

LA INCIDENCIA DE LA PREMIALIDAD* SOBRE EL EQUILIBRIO DEL SISTEMA JUDICIAL Y SOBRE EL ESTADO DE DERECHO**

Sergio Moccia

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salerno, Italia

* El término “premiabilidad” es un neologismo que se ha generalizado en la Doctrina italiana. Procede del verbo *premiare* (premiar, recompensar) y quiere significar el trato de favor que reciben determinados delincuentes como premio o recompensa por la colaboración con la Administración de Justicia. Para evitar incómodas perífrasis, hemos optado por la traducción del neologismo.

** Traducción del original italiano: *L'incidenza della premialità sull'equilibrio del sistema giudiziario e sullo Stato di Diritto*, a cargo de **Dulce María Santana Vega**.

1. La finalidad del derecho penal no puede ser otra, a diferencia de la que es propia del estado, que la de asegurar al individuo y la pacífica coexistencia entre éstos, pero sin adoptar cualquier medio para su persecución. En otras palabras, para las ofensas graves a bienes jurídicos fundamentales, del individuo o de la colectividad, el estado social de derecho permite, de un lado, la intervención con el derecho penal, pero siempre dentro del absoluto respeto a condiciones predeterminadas: las garantías, y, de otro, sin embargo, obliga a intervenir de forma coherente y, por lo tanto, de manera uniforme aunque en el interior de notables diferencias ligadas a mecanismos de proporción. De otro modo, la misma intervención constituiría un factor de violación de la legalidad y, por tanto, del plano sustancial de los derechos del particular o de la colectividad que, por principio, se pretendía tutelar.

Aquí no está, pues, en juego la utilidad del fin, sino la conformidad de los medios empleados al derecho.

Esto implica, para disipar un equívoco tan difundido como pernicioso, que el juez no puede ser considerado un sujeto "en pie de guerra", lo cual produce una distorsión de la función investigadora del poder judicial que provoca la crisis de la misma imparcialidad del juez con la consiguiente involución inquisitorial del modelo judicial. A esto se le añade también el efecto de la confusión de varios roles institucionales con sobreexposición del poder judicial, lo que resulta estéril, respecto a las funciones en "lucha" que asume, dañosa, porque termina no emplazando las instituciones realmente implicadas en el conflicto y peligrosa para el derecho del individuo y/o de la colectividad, como sucede fatalmente cuando uno de los poderes estatales realiza una acción que se extralimita de sus competencias naturales. Y esto vale también cuando utiliza naturalmente -porque ellos han estado puestos a disposición del legislador- instrumentos de intervención extravagantes respecto a los modelos ordinarios preestablecidos por el sistema penal.

En efecto, la natural adaptación de la intervención penal a la peculiaridad del fenómeno no puede implicar una adaptación de los principios a las exigencias del control, sino siempre lo contrario: la relativa novedad de la intervención no puede justificar su modificación respecto a las exigencias del sistema, como se ha venido delineando en torno a los principios del estado social de derecho.

Al contrario, el cultivar exigencias, a menudo sólo ilusorias, de eficiencia ha comportado una significativa extensión de la intervención penal con una desvalorización del dato de la ofensa real, sea característica del tipo abstracto como del concreto. Esto provoca un inquietante redimensionamiento del derecho penal del hecho¹ y la exaltación contextual de una óptica del tipo de autor, bien por lo que concierne a las incriminaciones, bien por lo que respecta a los beneficios penales. De este modo, se pone en circulación una moneda falsa que ningún giro del vals "liberal" podrá devolverle, legítimamente, el curso legal en un estado social de derecho.

1 Sobre el tema cfr. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, p. 21 y ss..

Todo esto es, entre otros, un grave síntoma de incultura jurídica que termina por poner en crisis los postulados garantistas y de eficiencia del sistema penal. De hecho, el principio de subsidiariedad tiene una relevancia específica, también en términos de eficacia, en el control social. Especialmente para formas graves y difusas de criminalidad, un enfoque de *extrema ratio* lleva a disponer estrategias a largo plazo que se proponen incidir en la raíz de los fenómenos, conjurando el peligro de ilusiones represivas o premiales de emergencia. Éstas al proveer sólo repuestas, aunque necesarias, de mero orden público, acaban, de un lado, paradójicamente, por reforzar el fenómeno que, en teoría, intentaban combatir en la medida en que no se acompañan de una acción real de superación de los factores de carencia, generalmente socio-institucional, que determinan el fenómeno criminal. Al contrario, aquéllas, por la sola existencia de las disposiciones, hacen disminuir las tensiones en torno al problema. Por otro lado, bajo el perfil de las garantías, tales repuestas de emergencia, de orientación panpenalista, ceban una doble y perversa espiral, deslegitimante del mismo ordenamiento, orientada a la exaltación contextual del rigor represivo de las sanciones y al indulgencialismo exasperado de institutos premiales, así como ligada a los fracasos derivados de la falta de adopción de remedios reales al problema. De modo que a cada episodio de recrudecimiento del fenómeno, se asiste a la histérica, estéril y confusa disposición de los mismos remedios que vuelven a acarrear los mismos inconvenientes como testimonia el caso de la caótica legislación antimafia.

Además hay que tener debidamente en cuenta la satisfacción de las exigencias de coherencia del sistema que, más allá de significativas perspectivas de orden formal, expresa, sobre el plano axiológico-sustancial, un notable momento de garantía y de agregación de consensos. Del mismo modo, en relación a las técnicas de normación, hay que privilegiar soluciones caracterizadas por la claridad, simplicidad y coordinación funcional de textos que realzan tanto la tutela de la libertad individual como la eficiencia del control.

En efecto, si a la avalancha de normas penales se le añade una técnica legislativa totalmente defectuosa con aproximaciones, confusiones, oscuridad de los textos y, además, en relación a los tipos singulares, falta de taxatividad, anticipaciones exasperantes, y, a menudo, veleidades en la tutela con una caída en vertical de la certeza², terminan por imponerse necesidades de urgente represión, atajos probatorios, abusos en materia de prisión preventiva, títulos presuntivos de responsabilidad y mecanismos contextuales *lato sensu* premiales que acentúan también, en relación a hechos gravísimos, una relación de casualidad que termina por poner en cuestión la misma lógica de un sistema penal.

En el plano de las sanciones, las aporías, las irregularidades, la escasa funcionalidad, la incoherencia del actual sistema no son - o todo lo más no son sólo- el resultado de una mala aplicación de la normativa, de un mal funcionamiento de las instituciones. Es la actual conformación del sistema general de las sanciones, sea por

² Véase a este respecto las argumentadas consideraciones desarrolladas por PALAZZO, *Certezza del diritto e codificazione penale* en Pol. dir. 1993, p. 365 y ss.

defectos de origen, sea por una descoordinada estratificación novelística en los diversos sectores del sistema penal, la que determina este estado de pérdidas. Y en este contexto, como veremos, el exasperado indulgencialismo premial, también en comparación a autores de crímenes múltiples y crueles, hace poco creíble el sistema global de las sanciones.

Pero es la renovada exaltación de la cárcel en su dimensión meramente aflictivo-intimidatoria, sin ninguna preocupación relativa a la resocialización y/o no desocialización del individuo, la que representa la expresión más siniestramente significativa de una política criminal fundada más en emociones, no siempre respetables, que sobre un amplio diseño estratégico. A esto también se le suma la acción de la rutina que, como consecuencia de la incertidumbre de la respuesta sancionatoria tradicional, ha acabado por descargar sobre el proceso las instancias represivas con un uso despreocupado de la prisión preventiva.

2. En la actualidad, el terreno sobre el que emergen en toda su evidencia los inconvenientes señalados es el relativo a la normativa de la criminalidad organizada. Ésta representa, de hecho, una típica expresión de regulación de emergencia, con todos los defectos que conlleva este tipo de disposiciones: aproximaciones, confusión, rigorismo represivo, simbolismo, incoherencia y merma de garantías³ Basta solamente considerar que desde 1982 a hoy ha habido sobre la materia más de cincuenta disposiciones normativas, por lo general, bajo la forma acostumbrada y más a menudo reiterada por la emergencia en Italia del decreto-ley. Se ha abusado de una superposición confusa e incoherente de regulaciones legislativas que, de manera totalmente descoordinada, han creado un cuadro normativo en el cual aparece compleja la misma reconstrucción de la norma.

Como es sabido, este tipo de regulación representa el exacto contrario de una técnica legislativa inspirada en criterios de política criminal eficiente y racional. En efecto, se trata a menudo de disposiciones caracterizadas por la improvisación, resultado de la absoluta falta de coordinación sistemática, y puesta de relieve también por la presencia en el mismo aparato legislativo de las materias más dispares con el inevitable corolario de las remisiones en cadena.

Otras características de la emergencia vienen dadas por el aumento del rigor sancionatorio, por la introducción de nuevos tipos penales asociativos, por el recurso intensificado a medidas de prevención, por el automatismo en materia de prisión preventiva, por la involución en la regulación de las pruebas y por la previsión de la posibilidad de cárcel dura, más allá de las legítimas exigencias del aislamiento del exterior, que surgen respecto de los líderes de la criminalidad organizada.

³ Sobre el tema seanos permitida la remisión a nuestro trabajo, *La perenne emergenza*, Napoles, 1995, passim.

Al derecho penal le viene ahora asignada la función simbólica⁴ de mostrar el carácter imprescindible de la intervención punitiva acreditando una situación de inseguridad. Ésta desaconseja una solución extrapenal, menos “representativa” que la penal, que, por el contrario, en la mayor parte de los casos, es la más idónea para resolver *in radice* el problema. Sin embargo, se genera y cultiva la ilusión de seguridad que puede atraer el consenso de los ciudadanos en favor del estado.

En realidad, el fenómeno del cual nos ocupamos tiene una dimensión amplia y radicalmente profunda que exige, para su control eficaz, soluciones articuladas y a largo plazo. Ahora bien, si el control de los hechos delictivos socialmente dañosos tienen como *extrema ratio* al derecho penal, ésto, como ya se ha tenido ocasión de poner de manifiesto, no se verifica sólo a fin de satisfacer exigencias de garantía, más que legítimas en un estado social de derecho, sino que tiene lugar también, y quizás sobre todo, por exigencias de eficacia en el control pues el derecho penal interviene sólo en la fase aguda del conflicto y no puede influir, a no ser marginalmente, sobre las causas que dan vida al mismo. Y ésto vale con mayor razón en relación al control del crimen organizado, fenómeno de extrema complejidad, para el cual la intervención penal, aunque necesaria, es, por definición, sólo residual. Es más, es posible afirmar que en esta materia resulta sólo ilusoria, y por tanto fuertemente contraproducente, ¡una euforia penal!

El enfoque simbólico tiende, en relación con la criminalidad organizada, a privilegiar la investigación sobre las estructuras asociativas en detrimento de la perspectiva más recomendable de la persecución del objeto singular del delito y el riesgo que se corre es el de confundir tipo de autor con hecho. En realidad, un derecho penal del hecho, como el que se deriva de nuestro orden normativo fundamental, impone partir de los hechos a los sujetos y no al contrario, esto es, de la caracterización de posibles sujetos hacer hipótesis sobre los hechos.

Por otro lado, si el hecho asociativo se convierte en el resultado el riesgo es de una extensión sin límites y, por tanto, de una absoluta inutilización del objeto, desde el punto de vista del derecho penal del hecho, por absoluta indeterminación e inabarcabilidad, pero sobre este punto volveremos más adelante.

Otra característica del modelo de intervención simbólica viene dada por la carencia, en términos de efectividad, de remedios previstos en materia de exacta reconstrucción, y consiguiente neutralización, de los resultados económico-patrimoniales derivados de la actividad criminal. Ésto testimonia, cuando menos, la fundamental inadecuación de los medios respecto a los fines, como se desprende de manera palmaria de la modestia de los resultados conseguidos: una decena de sentencias desde 1978 a hoy en materia de blanqueo de dinero, ninguna en materia de empleo de capitales ilícitos. En este sector los congresos superan ampliamente en número a las sentencias. Es un dato inquietante y evidente el hecho que niquiera los más locua-

⁴ Sobre perspectivas e implicaciones conexas al concepto de legislación simbólica, cfr. M. VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, Ebelsbach, 1989; PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale* en Riv. it. dir. proc. pen., 1992, p. 891 y ss..

ces de entre los muchos y “autorizados” “colaboradores” de la Justicia hayan provisto de información útil sobre la materia.

También desde este ángulo se ubica el problema de la extrema valoración en la práctica de mecanismos de colaboración con la Justicia, costosos bajo cualquier punto de vista. Tales valoraciones, además de reducir la acción de la Administración Justicia a una suerte de arqueología criminal con la consiguiente escasa atención a la actualidad de la fenomenología delictiva, comportan, a la larga y en los términos en los que se está desarrollando actualmente, un debilitamiento del consenso en torno al ordenamiento jurídico con toda una serie de graves riesgos⁵ que van desde las disfunciones en la Administración de Justicia por la excesiva dependencia de ésta última de fuentes, normalmente de bajísimo nivel moral y de cualquier modo siempre de dudosa credibilidad, a profundos desequilibrios en la valoración de los hechos, a menudo gravísimos, constitutivos de delitos y, por tanto, de criminales determinados únicamente por selecciones, muchas veces meramente oportunistas, de la cómoda colaboración.

Esto no significa renunciar a esta fuente de “indicios”, sino solamente recobrar una mentalidad acorde con las exigencias ético-sociales de un estado de derecho que debe privilegiar, con una elección decidida por el derecho penal del hecho, el equilibrio, la coherencia del sistema y la regularidad de los instrumentos de intervención.

3. La normativa premial en materia de criminalidad organizada representa el último eslabón de una cadena de “emergencia” que, a partir de finales de los años setenta, ha dado vida a un sistema premial excéntrico respecto al codificado.

Desde la aparición de los primeros tipos premiales en materia de disolución del terrorismo, contenida en los artículos 4 y 5 del Decreto-ley 625/1979, de 15 de Diciembre, convertido con modificaciones en la Ley 15/1980, de 6 de Febrero, la doctrina más especializada no ha dejado de poner de relieve los muchos y notables aspectos problemáticos de una normativa orientada, en última instancia, a la mera colaboración procesal con finalidad eminentemente probatoria, sin respeto a las exigencia de coherencia sistemática ni a la funcionalidad concreta de los mismos mecanismos premiales.⁶

En realidad, esta clase de regulación es expresión de una lógica contractual entre el estado y el individuo en materia penal que, sin venir al caso, resulta extraña a la tradición del estado de derecho por su intrínseca incompatibilidad con los valores que en el mismo se substancian.

Aquel amplio laboratorio de la experiencia jurídica premoderna, todavía no “contagiado” de la enorme presencia del sistema de garantías del estado de derecho, nos ofrece un esquema de referencia directo a la *Natur der Sache* que nos permite reco-

5 Sobre el tema cfr. CORDERO, *La fabbrica della peste*, Bari, 1984, p. 75 y ss..

6 Por todos véase la aguda investigación de S.FIORE, *La condotta susseguente al reato: spunti sistematici e politico-criminali*, en Arch. pen. 1989, p. 1 y ss. de la separata, con una exposición detallada del debate doctrinal.

nocer con claridad la finalidad y resultados de institutos que en aquella experiencia encontraron el terreno natural de cultura. Pues bien, más allá de cada preocupación axiológica, sin otras mediaciones finalistas que el más crudo utilitarismo en términos de razón de estado, se experimentaron, ya entonces, formas de premialidad fundadas sobre una base meramente sinalagmática entre el individuo y la autoridad, pero los efectos resultaron casi catastróficos.

El recurso a las medidas premiales alcanzó, de hecho, en el sur de Italia unas cotas de amplia difusión en la segunda mitad del siglo XVI⁷ en concomitancia con una fase de recrudescimiento de la criminalidad y, en particular, de aquella organizada por bandas: *nihil sub sole novi!* No obstante, la concesión de impunidad como consecuencia de “colaboraciones” a criminales reos de *crimina atrociora*, sancionados con la pena de muerte, de un lado levantó críticas vehementes en la Doctrina que estigmatizaban el pacto con los delincuentes como “repugnante al derecho natural y civil”⁸; de otro, en el plano de la eficacia, a parte de modestos éxitos iniciales, aquella tuvo como resultado principal el de generar nueva criminalidad: el “premio” se reveló, de hecho, tras el paso de pocos años, un *boomerang* provisto de la perniciosa capacidad de ampliar el fenómeno de la delincuencia y no, por cierto, de controlarla.

Tanto es así que ya en 1582 Felipe II denunció los daños de la normativa premial⁹, de manera que en 1597 el virrey, Conde de Olivares, pudo decir expresamente que mediante las disposiciones premiales se daba “a los delincuentes nueva ocasión de delinquir”¹⁰ imponiendo, con la pragmática XIII del mismo año, una transformación radical en la tendencia de la regulación.

La actual normativa premial no recogida en el código penal, relativa a hechos de criminalidad organizada, como se ha señalado, plantea no pocos problemas ya sea en relación con el sistema premial codificado, ya sea en relación con las opciones constitucionales en materia penal y, sobre todo, en relación a la función de la pena que, normativamente deducida, resulta legítima perseguir en el ámbito de nuestro ordenamiento.

Según el modelo acostumbrado por la emergencia plasmado en los decretos de urgencia, el legislador ha disciplinado la materia premial, también en tema de crimi-

7 Sobre el tema veanse las cuidadas investigaciones de COLUSSI, *La penna e la spada. La Política “contra bannitos” tra legalismo e repressione armata (sec. XVI-XVII)*, en imprenta, y de ROVITO *Le radici storiche della criminalità organizzata*, en curso de publicación en AA.VV., *Criminalità organizzata y risposte ordinamentali, Atti del Seminario di diritto penale*, 13 de Febrero-10 de Mayo 1995, Università di Salerno.

8 ORIGLIA [addiciones], en G.M. CAMPANA, *Resolutiones selectae ad materiam forjudicationis cum Quaest. Unic. de poena non relevantis crimen Lesae Majestatis [...] Cum observationibus XXIX U.J.D. Caroli Orilae separatis antea nunc sub sua Resolutione dispositis, cum unica quaestione miscellanea ajusdem auctoris*, Nápoles, 1739, observ. ad. res III, nn. 9-11, p. 30.

9 B.N.N.. M.s. XI A 22. *Cartas de la Maq. del Rey Don Phelipe II escriptas a los sub escriptos visoreyes del Rey. O. de Napoles y Ambaxadores de Roma sobre diversas materias muy curiosas*. 21 mag. 1582, Lisboa. ff.321 v.-23.

10 GIUSTINIANI, *Nuova collezione delle Prammatiche del Regno di Napoli*, Nápoles 1803-1808, Tomo IV, tit. LXXXI, pramm. XIII. 10 mar. 1597, Conde de Olivares, pp. 237-239.

nalidad organizada, de manera desorganizada y aproximativa. La normativa producida, como ya se ha tenido ocasión de reseñar, es, de hecho, el resultado de esquemas singulares inconexos, dictada sobre las olas de las fuertes emociones ligadas a episodios criminales que han conmocionado a la opinión pública y no de un racional y meditado diseño de política criminal.

Con las normas contenidas en el capítulo II de la Ley 8/1991, de 15 de Enero convertida en la Ley 82/1991, de 15 de Marzo, se comenzó a regular la disciplina de la protección de testigos y colaboradores en los procesos contra la mafia. En virtud del artículo 8 del Decreto-ley 152/1991, de 13 de Mayo convertido en la Ley 203/1991, de 12 Julio, fue introducido despues el tipo premial para la disolución de las organizaciones mafiosas. Finalmente, despues de la matanza en la que perdieron la vida los jueces Falcone y Borsellino, fueron regulados por el Decreto-ley 306/1992, de 8 de Junio, convertido en la Ley 356/1992, de 7 de Agosto, a través de modificaciones del ordenamiento penitenciario, Ley 354/1975, de 26 de Julio, ulteriores beneficios para los colaboradores con la Justicia en materia de criminalidad organizada.

El cuadro normativo expresa un orden sistemático más bien aproximativo: las disposiciones premiales operan, de hecho, en dos momentos distintos, sin ninguna coordinación entre ellas. El artículo 8 de la Ley 203/1991 se refiere a la fase judicial y, en particular, inserta un tipo premial calcado de la atenuante prevista para la disolución del terrorismo. El artículo 13 de la Ley 356/1992, por el contrario, hace referencia a la fase de ejecución y, en materia de medidas alternativas a la prisión, dicta una disciplina derogatoria, de absoluto favor, para los colaboradores en materia de criminalidad organizada.

La variedad de disposiciones se caracteriza por la indeterminación, cuando no por la ambigüedad de sus formulaciones, lo cual da vida a un exceso de discrecionalidad poco congruente, a su vez, con las exigencias de funcionalidad de la normativa.¹¹

Pero el rasgo característico de estas disposiciones viene dado, a nuestro parecer, por la colaboración procesal con la adopción de fórmulas privadas de la necesaria claridad que hacen referencia a una suerte de arrepentimiento activo, artículo 8.1 de la Ley 203/1991, sin ninguna referencia axiológica a la función de la pena.

Hay que poner de relieve el hecho de que las tradicionales disposiciones premiales codificadas están ancladas, en línea de principio, en la idea de la defensa de bienes jurídicos en el sentido de que, en un determinado contexto temporal, ellas apuntan o a una elisión de la ofensa o a una atenuación. La relevancia de

¹¹ Estos son algunos de los principales inconvenientes señalados, en un marco de sustancial aprobación de la normativa premial, por CASELLI-INGROIA, *Normativa premiale e strumenti di protezioni per i collaboratori della giustizia: tra merzia legislativa e soluzioni d'emergenza* en AA.VV., *Proceso penale e criminalità organizzata*, a cargo de V. GREVI, Bari 1993, p. 195 y ss., en especial p. 209 ss. y p. 226.

las mismas está estrictamente conectada a las razones mismas de la intervención punitiva.¹²

La característica sobresaliente de la normativa premial en materia de criminalidad organizada, como la precedente en materia de terrorismo, es la de estar orientada en clave de colaboración procesal y no de ofensividad. Ésto no significa que de su adopción no pueda derivarse evidentes efectos de tipo substancial, incluso en términos de tutela de bienes jurídicos, en el sentido del posible desmantelamiento de la asociación criminal y del casi imposible reingreso del reo a su interior. Sin embargo, se ha puesto en evidencia el hecho de que la relevancia de las conductas de colaboración -y ésto repetimos aparece con toda claridad en la normativa penitenciaria- se recogen expresamente en el plano del proceso.

No cabe aquí ninguna duda de que el hecho de la colaboración procesal justifica un tratamiento de favor pero sólo en términos de mera atenuación de la sanción, si no queremos falsear el significado y funciones de los sistemas de medición y de ejecución, de por sí ya suficientemente alterados, en vía ordinaria. A ésto se añade que se han registrado significativas colaboraciones con la Justicia por parte de arrepentidos de la mafia en ausencia de una especial normativa premial. En relación a ellas parece más propio hablar de posibilidad de efectivo arrepentimiento y, por tanto, más allá de una óptica mercantil, suponen legítimamente también la posibilidad de beneficios adecuados.

Las singulares elecciones normativas deben ser expresión de una lógica coherente con la estructura interna del ordenamiento y, en particular, deben resultar compatibles con los principios constitucionales que vinculan al legislador y al intérprete. Más allá de las simplificaciones por razones de presunta eficacia, en todo lo que atañe a la relación punitiva entre el estado y el individuo, deben ser las funciones de la pena, normativamente deducidas, las que han de constituir el *τελος* privilegiado.

Si la reconstrucción de las funciones constitucionales de la pena puede encontrar una fórmula sintética en el concepto de integración social -comprensiva de los aspectos positivos de prevención especial y general-¹³ resulta, sin más, admisible que la entidad de la sanción penal podría disminuirse bastante más allá del límete señalado por la relación de proporción con el hecho o que fueran experimentadas formas especiales de tratamiento en libertad. Pero ésto debe ser la consecuencia de una prognosis favorable y, por tanto, de una reasunción de valores despreciados.

En los casos que nos ocupan, las reducciones de pena y los beneficios ejecutivos aparecen desconectados totalmente de estos presupuestos. Y ésto resulta de una

12 Cfr. sobre el tema, por todos, PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilevi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"* en Riv. it. dir. proc. pen., 1981, p. 532 y ss.; BRICOLA, *Funzione promozionale. Tecnica premiale e diritto penale*, in AA. VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Milán, 1983, p. 126.

13 Con relación a esta cuestión, seanos permitida la remisión a nuestro *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoles, 1992, p. 83 y ss., 109 y ss..

evidencia palmaria cuando al examinar la redacción del artículo 13 de la Ley 356/1992, en materia de ejecución de penas en donde debería dominar la consideración de las funciones ordinamentales, legítimamente conectadas a la sanción, la concesión de los beneficios es automática, consecuencia de la “colaboración prestada”. Para las “personas que colaboran con la Administración de Justicia”, la norma del artículo 58 *ter* de la Ley Penitenciaria, modificada por el artículo 1.1 de la Ley 203/1991, viene a desatender las exigencias de reeducación de la pena porque, de un lado, consiente la aplicación de beneficios a personas que por el solo hecho de prestar declaración no han demostrado en absoluto querer recorrer las sendas de la integración social y, por otro lado, permite revocar los beneficios por el hecho de que en lo sucesivo venga a menos la colaboración: un dato éste que no testimonia necesariamente el rechazo a la resocialización por parte del sujeto¹⁴.

Se ha constatado, además, el fenómeno muy poco edificante según el cual, al lado de la agravación, a menudo fuera de los límites de lo razonable para los “irreductibles”, ha sido prevista para los “arrepentidos” la posibilidad, casi total, de recuperación de la libertad lo que ha dado vida también, entre otras cosas, a una suerte de preocupantes coacciones a la colaboración cuya conformidad con los principios del estado de derecho alimenta legítima perplejidad.

En virtud del artículo 13 *ter* de la Ley 82/1991, introducido por el artículo 13.2 de la Ley 356/1992, es, de hecho, posible el afianzamiento en prueba en beneficio de la comunidad con derogación de lo preceptuado en el artículo 47 de la Ley Penitenciaria que lo preveía como alternativa a la pena de prisión no superior a tres años: esto equivale a decir que han sido previstas formas de impunidad premiales también para hechos ya sancionados con el ergástulo*. Y viceversa, el artículo 4 *bis* de la Ley Penitenciaria, modificado por el artículo 1 de la Ley 356/1992, no permite la aplicación de las medidas alternativas a la prisión para los “irreductibles” por el solo hecho de la falta de colaboración¹⁵. Además, el artículo 41 *bis*.2 de la Ley Penitenciaria con una fórmula vaga, por “graves motivos de orden y de seguridad pública”, concede la facultad de suspender la aplicación del tratamiento lo que no significa otra cosa que la adopción de formas de cárcel dura, según los parámetros de la teoría de la pena -retribución o prevención negativa- que ya con la Reforma de 1975 se creía haber limitado¹⁶. Éstas quedan, en nuestra opinión, mucho más allá de la satisfacción de legítimas exigencias de aislamiento.

14 Cfr. BEVERE, *La chiamata di correo nel nuovo processo penale*, Milán, 1993, p. 78 y ss.

* *Nota de la traductora*: según el artículo 22 del Código penal italiano “la pena de ergástulo es perpetua y será cumplida en uno de los establecimientos a ello destinado con la obligación de trabajar y con aislamiento nocturno.”

15 Cfr. al respecto GUAZZALOCA, *Criterio del “doppio binario”, utilizzo della “premiabilità” e “degiurisdizionalizzazione” del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell’emergenza* en AA. VV., *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, a cura di G. GIOSTRA y G. INSOLE-RA, Milano, 1995, p. 144 y ss..

16 Sobre la “lucha” antimafia con el Ordenamiento penitenciario vease el volumen colectivo *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cargo de A. PRESUTTI, Milán, 1994, *passim*.

En éste prevalecer de una óptica de mero trueque, más allá de concepciones de integración social, aparecen inquietantes testimonios: ya sean casos de reincidencia de “colaboradores” en libertad o supuestos de fulmíneo arrepentimiento, producido inmediatamente después de la detención verificada pocos días tras la comisión de delitos gravísimos. Aparece ahora fundada la duda de la legitimidad constitucional de las normas premiales cuando permiten la utilización de figuras basadas sobre la finalidad de recuperación social dando lugar a un tratamiento diferenciado que, en vía de principio, está del todo desconectado de la aceptación de los presupuestos que, en cambio, vienen derivados de lo dispuesto en la norma contenida en el artículo 27 de la Constitución*.

En otras palabras, sobre el plano de las funciones de la pena, resulta sintomática de una vuelta a la legalidad sólo la conducta que se muestra como irracional según el rasero de los criterios en base a los cuales actúa normalmente quien delinque. Y esto no es ciertamente el caso típico de la “colaboración antimafia”. En efecto, la vuelta íntima a la legalidad no es en absoluto relevante: aquí lo que es premiado es sólo el servicio prestado en sede procesal. Por tanto, esto tiene poco que ver con la satisfacción de exigencias de integración social que presuponen el espontáneo y no coartado retorno a la legalidad. Al contrario, recalquémoslo, resulta fuertemente lesivo de instancias de agregación de consensos en torno a principios ordinamentales, el hecho de que a menudo autores de un importante número de delitos, también gravísimos, puedan disfrutar de extraordinarios privilegios. Así mismo, es cierto que la alarma social, derivada de la previa comisión de graves hechos constitutivos de delito, no disminuye en absoluto después de las eventuales revelaciones de los autores.

Pero también el principio de igualdad viene puesto en cuestión ya que una vez escindidos los mecanismos premiales de la realización de las funciones de la pena, se plantea el problema del tratamiento de los autores de hechos constitutivos de delito de la misma gravedad, extraños al contexto de la criminalidad organizada, que, no teniendo nada más para confesar que sus delitos, por no tratarse de mafiosos o comorristas, no podrán gozar de los mismos beneficios en el caso de que se arrepientan

También desde un punto de vista interno a la misma asociación criminal, si la concesión de los beneficios depende de la entidad de la colaboración, surge la incongruencia de la situación que viene a producirse cuando, sobre la base de la mayor contribución colaborativa que pueden ofrecer las revelaciones de una figura relevante de la asociación, elementos de segunda categoría de la organización, que soporatan una menor responsabilidad, no obstante esto, al tener menos mercancía para el cambio o de menor precio, gozarán de un tratamiento menos privilegiado.¹⁷

* Dispone el citado artículo que: “La responsabilidad penal es personal. El inculpado no es considerado culpable hasta su condena definitiva. Las penas no pueden consistir en actos contrarios al sentimiento de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado”.

17 Para esta cuestión cfr. PADOVANI, “Premio” e “*corrispettivo*” nella dinamica della punibilità en AA.VV., *La legislazione premiale* a cargo del Centro de prevención y defensa social, Milán, 1987, p. 58; para ulteriores análisis críticos sobre el principio de responsabilidad personal y el de proporcionalidad, cfr. FERRAJOLI, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale* en *Quest. giust.*, 1982, p. 217; Idem, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 779.

La excesiva dilatación de los mecanismos premiales así como su configuración en términos de mero cambio entre el estado y el reo, fundado sobre su única utilidad recíproca, resulta un expediente peligroso desde un perspectiva de largo plazo. En efecto, la consecución de resultados inmediatos, también de gran resonancia, puede pagarse, a la larga, con la caída en términos de comprensibilidad del mensaje global sobre los valores que se derivan del sistema en su totalidad, pero también en términos, porqué no decirlo, de instigación indirecta a delinquir y a hacerlo de forma extremadamente grave ya que de otro modo podrían faltar los beneficios.

Una vez más entra en juego la ya citada coherencia del sistema en el momento en el que se utilizan mecanismos premiales desde una perspectiva extraña respecto a la ofensa a los bienes jurídicos lesionados y al significado y límites de la pena. No es correcto aportar remedios jurídicos del mismo tipo fundándolos sobre presupuestos y finalidades diferentes, cuando no contrapuestos. Esto tiene como consecuencia natural un efecto de desorientación de los ciudadanos en torno al sentido y valor de las reglas normativas con evidentes reflejos sobre la misma eficacia de las normas.¹⁸

4. Como hemos visto, es especialmente en relación a la investigación de hechos de la criminalidad organizada donde las elecciones normativas y la praxis jurisprudencial señalan algunas de las más graves involuciones respecto a los niveles de cultura que impone un estado social de derecho.

Despierta preocupación que se haya teorizado con relación a esta delicadísima materia, la superación de la distinción entre juicio según parámetros jurídicos y juicio de tipo social. El primero se expresa según las reglas del derecho, el otro según los parámetros culturales de la opinión pública, desvinculando así el proceso “del reino estéril de las formas por las formas mismas.”¹⁹

El proceso vendría a fundarse, por tanto, sobre un saber de tipo socio-criminológico, el cual, en nuestra opinión, debe tenerse en cuenta -sobre todo debe tener en cuenta el legislador desde un punto de vista de *lege ferenda*- pero no ciertamente cuando se trata de la investigación de un determinado hecho constitutivo de delito donde está en juego la responsabilidad personal de un ciudadano. En relación a ésta, “certezas” de tipo ambiental bien poco deben contar en un estado social de derecho, tanto más si las mismas están fundados sobre teorías cuya credibilidad científica, como todas las teorías, puede ser contestable y contestada. Por tanto, hay que distinguir netamente responsabilidad moral de responsabilidad penal y evitar técnicas acusatorias fundadas más sobre teoremas que sobre amplios controles probatorios. Aquéllas resultan totalmente extrañas a la finalidad garantista del estado de derecho.

18 Cfr. a este respecto el expresivo análisis de S.FIORE, *La condotta susseguente al reato*, cit., p. 44 y ss..

19 Así FASSONE, *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata* en AA.VV., *Processo penale e criminalità organizzata*, cit., p. 232; vid. también pp. 234-235, 248-249, 260-261, 263; a este respecto véase la valiosa y finísima réplica de NOBILE, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: "Vol invocate le forme perché non avete principi"?*, en Crit. Dir., 1994, p. 66 y ss.

De otro lado, éste es un problema que afecta a la totalidad de los tipos asociativos cuando se les quiere considerar desconectados de la comisión de los singulares delitos para los que se constituye la asociación. Y esto depende, como veremos mejor en breve, de la escasa comprensión del delito asociativo, en sí considerado, al prescindir de la realización del delito fin, lo que hace casi imposible la obtención de una prueba distinta de la testimonial.

También desde este punto de vista, se plantea de nuevo la cuestión de la “colaboración con la Justicia”. Es, en efecto, intrínsecamente sospechosa la confesión de aquél que acusa a otro de complicidad en presencia de diferentes y plausibles razones de inquinamiento conectadas a tal confesión.²⁰

Hay que disponer, por tanto, instrumentos normativos, pero, sobre todo, un *habitus* crítico de quien recibe las confesiones, orientado a reducir al mínimo las posibilidades de error y de engaño.

Y ahora, en este sentido, no se encuentra una fundada justificación del amplio poder discrecional del juez, ex artículo 192.3 y 4 y artículo 210 del Código de procedimiento penal, en orden al proceso probatorio preliminar relativo al examen directo del llamante en caso de codelincuencia o del testigo. Ésto termina convirtiéndose en una modalidad inquisitorial con la consiguiente violación de los principios de oralidad, contradicción y defensa o, en todo caso, en un notable redimensionamiento de su capacidad de aplicación y ésto se verifica igualmente cuando se toman declaraciones del coimputado sin respeto al orden procesal, lo que afecta especialmente a la limitación del derecho de defensa.

Pero es la misma definición de llamada en codelincuencia adoptada por la Corte de Casación, por lo que concierne a la intrínseca credibilidad de la misma llamada, la que suscita preplejidad cuando hace referencia a la “confesión de un hecho propio o de otros”. En concreto, la Corte observa que “el imputado puede, de hecho, exculparse a sí mismo y acusar a los otros, exculparse a sí mismo y a otros, acusarse a sí mismo y a otros, acusarse a sí mismo y exculpar a otros. La llamada del codeficiente, en sentido clásico, es sólo aquella que se sustancia en una confesión -y en relación exclusivamente a ella se ha construido la elaboración más antigua- pero el concepto resulta hoy indiscriminadamente extenso: también para los supuestos en los que el imputado se exculpa a sí mismo y acusa a los otros, postulándose en uno y otro caso la formulación de una ‘acusación’.²¹ Tal definición implica un impropio recurso a parámetros sociológicos para la verificación de la credibilidad de la fuente y del saber del “colaborador”. No parece, por el contrario, que se tenga debidamente en cuenta el hecho de que este último pueda también albergar intereses contra-

20 BEVERE, *La chiamata di correo nel nuovo processo penale*, cit., en especial p. 57 y ss..

21 Cfr. la Sentencia de casación de 3 de Junio de 1986, en Cass. pen. 1987, p. 105 y Foro it., 1987, II, p. 529, con comentario de FIANDACA, *La “chiamata di correo” fra tradizione, emergenza e nuovo garantismo*. Para una detallada reseña jurisprudencial sobre la materia, cfr. BEVERE, *La chiamata di correo nel nuovo processo penale*, cit., pp. 70-71.

rios a la comprobación de la verdad y, por tanto, estaría bien el establecer una presunción de no credibilidad en sus careos.

En realidad, también a causa de una normativa premial cuando menos confusa, el imputado, pero también el condenado, se está convirtiendo en un negociador de hechos procesales para lo cual recibe promesas y recompensas: una verdadera y propia "venta de indulgencias". El panorama no es ciertamente de lo más reconfortante.

En efecto, más allá de los requisitos elaborados en sede jurisprudencial²² para la credibilidad de la llamada en codelincuencia: inmediatez del arrepentimiento, persistencia y reiteración de las acusaciones, veracidad, verosimilitud y, en fin, articulación circunstanciada y unívoca de cuanto se afirma, la piedra de bóveda para una provechosa y segura utilización de ésta está en el rechazo de modelos de aparente control donde la prueba se autolegitima y se autoconfirma, pero también en la constatación de una metodología cognoscitiva consuetudinaria y garantista, fundada sobre reglas de experiencia, sobre disposiciones de ley y sobre principios constitucionales.

Sólo de este modo es posible la superación de la verificación intrínseca de la certeza de las declaraciones prestadas por el colaborador para lograr la reconstrucción objetiva de los hechos, fundada sobre los controles del cuadro probatorio así como requerida por la disposición del art. 192, apartados 3 y 4 del código de procedimiento penal.²³

A la problemática de las indagaciones sobre criminalidad organizada pertenece una satisfactoria disciplina en la materia de las "colaboraciones". Y, en verdad, la fecundidad experimentada por el instituto exige a la misma la consideración de los éxitos negativos que él puede expresar en relación a los equilibrios y a las razones del juicio oral. En términos más claros: está aquí en juego la defensa de la persona llamada en la causa del arrepentido. Se plantea ahora imperiosamente el problema del valor a atribuir a las -no desinteresadas- afirmaciones del arrepentido, así como el de los necesarios controles.

Y se vuleve otra vez a suscitar el nudo de las relaciones entre la finalidad de la investigación de la verdad material, que es esencial de cara a fenómenos de criminalidad grave,

22 Cfr. las siguientes sentencias de la Corte de Casación: sentencia VI, de 25 de Noviembre de 1989, en *Giur. it.* 1990, II, p. 310; sentencia I, de 25 de Octubre de 1991 en *Arch. nuova proc. pen.* 1992, p. 618; sentencia I, de 22 de Junio de 1992 en *Cass. pen.* 1994, III, con comentario de SQUARCIA, *Sui riscontri della chiamata in correità*, p. 113 y ss..

23 Sobre los distintos análisis problemáticos ligados a la valoración de la llamada al codelincuente, cfr. DI CHIARA, *In tema di chiamata in correità*, comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 30 de Enero de 1992 en *Foro it.*, 1993 II, p. 15 y ss.; MENNA, *Chiamata in correità e canoni di valutazione probatoria tra sindacato di merito e giudizio di legittimità*, en *Cass. pen.* 1991, en especial p. 174; DEGANELLO, *Le dichiarazioni accusatorie del coimputato: ancora incertezze giurisprudenziali nonostante la riforma*, en *Legisl. pen.* 1991, p. 649; FIANDACA, *La "chiamata di correo" fra tradizione emergenza e nuovo garantismo*, cit., p. 534.

y los significados complejos del proceso como forma específica de investigación. Sea como sea, no puede ser necesariamente enfatizado desmedidamente el rol de los arrepentidos: el buen uso de sus colaboraciones es muy difícil y complejo, desastroso su mal uso.

También en el plano de los equilibrios del sistema global de control penal, la legislación premial inaugurada en los “años del plomo”^{*} y sucesivamente extendida más allá del contexto antiterrorista, está orientada hacia un redimensionamiento de la relevancia del hecho delictivo - en torno al cual deberían girar las ulteriores valoraciones del sistema - en favor de la conducta posterior del autor en el ámbito del proceso o en el ámbito de la ejecución de la pena. En consecuencia, el lugar central en el que se decide el destino del imputado se desplaza del juicio oral a la fase pre-contradictoria o a la de la ejecución. Los peligros para el complejo de la legalidad son claros. De un lado, a la evidente descalificación de reglas de garantía, que un modelo de tipo policiaco como el delineado lleva consigo, se le une, de otro, la difusión de una *forma mentis* de posible impunidad que tendría efectos caóticos en relación a las exigencias de pacífica convivencia en libertad.

No parece que tales peligros hayan sido tomados seriamente en consideración. Tanto es así que el modelo premial *extra ordinem* va ampliándose más allá de los particulares ámbitos de origen y, como a menudo sucede, las soluciones de derecho especial tienden a consolidarse como opciones de derecho común. Como habrá modo de comprobar con relación a la solución de un no menos espinoso problema, cual es el del control pasado y futuro de hechos de grave corrupción político-administrativa, está avanzada una propuesta de reforma, denominada de “*Mani pulite*”²⁴, la cual entre sus puntos “característicos” extendía también a esta materia los mecanismos de “colaboración” con el fin de “romper la obligación de silencio entre delincuentes”²⁵ lo que conlleva, por así decirlo, un planteamiento vagamente policiaco tomado de la emergencia antimafia.

Preocupa el hecho de la difusión de una óptica extraña a las razones del estado social de derecho que si quiere permanecer en pie debe responder a hechos delictivos, también gravísimos y difusos, a través del uso eficiente de los instrumentos que le son propios y de los que dispone, procediendo con prontitud, firmeza y seriedad pero en el absoluto respeto de las reglas que le son dadas so pena de su misma supervivencia.

Esto comporta también la exigencia de afrontar el aspecto de la profesionalidad que, especialmente para los magistrados del Ministerio público, es de esencial importancia. Esto remite a los problemas del reclutamiento, tirocinio y formación, así como a la actualización profesional, a la especialización y la necesaria separación de funciones y carreras*.

* *Nota de la traductora*: Con esta expresión se designa en Italia a los años setenta, período en el que hubo un notable auge del terrorismo.

24 Cfr. artículo 10 y ss. de la *Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti* en Riv. it. dir. proc. pen., 1994, p. 1025 y ss..

25 Cfr. *Note illustrative di proposte in materia di corruzione e di illecito finanziamento di partiti*, en Riv. it. dir. proc. pen., 1994, p. 1037.

* *Nota de la traductora*: En Italia el Ministerio Fiscal tiene ubicación institucional en la Magistratura (Art. 107.3 de la Constitución italiana). Los magistrados y fiscales se distinguen entre sí solamente por la diversidad de sus funciones.

El mismo, gravísimo y delicado problema de la gestión de los “colaboradores con la Justicia” perdería bastante significado en pos de una más sólida y fiable cultura de la investigación. Viene aquí en consideración el problema de la reforma del ordenamiento procesal, un tema demasiado amplio para ser abordado en esta sede. No obstante, merece ser subrayado que una reforma garantista y eficaz del sistema penal debe necesariamente comprender también la adecuación de la organización de la Justicia penal, desde una perspectiva de funcionalidad, con los otros sectores del sistema y con los principios de estado social de derecho diseñado en nuestra Constitución.

Pero aun antes y sobre el plano de la misma conformación de los tipos es donde parece necesario incidir para reconducir a parámetros de racionalidad y legítima funcionalidad la legislación premial. A tal respecto, una visión adaptada a perspectivas garantistas y de efectividad empuja también a una revisión crítica relativa a la estructura del tipo contenido en el artículo 416 *bis* del código penal, esto es, la asociación de tipo mafioso, el símbolo de la normativa antimafia. También de su sola conformación, deriva, en nuestra opinión, la consecuencia de una excesiva valoración, peligrosa para un estado de derecho, de la premialidad *extra ordinem*.

El discurso, a decir verdad, no se limita a este tipo pero atañe a la categoría interna de los hechos asociativos. En realidad, éstos se presentan problemáticos sobre todo respecto a los principios de necesaria ofensividad y materialidad pero a menudo también de determinación, lo que tiene después notables reflejos sobre el ámbito procesal por la dificultad de orden probatorio que comportan los tipos delictivos de dudosa objetividad jurídica.²⁶ El tipo penal debe representar fragmentos más o menos extensos de conductas y resultados y no “contener universos antropológicos”.²⁷

Por tanto, podría resultar bastante más provechoso, para respetar las exigencias de garantía y de efectividad, la creación de una figura asociativa en la parte general: una participación cualificada por la estabilidad de la organización y el vínculo asociativo²⁸ que tendría el valor de simplificar la normativa como desde hace tiempo se viene unánimemente auspiciado.²⁹ De este modo, se haría sumamente plausible y

26 Sobre la incompatibilidad entre tipo asociativo indeterminado y respeto al principio acusatorio del juicio oral, vid. en particular, BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale* en Ind. pen., 1989, p. 317 y ss.; cfr. también sobre el tema, PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale* en Riv. it. dir. proc. pen., 1989, p. 921.

27 Cfr. C. FIORE, *Il reato di associazione mafiosa e le ragioni della legalità*, en AA. VV., *Camorra e criminalità organizzata in Campania*, a cargo de F. BARBAGALLO, Nápoles, 1988, p. 80 y ss. y 82.

28 En favor de una apertura en tal sentido, cfr. SPAGNOLO, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista* en AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cargo de C.R.S., Milán, 1987, p. 159.

29 A favor de una reforma radical en el sentido de simplificación y racionalización en términos distintos a aquéllos que se formularon en el texto, se ha pronunciado la doctrina mayoritaria, cfr. ROMANO, *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale político*, en Quest. crim., 1981, p. 164 y ss.; PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici* en Riv. it. dir. proc. pen., 1982, p. 18 y ss.; NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e modelli associativi* en AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale* cit., p. 147 y ss.. Por el contrario, en favor de “la adopción de modelos represivos de parte especial” tendentes a ampliar el radio de acción del Derecho penal con el fin de favorecer “particulares exigencias de política criminal y un difuso ‘consenso social’”, se pronuncia, G.A. DE FRANCESCO, *Dogmática e política criminale nei rapporti tra concorso di persone nel reato ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, en Riv. it. dir. proc. pen., 1994, p. 1303.

legítima la más severa punición de un hecho cometido en asociación, en base a una indudable y grave peligrosidad sobre el plano de la ofensa a bienes jurídicos y a la consiguiente alarma social, sin tener que perseguir la ofensa a bienes jurídicos escasamente susceptibles de tutela o pruebas a menudo diabólicas de mera asociación fundadas, por lo demás, en teorías y no sobre hechos.

Ésto significa rendir homenaje a una realidad que ve a las asociaciones caracterizadas por la peligrosidad, pero sólo cuando lo son por acciones y las ve, por lo general, punibles sólo si a sus acciones le es atribuible la comisión de uno de los delitos previstos. Una solución de tal género tendría el doble valor de respetar íntegramente los principios de ofensividad y materialidad que constituyen las garantías irrenunciables en un estado social de derecho para la tutela de la libertad y dignidad del individuo, así como la de representar una deseable adecuación de la solución normativa a la realidad de las cosas.³⁰ Además, por lo que concierne a la materia que estamos tratando, se pone en evidencia con toda claridad el dato de que la solución, consistente en un tipo para el supuesto de la asociación, si la pretensión es la de castigar el mero acuerdo, termina, además, con entregar la persecución del hecho a la discrecionalidad del “colaborador con la justicia”: un éxito éste cuando menos preocupante.

El mismo controvertido problema de la admisibilidad de la participación externa en asociaciones de tipo mafioso,³¹ adoptando nuestra formulación, termina por encontrar una solución simple y satisfactoria. En efecto, si se parte del presupuesto de que la estructura asociativa no tenía las características del tipo de delito, sino las instrumentales de una particular modalidad plurisubjetiva de comisión del delito, será entonces admisible una conducta de participación eventual en una forma calificada de realización plurisubjetiva del hecho. También la participación externa, sólo eventual, deberá tener como mira la concreta ofensa a un determinado bien jurídico y su prueba no resultará nunca más ligada a las evanescencias de una *probatio diabólica*.

La antigua y profunda lección de Anselm Feuerbach, maestro de la legalidad en el derecho penal, según la cual “el legislador no puede someter a pena lo que, ... en concreto, no pueda ser completamente probado”³², alcanza aquí una confirmación absoluta. En efecto, no es sólo cuestión de garantía, sino también de efectividad, la adopción de una técnica legislativa fiable que delinee tipos comprensibles, concep-

30 Según la lección siempre actual de Gustav RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 5ª ed., Gotinga, 1956, p. 98 y ss., desarrollada con particular referencia a la materia penal, en *Zur Systematik der Verbrechenslehre* en *Festgabe für R. Frank*, T. I, Tubinga, 1930, p. 158 y ss..

31 Sobre el argumento en un contexto articulado de soluciones, cfr. FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale* en *Foro it.* II, 1991, p. 472 y ss.; GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale* en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1185 y ss.; MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso "esterno" nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità* en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1189; G.A. DE FRANCESCO, *Dogmática e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone nel reato ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, cit., p. 1285 y ss..

32 FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, T. II, Chemnitz, 1800, reedición anastática, Aalen, 1966, pp. 12-13.

tualmente verificables desde el punto de vista empírico y que resulten, por ello, aplicables como objeto del proceso, sobre todo, por lo que concierne a la completa satisfacción de exigencias probatorias.³³

5. Un significativo ejemplo de la extensión fuera del contexto originario de las técnicas premiales *extra ordinem* proviene de una de las propuestas que, en relación a nuevas formas de control de los hechos de grave corrupción, ha suscitado particular atención: la redactada por el ex fiscal de Milán -ahora también ex Ministro-Antonio Di Pietro junto con otros magistrados y algunos prestigiosos juristas.

Entre las diferentes innovaciones singulares de este proyecto -la eliminación de delito de chantaje, la fuerte agravación de las penas principales en los delitos de corrupción, la agravación de la extorsión, la introducción de una nueva figura, la "jactancia de crédito", con un elevado límite de aplicación, la previsión de la interdicción perpetua de oficio público para todos los casos de corrupción pasiva, las sanciones pecunarias "absolutamente sin precedentes"³⁴, una amplia posibilidad de utilización de la prisión preventiva en la cárcel* - todas discutibles desde el punto de vista del estado de derecho por cuanto dan la impresión de una exaltación de la función intimidativa-expiatoria pero también simbólico-expresiva del derecho penal³⁵, sobresale -nos parece- la previsión de una causa de no punibilidad para quien, dentro de un cierto plazo, haya tenido espontáneamente "ciertos comportamientos de colaboración (con excepcionales previsiones de un plazo de sanatoria también con respecto al pasado)."³⁶ Se trata de una suma de medidas de carácter preventivo y represivo de gravedad y complejidad inusitadas que más que tener una justificación en sí, encuentra su explicación a la luz del incentivo al arrepentimiento perseguido a través de la introducción de la causa especial de no punibilidad del artículo 10 del Proyecto. Cuanto más elevados son, en efecto, los peligros de encarcelamiento y de sanciones limitativas de la libertad personal, interdictal y pecuniaria, tanto más elevada deviene la posibilidad de que uno de los protagonistas de la corrupción, dentro de los tres meses contemplados en el proyecto de ley, se determine a colaborar

33 Sobre los presupuestos de derecho substancial del proceso penal, fundamental, VOLK, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*, Ebelsbach 1978, p. 170 ss.; idem, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess*, Constanza, 1980, p. 29 y ss..

34 Textualmente, C.F. GROSSO, *L'iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli* en Cass. pen., 1994, p. 2341 y ss. (Aclaración de la traductora: El término *Tangentopoli* procede de la palabra italiana *tagente* que significa cuota, de tal manera que el citado término vendría a describir a un Estado que funciona mediante cuotas de dinero negro entregadas a los políticos y funcionarios públicos. Con él se empezó a designar los fenómenos de corrupción acontecidos en Italia a partir de finales de los años ochenta y cuyas consecuencias se prolongan hasta nuestros días).

Nota de la traductora: En Italia es posible cumplir la prisión preventiva a la manera de un arresto domiciliario (artículo 284 del Código de procedimiento penal).

35 Sobre este punto, cfr. PULITANÓ, *Alcune risposte alle critiche verso la proposta*, en Riv. trim. dir. pen. ec., 1994, p. 947 y ss., en particular, p. 956 donde el autor subraya como "el problema de la corrupción y, más aún el sistema de la Tangentopoli, es extremadamente complejo. No existen recetas milagrosas; las leyes, aunque necesarias, no bastan, las propuestas avanzadas son sólo un primer paso, un intento razonable de reforzar algunos instrumentos preventivos y represivos y de añadir además sobre el plano simbólico (también a no descuidar) una línea de justo y necesario rigor. Otras iniciativas habrán de seguir".

36 Así PULITANÓ, *op. ult. cit.*, p. 948.

con el Ministerio Fiscal³⁷ confirmando la orientación de tipo, por así decirlo, policíaca de la base del Proyecto.

Por último, otro ejemplo relativo a la utilización de las exéncricas técnicas “pre-miales” proviene de otro sector, todavía más diferenciado de aquel correspondiente a los hechos de grave corrupción, que confirma la fuerte capacidad invasiva de estos institutos de compleja aplicación: nos referimos a la nueva normativa en materia de inmigración³⁸. La entrada y la permanencia de ciudadanos extracomunitarios ha encontrado su nueva reglamentación en el Decreto-ley 489/1995, de 18 de Noviembre que contiene: “Disposiciones urgentes en materia de política de inmigración y para la reglamentación de la entrada y permanencia en el territorio nacional de ciudadanos de países no pertenecientes a la Unión Europea”³⁹, tantas veces retocado.⁴⁰

En Septiembre de 1996 el Gobierno -al reformar por quinta vez el Decreto- ha advertido la necesidad de insertar -en el Capítulo II del mismo bajo la rúbrica “medidas para la prevención y represión de las conductas ilegales”, en el artículo 5, referido a la “represión de actividades dirigidas a favorecer la entrada ilícita de extranjeros”- tres apartados, 8 *ter*, 8 *quater* y 8 *quinques*, que dan discrecionalidad al Jefe de policía para otorgar “un permiso especial de residencia en el territorio del estado” al ciudadano de un país no perteneciente a la Unión Europea en el caso de que éste último, en el curso de un procedimiento por uno de los delitos del artículo 3 de la Ley 75/ 1958, de 20 de Febrero -Ley Merlin*- , o por aquéllos previstos en el artículo 380 de Código de procedimiento penal, resulten expuestos a grave peligro como consecuencia de la colaboración o de las declaraciones prestadas en el curso de las investigaciones preliminares o del proceso.

En primer lugar se ha llamado la atención que en una primera lectura de la norma los requisitos exigidos en el apartado 8 *ter* - a) el peligro para la integridad personal del extracomunitario en el caso de que su expulsión se realice al país de origen; b) la excepcional relevancia de la contribución para la captura de responsables de graves delitos; c) inexistencia de las circunstancias del artículo 7 apdo. 5 del procedimiento en examen, relativo a la falta de exhibición o supresión de los documentos de identidad- deben concurrir cumulativamente: lo que no siempre es fácil y, las más de las veces como se ha puesto de manifiesto acertadamente⁴¹, esta fórmula permi-

37 Sobre este punto cfr. GROSSO, *L'iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli*, cit., p. 2344.

38 Por fortuna, mientras este trabajo estaba en curso de impresión, la citada normativa ha sido derogada. No obstante, las consideraciones aquí desarrolladas conservan su validez.

39 El Decreto-ley fue publicado por primera vez en la *Gazz. Uff.* n.º 270 de 18 de Noviembre de 1995.

40 El *iter* ha sido el siguiente: Decreto-ley 489/1995, de 18 de Noviembre, publicado en la *Gazz. Uff.* n. 270 de 18 de Noviembre de 1995; Decreto-ley 22/1996, de 18 de Enero publicado en la *Gazz. Uff.* n. 14 de 18 de Enero de 1996; Decreto-ley 132/1996, de 19 de Marzo de 1996 publicado en la *Gazz. Uff.* n. 66 de 19 de Marzo de 1996; Decreto-ley 267/1996, de 18 de Mayo publicado en la *Gazz. Uff.* n. 115 de 18 de Mayo de 1996; Decreto-ley 376/1996, de 16 de Julio publicado en la *Gazz. Uff.* n. 166 de 17 de Julio de 1996; Decreto-ley 477/1996, de 13 de Septiembre publicado en *Gazz. Uff.* n. 217 de 16 de Septiembre de 1996.

* *Nota de la traductora*: Esta ley se ocupa del castigo de conductas de facilitación de la prostitución.

41 Al respecto cfr. CICCIA, *Via al permesso di soggiorno premio* en Italia Oggi, 14 de Septiembre de 1996, p. 27.

te conceder el permiso como premio sólo a los sujetos muy peligrosos y más comprometidos con las organizaciones criminales, mientras “un individuo subjetivamente meritorio pero en situación marginal y no depositario de informaciones de excepcional relevancia resulta excluido del beneficio.”

En todo caso, si el “premio” es el permiso de residencia, aunque sea por tiempo limitado, arrepentido o no, eso se consigue sólo o prostituyéndose o delinquiriendo. Bien visto, todo ésto está sujeto a una finalidad realmente extraña.

Una última observación respecto a los familiares del arrepentido extracomunitario que no son tomados en absoluto en consideración en el procedimiento: cualquier consideración en relación a eventuales e irracionales disparidades de tratamiento con otras categorías de autores de delitos nos parece superflua.