer las amenazas que surgen en su seno, lo que provoca que el legislador sitúe sobre ellas el foco de interés (Foffani/Messori, 2021, pp. 184 y s.). Esta atención se debe no sólo a la capacidad de los *insiders* para detectar amenazas, sino también a su papel como mecanismo de prevención del delito dentro de las entidades. En palabras de Leite (2021, p. 194), el alertador se convierte en una *longa manus del* Estado en la persecución de los delitos, un instrumento que el poder público utiliza para llegar hasta donde él no puede. Y esto, indiscutiblemente, abre el debate sobre la legitimidad de este planteamiento. No se puede desconocer que la figura del alertador constituye un elemento importantísimo para la persecución de las infracciones cometidas en el seno de estructuras ciertamente complejas, teniendo

en cuenta las dificultades con las que se topa el sistema para acceder a la información, mayor cuando aumenta el tamaño de la entidad y más compleja y especializada es su organización (Ragüés i Vallés, 2013, pp. 36 y ss.). Sin embargo, creo que esta estrategia no sólo puede provocar un evidente clima de desconfianza entre los miembros de la organización y generar un riesgo reputacional a la misma cuando, por ejemplo, se revela una conducta aislada en el seno de una entidad cuyo funcionamiento generalmente es adecuado, sino que principalmente la utilización del ciudadano como activo en la prevención y persecución de las conductas delictivas puede suponer por parte del Estado una cierta renuncia a ejercer esa función que le corresponde de manera única y exclusiva. El hecho de que los *insiders* pongan en conocimiento de las autoridades la realización de prácticas irregulares cometidas en el seno de una entidad privada y, sobre todo, en el ámbito público, pone de manifiesto (aunque no necesariamente en todos los casos), un signo de compromiso con el bien común. Sin embargo, ante el riesgo de privatizar una función que única y exclusivamente corresponde a los poderes públicos, como es la de averiguación y persecución del delito, el legislador debe actuar con la máxima cautela, pues utilizar al ciudadano como principal fuente de información puede hacer peligrar todo el sistema de garantías establecido (pensemos, por ejemplo, en la posibilidad de admitir denuncias anónimas o en cómo articular la intervención del informante en el proceso penal entre otras cuestiones).

Dicho esto, y volviendo a la cuestión que nos ocupa, observamos que en un marco temporal muy próximo (diciembre de 2022 y febrero de 2023), el legislador nacional bien por lo que respecta a la necesidad de detectar prácticas anticompetitivas o a la de proteger a las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción preconiza la delación como un instrumento de altísima eficacia para investigar y perseguir los ilícitos cometidos, sobre todo cuando la denuncia procede de personas que forman parte de la propia organización y, en especial, de las personas que han sido responsables de la conducta irregular o delictiva.

Los países de nuestro entorno más próximo, incluyendo España, al amparo de la trasposición al derecho interno de distintas directivas tienden a establecer mecanismos legales para incentivar la colaboración con la

2 Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

3 Concretamente, según lo dispuesto en el art. 2.1 a) y b) se protege a las personas que informen sobre las infracciones del derecho de la Unión Europea, en ámbitos referidos entre otros a la contratación pública, servicios, productos y mercados financiero y prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, y sobre acciones y omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave. En todo caso, indica el legislador nacional, se entenderán comprendidas todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

Justicia. Como veremos a continuación, estos incentivos que pretenden favorecer la delación se materializan principalmente en el establecimiento de medidas de protección para el delator/alertador frente al riesgo de posibles represalias, la aceptación de denuncias anónimas y el otorgamiento de recompensas que no sólo tienen un carácter económico, sino que también incluyen, en el caso del arrepentido, la aplicación de medidas premiales como la atenuación o exención de la sanción o pena en caso de delitos. El llamado Derecho penal premial aparece en escena de esta manera, buscando fomentar la colaboración del delincuente como una forma de lograr una mayor eficacia en la investigación y sanción de la conducta delictiva. A cambio, se ofrecen incentivos como la reducción o exención de la pena, así como la posibilidad de aplicar esta indulgencia premial en la ejecución de la pena, específicamente en el acceso al tercer grado o la libertad condicional. Beneficios para el arrepentido que podrían impactar en el propio proceso penal, llegando incluso a la retirada de la acusación en virtud del principio de oportunidad si prospera la propuesta incorporada en el APLECRim, actualmente en fase de tramitación parlamentaria. Al análisis de esta cuestión se dedican los apartados siguientes.

II. LOS INCENTIVOS DESTINADOS A FAVORECER LA DELACIÓN

1. La protección al alertador: una mirada rápida a la Ley 2/2023, de 20 de febrero de protección de la persona informante.

Uno de los obstáculos a los que se enfrentan los poderes públicos a la hora de diseñar estrategias incentivadoras de la denuncia es, sin duda alguna, el cierto recelo que existe frente a la figura del denunciante. Por un lado, porque no es infrecuente que socialmente se califique al denunciante como soplón⁴, delator, traidor o chivato. Por otro, ya desde una perspectiva jurídica, porque ha sido habitual asociar la denuncia a prácticas cobardes de complicidad propias de sistemas totalitarios por parte de ciudadanos dispuestos a colaborar con el régimen (Ortiz Pradillo, 2017, p. 42 y s.; Ochman, 2022, p. 10). Siendo quizás consciente de ello, nuestro legislador incorpora en la Ley de Protección a las personas informantes dos mecanismos tendentes a minimizar estas resistencias: la elección de una terminología mucho más amable para referirse a la figura del denunciante y, en segundo lugar, la introducción de un discurso de ciertos tintes panegíricos con el propósito

de dulcificar el significado de la delación. Por lo que respecta a la primera de las consideraciones, el legislador español huye de la utilización de conceptos peyorativos como el de chivato, soplón o delator, intentado rescatar la dimensión ética de la propia delación. Evita también en su articulado la referencia al alertador, a pesar de ser el término habitualmente utilizado por la doctrina (García Moreno, 2020, pp. 62 y s.; Barber Burusco, 2021, p. 67; Jericó Ojer, 2021, p. 94; Olaizola Nogales, 2021, pp. 3, p. 28; Gimeno Beviá, 2022, p. 338) y al binomio denunciante-denuncia⁵, sustituyéndolo por informante-información. Jurídicamente parece razonable la utilización del término información, en lugar del de denuncia, teniendo en cuenta que según lo dispuesto en la LECrim se exige la identificación del denunciante para ser considerado como tal, lo que colige con lo establecido en la Ley de Protección a las personas informantes ya que, como veremos más adelante, permite la comunicación de la información de manera anónima.

Como decía, el legislador nacional no sólo dulcifica terminológicamente la figura del denunciante sino que en esta nueva ley apela a la colaboración ciudadana como instrumento clave para la detección y persecución de las conductas irregulares. Ante la dicotomía “héroe o villano” (Ragüés i Vallés, 2006) se decanta claramente por la primera opción, al calificar en la EM la colaboración como “conducta valiente de clara utilidad pública”, “actitud cívica y de respeto democrático” o “loables comportamientos cívicos”.

Sin embargo, puede resultar un tanto *naïv* confiar en que estas estrategias por sí solas van a contribuir al favorecimiento de las delaciones en el seno de las organizaciones, a no ser que se articule un sistema robusto de protección al alertador. El legislador español, probablemente siendo consciente de que de poco sirve apelar a la emoción o al espíritu heroico de la ciudadanía, establece paralelamente un sistema de medidas de protección al alertador que se canaliza fundamentalmente a través de tres mecanismos: la prohibición de represalias (art. 36), el establecimiento de ciertas medidas de apoyo (art. 37) y finalmente, el establecimiento específico de medidas de protección frente a las represalias (art. 38). Ya he tenido la oportunidad de pronunciarme sobre esta cuestión en otro lugar y allí remito al lector/a (Jericó Ojer, 2023) Sin embargo, sí que me gustaría destacar que por lo que respecta a la pretendida efectividad de los mecanismos de protección aquí establecidos, quizás la delimitación temporal del período de protección con carácter general a dos años o el hecho de que se introduzca una duda razonable acerca de

4 De la traducción *whistleblower*, quien sopla el silbato.

5 Salvo una referencia en el art. 4.1 al denunciante, incorporada en la última fase de tramitación parlamentaria y que, probablemente, se deba a un descuido del legislador.

cuáles son realmente las conductas delictivas respecto de las cuales la revelación realizada por el alertador va a estar protegida permiten, en mi opinión, sembrar la duda de si los mecanismos de protección establecidos van a ser realmente incentivos o favorecedores de las delaciones. Más aún cuando, debido a una deficiente técnica legislativa⁶, la propia Ley de Protección a las personas informantes genera cierta confusión acerca de si la revelación de la información excluye o no la responsabilidad penal del alertador lo que, desde mi punto de vista, es un aspecto absolutamente decisivo para el favorecimiento de las delaciones dentro de la propia organización.

1.1. La denuncia anónima

Para incentivar la existencia de delaciones en el seno de las organizaciones, la Ley de Protección a las personas informantes establece la creación de un sistema interno de información, cuyo alcance es distinto dependiendo de si nos encontramos antes empresas o entidades de naturaleza privada o pública y también de un canal externo. En el ámbito privado estarán obligadas a la implantación de un sistema interno de información todas aquellas personas física o jurídicas que tengan contratadas a 50 o más personas trabajadoras, mientras que en el ámbito público la creación de este sistema interno de información es de obligado cumplimiento para todas las entidades⁷. Dentro de estos sistemas de información, tanto interno como externo, la ley establece el diseño de los canales a través de los cuales el *insider* puede canalizar la información sobre las actividades irregulares, incorporando la posibilidad de que la comunicación se lleve a cabo de forma anónima (art. 7.3 y art. 17.1). Frente a la libertad que otorga la Directiva *Whistleblowing* a los Estados para incorporar o no la delación anónima, el legislador nacional adopta una postura clarísima al indicar ya en la EM de la nueva ley que no hay mejor forma de proteger a la persona que informa que garantizando su anonimato. Esta posibilidad que se incorpora en la nueva ley no es algo absolutamente novedoso en la regulación española ya que podemos señalar que en este caso el legislador sigue la estela de precedentes que viabilizan la presentación de las delaciones de manera anónima⁸. Con ello se reabre el debate acerca de la legitimidad de las delaciones anónimas, puesto que con ello se podría favorecer la incorpo-

ración de comunicaciones de mala fe sin que exista la posibilidad de descubrir al informante y, en definitiva, supondría reconocer la debilidad que muestra el Estado para proteger a la persona informante frente a los que tienen capacidad de intimidarlo (Gimeno Beviá, 2021, pp. 174 y s.). Sin embargo, creo que los riesgos más evidentes de esta propuesta son los que pueden afectar al derecho de defensa de la persona afectada por la denuncia anónima. Ante esta tesitura y partiendo del hecho de que la LECRim exige que en el proceso penal se haga constar la identidad del informante, el TS ha declarado que la información obtenida anónimamente no encaja en la denuncia en sentido jurídico y que el valor que procesalmente hay que reconocer es el de *notitia criminis*⁹. Eso significa que en ningún caso la información obtenida a través de estos canales puede constituir una prueba de cargo suficiente para motivar la adopción de medidas cautelares limitativas de derechos y que, a mayor abundamiento, deberá ser objeto de investigación y corroborada a través de otros medios de prueba propuestos en fase de instrucción y practicados en el acto de plenario.

1.2. Confidencialidad de la información y proceso penal

Otra de las medidas de protección frente a la existencia de represalias por la delación apunta a la necesidad de preservar la identidad de la persona informante. Así lo establece la Directiva *Whistleblowing* y lo incorpora en su articulado la Ley de Protección a las personas informantes (art. 33). De este modo, legislador español reconoce el derecho de la persona informante a que no se revele su identidad, a la vez que obliga a que los sistemas internos de información incorporen las medidas necesarias para preservar la identidad de la persona que realiza la comunicación y que sólo podrá ser comunicada la autoridad administrativa o judicial o al Ministerio Fiscal en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora. Como mencioné anteriormente, debe ser objeto de especial cautela atender al hecho de si la información confidencial supone o no un detrimento de las garantías procesales. En definitiva, lo que al legislador le preocupa es lograr el equilibrio entre la preservación y protección del delador por un lado y el mantenimiento de las garantías procesales, en especial las referidas al derecho de defensa por otro. No resulta fácil el encaje de la figura del informador confidencial

6 V. en este sentido la confusa e incoherente redacción del art. 38 de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, en sus apartados 1 y 5.

7 Sistemas de información que para las organizaciones de más de 250 trabajadores debe estar ya implementado desde el 13 de junio de 2023. Para el resto, el legislador amplía razonablemente el plazo hasta el 1 de diciembre de 2023.

8 Así, v. art. 24.1 LOPD, art. 26 bis 1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo y los ejemplos existentes en el marco de las agencias antifraude en el ámbito público, como es el caso de la Agencia Valencia Antifraude y la Oficina Antifraude de Cataluña.

9 V., entre otras, STS 11 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1825).

en el seno del proceso penal. A priori parece descartarse su intervención en calidad de testigo, dado que tendría que ratificar su testimonio en el plenario desvelándose de este modo su identidad. Por otro lado, resulta también problemática su condición como testigo protegido, no sólo porque su identidad deberá ser desvelada cuando se comprometa seriamente el derecho de defensa de la persona afectada sino especialmente porque los mecanismos de protección del testigo protegido se articulan en la medida en que exista peligro grave para la persona, libertad o bienes de su persona o familiares, lo que no tiene por qué producirse en todos los casos¹⁰. *Lege ferenda* parece necesario articular alguna fórmula que permita conjugar equilibradamente la garantía del derecho de defensa y también la necesidad de preservar la identidad del informante para evitar futuras represalias, labor que por otro lado no está exenta de dificultad. Habría que apuntar al hecho de que el APLECRim aborda de manera específica esta posibilidad, dado que protege la identidad de la persona informante cuando comunica una irregularidad a través de un canal interno pero prevé, en mi opinión muy razonablemente, la posibilidad de que excepcionalmente sea revelada¹¹.

2. El sistema de recompensas

2.1. La recompensa económica

Sin duda alguna, otro de los mecanismos que puede favorecer la pretensión inicial de los poderes públicos para que la ciudadanía colabore en la detección e investigación de irregularidades a través de la denuncia es la recompensa económica. Como ya señalara Fernández González (2021, pp. 109 y ss.), el dilema al que se enfrenta el informante es una decisión basada en el cálculo de coste-beneficio. En el lado de los costes podemos situar sin lugar a duda el riesgo de represalias que puede sufrir la persona tras su revelación. Perfecta cuenta de ello dieron quienes informaron sobre las irregularidades que han dado lugar posteriormente a los famosos casos “Falciani”, “Malaya” o “Gürtel”. Es verdad que, a diferencia de los costes, los beneficios son muchísimo más relativos. Podría argumentarse que con la revelación el delator puede coadyuvar al fortalecimiento del modelo de gestión de la entidad, pues si utiliza el canal interno establecido por la propia organización fortalece la propia estructura de integridad de la institución o, simplemente, puede sentir internamente que con su revelación contribuye genéricamente al bien común. Tal

vez, aunque sea escasamente probable, podrían incluirse en el balance del “haber” pequeñas gratificaciones que el informante obtuviera por parte de la empresa, promociones o aumentos de salario. Los beneficios que el delator pueda obtener en su fuero interno o que sean proporcionados por la propia entidad quedan al margen de cualquier tipo de análisis valorativo. Sí que resulta muchísimo más interesante, por lo que respecta a su legitimidad, abordar la cuestión de si el Estado debe participar o no en la gratificación económica por las delaciones recibidas. En algunos países, el ofrecimiento de recompensas económicas a los delatores es una práctica incorporada normativamente. Así, en EEUU la *Whistleblower Protection Act* (Ley de Informantes) establece mecanismos de protección y compensación económica para aquellas personas que denuncien actos ilícitos en el ámbito privado y público. También a través del programa de Informantes de la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) se ofrecen recompensas de este tipo a las personas que brindan información sobre la comisión de infracciones en el ámbito del mercado de valores.

Creo que este análisis no puede realizarse al margen de lo que considero que es un aspecto clave en toda esta cuestión, que no es otro que el de la dimensión ética de la propia denuncia. Veámos en apartados anteriores cómo la denuncia, al margen de que vaya acompañada o no de gratificaciones económicas, refleja una evidente ambigüedad ética. Por un lado, se asocia con prácticas de colaboración propias de sistemas totalitarios basadas en el soplo o chivatazo y por otro, se le califica como mecanismo indispensable para garantizar la transparencia y, además, como un instrumento eficaz para prevenir y detectar amenazas para el interés público. Al margen de todo esto, es importante también diferenciar la distinta dimensión ética de la denuncia dependiendo de si se trata de una denuncia interna o externa y el impacto que puede generar el incentivo económico sobre ambas (Ochman, 2022, p. 12 y s.). Así, la denuncia interna es interpretada como una conducta meritoria dado que permite a la organización corregir los errores, mientras que la denuncia a través de canales externos tiene la connotación de traicionar la lealtad a la organización y generar con ello relaciones de desconfianza. Generalmente, la recompensa económica aparecerá vinculada con las denuncias interpuestas a través de los canales externos lo que puede desincentivar la utilización de los canales internos. Hemos visto también cómo el legislador en la Ley de Protección a las

10 V. LO 19/1994, de 23 de diciembre de protección a testigos y peritos en causas criminales.

11 Art. 528.6 APL LECrim: “Cuando la noticia de la comisión de un delito cometido en el seno de una entidad del sector público o privado la hubiese dado un funcionario o empleado a través de un procedimiento de denuncia interna, la comunicación del hecho delictivo a las autoridades podrá realizarla el responsable del canal de denuncia sin revelar la identidad del alertador, salvo que fuese especialmente requerido para hacerlo”.

personas informantes, evitando la utilización de términos con evidente carga peyorativa y apelando a la emoción ciudadana, sitúa como uno de sus objetivos clave rescatar la dimensión ética de la denuncia. El legislador tendrá que ser consciente de que, posiblemente, la introducción de incentivos económicos por denunciar podría cambiar dramáticamente la percepción social que la ciudadanía tiene de la norma, malográndose de este modo la finalidad pretendida. Probablemente esta sea una de las razones principales que explican por qué la Directiva *Whistleblowing* excluye expresamente el ofrecimiento de recompensas a los alertadores y la ausencia de previsión alguna al respecto en la Ley de Protección a las personas informantes. También del hecho de que nuestro legislador nacional en esta ley manifieste su preferencia por la utilización de canales o sistemas internos de información frente a los externos, aunque no establezca su obligatoriedad (art. 4.1).

Resulta habitual que los poderes públicos, en el diseño de estrategias para favorecer las delaciones en el ámbito de la corrupción mediante incentivos económicos, lleven a cabo su análisis desde un enfoque economicista basado en cálculo racional del coste personal y del beneficio obtenido. Así, nadie duda de que desde el punto de vista de los beneficios ofrecer una recompensa económica 1º) puede ser un incentivo eficaz para el incremento de las denuncias; 2º) puede detectar y corregir las irregularidades y, en el mejor de los casos, recuperar parte de las cantidades defraudadas o distraídas (García Moreno, 2021, pp. 251 y ss.; Simón Castellano, 2022, p. 19 y s.); 3º) puede introducir ciertos criterios de justicia al ser visto como una especie de compensación ante las represalias que puede sufrir el delator (despidos, daños psicológicos, estigmatización) como coste personal y el beneficio generado al bien común y, finalmente, 4º) la recompensa económica puede abaratar los costes de la investigación y aumentar la probabilidad de condena, dado que si se hace depender la obtención de la recompensa de una sentencia condenatoria el delator colaborará más interesadamente con la Administración de Justicia precisamente para lograr su gratificación. En el lado de los costes podemos apuntar al hecho de que si generalmente las recompensas económicas se otorgan al delator cuando utiliza los canales internos de denuncia ello provoca un debilitamiento claro de los sistemas internos de control, de su capacidad de autocontrol y, por lo tanto, de una cierta languidez en la efectividad y promoción de la cultura ética dentro de las organizaciones. Del mismo modo, si la obtención de la recompensa no se hace depender de la sentencia condenatoria sino de una pura negociación entre la persona que dispone de la información y los poderes estatales, el interés por

la obtención de recompensas económicas elevadas puede implicar un retraso en la denuncia y el mantenimiento de la situación ilícita. También se alude al peligro de convertir al denunciante en un cazarrecompensas (Gimeno Beviá, 2021, p. 176). Sin embargo, creo que el argumento de más peso que se puede esgrimir para rechazar la dación de recompensas económicas por la delación es el riesgo que ello supone para la proliferación de denuncias falsas o poco fundamentadas, con las consecuencias que de ello se derivan principalmente para los derechos y garantías de la persona afectada y posteriormente investigada y de sobrecarga del sistema judicial. Frente a estas consideraciones se suele oponer el hecho de que estas objeciones pueden neutralizarse teniendo en cuenta que generalmente la obtención de la recompensa va unida al hecho de que los poderes públicos puedan recuperar lo defraudado (difícilmente si nos encontramos ante una denuncia inveraz) y, además, en la posibilidad de perseguir penalmente la denuncia falsa, que puede operar como un mecanismo eficaz para disuadir al delator mendaz. Sin embargo, creo que este contraargumento no es en absoluto irrefutable, ya que a pesar de que hagamos depender la obtención de la recompensa económica de la recuperación de lo defraudado ello no supone un freno para las denuncias de baja calidad puesto que el delator no va a perder nada por intentarlo. Además, es muy importante tener en cuenta que la persecución penal por la comisión de un delito de denuncia falsa (art. 456 CP) exige acreditar suficientemente durante el proceso penal el autor tuviera conocimiento de la falsedad o imputara el hecho con temerario desprecio a la verdad, lo que desde el punto de vista de la actividad probatoria no resulta una tarea exenta de dificultad.

Traigo en este punto a colación las interesantes reflexiones que Ochman (2022, pp. 16 y ss.) aporta respecto a las implicaciones de los incentivos económicos por denunciar actos de corrupción en el sector público, introduciendo en este debate otro elemento que va mucho más allá del puro enfoque economicista basado en un cálculo coste-beneficio, con aproximaciones más complejas construidas desde la economía conductual. De este modo, la teoría del desplazamiento motivacional vendría a explicar cómo una decisión con alta implicación ética como puede ser denunciar un acto de corrupción puede ser remarcada como una transacción meramente económica en la medida en que se introducen incentivos de este tipo. En otras palabras, independientemente de cuál haya sido la intención original del delator, los observadores externos la perciben como una acción motivada por un afán de lucro. El desplazamiento de la motivación del denunciante del ámbito

de lo ético a lo económico se percibe por los observadores externos por el efecto *holier than thou*¹². En este escenario, la introducción de recompensas podría desincentivar la denuncia por parte de las personas que no quieren ser percibidas como soplones o chivatos, lo que impactaría negativamente a las denuncias que no se llevan a cabo por ningún tipo de interés. Creo que tiene razón la autora cuando pone de manifiesto la desventaja que genera el efecto desplazamiento en un doble sentido. Por un lado, desincentiva la denuncia de aquellas personas con un alto nivel de razonamiento moral que no quieren ser percibidas como delatores por dinero. En segundo lugar porque puede impactar en las relaciones de confianza y en la percepción que tenga la ciudadanía en las propias instituciones. A corto plazo es probable que cale la idea que la preocupación que tienen los poderes públicos por disminuir los índices de corrupción y cómo recuperar el dinero público desviado y utilizado para intereses particulares. Pero a largo plazo es posible que la introducción de incentivos económicos genere en la sociedad la idea de que tanto el corrupto como la Administración se rigen por las mismas motivaciones: avaricia y cálculo de coste-beneficio. De este modo, puede que la denuncia no sea entendida como una forma de protesta en pro del bien común, sino parte de un juego entre actores que sólo buscan su propio interés.

2.2. Los programas de clemencia

Otro de los instrumentos que tradicionalmente se han considerado de utilidad para favorecer la delación han sido los denominados programas de clemencia (o *leniency programs*). Incorporados inicialmente

en nuestro país en el ámbito de la competencia (arts. 65 y 66 de la LDC), a través de estos programas se ofrecen incentivos a las empresas que colaboran con las autoridades de competencia, proporcionando información y pruebas sobre la existencia de prácticas anticompetitivas en el sector. De este modo, se requiere que la persona física o la empresa haya sido la primera en aportar elementos de prueba, coopere plena y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia, ponga fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que se facilite los elementos de prueba, no haya destruido elementos de prueba y, finalmente, no haya adoptado medidas para obligar a otras personas a participar en la infracción¹³. A cambio, las personas físicas o las empresas pueden recibir inmunidad o reducciones significativas en las multas que se les imponen por su participación en el cártel. El objetivo de estos programas de clemencia no es simplemente favorecer la delación sino identificar y sancionar prácticas anticompetitivas (lo que sucede por ejemplo si las empresas del cártel llegan a acuerdos para fijar los precios, limitar la producción o repartirse el mercado), promoviendo la competencia leal en el mercado y protegiendo con ello a los consumidores y a la economía en general. Un programa de clemencia en el ámbito de la competencia que, como veremos, va a tener una singular importancia a la hora de aplicar las nuevas cláusulas premiales que se introducen en nuestro CP en los arts. 262.3 y 288 bis CP¹⁴.

Sin embargo, en el derecho interno podemos encontrar igualmente ejemplos de programas de clemencia aplicables en escenarios de muy distinta naturaleza al previsto en el ámbito de la competencia. Así, la Ley

12 Como señala Ochman, este efecto se refiere a la sobreestimación de la propia motivación ética. En otras palabras, a la mejor consideración que tenemos individualmente de nuestros propios actos frente a lo que estima el resto de la sociedad. Alude al experimento realizado por Feldman y Lobel, en donde los participantes consideraron que ellos presentaban la denuncia motivados por el deber, mientras que los demás estimaron que lo hicieron por el incentivo económico.

13 Art. 65: Exención del pago de la multa. 1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la Comisión Nacional de la Competencia eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando: a) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 en relación con un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma, o b) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la Comisión Nacional de la Competencia no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención a una empresa o persona física en virtud de lo establecido en la letra a). 2. Para que la Comisión Nacional de la Competencia conceda la exención prevista en el apartado anterior, la empresa o, en su caso, la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud deberá cumplir los siguientes requisitos: a) Cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación. b) Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hace referencia este artículo, excepto en aquellos supuestos en los que la Comisión Nacional de la Competencia estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección. c) No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Comisión Europea o de otras Autoridades de Competencia, su intención de presentar esta solicitud o su contenido. d) No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

14 V. apartado VI.

39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Pública (LPAC) establece los requisitos que deben cumplirse para eximir o atenuar al denunciante que haya participación en la comisión de la infracción y existan también otros infractores. De este modo, establece la obligación de eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción no pecuniaria cuando el propio denunciante sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando la Administración no disponga de elementos suficientes para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado. Igualmente, con carácter obligatorio se dispone que procederá la disminución de la sanción cuando no cumpliéndose alguna de las condiciones anteriores el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido. En ambos casos, será necesario que el denunciante cese en la participación de la infracción y no haya destruido elementos de prueba.

Esta tendencia en la incorporación de programas de clemencia en el ámbito administrativo se ha visto consolidada con la aprobación de la Ley de Protección a las personas informantes el pasado mes de febrero. Una normativa que en la versión primigenia del APL hacía referencia en su art. 40 a los programas de clemencia. Afortunadamente, parece que la sensatez imperó en la tramitación parlamentaria sustituyendo la alusión a los programas de clemencia por “supuestos de exención y atenuación de la sanción”¹⁵, evitando con ello el empleo de una terminología de claro tinte moralista o compasivo de difícil encaje en la configuración de un Estado moderno. Concretamente, se prevé la posibilidad de exonerar del cumplimiento de la sanción administrativa que le correspondiera a la persona que hubiera participado en la comisión de la infracción siempre que: 1º) que haya cesado en la comisión de la infracción en el momento de la comunicación o revelación; 2º) que identifique al resto de las personas que hayan participado o favorecido la infracción; 3º) que haya cooperado plena, continua y diligentemente a lo largo de todo el procedimiento de investigación; 4º) que haya facilitado información veraz y relevante, medios de prueba o datos significativos para la acreditación de los hechos investigados, sin que haya procedido a su destrucción u ocultación, ni haya revelado directa o indirectamente a terceros su contenido y 5º) que haya procedido a la reparación del daño causado que le sea imputable. Prevé del mismo modo el legislador no la exención sino la disminución de la sanción si estos requisitos no se cumplen en su totalidad, siempre y cuando no existiera otra sanción anterior por hechos de la misma naturaleza. En aquellos casos en los que estos requisitos no se cum-

plan en su totalidad se podrá aplicar una atenuación de la sanción correspondiente, si la autoridad sancionadora competente así lo considera, siempre y cuando no existiera otra anterior por hechos de la misma naturaleza. En todo caso se exige que la comunicación de la información debe presentarse con anterioridad a la notificación de la incoación del procedimiento de investigación o sancionador. Analizando comparativamente esta posibilidad de exención o atenuación de la sanción administrativa con lo previsto en la LDC y la LPAC se puede observar que ahora el legislador va un poco más allá ya que, a pesar de que no exige que el informante sea el primero en aportar la prueba, sí le requiere el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos previstos en estos dos ámbitos, además de exigirle adicionalmente que identifique en su caso al resto de las personas que hayan participado o favorecido la infracción. Deberá ser muy consciente nuestro legislador del refrán popular de “quien mucho abarca, poco aprieta”, puesto que si lo que pretende es incentivar con este mecanismo la delación de los responsables puede ver frustrada esta finalidad con la exigencia de excesivas condiciones que, prácticamente, hagan inaplicables dichos beneficios. Pero, por otro lado, deberá ser consciente de la necesidad de sopesar ciertos riesgos, no vaya a ser que con estas indulgencias premiales favorezca lo que precisamente está intentando evitar. La aplicación de incentivos para la colaboración puede generar la percepción de que las empresas o particulares pueden incurrir en prácticas desleales o perjudiciales para el bien público y, posteriormente, informar a las autoridades para evitar sanciones. Esto podría socavar el mensaje inicial de la importancia de evitar estas conductas. Aquí radica la virtud: en hilar muy fino a la hora de sopesar claramente los beneficios y perjuicios de estos beneficios antes de su aplicación lo que, como veremos a continuación al aludir a la justicia penal negociada, no es una tarea exenta de dificultad.

III. DEL FRACASO A LA OPORTUNIDAD: LA DENUNCIA COMO MONEDA DE CAMBIO EN EL ÁMBITO DE LA CRIMINALIDAD

Para abordar las múltiples aristas que presenta el Derecho penal premial creo que es importante situar el punto de partida de este análisis en lo que se podría reconocer como un cierto fracaso: el del Estado o los poderes públicos para la detección, persecución y castigo de determinadas formas de criminalidad, generalmente relacionados con organizaciones y grupos criminales, el tráfico de drogas, el terrorismo y la corrupción. Todas estas manifestaciones son claramente letales para la vigencia del ordenamiento democrático, y esta preocu-

15 Aunque sí que es cierto que en la EM de la nueva ley sí que aparece la referencia a los programas de clemencia como tal.

pación se intensifica cuando el peligro se origina desde el mismo Estado y sus funcionarios públicos actúan para beneficiar sus intereses personales en detrimento del interés público, como es el caso de la corrupción. Como señala Rusconi (2018, p. 11), la idea de negociar con uno de los autores del hecho y pagar con la moneda de la impunidad la información que pudiera tener sobre otros responsables es la consecuencia directa de la crisis por la que atraviesa la justicia penal en relación con una de sus funciones básicas, como es la reconstrucción lo más fiel posible del hecho histórico. Una reconstrucción que no es tarea fácil, atendiendo a la imperiosa necesidad de destinar recursos personales y materiales a una ya de por sí maltrecha Administración de Justicia, lo que dificulta tanto el desarrollo de las investigaciones como la persecución de los delitos. A ello podría sumarse, como es indudable, la complejidad de las propias investigaciones atendiendo al hecho de que las organizaciones criminales suelen operar a través de redes financieras complejas que entorpecen la identificación de los responsables y la obtención de pruebas. Como añadido, este tipo de conductas ilícitas suelen operar a nivel transnacional y, en ocasiones, la cooperación internacional no es fácil de obtener. Estos factores, sumados a la posible existencia de amenazas o conductas violentas de carácter intimidante tanto para testigos como para las autoridades encargadas de su persecución generan, sin duda alguna, inactividad en el inicio de la investigación o, en el mejor de los casos, dilaciones en los procedimientos penales que se suelen prolongar en el tiempo, creando una sensación de impunidad y de cierto desaliento en la sociedad que mira con desconfianza a su sistema penal. Una suspicacia que quizás se torna en incredulidad cuando la ciudadanía observa que sus operadores jurídicos, autorizados por la bula del legislador, negocian con los autores del delito la posibilidad de atenuarles o eximirles de pena, a cambio de conseguir una serie de beneficios que se entienden preponderantes frente al interés estatal en la imposición de una sanción penal. Con ello los poderes públicos tratan de conseguir aquello que no han obtenido a través de los medios de investigación ordinariamente establecidos. Y creo que en esta frase se resumen los dos principales obstáculos a los que se enfrenta el Derecho penal premial y que abordaré en apartados sucesivos: su legitimidad y su pretendida eficacia.

La concesión del premio al arrepentido aparece como el resultado de una acción positiva derivada de su colaboración activa con la autoridad. Y en este escenario resulta de vital importancia el poder de seducción que ejerza el Estado, ya que de lo que se trata es que al colaborador le atraiga más la colaboración activa con la justicia que la utilización del derecho constitucional a no declararse culpable y a la presunción de inocencia (Benítez Ortúzar, 2004, p. 41). En definitiva,

criterios de utilidad o eficacia que pueden convertir al Derecho penal no en un instrumento de prevención sino en un puro oportunismo político, en un “aquí todo vale” (Muñoz Conde 1996, p. 147), o en un Derecho penal que convierte al enemigo en amigo (Vicente del Olmo, 2015, p. 325); en otras palabras, un utilitarismo descarnado en donde no parece existir límite valorativo alguno y desdeña cualquier principio que pueda ponerle freno (Garro Carrera, 2013, p. 17). De ahí la importancia de ahondar en una cuestión clave que ya apuntaba anteriormente y que no es otra que la necesidad de encontrar un fundamento jurídico penal a este tratamiento ventajoso del que goza el colaborador, en otras palabras, intentar reincorporar al debate jurídico, a propósito de la incorporación al CP de los arts. 262.3 y 288 bis, algunos aspectos que puedan aportar algo de luz al problema de la legitimidad del Derecho penal premial.

IV. LOS PROBLEMAS DE LEGITIMIDAD QUE PRESENTA EL DERECHO PENAL PREMIAL

El Derecho penal premial implica la incorporación de mecanismos que permiten atenuar la pena o incluso la exención de responsabilidad en la medida en que la información que proporciona el arrepentido es útil para que las autoridades puedan investigar la realización de determinadas prácticas delictivas y el desmantelamiento de la organización criminal a la que pertenece el responsable. Lejos, como vamos a ver, de las finalidades preventivas que persigue la aplicación de la pena, lo que subyace con la aplicación de los beneficios premiales es una razón puramente pragmática o utilitarista para la consecución de un objetivo claro que no es otro que desbaratar determinadas formas de criminalidad. De este modo, el Estado sopesa los intereses en juego y concluye que la necesidad de identificar y neutralizar determinadas actividades delictivas, tremendamente lesivas para el conjunto de la sociedad, implica la necesidad también de otorgar premios (Ortiz Pradillo, 2015, p. 8). Se pretende por lo tanto fomentar la delación para que quien haya participado en la conducta delictiva colabore con las autoridades a cambio de un premio que cristaliza o tiene impacto en la respuesta penal que ofrece el Estado al denominado arrepentido. Un concepto de arrepentido o de arrepentimiento que, a pesar de que es utilizado de manera habitual por la doctrina y que permite sin mayor problema delimitar conceptualmente esta figura (Campo Moreno, 1995, p. 55), plantea ciertas dificultades que no pueden ser obviadas. En primer lugar podríamos entender que ya la propia noción de arrepentido denota un carácter moralista o expiatorio que, en un Estado moderno, no son exigibles a la persona que colabora con las autoridades (Muñoz Conde, 1996, p.145; Garro Carrera, 2013, p. 22). De igual modo, creo que es muy importa indicar

la necesidad de acotar el término si atendemos al hecho de que en la inmensa mayoría de los casos el arrepentido no se arrepiente de nada, sino que es un mero negociador (Aboso, 2017, p. 5). Mercadea con el Estado su autoincriminación o la denuncia de terceros a cambio de la rebaja de pena o incluso de una exención. Y esto, sobre todo en ámbitos de criminalidad tan particulares como puede ser el de la corrupción, caracterizada precisamente por el escenario de opacidad en donde se desarrolla, el arrepentimiento generalmente no implica que el autor se arrepienta al reconocer que ha hecho algo incorrecto o porque muestra una genuina disposición a cambiar o corregir a futuro este comportamiento asumiendo el daño que ha generado con su actuación. Más al contrario, no son infrecuentes los casos en los que el origen de una investigación por un delito de este tipo se sitúa en la denuncia de una persona desechada o con deseos de venganza por no haberse atendido a alguno de sus requerimientos. Delatores que orquestaban tramas corruptas y campaban a sus anchas obteniendo cuantiosos beneficios económicos a costa del bien común y que raíz de un choque de intereses denuncian la existencia de una trama con la que hasta ese momento convivían sin escrúpulo alguno (Del Moral García, 2016, p. 59). O qué decir de las colaboraciones con la justicia de acusados por delitos de corrupción para obtener beneficios penales no para sí mismos sino para familiares muy cercanos involucrados igualmente en la trama. Vendettas, traiciones y rupturas interesadas de la *omertá* que nada o poco tienen que ver con la contrición que se predica del arrepentimiento o con el reconocimiento del daño ocasionado y el retorno a la legalidad entendido desde una perspectiva más neutra.

Retomo la cuestión que da sentido a este apartado y que no es otra que los problemas de legitimidad que pueden implicar los beneficios premiales. No voy a hacer una referencia extensa a los problemas éticos o morales que plantea la aplicación de premios para el delator, pero sí que es cierto que ha sido uno de los argumentos esgrimidos por la doctrina para rechazar las figuras premiales: el chantaje al que se somete al Estado por parte del colaborador que quiere obtener un sustancioso beneficio a cambio de su delación. En definitiva, la inadmisibilidad de que el Estado se avenga a negociar con los autores de graves delitos, incluso si persigue un fin loable de combatir graves formas de criminalidad, insistiendo en que la eficacia no debe buscarse a toda costa y menos comprometiéndose a prácticas que restan dignidad a sus instituciones (Garro Carrera, 2013, p. 12). Resultan de mayor interés las posibles disfunciones que, desde una perspectiva jurídica, podría generar la aplicación de beneficios premiales y que podrían resumirse en las siguientes:

a) *Su difícil encaje con los fines preventivos del Derecho Penal.* Uno de los reproches que de manera

más habitual se realiza a la incorporación de cláusulas premiales es el riesgo que implica para la pretendida función preventiva que persigue el Derecho penal. Así, se entiende que desde la prevención general negativa la pena debe actuar como un elemento disuasorio para el resto de la sociedad, es decir, debe generar en la población ese temor real de sufrir una consecuencia similar en caso de realizar una conducta delictiva. De este modo, se puede plantear que la incorporación de cláusulas premiales, al reducir o atenuar la pena para los colaboradores con la Justicia, disminuye el efecto disuasorio o intimidante que se presume de la pena. Si bien esta idea se evidencia habitualmente por la doctrina como una de las fricciones que genera el Derecho Penal premial con la finalidad preventivo general intimidatoria de la pena (Benítez Ortúzar, 2004, p. 45 y s.; Sánchez García de PAZ, 2005, p. 10; Garro Carrera, 2013, p. 13; Aboso, 2017, p. 100; Ortiz Pradillo, 2017, p. 65; Ragüés i Vallés/Belmonte Parra, 2021, p. 26), creo que también se debería tener en cuenta que, a pesar de que esto probablemente sea así atendiendo al hecho de cómo la sociedad en general percibe el premio que se otorga al colaborador, las cláusulas premiales pueden tener cierto efecto intimidante entre los propios miembros de la organización. Se podría llegar a admitir que la posibilidad de exención o atenuación de pena para el colaborador quizás sí que resulte intimidante para los integrantes de la organización delictiva, precisamente por el temor que genera el ser delatados por un miembro de la misma. Esto puede, al menos como hipótesis, generar un clima de desconfianza y de tensión dentro de la propia organización y que puede llevar a desincentivar la comisión de nuevos delito e incluso a la disolución de la organización, precisamente por el riesgo a ser delatado por “traidores”. Un riesgo que, como señala García España (2006, p. 78, 105), probablemente sea mayor en la delincuencia que responde a motivos económicos (tráfico de drogas y corrupción), que en los delitos por motivaciones ideológicas (terrorismo).

Por otro lado, la función de prevención general positiva hace referencia a la idea de que la pena debe demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico reforzando de este modo la confianza jurídica de la ciudadanía. Es decir, opera reforzando el respeto y la aceptación de las normas, de los valores jurídicos y de su vigencia (Luzón Peña, 2019, p. 15), visibilizando del mismo la importancia del bien jurídico protegido por dichas normas. Desde esta perspectiva, el Derecho Penal premial podría plantear ciertos problemas, ya que difícilmente se puede abonar la confianza social en la importancia del bien jurídico que protege la norma o robustecer el respeto en el ordenamiento cuando la propia ciudadanía observa que el Estado es selectivo en la imposición del castigo. Deja de castigar penalmente

o reduce notablemente la pena frente a conductas que originan un daño relevante otorgando beneficios a sus responsables, incorporando la idea de que la Justicia no es equitativa y que presenta ciertos sesgos respecto a determinados delincuentes, lo que puede hacer minar la confianza en todo el sistema. Difícilmente la ciudadanía puede reforzar su confianza en el ordenamiento si observa que el infractor no sólo no es castigado por su conducta delictiva, sino que incluso es de alguna manera recompensado por ello (Moccia, 1997, p. 395; Vicente del Olmo, 2015, p. 324). En definitiva, se podría debilitar esta función al crear la percepción de que la cooperación con las autoridades es la única forma de evitar castigos severos, en lugar de fomentar la internalización de la propia norma y de los valores jurídicos importantes que representa.

Restaría aludir brevemente a los riesgos que los beneficios premiales pueden originar desde el punto de vista de la prevención especial. Así, por un lado, si a través de la prevención especial positiva lo que se pretende es que la pena tenga un efecto resocializador sobre el delincuente evitando la comisión de delitos en el futuro, premiar la colaboración del arrepentido con la exención de pena o con una reducción de la misma puede generar la sensación de que realmente lo que se pretende con la aplicación de la pena no es la resocialización del colaborador eficaz, sino simplemente obtener una determinada información para esclarecer otros delitos. El Estado, lejos de apartarlo del sendero delictivo le muestra atajos (Aboso, 2017, p. 73). Por último, desde la pretendida finalidad preventivo especial negativa que persigue la aplicación del Derecho penal podría sostenerse que los beneficios premiales aplicados al colaborador podrían no contribuir a evitar su reiteración delictiva, al no sentir la necesaria aflicción del castigo que se persigue.

b) *La afectación al principio de igualdad.* Otro de los recelos que aparecen vinculados con las figuras premiales es la ausencia de equidad en su diseño, analizada esta desde una doble perspectiva. Así, en primer lugar la habitual configuración de las cláusulas premiales invita a pensar que si a través de la colaboración lo que persigue el legislador es el descubrimiento de los delitos cometidos o la neutralización de la organización criminal lo lógico será pensar que quien pueda tener una información idónea para la consecución de estos objetivos sean personas que ocupan dentro de la organización una posición de cierta relevancia. Posiblemente los operadores jurídicos desprecien, desde esta perspectiva claramente utilitarista y pragmática, a quien formando parte de la organización no esté en disposición de ofrecer una información de igual envergadura. Igualmente se reprocha que la aplicación de los beneficios premiales esté prevista legalmente para determinados delitos, lo que impediría acceder a este

beneficio a personas acusadas por delitos comunes que, con carácter general, representan una mayor cuota de criminalidad (Moccia, 1997, p. 394; Sánchez García de Paz, 2005, p. 9; Garro Carrera, 2013, p. 12; Aboso, 2017, p. 77 y s.).

c) *Su afectación al principio de proporcionalidad.* Junto con los riesgos anteriormente mencionados se ha reprochado que los beneficios premiales no en todos los supuestos respetarían el principio de proporcionalidad, atendiendo al hecho de que la colaboración realizada por el arrepentido no llegaría a compensar la gravedad los delitos cometidos hasta el punto de llegar a justificar incluso una renuncia a la pena. De este modo se indica que por muy loable que sea el fin de combatir a una determinada organización criminal, por muy ineficientes que resulten los instrumentos ordinarios de los que dispone el Estado para combatir este tipo de criminalidad y, finalmente, por muy inoperantes que sean las normas que se limitan a castigar atendiendo a la gravedad del delito se torna como una necesidad indiscutible establecer los límites en donde la renuncia de la pena es tolerable (Garro Carrera, 2013, p. 13). Resulta curioso cómo en este sentido impacta el principio de proporcionalidad en la estrategia estatal de lucha contra determinadas formas de criminalidad. Así, es posible constatar una cierta paradoja en las tendencias legislativas orientadas a la creación de nuevos tipos penales y al aumento de las penas como mecanismos de prevención del delito pero, por otro, de manera simultánea se incorporan beneficios premiales para la figura del arrepentido que llevan incluso a la exención de la pena (Vicente del Olmo, 2015, p. 327). Manifestaciones de un Derecho Penal de sangre y lágrimas que convive con un Derecho penal premial o, en otras palabras, como ya indicara Muñoz Conde (1996, p. 149), del Derecho penal del palo y de la zanahoria.

d) *La afectación a los principios fundamentales del proceso penal.* En el ámbito del procesal penal, la información aportada por el arrepentido ha sido reconocida como prueba válida para enervar el principio de presunción de inocencia. Esto no oculta la problemática real que ello implica para el desarrollo del propio proceso, atendiendo a la concurrencia de una doble condición en el colaborador que es considerado como un coimputado (coinvestigado) desde el punto de vista de la valoración de la prueba, pero a su vez como un confidente que aporta datos muy relevantes en la medida en que comienza a colaborar con la Administración de Justicia (Ortiz Pradillo, 2015, p. 14). En este sentido, el TS ha establecido que la búsqueda de un trato de favor con la aplicación de beneficios penológicos no excluye el valor de la declaración del coimputado, es decir, sus declaraciones son válidas para enervar el principio de presunción de inocencia aunque reconozca una mayor obligación en la necesidad de graduar la credibilidad

que merecen sus manifestaciones¹⁶. En este sentido, será importante incorporar a la ecuación el análisis acerca de la veracidad de la información aportada en el proceso por el colaborador, puesto que puede darse la posibilidad de que el arrepentido haya aportado información falsa al proceso o incluso haya acusado a terceros con el propósito de lograr una mejora en su situación penal y procesal (Aboso, 2017, p. 75), lo que viene unirse también el riesgo de que cuanto mayor sea el desconocimiento del investigador probablemente mayor será su tendencia a conceder crédito al informador (Garro Carrera, 2013, p. 15).

Es importantísimo atender a la especial posición que ocupa el coinvestigado en el proceso y, por lo tanto, a valorar sus declaraciones. El colaborador arrepentido realmente no comparece como testigo, por lo tanto no está obligado a decir verdad bajo el apercibimiento de la comisión de un delito de falso testimonio, sino como acusado, asistido de los derecho a no declarar en su contra y a no reconocerse culpable. Para superar las lógicas reticencias que genera esta singular condición, el TS ha establecido una serie de criterios que obligan al tribunal de instancia a valorar la posible existencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a sus declaraciones, como la existencia de razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de autoexculpación u otras similares, unido a la necesidad de que existan otras pruebas que corroboren la declaración del arrepentido. Por lo que respecta a la existencia de móviles espurios, parece entonces que la valoración de la declaración del coinvestigado le exigirá que venga precedida de motivos nobles como el reconocimiento del daño causado y su retorno al ordenamiento jurídico por él violentado aspectos que, como he comentado con anterioridad, parecen ser desmentidos por lo que ocurre en la realidad. Llama igualmente la atención que el TS incluya dentro de los móviles espurios el afán exculpatório, es decir, el deseo de obtener ventajas y beneficios penales que pueden restar credibilidad a las declaraciones. Puede entenderse este razonamiento si lo único que conduce al colaborador a declarar es el afán exculpatório con absoluto desprecio a la verdad. Pero puede suceder que en ese mismo afán exculpatório el colaborador aporte información que es sustancial para los fines que persigue el poder público. No se comprende muy bien entonces que el premio por la declaración sea la concesión del beneficio penológico, pero se entienda que esta declaración es inválida procesalmente porque lo que persigue el arrepentido sea la propia la obtención del beneficio. Todo ello al

margen de las dificultades que genera probar los elementos anímicos que llevan al arrepentido a efectuar una declaración.

Por su parte, el TC ha establecido que la declaración de un coimputado no es válida como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta corroborada por otras pruebas¹⁷, es decir, por algún dato, hecho o circunstancia externa que corrobore mínimamente su contenido y que se deberá analizar caso por caso¹⁸. Tal y como señala Cuerda Arnau (2016, p. 58) será suficiente con que estos elementos de corroboración conduzcan indirectamente, pero a través de un proceso deductivo, a la conclusión de que los hechos acontecieron como relató el coinvestigado. Es cierto que las declaraciones de los arrepentidos pueden ser muy valiosas como detonante que sirva para desencadenar la investigación, pero ello no implica de ningún modo que se deban relajar las exigencias garantistas impulsados por el rechazo a la corrupción, la delincuencia organizada, el terrorismo o el narcotráfico (Del Moral García, 2016, p. 60). Como señala Cuerda Arnau (2004, p. 49), creo que habrá que situar el punto de partida en la general desconfianza que merecen las declaraciones de un sujeto que tiene un claro interés procesal en hacerlas y que no está obligado a decir la verdad. Y lo que se presenta como una exigencia democrática y garantista, como es el respeto al principio de presunción de inocencia y al derecho de defensa, quizás se convierta en uno de los principales escollos al que se debe enfrentar el Derecho penal premial, es decir, el de su efectividad. De poco valdrá desvelar la identidad del resto de integrantes de la organización si no hay otros elementos probatorios que avalen la declaración del arrepentido. En definitiva, articular un sistema premial complejo, con los riesgos que ello conlleva, para acabar concluyendo que “para este viaje no hacían falta tantas alforjas” (Muñoz Conde, 1996, p. 153).

V. EL DERECHO PENAL PREMIAL: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES

1. Las cláusulas premiales en el CP

Como señalaba al principio la incorporación de nuevas cláusulas premiales en el CP tras la entrada en vigor de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, permite intuir la clara apuesta de legislador penal español por favorecer de manera negociada la colaboración activa de los responsables en el descubrimiento y persecución de las conductas delictivas. Antes de pasar a analizar con

16 Así, v. STS 18 de febrero de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:1098); STS 8 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:793); STS de 21 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1297).

17 STC de 17 de marzo de 2001 (ECLI:ES:TC:2001:70)

18 STC de 21 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TC:2022:68).

más profundidad esta cuestión me gustaría indicar que, al margen de esta finalidad concreta, quedarían otros beneficios premiales que el legislador penal ha previsto con relación a otro tipo de conductas delictivas y cuyo fundamento se aleja de la colaboración activa destinada a la obtención de pruebas decisivas para la identificación, la captura de otros responsables o impedir la actuación o desarrollo de organizaciones a las que ha pertenecido. De este modo, en el ámbito de los delitos contra la libertad el art. 171.3 CP permite que el Ministerio Fiscal se abstenga de acusar a una persona que hubiera cometido un delito con pena prevista inferior a los dos años de prisión en el caso de que esta denunciara que está sufriendo un chantaje. Por su parte, el art. 225 bis CP autoriza la exención de pena al progenitor que, habiendo sustraído a su hijo/a menor, comunique el lugar de estancia a otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata o cuando la ausencia no hubiera sido superior a veinticuatro horas. Igualmente, por lo que respecta a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, el legislador entiende producida la regularización tributaria, la situación ante la Seguridad Social o el reintegro de ayudas o subvenciones públicas incorrectamente recibidas, con la consiguiente exención de responsabilidad penal, si concurren los requisitos establecidos en los arts. 305.4, 307.3, art. 307 ter 2 y 308.6 CP. En el ámbito de los delitos contra la Administración de Justicia, el art. 462 CP plantea la exención de pena para aquel que se retracta en tiempo y forma de haber prestado falso testimonio en un proceso penal y diga la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia. O, por último, también la exención de pena para quien evite un delito de rebelión si informase a tiempo de poder evitar sus consecuencias (art. 480 CP). Vemos, por lo tanto, que el legislador penal español muestra una evidente querencia por la incorporación de beneficios premiales (en algunos casos con un fundamento discutidísimo como es el caso de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social) que, con independencia de la finalidad concreta perseguida en cada uno de los delitos, resultan de indudable atractivo para sus responsables.

El ámbito del terrorismo y las organizaciones criminales, el tráfico ilícito de drogas y la corrupción ha sido tradicionalmente terreno abonado para la implementación de diversas técnicas premiales dirigidas a la figura del arrepentido con el objetivo de que su colaboración con las autoridades facilite el descubrimiento de las actividades delictivas e identificación de otros responsables. Atendiendo en primer lugar a su naturaleza jurídica, y evitando la extendida y confusa denominación

de excusa absolutoria (Luzón Peña, 2019, p. 559 y ss.) nos encontramos ante causas personales de supresión, anulación o levantamiento de la punibilidad y no ante supuestos de exclusión de la punibilidad que concurren durante la ejecución del delito evitando que surja la punibilidad (Faraldo Cabana, 2000, p. 45) Podríamos indicar en este sentido que se trata de comportamientos postdelictivos del sujeto que suprimen anulan o levantan la punibilidad que en principio merecía plenamente el hecho, es decir, eliminan con carácter retroactivo la punibilidad ya surgida (De Vicente Remesal, 1985, p. 319). En el ámbito sustantivo estos mecanismos premiales aparecen en nuestro CP a través de la exención o atenuación de la sanción aplicable prevista específicamente para algunos tipos penales (arts. 376, 426, 434, 570 quater y 579 bis 3 CP) o mediante de la aplicación de las atenuantes genéricas de confesión de la infracción (art. 21.4 CP) y de reparación del daño (art. 21.5 CP). A ellos se le une, tras la entrada en vigor de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, las cláusulas premiales consistentes en la exención de responsabilidad penal frente a la realización de prácticas anticompetitivas y de las que me ocuparé más adelante¹⁹.

La cláusula premial prevista para el tráfico de drogas (art. 376 CP) permite rebajar la pena en uno o dos grados siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades con algunas de estas finalidades: impedir la producción del delito, obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. El abandono voluntario de las actividades delictivas debe entender como una ruptura definitiva y voluntaria con los vínculos que unen al sujeto con la organización y de carácter espontáneo. Por su parte, la colaboración activa exige la aportación de información con alguna de las tres finalidades comentadas. Es importante tener en cuenta que es posible la aplicación de la figura en aquellos casos en los que no se consiga efectivamente la realización de alguna de estas finalidades, ya que se exige una colaboración objetivamente adecuada pero no supeditada a un resultado positivo que, evidentemente, dependerá de factores externos como por ejemplo el acierto policial. Sin embargo, se debe reconocer que en la realidad existen problemas para su aplicación, precisamente porque en la mayoría de los supuestos la colaboración activa con las autoridades se produce tras la detención del sujeto implicado, por lo que no se cumpliría el requisito del abandono voluntario exigido por el art. 376.1 CP. En ausencia de algún requisito podrá ser de aplicación la atenuante genérica de confesión

19 V. apartado VI.

(art. 21.4 CP) (Joshi Jubert, 2019, p. 671) o de la atenuante analógica (art. 21.7 CP e r. c. 21.4 CP).

En el ámbito de la Administración Pública, el art. 426 CP establece la exención de pena en el delito de cohecho para el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos. Esta limitación temporal, junto con el requisito de la ocasionalidad intentaría asegurar que el sujeto no busca otros fines distintos a los de la reafirmación del ordenamiento jurídico (García España, 2006, p. 114). En la estrategia de lucha contra la corrupción, la LO 14/2022, de 22 de diciembre modifica la cláusula premial del delito de malversación (art. 434 CP) con la intención, como decíamos al comienzo, de redactar dicha cláusula de manera similar a las demás. Sin embargo, creo que esta justificación debe ser objeto de matización teniendo en cuenta que el legislador no sigue un patrón común en la redacción de las cláusulas premiales. Así, cabe indicar que no en todos los casos la aplicación de las atenuaciones específicas exige el abandono voluntario de las actividades (por ejemplo para el delito de malversación no lo exige), ni tampoco la confesión de la infracción (exigencia requerida en el ámbito de los delitos de terrorismo) ni en todos los casos se requiere que la colaboración activa sea eficaz, dado que este requisito se exigía hasta ahora sólo en los delitos de terrorismo.

La nueva regulación del beneficio premial en el delito de malversación implica dos novedades: una de naturaleza temporal, al introducir la exigencia de que la reparación de modo efectivo e íntegro del perjuicio causado al patrimonio público se lleve a cabo *antes del inicio del juicio oral* (requisito temporal también aplicable en la atenuante genérica del art. 21.5 CP) y la otra, de evidente cariz pragmático, que hubiera colaborado activa y *eficazmente* para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos. Pueden ser aplicables las críticas que se realizan por parte de la doctrina por lo que se refiere tanto a la reparación del daño como a la referencia a la colaboración (González Cussac, 2023, p. 165), no sólo por lo que respecta a su solapamiento con las atenuantes de confesión de la infracción (art. 21.4 CP) y reparación el daño (art. 21.5 CP) sino probablemente por su escasa funcionalidad, dado que junto al abandono y la confesión de los delitos se exige una colaboración activa y eficaz, lo que plantearía restricciones respecto de aquellas personas que carecen de la información que se exige. Además, la introducción del requisito de la eficacia permite intuir que la aplicación de esta atenuación

se hará depender de factores externos como es el éxito policial. Podemos concluir, por lo tanto, que la nueva redacción del art. 434 incorpora para su aplicación requisitos que no necesariamente se exigen para la aplicación de otras cláusulas premiales (desmintiendo de este modo la justificación del legislador penal en la EM de la LO 14/2022, de 22 de diciembre), que por otro lado restringirán todavía más la aplicación de la atenuación prevista.

Por lo que respecta al art. 570 quater CP aplicable para los delitos de organizaciones y grupos terroristas, se exige el abandono de las actividades delictivas de manera voluntaria, así como la colaboración activa con las autoridades con tres finalidades alternativas: obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, impedir la actuación o desarrollo de organizaciones o grupos a los que haya pertenecido y evitar la perpetración de un delito por parte de la organización o grupo criminal, sin que sea necesario el logro de estos objetivos, sino la mera idoneidad de la colaboración. El ámbito de aplicación de esta atenuación será mayor, teniendo en cuenta que no se exige la presentación o entrega del sujeto a las autoridades (Vera Sánchez, 2019, p. 862). Desde un punto de vista comparativo, se observa que son más exigentes los requisitos para la aplicación de la cláusula premial en los delitos de terrorismo (art. 579 bis 3 CP), principalmente por la necesidad de que el autor abandone voluntariamente las actividades delictivas, se presente ante las autoridades confesando los hechos y colabore activamente para impedir la producción del delito, requisitos que deben cumplirse de manera cumulativa (la finalidad de coadyuvar eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación del delito o la captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terrorista se presenta de manera alternativa).

Por último, cabe indicar que el legislador penal también extiende la eficacia del beneficio premial a las personas jurídicas cuando en el art. 31 quater b) establece la posibilidad de rebajar la pena a la persona jurídica. Se concibe esta atenuación como una forma de fomentar la colaboración de la propia empresa o de sus responsables, si los representantes legales colaboran con la investigación del hecho aportando pruebas en cualquier momento del proceso pero que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades dimanantes de los hechos.

Como he señalado con anterioridad, el CP también incorpora beneficios premiales para el resto de delitos (del mismo modo cuando no se cumpla alguno de los requisitos establecidos en las cláusulas premiales de atenuación específicas) sobre todo a través de la aplicación de la atenuante genérica de confesión (art. 21.4 CP), la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP) y

la atenuante analógica (art. 21.7 CP), permitiéndose su aplicación incluso de manera muy cualificada. Resulta especialmente preocupantes los posibles excesos en los que se puede incurrir en la aplicación de la atenuante del art. 21.4 CP cuando la confesión se realiza extemporáneamente. Para la aplicación de esta atenuante se exige que el culpable haya procedido a confesar la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento penal se dirige contra él. Advertía Benítez Ortúzar (2004, p. 31) hace ya algunos años que, por ejemplo, la colaboración postdelictiva en el ámbito de los delitos relativos al tráfico de drogas generalmente se produce tras la detención del sujeto por los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, lo que impediría generalmente, en atención al principio de legalidad (entendiendo que el procedimiento penal se inicia con las diligencias previas), la aplicación de la atenuante genérica del art. 21.4 CP, aunque sí por vía analógica. Puede dar la sensación de que, en ocasiones, en el marco de la conformidad del proceso penal esta atenuante de confesión tardía funciona como un comodín (incluso muy cualificado) que utiliza la Fiscalía para justificar de alguna manera la rebaja acordada. Entiendo que la confesión extemporánea debe tener un reflejo penológico, pero no simplemente por el hecho de que el infractor haya reconocido los hechos. Se deberá exigir, en mi opinión, que el culpable lleve a cabo alguna aportación extraordinaria de colaboración con la justicia consistente, por ejemplo, en la aportación de pruebas o informar sobre la intervención de terceros en los hechos (Pozuelo Pérez, 2020, p. 20).

2. Los “beneficios premiales” en la ejecución de la pena: el acceso al tercer grado y la concesión de la libertad condicional

Al margen de las figuras premiales diseminadas a lo largo del CP y que generar un impacto en la pena a imponer al colaborador, bien disminuyéndola o incluso eliminándola, lo cierto es que la pretensión utilitarista del legislador penal invade escenarios distintos como es el de la ejecución penal. Concretamente esto se pone de manifiesto a través de la exigencia de una serie de requisitos que deben cumplir las personas condenadas por delitos de terrorismo y procedentes de organizaciones criminales para la clasificación en tercer grado (art. 72.6 LOGP) y la concesión de la libertad condicional respecto de la pena de prisión (art. 90.8 CP) y la prisión permanente revisable (art. 92.2 CP). En este sentido, cabe señalar que tanto el acceso al tercer grado como la concesión de la libertad condicional se hace depender de su desvinculación con la organización y de la colaboración activa con las autoridades.

Por lo que respecta al requisito de colaboración activa con las autoridades en todos los casos se exige que dicha colaboración persiga algunas de estas cinco fi-

nalidades: impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, atenuar los efectos de su delito, identificar, capturar y procesar a los responsables, obtener pruebas o, finalmente, impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. La principal crítica que se puede formular a esta previsión es que, como razonadamente ha puesto de manifiesto la doctrina especializada, en realidad no se trata de la concesión de un premio al penado por su colaboración, sino que se presenta como una amenaza que condiciona un principio constitucional básico como es el de la orientación resocializadora que debe perseguir la ejecución de las penas privativas de libertad (Sánchez García de Paz, 2005, p. 27 y s.; García España, 2006, p. 71). Al margen de la afectación de los fines preventivo-especiales en la fase de ejecución penal, existen otra serie de recelos que ya que puesto de manifiesto en apartados anteriores, como es el hecho de que esta medida afecta a las personas condenadas que dispongan de una información para alcanzar alguna de las finalidades propuestas. Del mismo modo, no debe perderse de vista que es posible que la delación del penado, como mecanismo para acceder al tercer grado o a la libertad condicional, puede originar una serie de represalias sobre su persona o sobre familiares de enorme gravedad llevada a cabo por integrantes de la propia organización (Juanatey Dorado, 2004, p. 327). Finalmente, y atendiendo a la seducción estatal a la que hacía referencia como requisito del éxito del beneficio, resulta dudoso que el penado se sienta atraído por la oferta estatal, atendiendo principalmente al hecho de que por mucho que colabore con las autoridades, la obtención del beneficio estará sometida al cumplimiento de unos determinados plazos temporales (Llobet Angli, 2007, p. 15). Un acceso a la libertad condicional que además, al ser concebida a partir de 2015 como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión, implica que el penado pueda estar sometido a un control penal por un tiempo superior al de la extinción de la pena y que conlleve la pérdida del tiempo disfrutado en libertad en caso de revocación. Podemos decir entonces que si el requisito de colaboración activa establecido para la concesión del tercer grado y la libertad condicional ya en sí mismo plantea dificultades para su aplicación, el hecho de que tras la “travesía del desierto” el penado encuentre escasamente atractivo el beneficio de la libertad condicional puede frustrar la finalidad utilitarista del legislador tendente a fomentar la delación.

3. La inclusión de beneficios premiales en el ámbito del proceso penal

Sin llegar al extremo de conceder la inmunidad procesal al colaborador, nuestra LECRim incorpora un

supuesto de justicia negociada en el proceso penal, concretamente a través de la conformidad premiada prevista en el art. 801 LECrim²⁰, que implica la rebaja de un tercio en la pena solicitada para algunos delitos menos graves (art. 795 LECrim). Esta conformidad se lleva en una fase muy inicial del procedimiento, concretamente en las diligencias urgentes por juicio rápido ante el Juzgado de Guardia, en donde se exige que el investigado reconozca los hechos para poder beneficiarse de la rebaja penológica. No puede negarse el evidente impacto procesal que esta previsión genera en el proceso, puesto que permite finalizar el procedimiento de manera prematura sin necesidad de celebración del acto del juicio oral. De esta manera, la celeridad en el proceso se constituye en la razón de ser de esta justicia negociada, a la que se puede unir la reducción de costes para la Administración de Justicia a la vez que procura de manera inmediata y rápida una satisfacción a la víctima con la sentencia condenatoria. Sin embargo, junto con estos beneficios conviven una serie de riesgos que podrían afectar a garantías procesales básicas. De este modo, la conformidad premiada implica una limitación del derecho de defensa al aceptar el autor los hechos que se le imputan y excluir de este modo la posibilidad de alegar circunstancias que le permitirían exculparse. Sin embargo, creo que el recelo más importante que puede fundamentarse (en esta conformidad premiada y también la que se produce en el marco del procedimiento abreviado) es el riesgo de que el Ministerio Fiscal aumente la petición de pena inicial para incentivar la propia conformidad, lo que podría llevar a constituir una presión velada para la persona investigada atendiendo a “más vale lo malo conocido que lo bueno por conocer”.

Hemos visto cómo este supuesto específico de conformidad premiada se fundamenta en criterios de utilidad basados en razones de economía procesal, sin embargo bastante alejados de las ya mencionadas perspectivas pragmáticas o utilitaristas que tienen por objetivo mejorar la eficacia en la investigación criminal o perseguir objetivos más “excelsos” como la evitación de otros delitos y la captura y condena de los demás integrantes de la organización criminal. Hemos visto cómo en el ámbito del Derecho penal sustantivo en legislador ha articulado distintos mecanismos por considerarlos útiles para la consecución de estos objetivos. Sin embargo, hasta el momento normativa-

mente todavía no se ha atrevido a implementar estrategias útiles que, junto a los beneficios penológicos, le permitan diseñar un “pack premial” aplicable no sólo ámbito del derecho penal sustantivo, sino también en el procedimental como oferta de “*all included*”. Eso implica propugnar, a juicio de algún autor, un cambio de paradigma en el Derecho procesal penal, considerado tradicionalmente un instrumento al servicio del Derecho penal y que debe servir igualmente como un instrumento eficaz en materia de lucha contra la criminalidad. De este modo se aduce que si la imposición pena se torna innecesaria en aquellos casos en los que el arrepentido colabora eficazmente con las autoridades, quizás también habría que plantearse la necesidad de su persecución procesal (Ortiz Pradillo, 2019, p. 871 y s.). En otras palabras, si al final resulta que no se le va a imponer ninguna pena al sujeto ahorrémonos todo el proceso, llevemos la inmunidad penal de la mano de la inmunidad procesal. Ahondando en esta cuestión se considera que si la estimación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal como la confesión o la reparación del daño en el momento de dictar sentencia permiten acordar la suspensión de la ejecución de la pena y el sometimiento del condenado a determinadas reglas, cabría la posibilidad de anticipar de algún modo esas reglas de conducta sobre el colaborador durante la propia investigación de la causa y dejar en suspenso la acusación (Ortiz Pradillo, 2019, p. 872). De ahí que se plantee la suspensión condicionada de la acusación a quien coopera activamente con las autoridades facilitando información que resulte decisiva para el esclarecimiento de los hechos producidos o la evitación de otros delitos, o para la averiguación de las composiciones de las estructuras o las actividades de la trama criminal o la captura y condena de los demás integrantes del grupo criminal y en especial de sus dirigentes o líderes. Se trataría de articular en el ámbito del proceso lo que otros países se han denominado acuerdos de no enjuiciamiento (*Non-prosecution agreements* NPA) o acuerdos de suspensión del ejercicio de la acusación (*Deferred prosecution agreements* DPA). En estos supuestos se produce una dejación de la acción procesal frente al colaborador, que no sólo reconoce su participación en el hecho y se responsabiliza del daño causado, sino que además exterioriza una voluntad de retornar al ámbito del orden jurídico del cual se alejó colaborando con las autoridades. Ello

20 Art. 801 LECrim: 1. Sin perjuicio de la aplicación en este procedimiento del artículo 787, el acusado podrá prestar su conformidad ante el juzgado de guardia y dictar ésta sentencia de conformidad, cuando concurren los siguientes requisitos: 1.º Que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el juez de guardia, aquél hubiera presentado en el acto escrito de acusación. 2.º Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años. 3.º Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.

implicaría también poder combatir toda aquella criminalidad caracterizada por su opacidad y dificultad para acceder a la información, más allá de la expresa regulación penal a través las atenuaciones específicas que se plantean, por ejemplo, en el ámbito del terrorismo o del tráfico de drogas (Ortiz Pradillo, 2017, p. 67). Todo ello sin olvidar los beneficios que obtendría la propia Administración de Justicia, pues tendría que destinar menos recursos a la investigación y persecución de este tipo de conductas y podría utilizar los escasos medios materiales y personales con los que cuenta para otras investigaciones aun por descubrir. Frente a los argumentos que se pueden oponer a este planteamiento, señalados ya por el propio Ortiz Pradillo (2017, p. 66 y s.) (el Estado se convierte en un mercader de delinquentes a cambio de incentivos penales y procesales, supone además reconocer que el Estado es incapaz de luchar eficazmente contra la delincuencia organizada y la existencia de posibles abusos del Ministerio Fiscal al ejercer una coacción sobre el colaborador con la merma de sus garantías constitucionales) creo que también desde una perspectiva práctica esta propuesta adolece de alguna que otra inconsistencia. En este sentido, entiendo que una de las críticas que se pueden dirigir es la relativa al hecho de que la suspensión de la acción penal, condicionada al cumplimiento de unos requisitos de colaboración con la Administración de Justicia, debe estar sometida a unos plazos y en ningún caso puede acordarse *sine die*. La idea de seguridad jurídica cobra especial relevancia para la figura del colaborador que puede ver suspendido el ejercicio de la acción penal pero que, al mismo tiempo, exige certeza respecto del propio período de suspensión. Un período para la suspensión que, por un lado, no deberá ser muy largo, puesto que de no cumplirse las condiciones impuestas al colaborador el eventual ejercicio de la acción penal dilatado excesivamente en el tiempo podría poner en riesgo o frustrar el fin de prevención especial positiva de un hipotética sanción (puesto que probablemente ya no resultaría necesaria o, por lo menos, no tan necesaria). Por otro lado, el legislador tendría que ser especialmente cauteloso en el establecimiento de plazos reducidos para la suspensión de la acción penal, dado que ello podría ser utilizado por los arrepentidos para ofrecer información o colaboración sesgada o, al menos, dosificarla a su antojo con la finalidad de obtener definitivamente la suspensión de la acción penal, sin que materialmente hubiera realizado alguna conducta útil para el esclarecimiento de los hechos.

A juzgar por cómo se han sucedido los hechos, parece que el legislador no ha hecho oídos sordos a la incorporación de este tipo de propuestas premiales en el ámbito del proceso. Tal y como está configurado el sistema acusatorio penal a día de hoy en nuestro país no es posible la retirada de la acusación o la suspensión

de la misma por la colaboración eficaz con las autoridades. Sin embargo, el APLECrim en su art. 179 incorpora como una forma especial de terminación del proceso penal la posibilidad de archivar el procedimiento por una colaboración activa con las autoridades. A tal efecto, esta colaboración premiada en virtud del principio de oportunidad quedaría como sigue:

Artículo 179. Archivo por colaboración activa contra una organización criminal.

1. En los supuestos de delitos castigados con penas de hasta seis años de prisión o con penas de otra naturaleza, cualquiera que sea su extensión, cometidos en el seno de una organización criminal, el fiscal podrá disponer el archivo del procedimiento siempre que: a) la persona investigada haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en los que haya participado y haya colaborado activamente con ellas para impedir la producción del delito o b) coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otras personas responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones criminales a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

2. Será en todo caso necesario para hacer uso de esta facultad que la persona investigada haya satisfecho las responsabilidades civiles que directamente le alcancen o que acredite la imposibilidad de cumplirlas.

3. El archivo quedará condicionado a que la persona investigada no frustre con su propia conducta la efectividad de la colaboración prestada y a que no reanude la actividad delictiva.

4. Transcurridos cinco años desde la fecha del archivo sin que la persona investigada haya reiniciado la actividad delictiva abandonada y sin que haya vuelto a colaborar con la organización criminal, podrá interesar de la autoridad judicial el sobreseimiento del procedimiento archivado, con pleno efecto de cosa juzgada.

Como puede observarse, siempre y cuando el arrepentido cumpla con determinados requisitos (abandono voluntario de las actividades delictivas, confesión de los hechos, colaboración activa o ayuda eficaz para la obtención de pruebas decisivas para la captura de otros responsables o para impedir el desarrollo de la actividad criminal) se otorga al Ministerio Fiscal (ojo, no al órgano instructor) la facultad de dejar sin respuesta el delito que, precisamente no son bagatela, cometidos en el seno de una organización, lo que ya podría motivar un primer recelo sensato frente a esta propuesta (Armenta Deu, 2021, p. 25 y s.). Al margen de estas consideraciones, no puede perderse de vista que la evidente discrecionalidad con la que se le permitiría actuar al Ministerio Fiscal podría redundar en la concesión de beneficios procesales frente a declaraciones o colaboraciones de arrepentidos en escándalos de determinado

signo político y a los que se les sustrae de cualquier tipo de control externo. Opacidad y falta de contradicción en ámbitos de especial gravedad y de afectación al interés público que, como acertadamente señala la autora, pueden constituirse en un auténtico semillero de problemas por su uso indiscriminado incurriendo paradójicamente en aquella corrupción cuya lucha teóricamente justifica. Resulta ciertamente llamativo que el plazo de suspensión de cinco años sea único para todos los delitos que, recordemos, pueden llevar aparejadas penas de hasta seis años de prisión. Lo razonable quizás hubiera sido establecer un plazo para la suspensión del archivo, lo que permitiría establecer cierta proporción entre la gravedad del delito y el período de suspensión provisional de la causa.

VI. DESPUÉS DE TODO ESTO: ¿RESULTAN ÚTILES LOS BENEFICIOS PREMIALES?

Analizada ya la problemática que presenta el Derecho penal premial por lo que respecta a su legitimación quedaría por abordar otro punto de interés que es el relativo a su eficacia o aplicabilidad. Porque si el objetivo perseguido es la detección y persecución de conductas delictivas de elevada levisidad en ámbitos a los que el Estado no es capaz de llegar con los medios tradicionales, lo razonable es pensar que los beneficios premiales van a servir para tal fin.

Italia ha sido uno de los países europeos más conocidos por el uso de beneficios premiales para los *pentiti* (arrepentidos) en la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo. Desde que se introdujo la colaboración con la justicia en Italia en la década de 1980, ha habido algunos casos en los que la información proporcionada por los *pentiti* ha sido esencial para dismantelar organizaciones criminales y llevar a sus líderes ante la justicia.

En España, por lo que respecta a los delitos de terrorismo, la experiencia ha demostrado que durante la vigencia de la banda terrorista ETA la aplicación del art. 579 bis 3 CP ha sido inútil, quizás atendiendo al contexto histórico en donde pretendieron ser aplicadas, el escaso respaldo que estos beneficios tuvieron por parte de las instancias judiciales y la inexistencia de mecanismo capaces de ofrecer sensación de protección a los arrepentidos (Cuerda Arnau, 2005, p. 14). Su versión más contemporánea tampoco genera mejores augurios respecto a su aplicación al terrorismo yihadista, precisamente por el intensísimo nivel de convicción de sus integrantes a la causa, lo que les hace refractarios a cualquier tipo de seducción penológica (Cuerda Arnau, 2022, p. 861 s.). Además, la exigencia de que, además del abandono de la organización y la confesión de los hechos, los sujetos coadyuven *eficazmente* a la obtención de pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos

terroristas limita considerablemente sus posibilidades de aplicación real. Continuando en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, es importante tener presente que la exención de pena prevista para el delito de cohecho (art. 426 CP) exige que la delación se produzca antes de la apertura del procedimiento y en todo caso antes de que hayan transcurrido dos meses desde los hechos. La inclusión del plazo pretende evitar en la medida de lo posible el lógico oportunismo que implicaría otorgar sin más la inmunidad, pero precisamente sea esto lo que haya restringido la utilidad de la propia cláusula (Del Moral García, 2016, p. 61; Olaizola Nogales, 2021, p. 45 y ss. CP; Muñoz Conde, 2022, p. 995). Con relación a esta cuestión, hemos visto cómo la nueva redacción de la cláusula premial para el delito de malversación (art. 434 CP) sigue la senda de exigir colaboración activa y eficaz, lo que puede reducir incluso más sus posibilidades de éxito.

Otro de los argumentos que se han esgrimido para cuestionar la eficacia de las disposiciones premiales ha sido el hecho de que en muchas ocasiones estos preceptos son de aplicación facultativa, en virtud de la cual el órgano juzgador deberá valorar si se aprecia una rebaja de la pena, lo que puede operar en palabras de Garro Carrera (2013, p. 14) como un elemento desincentivador. De ahí que se haya considerado que si el legislador penal opta por la introducción de cláusulas premiales estas deberán estar dotadas de seguridad jurídica que el colaborador debe conocer en el momento de la contraprestación, postulando de este modo que la fórmula discrecional sea sustituida por la fórmula imperativa (Benítez Ortúzar, 2004, p. 191)

Veamos a continuación cuál es el panorama que, por lo que se refiere a su eficacia, se puede vislumbrar ante la inclusión en el CP de las nuevas cláusulas premiales en el ámbito de prácticas anticompetitivas, operada por LO 14/2022, de 22 de diciembre.

VII. ANÁLISIS DE LAS NUEVAS CLÁUSULAS PREMIALES (ARTS. 262.3 Y 288 BIS CP)

Como he señalado al comienzo, la reciente inclusión de estas cláusulas premiales en el CP ha venido motivada por la necesidad de trasponer al derecho interno la Directiva ECN+, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado anterior. De este modo, el art. 23.2 de la Directiva recoge el deber que compete a los Estados de velar porque los directivos, gestores y otros miembros del personal, presentes y pasados, respecto de los cuales soliciten las autoridades de competencia la exención del pago de las multas estén protegidos frente a sanciones en procedimientos judiciales penales, si además de cumplir con unas de-

terminadas condiciones cooperan de forma activa con la autoridad competente encargada de la persecución del delito. Contempla la propia Directiva en el art. 23.3 que sean los Estados quienes decidan o bien no imponer ninguna sanción en el procedimiento judicial penal o, simplemente atenuarla, en la medida en que la contribución de las personas beneficiadas a la detección e investigación del cártel secreto supere al interés estatal por el enjuiciamiento o la sanción de estas personas. Vimos ya en la introducción que el legislador español evita soluciones “simplistas”, que conllevarían a la atenuación y opta claramente por la exención de responsabilidad penal. Así, resulta significativo el hecho de que siendo parecidas las conductas a las previstas en los arts. 376, 570 quater y 579 bis 3 CP se apueste no por la atenuación, sino por la exención de la pena.

Aterriza nuestro legislador esta decisión incorporando en el CP los arts. 262.3 y 288 bis CP, con una idéntica redacción y que son aplicables al delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262.3 CP), la detracción de materias primas o productos de primera necesidad (art. 281) y la alteración de precios (art. 288 bis CP). Reproduzco de nuevo en este punto la redacción del art. 288 bis CP (similar a la prevista en el art. 262.3 CP):

“En los supuestos previstos en los artículos 281 y 284 de este Código, quedarán exentos de responsabilidad criminal los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales y anteriores de cualquier sociedad, constituida o en formación, que en esa condición hayan cometido alguno de los hechos previstos en ellos, cuando pongan fin a su participación en los mismos y cooperen con las autoridades competentes de manera plena, continua y diligente, aportando informaciones y elementos de prueba de los que estas carecieran, que sean útiles para la investigación, detección y sanción de las demás personas implicadas, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Cooperen activamente en este sentido con la autoridad de la competencia que lleva el caso,

b) estas sociedades o personas físicas hayan presentado una solicitud de exención del pago de la multa de conformidad con lo establecido en la Ley de Defensa de la Competencia,

c) dicha solicitud se haya presentado en un momento anterior a aquel en que los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales y anteriores de cualquier sociedad, constituida o en formación, que en esa condición hayan sido informados de que están siendo investigados en relación con estos hechos,

d) se trate de una colaboración activa también con la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal proporcionando indicios útiles y concretos para asegurar la prueba del delito e identificar a otros autores”.

Atendiendo en primer lugar a su naturaleza jurídica, nos encontramos ante una causa personal de supresión, anulación o levantamiento de la punibilidad (del mismo modo Martínez-Buján Pérez, 2023, p. 65) y no ante una causa personal de exclusión de la punibilidad. El legislador no decide eximir de pena porque concurren en los beneficiarios circunstancias que impiden su responsabilidad penal, sino que la exención viene motivada por un comportamiento postdelictivo del sujeto que, en este caso por razones de utilidad, suprime o anula la punibilidad que en principio merecía plenamente el hecho. Es importante resaltar que, al ser personal, se aplicaría para aquellos intervinientes que realicen los comportamientos merecedores de este beneficio premial. Una exención de responsabilidad que, de concurrir todos los requisitos, se aplicaría con carácter imperativo. Decisión legislativa que, inicialmente, podríamos decir resulta más seductora para el colaborador.

Analizando los elementos que componen esta nueva cláusula premial podemos concluir, sin género de dudas, que el legislador customiza a su gusto el contenido de la Directiva, lo que implica la utilización de una técnica legislativa no del todo adecuada. Concretamente incorpora en nuestro CP contenidos que aparecen recogidos en el art. 19 (Condiciones generales de clemencia) y el art. 23 (Interacción entre las solicitudes de exención del pago de multas y las sanciones impuestas a las personas físicas), pero no necesariamente utilizando la misma terminología que la empleada en el Directiva. Así, los arts. 262.3 y 288 bis restringen el beneficio de la exención a los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes (siendo estas dos categorías incluidas en la Directiva bajo la denominación de gestores) y otros miembros del personal actuales y anteriores (presentes y pasados según lo dispuesto en el art. 23.2) de cualquier sociedad, constituida o en formación. Sin embargo, la referencia genérica en ambos textos a “otros miembros del personal” permite salvar las diferencias (Martínez-Buján Pérez, 2023, p. 66).

El legislador penal establece dos condiciones para eximir de responsabilidad a los sujetos anteriormente mencionados: 1º) que los sujetos beneficiarios pongan fin a la participación en los hechos delictivos y 2º) que cooperen con las autoridades de manera plena, continua y diligente.

1º) Por lo que respecta al primero de los requisitos podemos observar cómo se condiciona la aplicación del beneficio premial a la finalización de la participación en los hechos. Al margen de la defectuosa técnica legislativa empleada, entendiendo que la participación debería interpretarse como intervención en el hecho (Martínez-Buján Pérez, 2023, p. 79), lo cierto es que no se alude para nada al hecho de que, como así ocurre con las cláusulas premiales previstas en el CP para las organizaciones criminales y los delitos terroristas, el

abandono tenga que ser voluntario. Esta omisión creo que puede salvarse con lo dispuesto en el apartado c), que como veremos más adelante incorpora un requisito temporal.

2º) De manera acumulativa, se exige igualmente que los sujetos cooperen con las autoridades competentes de manera plena, continua y diligente. La presencia de estos calificativos por lo que respecta a la conducta de colaboración tiene su razón de ser en el art. 19 de la Directiva que viene a describir las condiciones generales de clemencia. Surgen dudas de lo que debe entenderse por colaboración continua. Si por ello debemos interpretar una colaboración que se repite con frecuencia surgen interrogantes acerca de cómo cuantificar esta frecuencia y si se puede excluir del beneficio premial la aportación de una única información pero que sea absolutamente esencial para la investigación. Ante esto, quizás una exégesis razonable sea la de considerar que a pesar de que el responsable colabore materialmente sólo con un acto, lo habitual es que existan requerimientos posteriores de los poderes públicos destinados a que concrete o perfile esta información. Sin embargo, ante esta situación el colaborador puede no disponer de mayores datos o informaciones indicándolo de esta manera a las autoridades, lo que plantearía si la colaboración es diligente. Una interpretación muy restrictiva de la colaboración continua podría llevar al beneficiario a dosificar su información, marcando por lo tanto los ritmos de la investigación, lo que no sería aceptable. También se requiere que la colaboración se lleve a cabo de manera diligente, es decir, requiriendo que el beneficiario ponga interés o esmero en su colaboración, actitud que resulta difícilmente objetivable y, como señalaba con anterioridad, puede resultar problemática si frente a los requerimientos de las autoridades el colaborador no ofrece más información porque realmente no dispone de ella.

Esta colaboración, que luego en los apartados a) y d) del precepto se nos indicará innecesariamente que debe ser activa, implicará que los sujetos beneficiarios aporten informaciones y elementos de prueba que no estuvieran en poder de las autoridades y que, además, sean útiles para la investigación, detección y sanción de las demás personas implicadas. A diferencia de otras cláusulas premiales previstas en el CP, el legislador penal aquí indica claramente en qué debe consistir la colaboración, es decir, en la aportación de informaciones y otros elementos de prueba que, tal y como se deduce de la propia letra de la ley, no deben ser conocidos por las autoridades. Quizá resulte un tanto reiterativa la alusión a otros elementos de prueba ya que, como tales, podrían entenderse incluidos dentro de la noción de información. Por otro lado, el legislador deja meridianamente claro en el precepto que no cualquier aporte de información o elemento de prueba es merecedor

de la exención, sino tan sólo aquellas que sean útiles para la finalidad perseguida. Y pareciera ser que, de la lectura del primer párrafo del precepto, la finalidad que persigue el legislador sea la de recabar información o elementos de prueba para la investigación, detección y sanción de las demás personas implicadas y no, como ocurre en el tráfico de drogas, organizaciones criminales o terrorismo, la búsqueda de otros objetivos como impedir la producción del delito o la actuación en este caso del cártel al que haya pertenecido o con el que haya colaborado. No deja muy clara la cuestión el legislador cuando en el apartado d) exige, de manera un tanto reiterada con lo dispuesto en el párrafo inicial, que se proporcionen indicios útiles y concretos para asegurar la prueba del delito. A lo largo de este estudio hemos visto cómo el legislador en algunos preceptos premiales exige que la contribución del sujeto sea eficaz para lograr alguno de los fines pretendidos. Igualmente hemos podido comprobar cómo en la reformulación de la cláusula premial para el delito de malversación (art. 434 CP) se incorpora la exigencia de que el responsable hubiera colaborado eficazmente con las autoridades o sus agentes. Sin embargo, no es la terminología que incorpora el legislador en la nueva exención de pena prevista para los delitos que lesionan la libre competencia, dado que aquí se requiere que la información y los elementos de pruebas sean útiles. Utilidad y eficacia, aunque son conceptos que están relacionados, no significan lo mismo. Podríamos entender que con el término utilidad hacemos referencia a aquello que es capaz de satisfacer una necesidad, aunque no necesariamente produce resultados específicos. Eficaz, por otro lado, se refiere a algo que es capaz de producir el efecto deseado y alcanzar los objetivos previstos. De ahí que algo pueda ser útil sin ser necesariamente eficaz, pero algo que es eficaz siempre será útil. Trasladadas estas consideraciones al ámbito de la delación o al de la colaboración activa, una colaboración útil proporciona información relevante y valiosa para la investigación, mientras que una colaboración eficaz se presenta y comunica de manera clara y detallada para su uso efectivo en la investigación de un delito. La colaboración útil probablemente apunte a un menor nivel de exigencia que la colaboración eficaz. Posiblemente el legislador español haya incluido la exigencia de utilidad, en lugar de la eficacia, sin mayor reflexión. Veremos si la aplicación de esta cláusula premial por parte de los tribunales permite incorporar algo de luz a esta cuestión.

Por último, cabe mencionar que en los apartados a) y d) el legislador aclara que la colaboración deberá realizarse con la autoridad de la competencia que lleve el caso y con la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal.

Al margen de estas consideraciones, es importante tener presente que tal y como establece el precepto es necesario además la concurrencia de dos presupuestos:

1º) que las sociedades o las personas físicas hayan presentado una solicitud de exención del pago de la multa de conformidad con lo establecido en la LDC (apartado b) y 2º) que dicha solicitud se haya presentado en un momento anterior a aquel en que los beneficiarios hayan sido informados de que están siendo investigados en relación con estos hechos (apartado c). El primero de los presupuestos forma parte del programa de clemencia establecido en el art. 65 de la LDC y al que ya me he referido con anterioridad. Como señala Martínez-Buján Pérez (2023, p. 71 y s.), la exención del pago de la multa presupone que tanto la empresa como la persona física deben haber formado parte del cártel, concepto que a pesar de que aparece definido en la propia LDC puede resultar en la práctica controvertido. El segundo de los presupuestos introduce un requisito temporal, exigiendo que la solicitud de exención se haya presentado antes que los beneficiarios hubieran sido informados de la existencia de una investigación. Está claro que no será posible aplicar este beneficio premial en aquellos casos en los que los sujetos presenten la solicitud de exención de multa una vez hayan sido informados de la existencia de una investigación penal contra ellos. Coincido plenamente con Martínez-Buján Pérez (2023, p. 80 y s.) cuando señala que el afán del legislador en pormenorizar las acciones del arrepentimiento puede llevar a la no aplicación de precepto, al margen de que sí sea posible la exención de la multa según lo dispuesto en la LDC. Más aún, el hecho de que los criterios sean cumulativos, que se introduzcan en el propio precepto conceptos con cierto riesgo de ser interpretados subjetivamente y que, en definitiva, se haga depender la aplicación del beneficio de que la información sea útil, creo que son factores para aventurar la escasa aplicación de esta cláusula premial.

VIII. REFLEXIONES FINALES

Auguraba hace ya un tiempo Garro Carrera (2013, p. 15) que, frente a las razonables críticas que genera la incorporación de beneficios premiales en el Derecho penal, el premio a la colaboración era una realidad incontestable y que había venido para quedarse. Diez años después creo que estamos en condiciones de reafirmar ambas ideas. Así, como hemos podido analizar anteriormente, las cláusulas premiales tensionan principios básicos del Derecho penal que justifican ciertas reticencias o una razonable prudencia frente a finalidades claramente utilitaristas que poco o nada tienen que ver con los fines preventivos que se suponen de la aplicación del Derecho penal. Por otro lado, la inclusión de los arts. 262.3 y 288 bis CP en el ámbito de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico y la modificación de la atenuación específica prevista para el delito de malversación (art. 434 CP), incorporadas por LO 14/2022, de 22 de diciembre vienen a confir-

mar aquella realidad, esta vez como consecuencia de la trasposición al derecho interno de la Directiva ECN+. Frente a las posturas iniciales que abogaban claramente por el dismantelamiento del Derecho penal premial, se puede detectar en la mayor parte de la doctrina una cierta resignación que conduce, no sin ciertas resistencias, a la admisión de las cláusulas premiales en nuestro Derecho penal. El rechazo absoluto de cualquier forma de indulgencia premial basado en la colaboración activa nos presenta dos escenarios: primeramente, confiar ingenuamente en el que el Estado va a ser capaz de detectar, investigar y castigar determinados delitos con los medios ordinarios de los que dispone hasta ahora. La segunda opción nos llevaría a asumir amargamente que van a existir conductas ilícitas de evidente gravedad que escapan al control y la persecución penal precisamente por su complejidad, insuficiencia de medios para perseguirlas y el coste económico de su investigación. Es cierto que los poderes públicos deben trabajar por mejorar sus capacidades y recursos en la lucha contra determinada forma de criminalidad, lo que incluiría la asignación de más fondos destinados a la investigación delictiva, la capacitación de agentes encargados de la propia investigación y una mejora de las tecnologías, así como una mayor cooperación internacional entre los organismos encargados de combatir este tipo de conductas.

Al margen de estas consideraciones, hemos podido analizar cómo el Estado considera que la colaboración del arrepentido es una herramienta importante en la lucha contra la criminalidad, puesto que puede ser utilizada por las autoridades para obtener una información valiosa sobre la comisión de determinados delitos. Del mismo modo, se ha puesto de manifiesto cómo la única razón que explica la existencia de los beneficios premiales en el ámbito de la colaboración del arrepentido es su función utilitaria, lo que de algún modo obligaría al legislador a redactar los presupuestos de las cláusulas premiales de tal manera que fueran destinados al cumplimiento del fin que se persigue, lo que no ha sucedido si atendemos al escaso éxito que ha obtenido la aplicación de este tipo de privilegios y lo que probablemente acontecerá respecto de los nuevos preceptos incorporados en el ámbito de las conductas anticompetitivas. De todas las maneras, creo que este “fracaso” en la aplicación de los beneficios premiales no responde ni mucho a una especial torpeza del legislador que busca con su incorporación el favorecimiento de las denuncias y que no lo consigue. Opino más bien que el legislador realmente quiere que estos preceptos resulten útiles para el fin que persigue, pero tampoco que sean muy útiles. Es decir, la previsión de figuras premiales no puede tener por objetivo que todas o la mayoría de las personas que integran organizaciones criminales, terrorista o cárteles secretos utilicen estos

mecanismos para sacar a la luz las conductas delictivas. No es la finalidad que persigue el legislador ni puedo serlo, porque es absolutamente consciente de los riesgos que implicaría la utilización masiva de este tipo de beneficios. Navega el legislador en un mar revuelto en donde resulta difícil triangular los siguientes objetivos: 1º) seducir al arrepentido con propuestas que sean mucho más sugerentes que la de acogerse a sus derecho constitucional a no declarar; 2º) que sean útiles para el fin perseguido, esto es, que sirvan para la detección y persecución de los delitos y 3º) que, en la medida de lo posible, impacten mínimamente en principios básicos del Derecho penal y en las garantías procesales. Un equilibrio entre seducción, utilidad y sostenibilidad que, reconozcamos, es muy difícil de conseguir.

1. Como estrategia de seducción dirigida al colaborador el hecho de que la redacción del beneficio plantee claramente el carácter obligatorio, frente a la disposición facultativa, puede contribuir a que el colaborador tenga la seguridad de que si cumple con el resto de requisitos se le aplicará la rebaja o la exención. Ciertamente, si se establece con carácter voluntario, el colaborador puede pensar que a pesar de que lleve a cabo lo exigido puede que después de todo el proceso no le sea concedido el anhelado premio, lo que puede disuadirlo de la revelación de la información. Del mismo modo, la incorporación de requisitos que de manera acumulativa deben ser cumplidos por aquellas personas merecedoras del premio implicará una mayor resistencia por parte del colaborador y, por lo tanto, una menor probabilidad en la delación. También el hecho de que el diseño de las finalidades perseguidas por la colaboración activa implique a miembros de la organización que no necesariamente ocupan puestos relevantes dentro de la misma puede favorecer al atractivo de la propuesta. No es lo mismo, por ejemplo, que la colaboración activa se dirija para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones o asociaciones a las que hay pertenecido o colaborado el arrepentido, en donde parece exigirse cierto nivel de información por quien denuncia, que el hecho de la colaboración tenga por objetivo impedir la producción del delito o capturar a otros responsables, en donde se pueden proporcionar informaciones no muy cualificadas pero que sean idóneas para tales fines. Al margen de estas consideraciones, creo que apriorísticamente es muy difícil aventurar con cierta objetividad la capacidad de atracción de una cláusula premial. O, por lo menos, afinar en el pronóstico. Evidentemente, pueden existir condicionantes que a priori desincentiven la colaboración, como los anteriormente comentados. También existen factores internos que se escapan al control del Estado, como son los beneficios que le puede estar reportando el delito, el miedo a la represalia o las fuertes convicciones que pueda sentir el autor con

la organización que pueden tener mucho frente al poder de seducción del Estado.

2. La necesidad de que el beneficio premial sea atractivo para el colaborador implica, no obstante, que el hecho de que se vaya a rebajar o incluso exonerar de la pena exige que el Estado obtenga cierto rédito por esta concesión. La concesión de la figura premial debe estar equilibrada con la necesidad de que el Estado obtenga información valiosa para llevar a cabo la investigación y el enjuiciamiento de los responsables. En otras palabras, que la información que proporciona el arrepentido sea de cierta utilidad para los fines pretendidos.

3. Por último, con la incorporación de cláusulas premiales el legislador, aunque su finalidad sea meramente utilitarista, deberá procurar que no se resientan principios básicos del Derecho penal y las garantías procesales. De este modo, desde la pretendida sostenibilidad la actividad premial deberá limitarse a contextos específicos de criminalidad, lo que debe obligar al Estado a realizar un diagnóstico acerca de cuáles son los escenarios en donde, por su especial complejidad, resulta de mayor necesidad (utilitaria) la implementación de beneficios premiales. Y probablemente el contexto social, político y económico, intrínsecamente dinámico, sea un factor muy a tener en cuenta para graduar esta necesidad. Porque probablemente, la situación política de nuestro país no tenga nada que ver con la que era una realidad cuarenta años atrás y porque hoy, en 2023, en el marco de una crisis energética sin precedentes, sea más urgente que hace unas décadas el detectar y perseguir cárteles secretos en el ámbito de la competencia que desarrollan estrategias anticompetitivas que afectan especialmente a los consumidores más vulnerables. Igualmente parece un requisito necesario el abandono voluntario de la actividad delictiva (Muñoz Conde, 1995, p. 150; Garro Carrera, 2013, p. 19; Simón Castellano, 2022, p. 21) que no puede ser identificado con el arrepentimiento o expiación. Plantea problemas considerar que el abandono voluntario tiene que valorarse como una prueba de retorno del colaborador al ámbito de la legalidad o como un reconocimiento del daño causado atendiendo a que, como he señalado con anterioridad, probablemente en la mayor parte de los casos la delación se produzca por motivos muy distintos a la asunción de responsabilidades y más vinculados con el despecho o la venganza, al menos por lo que respecta al ámbito de la corrupción. Quizás aquí se deba exigir simplemente un control de veracidad de la información aportada, dejando al margen los motivos que impulsaron al colaborador a facilitar dicha información. Del mismo modo, el hecho de que se repare a las víctimas del delito en la medida en que ello sea posible contribuye de alguna manera a inclinar la balanza hacia la concesión del beneficio premial. Al margen de estas consideraciones, se habrán de establecer la oportu-

tunas cautelas para evitar que las cláusulas premiales sean un instrumento de coacción para al arrepentido, pues esto supondría la afectación de derechos fundamentales como el derecho a un juicio justo y a no ser forzado a autoincriminarse.

Del mismo modo, desde el punto de vista de la proporcionalidad será más sostenible reducir o incluso eximir de pena a aplicar en aquellos cuanto menor sea el reproche penal que en abstracto merezca esa conducta. Así, parece tensionar menos la aplicación de beneficios premiales en el ámbito de las conductas anticompetitivas en el marco de los delitos previstos en ellos arts. 262, 281 y 284 CP que hacerlo para un ámbito de la criminalidad en donde la gravedad del hecho, atendiendo a la pena impuesta, es mayor. Pero incluso en aquellos supuestos en donde la penalidad no sea elevada, como puede suceder en el ámbito de la defensa de la competencia, será importante ponderar si la colaboración activa merece la atenuación o incluso la exención. Y la respuesta no puede ser, como ha expresado el legislador en la EM de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, que se opta por la exención ya que la atenuación es una solución simplista. Quizás en este ámbito hubiera sido suficiente el premio la atenuación en un grado o dos de la pena, frente a la exención de responsabilidad criminal, atendiendo a que de esta manera en los delitos previstos en los arts. 262, 281 y 284 CP estaría garantizada la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y una reducción considerable de la multa y de la inhabilitación especial para intervenir en el mercado financiero.

Probablemente las variables de seducción y sostenibilidad funcionen a modo de vasos comunicantes, dado que cuanto mayor sea el atractivo que se le ofrezca a la colaborador para la obtención del premio menos sostenible será la propuesta desde el punto de vista de lo que resulta soportable para un Estado de Derecho. Esto pone de manifiesto que el Derecho penal premial plantea desafíos complejos en el sistema de justicia penal. A través de la concesión de premios a los arrepentidos se pretende el descubrimiento de determinadas formas de criminalidad, capturar a sus responsables y, de alguna manera, restaurar el orden alterado por el delito. Sin embargo, no se puede obviar genera tensiones evidentes que deben ser atendidas y que, evidentemente, deberán ser resueltas no con carácter general sino atendiendo a las necesidades concretas que surjan en un determinado contexto. Los beneficios y desventajas del Derecho penal premial deben ser sopesados de manera cuidadosa, sin perder de vista la necesidad de que sus mecanismos deban ser implementados con precaución, equilibrio y prudencia en la búsqueda de un justicia efectiva y humana para todas las personas.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ABOSO, G.A. (2017). *El arrepentido en el Derecho penal premial. Análisis dogmático y práctico sobre la figura del coimputado delator*. Montevideo: IB-deF.
- ARMENTA DEU, T. (2021). Formas especiales de terminación del procedimiento penal: Terminación por razones de oportunidad en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, nº 4, 8-35.
- BARBER BURUSCO, S. (2021). La protección del alertador y los derechos de las “personas afectadas” en el ámbito penal. En Molina Álvarez/Alemán Aróstegui (coords.); López López/ Olaizola Nogales/ Sierra Hernáiz (dirs.), *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera* (pp. 53-80). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (2004). *El colaborador con la justicia: aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*. Madrid: Dykinson.
- CAMPO MORENO, J.C. (1995). *El arrepentimiento postdelictual*. Valencia: Editorial General de Derecho.
- CUERDA ARNAU, M.L. (2004). El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna, *Estudios penales y criminológicos*, nº 25, 3-68.
- CUERDA ARNAU, M.L. (2022). Delitos contra el orden público. En González Cussac (coord.), *Derecho Penal Parte Especial*, 7ª edición (pp. 807-862). Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE VICENTE REMESAL, J. (1985). *El comportamiento postdelictivo*. León: Universidad de León.
- DEL MORAL GARCÍA, A. (2016). Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, nº Extra 104, 2, (Ejemplar dedicado a: La lucha contra la corrupción política), 43-75.
- FARALDO CABANA, P. (2000). *Las causas de levantamiento de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.C. (2021). Cultura de la legalidad y deflación del proceso penal en delitos de cuello blanco: Un fenómeno criminológico. En Roca Martínez (dir.), *Un modelo de justicia para el s. XXI: Justicia alternativa, justicia negociada y*

- justicia informal*, (pp. 79-113). Valencia: Tirant lo Blanch.
- FOFFANI, L.; MESSORI, L. (2021). La Directiva (UE) 2019/1937 desde la perspectiva del derecho penal italiano. En Molina Álvarez/Alemán Aróstegui (coords.); López López/ Olaizola Nogales/ Sierra Hernáiz (dirs.), *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera* (pp. 179-190). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- GARCÍA ESPAÑA, E. (2006). *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa*. Granada: Comares.
- GARCÍA MORENO, B. (2020). *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA MORENO, B. (2021). Las recompensas económicas al alertador (“whistleblower”). ¿Límite infranqueable o justa contraprestación? En De Vicente Martínez/ Gómez Iniesta/ Martín López/ Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín (coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista*, Vol. 1 (pp. 249-260). Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- GARRO CARRERA, E. (2013). Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa. Claves para una reelaboración, *Indret* 1, 1-31.
- GIMENO BEVIÁ, J. (2021). Whistleblowing y proceso penal: una lectura desde las garantías procesales. En Molina Álvarez/Alemán Aróstegui (coords.); López López/ Olaizola Nogales/ Sierra Hernáiz (dirs.), *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera* (pp. 161-178). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2023). El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y siguientes). En González Cussac (cord.), *Comentarios la LO 14/2022 de reforma del Código Penal* (pp. 143-166). Valencia: Tirant lo Blanch.
- JERICÓ OJER, L. (2021). Responsabilidad penal por la obtención y revelación de información confidencial: garantías que establece la directiva 2019/1937 para los alertadores y las decisiones jurisprudenciales españolas al respecto. En Molina Álvarez/Alemán Aróstegui (coords.); López López/ Olaizola Nogales/ Sierra Hernáiz (dirs.), *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera* (pp. 81-117). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- JERICÓ OJER, L. (2023). Primeras aproximaciones a la ley reguladora de la protección de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal, *RECPCrim*, (en prensa).
- JOSHI JUBERT, U. (2019). Delitos de tráfico de drogas (arts.368-378). En Corcoy Bidasolo (dir.) *Manual de derecho penal: parte especial: adaptado a las LLOO 1-2019 y 2-2019 de reforma del Código Penal: doctrina y jurisprudencia con casos solucionados* (pp. 645-675). Valencia: Tirant lo Blanch.
- JUANATEY DORADO, C. (2004). La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 9, 5-30.
- LEITE, A. (2021). Whistleblowing y derecho penal: observaciones sobre la responsabilidad penal del alertador ante la Directiva 2019/137 de la Unión Europea. En Molina Álvarez/Alemán Aróstegui (coords.); López López/ Olaizola Nogales/ Sierra Hernáiz (dirs.), *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera* (pp. 191-201). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- LUZÓN PEÑA, D.M. (2019). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª edición*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LLOBET ANGLÍ, M. (2007). La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias, *Indret* 1, 1-36.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2023). La nueva causa de anulación de la pena de los arts. 262.3 y 288 bis del Código Penal. En González Cussac (cord.), *Comentarios la LO 14/2022 de reforma del Código Penal* (pp. 61-80). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MOCCIA, S. (1997). La incidencia de la premialidad sobre el equilibrio del sistema judicial y sobre el Estado de Derecho, *Revista de Ciencias Jurídicas*, nº 2, 383-484.
- MUÑOZ CONDE, F. (1996). Los arrepentidos en el caso de criminalidad o delincuencia organizada. En Gutiérrez-Alviz y Conradi (coord.), *La criminalidad organizada ante la justicia* (pp. 143-156). Sevilla: Universidad de Sevilla.
- MUÑOZ CONDE, F. (2022). *Derecho penal. Parte especial, 24ª edición*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NIETO MARTÍN, A. (2016). Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”. En Corcoy Bidasolo/

- Gómez Martín (eds.), *Fraude a consumidores y Delito penal. Fundamentos y talleres de leading cases* (pp. 3-39). Madrid: Edisofer.
- OCHMAN, M. (2022). Recompensar la denuncia: apuntes para una política pública informada. Rewarding Denunciation: Notes for an informed Public Policy, *Secuencia*, n.º 113, 1-25.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (2021). La protección de los denunciantes: algunas carencias de la directiva (UE) 2019/1937. En Molina Álvarez/Alemán Aróstegui (coords.); López López/ Olaizola Nogales/ Sierra Hernáiz (dirs.), *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera* (pp. 27-51). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- ORTIZ PRADILLO, J.C. (2015). El difícil encaje del delator en el proceso penal español (1), *Diario la Ley*, n.º 8560, 1-30.
- ORTIZ PRADILLO, J.C. (2017). La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n.º 1, 39-70.
- ORTIZ PRADILLO, J.C. (2019). Una propuesta de proceso penal eficiente: la suspensión de la acusación por “colaboración eficaz” del investigado. En Llopis Nadal/De Luis García, Jiménez Conde (dir.), *Justicia: ¿garantías “versus” eficiencia?* (pp. 869-877). Madrid: Dykinson.
- POZUELO PÉREZ, L. (2020). La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia, *RECPCrim*, n.º 22-17, 1-28.
- RAGUÉS I VALLÉS, R. (2013). *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons.
- RAGUÉS I VALLÉS, R./BELMONTE PARRA, M. (2021). El incentivo de las denuncias como instrumento de prevención y persecución penal: presente y futuro del whistleblowing en Chile, *Política Criminal*, n.º 31, 1-29.
- RUSCONI, M. (2018). Arrepentidos y justicia penal: ¿nuevas formas de combatir la criminalidad organizada o la Inquisición del nuevo milenio?, *Revista Pensar en Derecho*, n.º 13, 9-18.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. (2005). 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), *RECPCrim*, n.º 7, 1-33.
- SIMÓN CASTELLANO, P. (2022). La inmunidad penal como recompensa a los denunciantes. Allende un nuevo factor subjetivo-formal de punibilidad, *RECPCrim*, n.º 24-14, 1-32.
- VERA SÁNCHEZ, J.S. (2019). Organización y grupo criminal. Asociación ilícita (arts.515-521; 570 bis, ter y quáter). En Corcoy Bidasolo (dir.) *Manual de derecho penal: parte especial: adaptado a las LLOO 1-2019 y 2-2019 de reforma del Código Penal: doctrina y jurisprudencia con casos solucionados* (pp. 854-868). Valencia: Tirant lo Blanch.
- VICENTE DEL OLMO, M.I. (2015). La figura de los arrepentidos-colaboradores como resultado del Derecho penal del enemigo. En Sarabia Peinador (dir.)/ Iglesias Río (coord.), *II Jornadas de doctorandos de la Universidad de Burgos* (pp. 323-330). Burgos: Universidad de Burgos.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/