

quien a través de las llamadas "*standing Orders*" dicta las directrices a que deben someterse los inferiores⁽¹²⁾, directrices que varían extraordinariamente entre los distintos distritos policiales impidiendo la uniformidad que, tal vez, sería deseable⁽¹³⁾. Por ello, afirma SIGLER⁽¹⁴⁾, que la centralización de la acusación en Inglaterra y Gales en manos del *Director of Public Prosecution* o de algún otro funcionario público se aparece como una remota y débil esperanza. Pero aunque así no fuera, habría que añadir que la situación actual no cambiaría sustancialmente. Esto es así en la medida en que las decisiones discrecionalmente adoptadas por los órganos superiores encargados de la acusación sólo pueden ser en última instancia objeto de un control político. El *Attorney General* en Inglaterra y Gales o el *Lord Advocate* en Escocia e Irlanda son, en efecto, responsables ante el Parlamento de la actividad desarrollada por sus inferiores y de la suya propia pero el mismo principio de oportunidad que rige su actuación impide que todo ello se materialice en un control efectivo.

Finalmente, habría que sumar a todo lo dicho la imposibilidad de un control indirecto por parte del ciudadano concreto que decidiera ejercitar la acción, y ello por cuanto si bien el ciudadano tiene reconocido tal derecho, no es menos cierto que la posibilidad real de su ejercicio se ve sustancialmente limitada por la necesidad de remover una serie de obstáculos y limitaciones que, unidos a una tradición poco proclive al ejercicio privado de la acción llegan a convertir la acusación particular en un fenómeno absolutamente aislado⁽¹⁵⁾

En lo que a Estados Unidos se refiere, la situación no es muy distinta, tanto en lo relativo a la posición institucional de los órganos encargados de la acusación, como en lo tocante al control a que se ven sometidos en el cumplimiento de sus funciones. Limitándonos a este último extremo⁽¹⁶⁾, es ilustrativo comprobar como las vías teóricas

⁽¹²⁾ WILLIAMS, "Discretion..." *op. cit.*, p. 226. En el mismo sentido entre otros. HUBER, "La posizione..." *op. cit.*, p. 249 y 250.

⁽¹³⁾ HUBER, "La posizione..." *op. cit.*, p. 250; . SIGLER, "Public..." *op. cit.* p. 645 y 650.

⁽¹⁴⁾ "Public..." *op. cit.*, p. 650 y 651.

⁽¹⁵⁾ Vid en este sentido, entre otros muchos: HUBER, "La posizione..." *op. cit.*, p. 252 y 253, y bibliografía allí citada. SANDERS, "Prosecution decisions and the Attorney-General guidelines" en Criminal Law Review, 1985, donde afirma que, a lo sumo, el ejercicio privado de la acción penal se produce en el 1% de los casos. SIGLER, "Public..." *op. cit.*, p. 643 y 644 y 649 y 650. WILLIAMS, "Discretion..." *op. cit.*, p. 223.

⁽¹⁶⁾ Sobre la estructura organizativa y funciones de los órganos encargados de la acusación, Vid FANCHIOTTI, "Origine e Sviluppo della giustizia contrattata nell ordinamento statunitense", en Riv.ital.dir.proc.penale, 1984, p. 77 y ss. Vid también VIGORITI "Pubblico ministero e discrezionalità dell'azione penale negli Stati Uniti d'America", en Pubblico ministero... *op. cit.*, p.

para controlar la decisión *to prosecute* se muestran de hecho impracticables⁽¹⁷⁾ y la misma conclusión se extrae tras el análisis de las posibilidades reales de control sobre la decisión opuesta⁽¹⁸⁾ (*decisión not to prosecute*). Esto último es especialmente patente en el caso del *grant of immunity*, una de las modalidades más usuales que reviste la renuncia al ejercicio de la acción. Precisamente es al analizar la amplitud con que el *Prosecutor* concibe en la práctica su facultad para conceder la *immunity* que se ha hablado de él como una "unbridled authority"⁽¹⁹⁾.

Por otra parte, el panorama no varía sustancialmente con relación a Gran Bretaña en lo que respecta a la posición institucional que ocupa la policía y al control que es posible ejercitar sobre la misma⁽²⁰⁾. De igual modo, la inexistencia de mecanismos que permitan al ciudadano concreto mantener la acusación contra la decisión del *Prosecutor* de renunciar a la misma, acerca, de nuevo, el esquema americano al que, ya vimos, se daba en Gran Bretaña⁽²¹⁾.

De todo lo hasta aquí expuesto, se deriva el que en ambas naciones la mayoría de las críticas vayan dirigidas no tanto a cuestionar el principio de oportunidad mismo, sino la inexistencia de un control adecuado y transparente⁽²²⁾; críticas a las que no ha sido ajena la jurisprudencia tanto inglesa como americana, la cual se ha manifestado sobre la

256 y ss.

(17) Vid VIGORITI, "Pubblico..." *Op. cit.* p. 264 y ss.

(18) Vid sobre el carácter meramente formal que tienen en la práctica los mecanismos teóricos de control, FANCHIOTTI "Spunti per un dibattito sul *plea bargaining*", en Il processo penale negli Stati Uniti d'America, a cura di E. AMODIO y M.CH. BASSIOUNI, Milano 1988, p. 276 y ss. Vid también VIGORITI, "Pubblico..." *op. cit.*, p. 268 y ss. y bibliografía allí citada.

(19) Vid. SAVERDA, "Accomplices in Federal Court: A Case for Increased Evidentiary Standars", The Yale Law Journal, Vol. 100, n° 1, Oct. 1990, p. 789 y bibliografía citada en nota 30.

(20) Vid., FANCHIOTTI, "Spunti..." *op. cit.*, pág., 280 y bibliografía allí citada.

(21) Vid., VIGORITI, "Pubblico..." *op. cit.*, p. 268.

(22) En este sentido, véase entre otros: HUBER, "La posizione..." *op. cit.*, p. 254; SIGLER, "Public..." *op. cit.*, p. 642 y ss.; THOMAS, "An Exploration of Plea Bargaining", Criminal Law Review, 1969, p. 69 y ss y 77; VIGORITI, "Pubblico..." *op. cit.*, p. 271; WOLFSON, "Immunity How it Works in Real Life", The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 67, n° 1, March 1976, p. 167 y ss.

No obstante, hay quien entiende que es conveniente no limitar aquella discrecionalidad; así, con referencia a las facultades del *Prosecutor* para la concesión de la *immunity* y la inexistencia de efectivas instancias de control, Vid. BAYER, "Reflection on the role of the statutory immunity in the Criminal System", The Journal of Criminal Law and Criminology, 1976, p. 149 y ss.

conveniencia de evitar la oscuridad en el uso de los mecanismos derivados de la discrecionalidad, así como sobre la necesidad de utilizar los mismos de un modo ponderado y atendiendo, en todo caso, al conjunto de intereses públicos que fundamentan su existencia⁽²³⁾.

II.3.- Modalidades transaccionales.

Como se ha tratado de clarificar en las páginas precedentes, nos encontramos ante un sistema jurídico donde las facultades del órgano encargado de la acusación alcanzan tal entidad que no es de extrañar que, por ejemplo, en Estados Unidos exista acuerdo en afirmar que más del 90% de los casos se resuelven acudiendo a las distintas modalidades de *plea bargaining*⁽²⁴⁾.

Pues bien, tomando como premisa ese estado de cosas, es lógico que los motivos concretos que pueden llevar al órgano encargado de la acusación a renunciar al ejercicio de la acción o bien a formular su acusación en uno u otro sentido, se sitúen en el ámbito

⁽²³⁾ Así, resulta paradigmática la doctrina contenida en el conocido caso de B.J. TURNER (1975) 61 Cr. App. R. 67; donde además de otras declaraciones que hoy se entienden como clásicas, se criticó duramente la utilización que de la *immunity* se hizo en el caso que se analiza, al tiempo en que se insistió en la necesidad de que tal decisión de renuncia al ejercicio de la acción sólo fuera adoptada por los órganos superiores encargados de la acusación, y aún tratándose de estos se les exhortó a ejercer aquella facultad con cautela y mesura.

⁽²⁴⁾ Vid. entre otros muchos: ALSCHULER, "The Changing Plea Bargaining". Debate 69, California Law Review, 652, n° 1, (1981), p. 652 *cit.* por MANK "Broken promises and involuntary confessions: May a State introduce incriminating statement made by a defendant as a result of promises in a plea bargain agreement if the defendant breaches that agreement?" Cleveland State Law Review, 1988, n° 36, pág., 423. FERNANDEZ ENTRALGO, "Los principios procesales y procedimentales de la ley orgánica 7/1988", en La reforma del proceso penal, Madrid 1990, p. 34, nota 57. FRIEDMAN, Introducción al Derecho Norteamericano. Barcelona, 1988, p. 197. LA FAVE-ISRAEL, Criminal Procedure, St. Paul, 1985, p. 19 y 20 *cit.* por NEPPI MODONA en "Maxiprocessi e pentiti alla luce dell'esperienza nordamericana", Documenti Giustizia, 1988, p. 197. NEWMAN, "Conviction: The Determination of Guilt or Innocence Without Trial", 3 (1966) *cit.* por ALSCHULER en "Plea Bargaining and Its History", Columbia Law Review, Vol. 79, (1979), p.1.

Hasta tal punto es así que BECKER afirma que hoy lo absolutamente anormal es una absolución o una condena en juicio "Plea Bargaining and the Supreme Court", Loyola of Los Angeles Law Review, 1988, n° 21, p. 840.

Especialmente significativa es la declaración que hizo el Tribunal Supremo Federal en el conocido caso Brady Vid. United States 397. US. 742 (1970) relativa a que 3/4 partes de las condenas eran consecuencia directa de un *plea of guilty*. Supreme Court Reporter, Tomo 90 A, 397-399 US, Oct. Term 1969, p. 1471 [752].

de lo que son sus poderes discrecionales y que, consiguientemente, dichos motivos no sólo no vengán determinados por ley, sino que incluso cualquier intento de sistematización de los mismos esté abocado al fracaso y que, a lo sumo, sólo sea posible reagruparlos bajo las notas de rapidez y eficacia en el descubrimiento del delito y, en su caso, castigo de sus responsables.

Ciertamente hubiera sido posible hallar en el sistema que analizamos, modalidades de conducta análogas a todas y cada una de las previstas en el art. 57 bis b), punitivo de favor; sin embargo no era ese el objetivo.

Ya se apuntó que el análisis se limitaría a aquellos casos, en que la correspondiente decisión del órgano a que se viene haciendo referencia es adoptada a consecuencia de la realización por parte del imputado de una de las conductas siguientes:

a.- Confesión de los hechos en que hubiere participado; lo que se conoce tanto en América como en Gran Bretaña como *plea of guilty* o *guilty plea*.

b.- Asunción del compromiso de testificar en el juicio oral contra el resto de sujetos que conjuntamente con él hubieren tomado parte en el hecho o hechos que se le imputan; el llamado en Estados Unidos *bargaining for testimony* donde aquel asume el papel de *state's witness*, que equivale a cualquiera de las denominaciones utilizadas en el Derecho inglés (*King's, Queen's, Crown's witness*), ordenamiento donde tal institución tiene su origen y del cual proviene la expresión "testigo de la Corona" con que se la conoce en nuestro entorno jurídico.

Se trata, pues, de concentrar nuestra atención en supuestos que presentan, al menos en una primera aproximación, cierta semejanza con lo previsto en la letra a), párrafo 1 art.57 bis b (confesión de los propios hechos), así como con las conductas consistentes en la inculpación de terceros, contempladas en el apartado 1, letra b) y en el apartado 2 del citado precepto.

Finalmente, también hay que señalar que los cauces jurídicos a través de los cuales discurren estos mecanismos son igualmente variados, y que, a su vez, dependiendo del cual de aquellos haya sido el elegido, son distintos los beneficios que pueden reportarle al sujeto que hubiere llevado a caso alguno de los comportamientos antes señalados. La cuestión se hace aún más compleja si se tiene en cuenta la multiplicidad de ordenamientos que se agrupan bajo lo que suele denominarse "sistema anglosajón". Es por todo ello que sólo se pretende ofrecer una visión de conjunto, en modo alguno llevar

a cabo un estudio pormenorizado de todos los procedimientos posibles, sino sólo de los más comúnmente utilizados para otorgar un trato de favor al sujeto que llevase a cabo alguna de las conductas a que se ha hecho referencia.

II.3.1.- La confesión. El llamado "guilty plea".

A.- Planteamiento general. Concepto.

Suele afirmarse que el modelo procesal inglés conoce desde antiguo, la institución del *guilty plea*; del mismo modo que dentro de los sistemas de "transacción penal" (*plea bargaining*) de los Estados Unidos se le reconoce a dicha institución una tradición inveterada. Pues bien, con independencia de que aquellas afirmaciones sean o no exactas⁽²⁵⁾, lo cierto es que resulta extraordinariamente frecuente que la condena de un individuo se base en tal *plea of guilty*⁽²⁶⁾.

Consiste el *plea of guilty* en el reconocimiento que el acusado hace, en la audiencia preliminar ante el juez, de los hechos que se le imputan. Dicha autoinculpación se caracteriza por tener su base en un acuerdo previo entre la acusación y la defensa, por cuya virtud el sujeto consigue ver reducida sustancialmente la condena, como contrapartida de su colaboración procesal y su renuncia al contradictorio (*Trial*), con presencia del Jurado (*Jury Trial*) en aquellos casos donde éste es requerido.

⁽²⁵⁾ En un interesante estudio sobre los orígenes de la institución, afirma ALSCHULER que este tipo de afirmaciones carecen del más mínimo soporte histórico. Este autor se remonta, a los primeros tratadistas de la Common Law para fundamentar su tesis e igualmente con el mismo fin analiza la práctica judicial de los siglos XVII y XVIII que se mostraba reticente a admitir el *guilty plea*.

El mismo BENTHAM se manifestaba abiertamente contrario al *plea of guilty*, considerando que había que ser receloso respecto a esas declaraciones, autoinculpatórias y que era necesario tratar de salvar al sujeto de su propia imbecilidad e imprudencia. Rationale of Judicial Evidence, London, 1827, p. 316. Vid sobre todo ello, con extensas referencias bibliográficas: ALSCHULER, "Plea Bargaining...", *op. cit.*, p. 1 y ss.

En el mismo sentido se manifiestan otros estudiosos del tema. Así GAMBINI, II "Plea bargaining" tra Common Law e Civil Law, Milano, 1985, p. 5 y ss, cit. por FANCHIOTTI, "Origini e Sviluppo della "Giustizia contrattata" nell'ordinamento statunitense", Riv.ital.dir.proc.penale, 1984, p. 60 y ss

⁽²⁶⁾ Vid, nota 24 de este capítulo. Otros datos estadísticos relativos al estado de la cuestión en Gran Bretaña pueden verse en ZANDER, "Unrepresented Defendants in Magistrates Court", 1969 Criminal Law Review, 632, 639 cit. por THOMAS, "Plea Bargaining in England" The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 69, 1978, p. 171, nota 7; vid. también bibliografía citada en nota 1 p. 170.

No es que nadie crea -como bien señalan SMITH Y BAILEY⁽²⁷⁾- que tal "confesión" siempre se corresponda con la realidad y no con el deseo de obtener las ventajas a que me refería. Por ello, sin perjuicio de que se exijan -como se verá- determinados requisitos de validez, estos tienden más a garantizar la corrección formal de aquella declaración que a demostrar que responde a hechos ciertos; por tanto, nos hallamos ante un instrumento que lejos de pretender fijar la llamada, con mayor o menor fortuna, verdad material, sirve para suplir el plenario y la consiguiente práctica de la prueba. Especialmente ilustrativas al respecto son las declaraciones del Tribunal Supremo Federal americano en el caso *Boykin* Vid. Alabama 395 U.S. 238 (1969), a cuyo tenor: "(...) a *plea of guilty* is more than a confession which admits that the accused did various act; it is itself a conviction; nothing remains but to give judgment and determine punishment"⁽²⁸⁾.

B.- Requisitos.

Por cuanto el *plea of guilty* supone la renuncia a importantes derechos constitucionales, es lógico que tanto en Gran Bretaña como en Estados Unidos se exija la concurrencia de determinados requisitos para admitir tal *guilty plea* como válido.

Dichas exigencias -que hoy gozan de una larga y consolidada tradición jurídica⁽²⁹⁾- se concretan en:

⁽²⁷⁾ The modern English legal System, London, 1984, p. 627, *cit.* por FERNÁNDEZ ENTRALGO en "Los principios...", *op. cit.*, p. 33, nota 52.

⁽²⁸⁾ Supreme Court Reporter, Volume 89 A., Oct. Term., 1968 [242] p. 1711 y 1712; en el mismo sentido *Woodard v. State*, 42 Ala. App. 552, 558, 171 So. 2d, 462, 469: "A *plea of guilty* is more than a voluntary confession made in open court (...) It supplies both evidence and verdict, ending controversy". Id. *Kercheval v. United States* 274 US 220, 223 (1927); *cit.* por ALSCHULER "Plea Bargaining..." *op. cit.*, p. 4

⁽²⁹⁾ Concretamente en Gran Bretaña, la práctica judicial se acomoda a las reglas dictadas por Lord PARKER en el conocido caso *R. Vid. Turner* 1970, 2 Q.B., cuyas observaciones pueden verse reproducidas en cualquiera de las resoluciones sobre la materia. Tales reglas pueden consultarse, además de en la Sentencia citada, en HAMPTON, Criminal Procedure, 3ª Ed., London, 1982, p. 185 y ss. En el mismo sentido, el Code of Conduct for the Bar of England and Wales, 1983 § 150 (a), *cit.* por FERNANDEZ ENTRALGO, "Los principios..." *op. cit.*, p. 34, nota 54.

En Estados Unidos, por su parte, no sólo nos encontramos con una consolidada jurisprudencia al respecto, a la que en su momento se hará referencia, sino que son las propias *Federal Rules of Criminal Procedure* (concretamente rule 11) las que claramente determinan los principios y exigencias a que debe someterse el *guilty plea*; reglas que son reproducidas casi textualmente en los ordenamientos de la mayoría de los Estados y que, por otra parte, se asumen como *common rule of practice* (así, en los *Standards for Criminal Justice* elaborados por la American Bar Association).

a) Voluntariedad de la confesión;

b) Conocimiento del sentido y alcance del *plea of guilty*⁽³⁰⁾.

c) Presencia de Abogado, como garantía del cumplimiento de aquellos requisitos⁽³¹⁾.

Asimismo, la concurrencia de estos presupuestos deberá ser constatada por el juez ante quien se formalizó el *guilty plea* en la llamada "*inquiry*". No obstante dejaré para más adelante el análisis del papel que en todo este procedimiento se asigna al juez y me centraré en el estudio de aquellos presupuestos de validez a que se ha hecho referencia.

Pues bien, en efecto, aquellos requisitos vienen siendo exigidos por la práctica judicial inglesa y norteamericana e incluso, aparecen expresamente recogidos en las letras c y d, Rule 11 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, a cuyo tenor:

a.- Advice to Defendant. Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must address the defendant personally in open court and inform him of, and determine that he understands the following:

1.-The nature of the charge to which the plea is offered, the mandatory minimum penalty provided by law, if any, and the maximum possible penalty provided by law; and

⁽³⁰⁾ Vid. para el ordenamiento norteamericano especialmente Rule 11, letras (c) y (d) de las Federal Rules of Criminal Procedure y, entre otras muchas decisiones del T.S: *Bram v. United States*, 168 U.S. 532 (1897) Supreme Court Reporter, Tomo 18, Oct. Term., 1897 [543], p. 187. [558] p. 192; *Brady v. United States* 397 U.S. 742 (1970) Supreme Court Reporter, Tomo 90 A., Oct. Term., 1969 p. 1463 y ss, donde con una amplia y dispersa argumentación trata de fundamentarse que el *plea of guilty* inducido por el miedo a la pena de muerte no puede reputarse inválido por involuntario; *Santobello v. New York*. 404 U.S. 257 (1971) Supreme Court Reporter, Tomo 92, Oct. Term., 1971 [261] p. 498; *Parker v. North Carolina* 397 U.S. 790 (1970) Supreme Court Reporter, Tomo 90 A, Oct. Term., 1969, [794 y ss] p. 1461 y ss.

Vid. Sobre el estado de la cuestión en Gran Bretaña HAMPTON, Criminal... *op. cit.* p. 184 y ss; con amplias referencias jurisprudenciales.

⁽³¹⁾ Vid., entre otras. *Mc Mann v. Richardson*. 397 US 759 (1970) Supreme Court Reporter, Tomo 90 A, Oct. Term., 1969, p. 1441 y ss. *Santobello v. New York* 404 US. 257 (1971). Supreme... op. cit., [265] p. 500. *Brady v. United States* 397 US 742 (1970) Supreme... op. cit., [743] p. 1466 y [754] p. 1472. De especial interés, *Cortez v. United States*, 337 F. 2d. 699 (C.A. Cal. 1964) cit. por THOMAS, "An Exploration of Plea Bargaining", Criminal Law Review, 1969, p. 76, nota 1.

En general sobre el papel del Abogado puede verse ALSCHULER, "The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining", cit. por cuantos autores se han ocupado en profundidad del tema.

2.-if the defendant is not represented by an attorney, that he has the right to be represented by an attorney at every stage of the proceeding against him and, if necessary, one will be appointed to represent him; and

3.-that he has the right to plead not guilty or to persist in that plea if it has already been made, and that he has the right to be tried by a jury and at that trial has the right to the assistance of counsel, the right to confront and cross-examine witnesses against him, and the right not to be compelled to incriminate him self; and

4.-that if he pleads guilty or nolo contendere there will not be a further trial of any kind, so that by pleading guilty or nolo contendere he waives the right a trial; and

5.-that if he pleads guilty or nolo contendere, the court may ask him questions about the offense to which he has pleaded, and if he answers these questions under oath, on the record, and in the presence of counsel, his answers may later be used against him in a prosecution for perjury or false statement.

d.- *Insuring That the Plea is Voluntary.* The court shall not accept a plea of guilty or nolo contendere without first, by addressing the defendant personally on open court, determining that the plea is voluntary and not the result of force or threats or of promises apart from a plea agreement. The court shall also inquire as to whether the defendant's willingness to plead guilty or nolo contendere results from prior discussions between the attorney for the government and the defendant or his attorney.

No obstante todo ello, lo cierto es que un análisis de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de los Estados Unidos -a la que me limito por entenderla suficientemente significativa- permite afirmar que el auténtico sentido y alcance de las exigencias nunca ha llegado a precisarse. El Tribunal Supremo Federal se ha apartado paulatinamente de la férrea doctrina que sobre este punto había sentado en *Bram v. United States*⁽³²⁾, donde fue extraordinariamente estricto a la hora de valorar la voluntariedad y conocimiento que deben presidir el *guilty plea*. Así, a partir, fundamentalmente, de *Brady v. United States*⁽³³⁾ se inicia un entendimiento mucho más flexible de aquellos requisitos. Hasta tal punto se ha venido vaciando de contenido a la

⁽³²⁾ 168 U. § 532 (1897) Supreme... Op. cit. Vid. con carácter general CORWIN'S, The Constitution and what it means today, 14 Ed., Princeton, 1978, p. 376 y ss.

⁽³³⁾ 397 U. § 742 (1970) Supreme... op. cit.

voluntariedad que bien podría decirse que ha sido reconducida al "*understanding*", y así se ha llegado a entender, entre otras cosas, que ni las promesas de indulgencia, ni tan siquiera el hecho de que la ley prevea una pena inferior para el caso de llegarse al *plea* (lo que denomina "legislative inducement to cop a plea" o "confession structurally induced") permiten cuestionar la validez del mismo⁽³⁴⁾. Quizá, todo ello se deba a que, como se ha dicho, si se aplicasen rigurosamente las tesis mantenidas en *Bram v. United States* ello significaría la total abolición de la institución a que me vengo refiriendo⁽³⁵⁾. Por tanto, como ponían de manifiesto los jueces BRENNAN, DOUGLAS Y MARSCHALL en su voto disidente en *Parker v. North Carolina*⁽³⁶⁾, a la ambigüedad de aquellos términos hay que sumar la que resulta de la escasamente precisa doctrina que al respecto ha ido elaborando la Corte Suprema.⁽³⁷⁾

A todo ello, hay que unir el hecho de que la asistencia de letrado haya venido a convertirse, más que otra cosa, en una mera garantía formal quizá porque -como afirma GAMBINI⁽³⁸⁾- nos hallamos ante un sistema donde el rol del Juez, el del órgano de la acusación y el del abogado están tan entrelazados que lo cierto es que hay una tendencia natural a llegar al pacto, y en el que, a causa de ello, los intereses del defendido quedan en un segundo plano.

En cualquier caso, la Corte Suprema americana ha admitido en repetidas ocasiones la constitucionalidad del *plea bargaining* en general y más en concreto de aquella manifestación de aquel que encierra un *plea of guilty*, sobre la base de que la renuncia de determinados derechos constitucionales (especialmente, los recogidos en la V y VI Enmienda) se halla rodeada de garantías suficientes⁽³⁹⁾.

⁽³⁴⁾ Vid. *Brady v. United States* 397 U. § 742 (1970), *Supreme... Op. cit.* *Bordenkircher v. Hayes* 434 U.S. 357, 363 (1978), *Corbitt v. New Jersey* 439 U.S. 212, 226 (1978) ambas *cit.* por GAMBINI, II "Plea..." *Op. cit.* p. 76 nota 30.

⁽³⁵⁾ MANK, "Broken..." *op. cit.*, [801], p. 1475.

⁽³⁶⁾ 397 U. § 790 (1970), *Supreme... op. cit.*, [801], p. 1475

⁽³⁷⁾ Vid una acertada crítica al entendimiento que el T. § hace de ambos requisitos en BECKER "Plea..." *op. cit.*, p. 758 y ss., donde se analiza la evolución sufrida por la Jurisprudencia que, a juicio, del autor ha conseguido convertir a la voluntariedad en un "concepto anfíbio", *Op. cit.* p. 781. En el mismo sentido, MANK, "Broken..." *op. cit.*, p. 426 y ss.

⁽³⁸⁾ II "Plea..." *op. cit.*, p. 82 y ss.

⁽³⁹⁾ Han sido muchas las veces en que el Tribunal Supremo ha manifestado sobre este extremo. Basta citar: *Santobello v. New York* 404 U. § 257 (1971), *Supreme... op. cit.*, donde se dice (...) "Plea Bargaining is an essential component of the administration of justice. Properly administered, it is to be encouraged" [260], p. 498; o "Plea bargaining is not per se unconstitutional [265], p. 500. Por su parte en *Brady* Vid. *United States* 397 US 742 (1970), además de afirmar la constitucionalidad del *plea of guilty*, se insiste en las ventajas que tanto para el imputado como para el Estado comporta acudir a

Vistos ya, si bien someramente, aquellos requisitos, se pasa a analizar el papel que al Juez le corresponde desempeñar.

En primer lugar, es regla comunmente aceptada que el órgano jurisdiccional no debe tomar parte en el *guilty plea*⁽⁴⁰⁾, salvo en lo que se refiere a constatar la presencia de los presupuestos de validez a que me he referido. Así, pese a la opinión de quienes entienden que habría que potenciar la participación de éste⁽⁴¹⁾, lo cierto es que en la práctica sus funciones son muy limitadas.

En efecto, el Juez antes de aceptar la confesión debe llevar a cabo una "*inquiry*" donde quede constancia de que aquella no fue producto de amenazas o cualesquiera otras maniobras susceptibles de atacar la voluntad libre del sujeto así como tampoco consecuencia de la ignorancia o debilidad de aquél⁽⁴²⁾. De no ser así, el órgano jurisdiccional deberá rechazar el *plea of guilty*, como, en principio, podría hacerlo también si a su juicio no existiera la ambigua "factual basis for the plea" a que se refiere la Rule 11 (f) de las Federal Rules of Criminal Procedure⁽⁴³⁾. Sin embargo, lo cierto es que si, como vimos, se entiende que la voluntariedad no resulta excluida cuando, por poner algunos ejemplos, se llega al *plea* a consecuencia de las promesas de lenidad formuladas por la acusación, ni tampoco en aquellos casos en que es la ley la que de un modo indirecto lo favorece ("*structurally induced*"), y si, a todo ello, añadimos que la obligación del Juez de asegurarse de la existencia de una "factual basis" para el *plea* está

este procedimiento [752 y 753], p. 1471.

⁽⁴⁰⁾ Rule 11, e, (1) párrafo último de las Federal Rules of Criminal Procedure a cuyo tenor: "the Court shall not participate in any such discussions". Vid. también ALSCHULER, "The Trial Judge's Role in Plea Bargaining", 76, Columbia Law Review, 1976, p.1059. CORWIN'S, The Constitution... *op. cit.*, p. 409.

En lo que se refiere al sistema inglés es muy significativa la cuarta de las reglas enunciadas por Lord PARKER en el caso R.V. Turner [1970] 2.Q.B. a cuyo tenor: "The judge should never indicate the sentence which he is minded to impose if there is any suggestion whatever, explicit or implicit, that it would be different if the accused pleaded guilty or not guilty, as the case may be". Vid. HAMPTON, Criminal... *op. cit.*, p. 185 y 186 y jurisprudencia allí citada.

⁽⁴¹⁾ Vid al respecto ALSCHULER, "The Trial..." *op. cit.*, p. 1076. GAMBINI, II Plea... *op. cit.*, p. 52 y ss. ODIAGA, "The Ethics of Judicial Discretion in Plea Bargaining", The Georgetown Journal of Legal Ethics, 1989, n° 2, p. 695 y ss.

⁽⁴²⁾ **Vid nota 31, de este capítulo.**

⁽⁴³⁾ Vid al respecto "The Trial Judge's Satisfaction as to the Factual Basis of guilty Pleas". Washington U.L.Q., 1966, p. 306; *cit.* por GAMBINI, II "Plea..." *op. cit.*, p. 70, nota 13.

lejos -como señala GOLDSTEIN⁽⁴⁴⁾- de ser interpretada como constatación de la realidad objetiva de los hechos, entonces hay que concluir que la intervención del Juez se reduce a un mero control formal sobre la corrección aparente y externa del *guilty plea*⁽⁴⁵⁾. De hecho es escasamente frecuente que aquel niegue al *plea* su beneplácito⁽⁴⁶⁾.

A continuación, se verá cuáles son los efectos que produce el *guilty plea* una vez que recibe la aprobación judicial.

c.- Efectos.

El efecto indiscutible que produce todo *guilty plea* es el de- tras la aceptación judicial- pasar a la fase de *sentencing*(o de determinación de la pena) directamente, sin necesidad de acudir al contradictorio.

Cosa distinta, son los efectos de aquél respecto a la concreta condena que se imponga al acusado.

Ciertamente, todo *plea of guilty* tiene a su base un acuerdo con el órgano encargado de ejercer la acusación por cuya virtud éste renuncia a ejercitar la acción por otros cargos (*Charge bargaining* o *Charge reduction*), o bien se compromete a solicitar una pena más benévola e incluso a proponer al órgano jurisdiccional la condena que considere apropiada (*Sentence bargaining* o *Sentence recommendation*)⁽⁴⁷⁾, ello sin

⁽⁴⁴⁾ The Passive Judiciary. Prosecutorial discretion and the guilty plea, Baton Rouge and London, 1981, p. 41 y 42. *cit.* entre otros por DE DIEGO, "Comunicación a la primera ponencia", en "Jornadas...", *op. cit.*, ..., p. 43, nota 25.

⁽⁴⁵⁾ Vid, entre otros, ademásde la bibliografía citada en notas 41, 42 y 44, de este Capítulo, "Meriti e limiti del Patteggiamento", en Il Processo..., *op. cit.*, p. 134; FANCHIOTTI, "Spunti per un dibattito sul plea bargaining", en Il Processo..., *op. cit.*, p. 288.

⁽⁴⁶⁾ Si no fuera aceptado el *plea of guilty*, éste es nulo; el sujeto podría ,entonces, revocar la declaración hecha y ésta carecería de valor para fundamentar la eventual condena del sujeto. Vid. Rule 11 (e), 4 Federal Rules of Criminal Procedure. Vid. también HAMPTON, Criminal... *op. cit.*, p. 186.

Mayores problemas se plantean si es el imputado quien unilateralmente, decide romper el pacto. Vid. Rule 11, letra (e) G. Vid. también MANK, "Broken..." *op. cit.*, p. 425 y ss.

⁽⁴⁷⁾ En general, sobre las distintas modalidades de *bargaining*, Vid. entre otros, ODIAGA, "The Ethics...", *op. cit.*, p. 696 y ss.

Al respecto dice la Rule 11, letra e (1) de la Federal Rules of Criminal Procedure:

perjuicio de otras posibilidades que pudieran por ejemplo, reportar determinados beneficios en sede de ejecución de pena⁽⁴⁸⁾.

Ahora bien, entra dentro de la discrecionalidad del órgano jurisdiccional el aceptar o no el plea en los términos convenidos; así lo precisa, en distintos lugares, la Rule II, letra e) de las Federal Rules of Criminal Procedure ("The Court is not bound by the plea agreement") y la cuestión es aún más clara, al menos teóricamente⁽⁴⁹⁾, en Gran Bretaña donde cualquier intervención del Juez en el *plea of guilty* está vedada⁽⁵⁰⁾.

No obstante ser esto así, y aunque nadie discute la autoridad del Juez para no aceptar el plea en los términos acordados⁽⁵¹⁾, la práctica demuestra -también la práctica inglesa- que todo *guilty plea* conduce a un tratamiento punitivo más benévolo y que, en fin la discrecionalidad judicial en este punto se interpreta de un modo muy restrictivo⁽⁵²⁾.

(1) *In General. The Attorney for the government and the attorney for the defendant or the defendant when acting pro se may engage in discussions with a view toward reaching an agreement that, upon the entering of a plea of guilty or nolo contendere to a charged offense or to a lesser or related offense, the attorney for the government will do any of the following:*
(A) *move for dismissal or other charges; or*

(B) *make a recommendation, or agree not to oppose the defendant's request, for a particular sentence, with the understanding that such recommendation or request shall not be binding upon the court; or*

(C) *agree that a specific sentence is the appropriate disposition of the case.*

(48) Vid. *People v. Dreusike* 348 N. Y. § 2d. 258, 42 A.D. 920 (1973); *Macon v. Craven*, 357 F. 2d. 342 (9th Cir. 1972). *cit. por* FANCHIOTTI, "Spunti per un dibattito sul *plea bargaining*", en II Processo... *op. cit.*, p. 282 notas 22 y 24.

(49) No obstante, en los últimos tiempos comienza a cuestionarse la pretendida mayor neutralidad del Juez inglés en el *plea of guilty* Vid. al respecto THOMAS, "Plea bargaining..." *op. cit.*, p. 170 y ss.

(50) V.R. V. Turner [1970] 2Q.B. Vid también HAMPTON, Criminal... *op. cit.*, p. 184 y 185. THOMAS, "Plea bargaining..." *op. cit.*, especialmente, p. 171 y 172.

(51) Vid *U.S. v. Ammidown* 497 F. 2d 615, 618 (D. D. Circ. 1973), donde según DE DIEGO DIEZ se desarrolla la discusión más completa sobre esta competencia judicial; en "Primeras Jornadas sobre protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas", Cáceres, 7-10 Marzo, 1989, "Comunicación a la primera ponencia", Poder Judicial, nº especial VI (1989), p. 43 nota 29.

Vid también *Santobello v. New York* 404 US 257, Supreme... *op. cit.*, [262], p. 498: "There is of course, no absolute right to have a *guilty plea* accepted (...) A court may reject a plea in exercise of sound judicial discretion".

(52) Vid BALDWIN Y MC CONVILLE "Plea Bargaining and the Court of Appeal", British Journal of Law and Society, 1979, *cit. por* FERNANDEZ ENTRALGO, "Los principios..." *op. cit.*, p. 34 nota 56; DE DIEGO DIEZ, "Comunicación a la primera ponencia" en "Primeras Jornadas..." *op. cit.*,..., p. 43 y 44 y bibliografía allí citada.

II.3.2.- *El testimonio del copartícipe*⁽⁵³⁾. *Especial referencia al denominado "testigo de la Corona"*.

A.- Planteamiento general.

A continuación, me referiré a determinadas instituciones vigentes en los sistemas anglosajones que operan sobre la base de una conducta similar a la prevista en la letra b, apartado 1, inciso último, del art. 57 bis b), esto es, aquella que consiste en que el sujeto haya coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

Dicho estudio va a partir de una distinción previa que atiende a la condición procesal que ostenta el sujeto que lleva a cabo el comportamiento señalado, a saber:

- a) El testimonio prestado por quien tiene la condición de acusado.
- b) Esa misma conducta realizada por quien ha perdido tal condición, o bien no ha llegado nunca a adquirirla. Es precisamente en este último grupo donde tiene, a mi juicio, un enclave sistemático más correcto la polémica institución del "Testigo de la Corona", a la que se dedicará una atención especial.

⁽⁵³⁾ NOTA ACLARATORIA: Tanto en las fuentes británicas como americanas, es corriente referirse al partícipe como "*accomplice*". Tal expresión, sin embargo, no se corresponde con nuestro concepto de cómplice, sino que agrupa a todo aquel que de algún modo ha contribuido de modo directo o indirecto en los hechos, concediéndosele, además a este último término una extraordinaria amplitud. Así, en Gran Bretaña se admite con carácter general el concepto que al respecto se elaboró en el caso *Davies V. D.P.P.* [1954] A.C. 378, donde se incluía en esta categoría, además de a los autores materiales, cooperadores necesarios o no e inductores, a los provocadores o receptadores. Vid. YATES, "*Accomplice Evidence*", *Criminal Law Review*, 1984, p. 213. De igual modo en la mayor parte de los Estados americanos que cuentan con un *Statute* sobre el testimonio del partícipe, incluyen en él un concepto del mismo, que, aunque varía en cada caso, podría reconducirse a la idea de sujeto contra el que se ha procedido -ya en la fase de investigación, ya en fases más avanzadas del procedimiento por su participación en los hechos o en otros ligados a estos; incluso se suele añadir que, existiendo dudas sobre la condición del sujeto que va a testificar, ello pase a convertirse en una cuestión de hecho a decidir por el Jurado.

Vid. v.g. lo que al respecto establece el California Penal Code IIII (West 1985):

2.- *An "accomplice" means a witness in a criminal action who, according to evidence adduced in such action, may reasonably be considered to have participated in:*

- a) *The offense charged; or*
- b) *An offense based upon the same or some of the same facts or conduct which constitute the offense charged,* recogido por SAVERDA, "*Accomplices in Federal Court: A case for Increased Evidentiary Standards*", *The Yale Law Journal*, Vol. 100, n° 1, Oct. 1990, p. 790 y 792 nota 47.

Pues bien, cualquiera que sea la modalidad procedimental que en cada caso resulte elegida -y que más adelante se tendrá ocasión de examinar- lo cierto es que todas ellas suponen un trato punitivo de favor, que puede llegar a la total impunidad, para el sujeto que de aquel modo colabora.

Todas ellas son también, al menos en Gran Bretaña, el producto de una larga evolución histórica.

Así, BLACKSTONE⁽⁵⁴⁾ da noticia de una práctica inglesa del siglo XIV -denominada "*approvement*"- consistente en el derecho a obtener el perdón de la Corona que adquiriría el acusado de "*felony*" que confesaba su propio hecho y, además, inculpaba a quienes con él habían tomado parte en el mismo, siendo necesario para conseguir el perdón que efectivamente aquellos resultaran condenados. Hasta tal punto llegó a ser esto frecuente que RADZINOWICZ afirma que el ofrecimiento de indulto llegó a ser el medio principal de conducir a los criminales ante la Justicia⁽⁵⁵⁾; y, ciertamente, junto con los ya citados, son muchos los autores que dejan constancia de estas prácticas⁽⁵⁶⁾ que, no obstante, al decir de RADZINOWICZ comenzaron a caer en desuso a medida que avanzaba el siglo XIX⁽⁵⁷⁾.

Por su parte, también en Estados Unidos se les reconoce a estas prácticas una larga tradición. No obstante -al decir de ALSCHULER⁽⁵⁸⁾- parece que la más temprana Jurisprudencia veía con ciertos reparos la utilización de dichos métodos por parte del

⁽⁵⁴⁾ Commentaries on the Laws of England, Vol. IV, Oxford, 1769, p. 324 y ss., *cit.* por FANCHIOTTI, "Origini...", *op. cit.*, p. 67 nota 45.

También puede verse un comentario sobre esta institución en MIDDENDORFF, "Der Kronzeuge-Historisch-Kriminologisches Gutachten,ZstW,(85),1973,p.1111 y ss.

⁽⁵⁵⁾ A History of English Criminal Law, London, 1956, Vol. 2, p. 52. También el mismo actor da noticia junto al *approvement* de otras formas arcaicas de recompensar la colaboración, tal es el caso de llamada "*equitable claim to mercy*". Vid. Op. y Vol. *cit.* p. 40 y ss.

⁽⁵⁶⁾ E.R. WATSON, Eugene Aram, His Life and Trial, Edinburgh, 1913, donde se estudia el caso Aram ocurrido en Inglaterra en 1759 y en el que se hizo uso del testimonio de W. Houseman; C. WILSON and P. PITMAN, Encyclopedia of Murder, London, 1964, que relatan además del antes mencionado (p. 58 y ss), el caso Thurtell/Hunt acaecido también en Inglaterra, en 1828 donde se concedió la inmunidad a uno de los implicados a cambio de su colaboración y testimonio p. 133 y ss; H.M. HYDE, Cases that Changed the Law, New York, 1951, donde se relata además de caso Burke/Hare, el conocido proceso celebrado en Irlanda en 1822 contra los asesinos del Secretario de Estado inglés Lord Cavendish y el subsecretario Burke en 1822, p. 131 y ss. Sobre este último puede verse también T. CORFE, The Phoenix Park Murders, London, 1968. *cit.* por MIDDENDORF, "Der Kronzeuge..." *op. cit.*, p. 1102 y ss.

⁽⁵⁷⁾ A History... *op. cit.*, Vol. 2, p. 53 y 56, véase también p. 43.

⁽⁵⁸⁾ "Plea Bargaining..." *op. cit.*, p. 15.

Prosecutor, por cuanto entendía que la facultad de conceder un trato de favor al copartícipe a cambio de su colaboración no era función propia del órgano de la acusación sino que ésta era "by its nature a judicial power"⁽⁵⁹⁾.

No obstante -continúa ALSCHULER- a partir de 1878 el Tribunal Supremo Federal comienza a favorecer aquellas prácticas por entender que es, precisamente, el *Prosecutor* quien con mayor acierto que los Tribunales está en condiciones de decidir cuándo es conveniente hacer uso de ellas, siquiera sólo sea porque como director de las investigaciones está en posesión de un mayor número de datos⁽⁶⁰⁾.

Pues bien, en épocas más recientes también hay ocasión de constatar el uso de tales sistemas para hacer frente a variadas formas de criminalidad que, entre otras, van desde la delincuencia económica⁽⁶¹⁾, tráfico de drogas⁽⁶²⁾ o espionaje⁽⁶³⁾, hasta su utilización en procedimientos mundialmente conocidos, como el caso Watergate⁽⁶⁴⁾.

Ahora bien, por razones obvias, es menester detenernos en el uso que de tales mecanismos se ha hecho, fundamentalmente en Gran Bretaña, como instrumento en la lucha contra el terrorismo.⁽⁶⁵⁾

⁽⁵⁹⁾ *People v. Whipple* 9. Cow 707, 712 (N.Y.O. and T. 1827); *United States v. Lee*, 26 F. Cas 910 (C.C.D. 111 1846) (No. 15,588); *Wight v. Rindskopt*, 45 Wis 344, 348 (1877); todas *cit. por* ALSCHULER, "Plea Bargaining...", *op. cit.*, p. 15, nota 87.

⁽⁶⁰⁾ "Plea Bargaining...", *op. cit.*, p. 15. Véanse las interesantes referencias que se hacen a *The Whiskey Cases*, 99 U.S. 594, 603 (1878) donde, expresamente el T.º admitió que, en ocasiones, el interés público aconseja conceder el perdón a un solo sujeto concreto para favorecer la condena de otros. *op. cit.*, p. 15 nota 88 y p. 23.

⁽⁶¹⁾ Vid. AMODIO, "La Testimonianza del coimputato nell'esperienza di Common Law: Modelli premiali, prassi negoziali e collaborazione coatta", en *La legislazione premiale*, Milano, 1987, p. 191 y 192.

⁽⁶²⁾ BAUER, "Reflection on the Role of the Statutory immunity in the Criminal System", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1976, p. 147. GOLDSTEIN, "Police Discretion not to Invoke the Criminal Process: Low Visibility Decisions in the Administration of Justice", *Yale Law Review*, 1960, *cit. por* THOMAS, "An Exploration..." *op. cit.*, p. 74, nota 13.

⁽⁶³⁾ Vid. SMITH, "Immunity from prosecution", *Cambridge Law Journal*, 42 (2), November, 1983, p. 299. Vid. MIDDENDORF, "Der Kronzeuge..." *op. cit.*, p. 1116 y 1117.

⁽⁶⁴⁾ Vid. "Comment: Judicial Supervision of Non-Statutory Immunity", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 65, 1974, p. 335 nota 4.

⁽⁶⁵⁾ Curiosamente, cuando se alude a los orígenes de tales prácticas en Irlanda se hace referencia a su utilización en un caso de terrorismo: el asesinato que tuvo lugar en Dublin en 1882 del entonces secretario de Estado, Lord Frederick Cavendish, y el Subsecretario Burke, cometido por miembros de la autodenominada organización de los "Invencibles" que tenía por objeto -según las declaraciones de Farrell, uno de sus integrantes- asesinar a todos los altos funcionarios enviados a Irlanda por el

En efecto, en Gran Bretaña ha venido viendo frecuente en los últimos tiempos el recurso a los llamados "converted terrorist"⁽⁶⁶⁾, también denominados "supergrasses"⁽⁶⁷⁾, como uno más de los mecanismos para atajar el problema irlandés. La justificación de ello se ha querido ver en la insuficiencia de los métodos convencionales de investigación para combatir el fenómeno terrorista del Ulster⁽⁶⁸⁾, al tiempo que se ha apuntado la posibilidad de que en ello haya influido la tan extendida opinión de su eficacia para poner fin al terrorismo italiano⁽⁶⁹⁾. También se ha dicho que, en realidad, se impuso su uso jurisprudencial para traer a la legalidad a un sistema que, desde antiguo, venía siendo utilizado por la policía norirlandesa que, en ocasiones, se servía, de la tortura para obtener la información. Concretamente, el Informe Bennett de 1979 puso de manifiesto este hecho. Ello motivó que en Julio del mismo año el Secretario de Estado para Irlanda del Norte anunciara la adopción de las recomendaciones de dicho informe⁽⁷⁰⁾, lo cual vino a dificultar la obtención de información, por lo que, a partir de entonces, hubo de buscarse por otros cauces. Sin embargo, hay quien mantiene que las cosas sucedieron sin seguir ese nexo causal sino, que, precisamente, el Gobierno no fue reacio a adoptar aquellas recomendaciones porque ya en ese momento se había sustituido la anterior política basada en la información recabada por la policía por el nuevo sistema de "supergrasses" controlado por el poder judicial⁽⁷¹⁾. En fin, se ha hablado también del recurso a este sistema como pieza de toda una estrategia política⁽⁷²⁾ e incluso de su implantación como

Gobierno inglés. Vid. bibliografía *cit. en nota 56* de este Capítulo.

⁽⁶⁶⁾ Como señalan HILLYARD y PERCY-SMITH, es significativo que se hable de "converted" y no de "repentant terrorist". Ello es debido al general convecimiento de que la colaboración prestada no trae su causa de un acto de arrepentimiento sino del deseo de obtener ventajas. De ahí que no se indague sobre las motivaciones del colaborador y que el hecho de colaborar se considere por sí mismo suficiente. "Converting Terrorists: the Use of Supergrasses in Northern Ireland", Journal of Law and Society, Vol. II, 1984, p. 341 y 342.

⁽⁶⁷⁾ Sobre el curioso origen del término, Vid. SMITH, "Immunity...", *op. cit.*, p. 300, nota 8.

⁽⁶⁸⁾ Vid. HILLYARD y PERCY-SMITH, "Converting..." *op. cit.*, p. 339; y GREER, "the Rise and Fall of the Northern Ireland Supergrass System", Criminal Law Review, 1987, p. 663. Vid. también OEHLER, "Kronzeugen und Erfahrungen mit Kronzeugen in Ausland", ZRP, 1987, Heft 2, p. 44.

⁽⁶⁹⁾ HILLYARD y PERCY-SMITH, ("Converting..." *op. cit.*, p. 340 y ss), quienes, no obstante, cuestionan la utilidad de trasladar de un ordenamiento a otro procedimientos que se han revelado eficaces, bajo concretas circunstancias, en un determinado contexto jurídico.

⁽⁷⁰⁾ GREER, "The Rise..." *op. cit.*, p. 664.

⁽⁷¹⁾ HILLYARD y PERCY-SMITH, "Converting..." *op. cit.*, p. 340.

⁽⁷²⁾ Vid. VERCHER, Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco (Legislación y Medidas), Barcelona, 1991, p. 166.

sencillo método de acusación ("*method of prosecution*") que permitía -sobre la base de las declaraciones del "*supergrass*"- poder formular la acusación contra sospechosos respecto de los cuales, no obstante, no existían, hasta entonces elementos suficientes para que aquella prosperara⁽⁷³⁾. En cualquier caso, lo cierto es que el famoso informe Diplock -que establecía un paquete de medidas para luchar contra el terrorismo- ni siquiera hacía referencia al uso de este mecanismo⁽⁷⁴⁾.

Para concluir, hay que decir que no obstante tan larga tradición y tan cercanos antecedentes, existe hoy la opinión general de que el recurso a estos mecanismos en la lucha contra el terrorismo está en declive⁽⁷⁵⁾. Más concretamente, en el caso de Irlanda se ha hablado de un "rise and fall" del sistema de supergrasses⁽⁷⁶⁾ y aunque las fechas varían según los autores⁽⁷⁷⁾ puede decirse que todos están de acuerdo en admitir que, a partir de finales de los años ochenta el declive en el uso de aquel sistema se ha hecho más pronunciado. Según GREER⁽⁷⁸⁾ el éxito que tal práctica tuvo a finales de los años setenta y principios de los ochenta fue debido al apoyo que le prestó la judicatura⁽⁷⁹⁾ que sería, precisamente, la que posteriormente se encargaría de eliminar⁽⁸⁰⁾ lo que ella misma había contribuido a crear.

⁽⁷³⁾ Vid. R. V. Gibney and Others (1983) N.I. p. 7. Vid. también sobre este extremo, GIFFORD, Supergrasses: The Use of Accomplice Evidence in Northern Ireland, London, 1984, p. 27 y 28, *cit.* por VERCHER, Antiterrorismo... op. cit., p. 167 y 168.

⁽⁷⁴⁾ Report of the Commission to consider legal procedures to deal with terrorist activities in Northern Ireland. Cmnd 5185, 1972.

⁽⁷⁵⁾ Vid. GREER, "The Rise..." *op. cit.*, p. 663 y ss. En general, MIDDENDORF, "Der Kronzeuge..." *op. cit.*, p. 1113; VERCHER, Antiterrorismo... op. cit., p. 663.

⁽⁷⁶⁾ GREER, "The Rise..." *op. cit.*, p. 663.

⁽⁷⁷⁾ Así GREER considera que el periodo donde se hizo mayor uso e incluso se abusó de este mecanismo se extiende desde Noviembre de 1981 a Noviembre de 1983 y es a partir de esa fecha cuando se inicia el declive que se acentuará en 1987, "The Rise..." *op. cit.*, p. 664 y 665.

VERCHER, por su parte -basándose en fuentes diversas-, distingue dos periodos que van, el primero desde 1973 a 1981 y el segundo, desde 1982 hasta el momento actual, considerando también este autor que hoy puede entenderse que los Tribunales en Irlanda del Norte han dejado sin efecto el sistema de Supergrasses para supuestos de terrorismo. Antiterrorismo... op. cit., p. 157 y 158.

⁽⁷⁸⁾ "The Rise..." *op. cit.*, p. 668 y 669; donde el autor si bien no se atreve a dar una explicación concluyente al respecto, por entender que son imposibles de identificar los factores que condujeron al cambio, si que aventura algunas hipótesis.

⁽⁷⁹⁾ Vid. al respecto las interesantes declaraciones del Juez Lord Roskill en R.v. Tremarco (1979) 1 Cr. App.R. (S) 286, p. 288 y Arthur James and James Sherman (1973) 9 Criminal Approach Review 142, p. 144; ambas *cit.* por VERCHER, Antiterrorismo ... op. cit., p. 169 y 170, respectivamente.

⁽⁸⁰⁾ Vid. en este sentido y por lo que a Gran Bretaña se refiere, R.V. Crumley and Others. BNIL

B.- El testimonio del copartípe.

A continuación, se analizarán algunas de las vías utilizadas en los sistemas anglosajones para favorecer y beneficiar las conductas de colaboración a que me he referido. Se dejan a un lado, entre otras, las que se podrían llamar modalidades informales. Tal es el caso de la inmunidad favorecida por la propia estructura del sistema -que informalmente ofrece tanto la policía inglesa como americana "by turning a blind eye"⁽⁸¹⁾ y que, con acierto, algún autor ha denominado "*Street level immunity*"⁽⁸²⁾.

Asimismo, no se entrará aquí en el estudio de los polémicos "*informal arrangements*" entre el *District Attorney* y el abogado defensor⁽⁸³⁾, ni en las posibilidades con que, en la práctica, cuenta el *Prosecutor* para ofrecer informalmente una "*non statutory immunity*"⁽⁸⁴⁾.

Me limito, pues, sólo a dejar constancia de la existencia de aquellos cauces, y se pasa ya al análisis de los que discurren dentro del marco legal o jurisprudencialmente establecido. Para ello, me atenderé a la clasificación que ya se había anunciado, basada en que el partípe ostentase o no la condición de coimputado. Tal distinción responde, como se apuntó, a cual haya sido, entre las posibles, la vía elegida para dar entrada en el proceso al testimonio de dicho partípe que, a su vez, recibirá unos u otros beneficios dependiendo de tal elección. Con carácter general, podría decirse que las modalidades más usuales para permitir la deposición del partípe son las que, establecidas en el caso *Pipe*⁽⁸⁵⁾, se vienen asumiendo como *common law rule*; a saber:

1987/5. No. 83, así como otras decisiones judiciales que ponen de manifiesto idéntica actitud de rechazo, en VERCHER, *Antiterrorismo... op. cit.*, p- 172 y 173.

⁽⁸¹⁾ SMITH, "Immunity..." *op. cit.*, p. 309. Ello pese a existir una opinión unánime en el sentido de que la *immunity* sólo puede concederla el *Attorney Genral* o el *Director of Public Prosecution*, como ya precisara el *Lord Justice LAWTON* en el caso *R.v. Turner (1975) 61. Criminal Approach Review 67*. Vid. HILLYARD and PERY-SMITH, "Converting..." *op. cit.*, p. 344 y 345. En general, sobre esta cuestión puede verse OSCAPELLA, "A study of informes in England", *Criminal Law Review*, 1980, p. 135 y ss., donde se analiza el tema de un modo equilibrado, ponderando la necesidad de utilizar a "informadores" para favorecer el éxito de las actuaciones y el coste que una utilización indebida y carente de un control riguroso puede suponer para el sistema en su conjunto.

⁽⁸²⁾ OSCAPELLA, "A study..." *op. cit.*, p. 144.

⁽⁸³⁾ Vid. CARLSON, "Witness Immunity in Modern Trials: Observations on the Uniform Rule of Criminal Proceudre", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1976, p. 137.

⁽⁸⁴⁾ Vid. "Current Controversies Concerning Witness Inmunity in the Federal Courts", 27. *Vill. L. Rev.* 123, 140-141 (1981) y *United States v. Quatermain*, 613 F. 2a 38, 41 (3d Circ.), *cit. por*. SAVERDA, "Accomplices...", *op. cit.*, p. 789, nota 29; "Comment: Judicial Supervision of non Statutory *immunity*", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 65, 1974, p. 334 y ss.

a) Que el sujeto hubiere pactado *plea of guilty* unido al compromiso de colaboración.

b) Que, aún habiéndose dirigido contra él la acusación, ésta se retire a través de un "*nolle prosequi*".

c) Que, a través de un "*offering no evidence*", se llegue a su absolución, o

d) Que se le hubiere concedido la "*immunity*," de modo que nunca hubiere llegado a adquirir la condición de acusado".

Todas estas posibilidades -unidas a la de separar los procesos, que para nosotros reviste escaso interés- permiten llamar al partícipe en condición de testigo y, a su vez, "premiar" su colaboración: reduciendo la acusación los cargos, que, en principio, hubiere presentado; posibilitando de otro modo una sentencia más benévola; o quedando el sujeto exento de pena a consecuencia de su absolución o de no haber llegado a presentarse contra él acusación alguna⁽⁸⁶⁾.

B.1.- El testimonio del partícipe que ostenta la condición de acusado.

La doctrina que se ha ocupado del tema, señala que las modalidades más usuales para instrumentar procesalmente la colaboración del sujeto, en el caso de que la acusación se dirija también contra él, son las siguientes:

De un lado, la práctica consistente en el no ofrecimiento de pruebas por parte del órgano de la acusación (*offering no evidence*) lo cual conduce irremediablemente a la absolución del sujeto que, a partir de ese momento, está en condiciones de prestar su testimonio⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁵⁾ (1966) 51, Criminal Approach Review, 17

⁽⁸⁶⁾ Vid. SMITH, "Immunity...", *op. cit.*, p. 317. HEYDON, "Obtaining...", *op. cit.*, p. 17 y 18. HAMPTON, Criminal..., *op. cit.*, p. 46. Vid. también sobre la distinta gama de opciones, el Simposium que sobre "The granting of witness immunity" tuvo lugar en 1976 en los Estados Unidos, puede verse en The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 67, nº 1, March, 1976, p.126 y ss; y ahí, especialmente, BAVER, "Reflections on the Role of Statutory Immunity in the Criminal Justice System", p. 143 y 144.

⁽⁸⁷⁾ Vid. ARCHBOLD, Pleading evidence and practice in criminal cases, 41 ed., London, 1985, p. 261, cit. por CALAMANDREI, "La collaborazione...", *op. cit.*, p. 246, nota 45. SMITH, "Immunity...", *op. cit.*, p. 319.

Junto a ella, y más frecuente, está la posibilidad de que el compromiso de testificar en contra de los copartícipes sea parte de los "*plea agreements*" que acompañan a un *guilty plea*, esto es, que el sujeto no solo declara su propia culpabilidad sino que, además, inculpa a otros a cambio de que se reduzcan los cargos o la entidad de los mismos ("*lesse charge*") y de que todo ello posibilite una sentencia más benévola⁽⁸⁸⁾.

En estos casos, parecería lo lógico que el testimonio no se prestase sino una vez que se ha pasado a la fase de "*Sentencing*" y, por tanto, hubiere sido ya concretada la pena.

Así lo entiende un sector de quienes en Gran Bretaña se han ocupado del tema, cuya opinión viene a sumarse a lo que en 1843 se estableció en la Lord Denman's Act⁽⁸⁹⁾. Pero lo cierto es que en la práctica la cuestión no es tan clara, y de que ello no siempre sucede así dan fe tanto la doctrina inglesa⁽⁹⁰⁾ como americana⁽⁹¹⁾. En cualquier caso, lo cierto es que tal tipo de colaboración se traduce en sentencias muy favorables a tales coacusados, sin que, esto no obstante -según la jurisprudencia inglesa- pueda hablarse de una "tarifa convencional de descuento" sino que el concreto beneficio estará en relación directa con el hecho y las circunstancias que rodeen a los mismos⁽⁹²⁾.

B.2.- El testimonio del copartícipe que carece de a condición de acusado. El "testigo de la Corona".

Otras modalidades para dar forma jurídica a la colaboración procesal del copartícipe son aquellas que tienen en común el impedir que el procedimiento se dirija

⁽⁸⁸⁾ Así: Gunsby Vid. Wainwright 442. U.S. 1979; People v. Conte 421 Mich. 704, 365 N.W 2d 648 (1984). Ricketts v. Adamson 107 § Ct. 2680, 2682-86 (1987), *cit.* por MANK, "Broken...", *op. cit.*, p. 423 y ss; United States v. Mc. Cabe 720 F. 2d 951,952 (7th Cir. 1983), *cit.* por SAVERDA, "Accomplices...", *op. cit.*, p. 786, nota 10; Vid., también, WOLFSON, "Immunity- How it Works in Real Life", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 67, n°1, March, 1976, p. 177.

Esta es también la vía utilizada en muchos de los casos en que se ha hecho uso del testimonio de un "*converted terrorist*" en Gran Bretaña; así, R.v. Lowe (1978), 66 *Criminal Approach Review* 6 ; R.Vid. Sinfield (1981) 3 *Criminal Approach Review*(S) 258; R.v. Tremarco (1979) 1 *Criminal Approach Review* (S) 286; *cit.* por VERCHER, *Antiterrorismo...*, *op. cit.*, p. 151, nota 42.

⁽⁸⁹⁾ Vid. HEYDON, "Obtaining...", *op. cit.*, p. 15 y 16. Vid también MEYER, "Brauchen wir den kronzeugen", *ZRP*, 1979, Heft 2, p. 26.

⁽⁹⁰⁾ Vid. HEYDON, "Obtaining...", *op. cit.*, p. 16. con amplias citas doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

⁽⁹¹⁾ WOLFSON, "Immunity...", *op. cit.*, p. 177. SAVERDA, "Accomplices...", *Op. cit.*, p. 786.

⁽⁹²⁾ Vid. VERCHER, *Antiterrorismo...*, *op. cit.*, p. 152 y jurisprudencia allí citada.

contra el sujeto dispuesto a colaborar. Así ocurre en los casos en que se acuerda un "*nolle prosequi*" o la concesión de la "*immunity*".

En el primer caso, el sujeto pierde la condición de acusado que hasta el momento ostentaba. En el segundo, nunca llega a adquirir tal condición. En ambos casos, ya desde un principio, ya con posterioridad, aquél pasa a ser un "*immunized witness*". Es por ello que, -aunque entre las dos instituciones existan diferencias, que tendremos ocasión de conocer- es en estos casos donde a mi juicio, podría hablarse con más propiedad de que el sujeto ha adquirido la condición de "testigo de la Corona". En los dos supuestos, el fenómeno por cuya virtud el sujeto "turns Queen's evidence" es más manifiesto que en cualquiera de las restantes modalidades que hemos visto; aquí, el sujeto o bien pierde su condición de acusado, o bien no llega a adquirirla; su condición es, pues, la de un testigo, pues su renuncia al "privilege against self incrimination", unida al compromiso de testificar, se traduce en la retirada o no presentación de la acusación contra él.

En el caso de optarse por él "*nolle prosequi*", el *Attorney General* pone fin a la acción ya iniciada, aunque sin que tal decisión cierre la posibilidad de que el sucesor en el cargo reabriera el procedimiento, cosa que, no obstante, es extraordinariamente infrecuente⁽⁹³⁾.

Sin embargo, como señalan HILLYARD Y PERCY-SMITH⁽⁹⁴⁾, quizá el aliciente mayor para adquirir el compromiso de testificar contra el copartícipe, lo constituya la concesión de la *immunity*. Y, precisamente, esa es la vía que, en estos casos, se suele utilizar tanto en Estados Unidos como en Gran Bretaña⁽⁹⁵⁾; asimismo, ese es el expediente usual en la lucha contra el terrorismo en Irlanda⁽⁹⁶⁾, donde, no obstante, ya se dijo que se había producido un retroceso en lo que respecta al uso de estos mecanismos. Sin embargo, esta institución carece en Gran Bretaña de una específica regulación legal, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos donde -además de estar regulada en una

⁽⁹³⁾ Vid. HEYDON, "Obtaining...", *op. cit.*, p. 14 y 15. HUBER, "La posizione...", *op. cit.*, p. 248. SMITH, "Immunity...", *op. cit.*, p. 303 y bibliografía cit. en nota 23, p. 303.

⁽⁹⁴⁾ "Converting...", *op. cit.*, p. 345.

⁽⁹⁵⁾ Sirvan al respecto las declaraciones que al respecto hizo el 21 de Noviembre de 1979 el entonces Primer Ministro; recogidas por SMITH, "Immunity...", *op. cit.*, p. 299.

⁽⁹⁶⁾ Vid. VERCHER, Antiterrorismo..., *op. cit.*, p. 162 y ss. Vid. también bibliografía cit. en nota 69, de este capítulo.

buena parte de los Estados⁽⁹⁷⁾- se rige por lo dispuesto en el Organized Crime Control Act de 1970, Título 18 U.S. Code, 6001-6005 (1985).

Tal institución se articula sobre la base de una colaboración que, podríamos denominar, "coactiva", en la medida en que ésta es prestada a consecuencia de la orden de un órgano jurisdiccional emitida a petición de los órganos superiores la acusación⁽⁹⁸⁾ para obligar a testificar contra otros al partícipe que se niega a hacerlo- amparándose en el "*privilege against self incrimination*"- por cuanto sus declaraciones pudieran servir también para incriminarlo a él mismo. En virtud de aquella orden, el sujeto queda constreñido a prestar su testimonio y, a cambio, se le concede el "*grant of immunity*"⁽⁹⁹⁾.

Aunque tal "*grant of immunity*" en una primera aproximación pudiera creerse que se aparta del resto de las modalidades "transaccionales" por tener a su base un "*coerced testimony*", nada más ajeno a la realidad de las cosas. En la práctica, es el propio abogado del sujeto quien acude al órgano con facultad para iniciar el procedimiento y le ofrece una "*proffer of testimony*", esto es, le muestra y ofrece lo que su cliente podría estar en condiciones de declarar. Aquel evalúa el interés de esa potencial contribución y si considera que ésta lo merece inicia el trámite para la concesión de la *immunity*⁽¹⁰⁰⁾.

Dicha *immunity* puede ser de dos clases distintas; a saber:

a) la denominada "*use immunity*"; y

⁽⁹⁷⁾ HEYDON, "Obtaining...", *op. cit.*, p. 24.

⁽⁹⁸⁾ Siempre que ello venga exigido por el interés público, Título 18 del United States Code. En el mismo sentido se manifiesta el Juez Lawton en el ya comentado caso de B.J. Turner (1975) 61, Criminal Approach Review 67, p. 80; declaración que, por la rigurosidad de sus términos, motivó duras críticas de parte de los órganos de la acusación que entendieron que aquél había rebasado el ámbito de sus propias competencias. De tal incidente da noticia en su autobiografía, Sir N. SKELHORN, Public Prosecutor, London, 1981, p. 103 y ss.

En cuanto a la necesidad de que la solicitud provenga de aquellos órganos superiores, ésta aparece expresamente recogida en el Título 18 del United States Code de 1976. 6002-6005.

También en Gran Bretaña, a partir del caso Turner (1975) arr. cit., se confía al *Attorney General* y al *Director of Public Prosecution* la competencia para reconocer tal inmunidad.

⁽⁹⁹⁾ Precisamente por la existencia de un conflicto entre distintos intereses, se ha dicho que la *immunity* representa el resultado del esfuerzo por hacer compatible el derecho individual al silencio y a la no autoincriminación, con el interés de la sociedad en obtener aquel testimonio. CARLSON, "Witness...", *op. cit.*, p. 132. BAUER, "Reflections...", *op. cit.*, p. 144.

⁽¹⁰⁰⁾ Vid. BAUER, "Reflection...", *op. cit.*, p. 149, nota 54; WOLFSON, "Immunity...", *op. cit.*, p. 169. Vid. también, OEHLER, "Kronzeugen...", *Op. cit.*, p. 43 y bibliografía cit. en nota 3.

b) la "*transactional immunity*"⁽¹⁰¹⁾.

En ambos casos, el sujeto no llega a adquirir la condición de acusado y, además, tampoco podrá ser perseguido sobre la base de las declaraciones que como testigo ha realizado. Sin embargo, existe entre ellas una diferencia esencial. La "*use immunity*" es una inmunidad limitada que no impide que, posteriormente, se dirija contra el sujeto una acusación, por esos hechos siempre que las pruebas en que esta se funde sean distintas a las que pudieran resultar de las propias declaraciones del sujeto⁽¹⁰²⁾. Por el contrario, la "*transactional immunity*" -cuya concesión es, por otra parte, menos frecuente⁽¹⁰³⁾-, es una inmunidad total que impide la formulación de ulterior acusación que tenga por objeto los hechos a que el testimonio va referido.

Común en ambas es, no obstante, el efecto básico: el sujeto "*turns Queen's/State's evidence*" y su responsabilidad se articula como la de cualquier testigo, esto es, podrá incurrir en "*Contempt of Court*" si se niega a contestar o en "*perjury*" si depone, a sabiendas, falsamente.

Finalmente, sólo decir que no nos hallamos -pese a lo frecuente de su utilización- con una institución que venga siendo admitida sin polémica en los sistemas donde tiene su origen. Así, hay quienes le oponen el que pueda servir de base a falsas declaraciones; crítica que comparte con el resto de modalidades que se han analizado, pero que, no obstante, no suele ser la más frecuente⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰¹⁾ En cualquiera de las obras citadas en este apartado se estudian -quiera sea brevemente- ambos tipos de inmunidad. No obstante, por su claridad, merece destacarse el artículo de SAVERDA, "Accomplices...", *op. cit.*, p. 789. También merece mención especial el detallado estudio que sobre la "*use immunity*" realiza THORNBURGH en "Reconciling effective Federal Prosecution and The Fifth Amendment: "Criminal Coddling" "The New Torture" or "a Rational Accomodation" ", en The Journal of Criminal Law and Criminology, ol. 67m, nº1, March, 1976, p. 155 y ss.

⁽¹⁰²⁾ Precisamente el hecho de que la inmunidad sea limitada, motivó dudas sobre su constitucionalidad en Estados Unidos; no obstante, el T.S., tuvo ocasión de analizar el contenido de la Organized Crime Control Act de 1970, 18. U.S.C. 6001-6005, en relación con la V Enmienda y concluyó afirmando la corrección constitucional de la "*use immunity*" (Kastigar v. United States, 406 U.S. 441, 1972).

Tal decisión supone -a juicio de BAUER, "Reflection...", *op. cit.*, p. 145 -una inexplicable desviación de la doctrina sentada en Counselman Vid. Hitchcok 142 U.S. 547 (1892), donde la Corte estimó que sólo una inmunidad absoluta respetaba el derecho a la no autoincriminación contenido en la V Enmienda. Vid también al respecto, OEHLER, "Kronzeugen...", *op. cit.*, p. 42.

⁽¹⁰³⁾ Vid. instrucciones del U.S. Associate Attorney General S. § Trott recogidas por NEPPI MODONA, "Maxiprocessi...", *op. cit.*, p. 233, nota 26.

⁽¹⁰⁴⁾ Vid., entre otros, "Comment: Judicial...", *op. cit.*, p. 335.

Tal vez, la cuestión que más acapara la atención de los autores, sea la ausencia de un control real sobre esta facultad reconocida al prosecutor. Sin embargo, ello parece ser consustancial al marco jurídico en que se desarrollan este tipo de mecanismos, el cual -como ya se dijo- favorece escasamente la posibilidad de un control efectivo.

En efecto, la mayoría de los autores coinciden en afirmar que, a lo sumo, cabría hablar, de un lado, de un control interno ejercido en el seno de la misma institución encargada de la concesión de la *immunity*⁽¹⁰⁵⁾, y, de otro, del que se deriva de la responsabilidad política de los altos órganos de la acusación competentes en esta materia⁽¹⁰⁶⁾.

Por otra parte por lo que se refiere a un posible control judicial, este es impracticable. Los Tribunales, en alguna ocasión han afirmado que la discrecionalidad del órgano de la acusación no es absoluta⁽¹⁰⁷⁾ y, de igual modo, aún sin cuestionar la "well-established practice of calling accomplices on behalf of the Crown", han insistido en la necesidad de que la inmunidad solo se conceda sobre la base del interés público y mesuradamente⁽¹⁰⁸⁾, sin embargo tales amonestaciones no tienen en la práctica más valor que el de la propia fuerza de sus argumentaciones.

De igual modo, podría pensarse que, a la postre, es un órgano jurisdiccional quien emite -aunque a petición del órgano de la acusación- la orden por cuya virtud, el sujeto "turns *Queen's/State's evidence*". Sin embargo, lo cierto es que el Juez carece en la concesión de la *immunity* de un papel activo; de modo que, aunque podría hacer inviable la *immunity*", lo cierto es que en la práctica no ocurre así; quizá porque si se opusiese podría encontrarse ante la necesidad de resolver en un caso donde el órgano encargado del ejercicio de la acusación prescindiese de dotar a ésta de solidez, para lo que le bastaría con limitarse a no aportar prueba alguna⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ Así, vgr. suele ser práctica frecuente que el Attorney General haga públicos los criterios en base a los cuales cabe conceder la *immunity*, lo cual favorece la unidad de actuación. Vid. SMITH, "Immunity...", *op. cit.*, p. 392; HILLYARD y PERCY-SMITH, "Converting...", *Op. cit.*, p. 344 y 345.

⁽¹⁰⁶⁾ No se trata con lo dicho -como, acertadamente señala SMITH- de afirmar que nos hallamos ante una institución absolutamente incontrolable; así, en Gran Bretaña, el *Attorney General* puede ser obligado a responder por la concesión de la *immunity* ante la Royal Commission on Criminal Procedure cuantas veces sea llamado para aclarar extremos relativos al uso que de tal facultad ha hecho ("Immunity...", *op. cit.*, p. 325.)

⁽¹⁰⁷⁾ V.R. Vid. MPC [1968] 2.Q.B. 118 en DG. T. WILLIAMS, "The Police and law Enforcement", *Criminal Law Review*, 1968, p. 351, *cit.* por SMITH, "Immunity...", *op. cit.*, p. 312, nota 66.

⁽¹⁰⁸⁾ V.R. Vid. Turner (1975) 61 *Criminal Approach Review* 67.

⁽¹⁰⁹⁾ Así WOLFSON se refiere al juez como, "a rubber stamp for the Prosecutor", "Immunity...", *op.*

En definitiva, parece, pues, acertado decir que en lo que se refiere a las posibilidades con que el *Prosecutor* cuenta para favorecer y beneficiar a quien con su testimonio colabora en la inculpación de otro u otros partícipes, aquél se aparece como una auténtica "unbridled authority"⁽¹¹⁰⁾.

C.- Requisitos procesales. Valor probatorio de la declaración del copartícipe.

Como señala RADZINOWICZ⁽¹¹¹⁾, ya desde el pasado siglo se insistía en el dudoso valor y en los peligros inherentes al testimonio prestado por quien había tomado parte en los hechos junto al sujeto que él mismo inculpaba. Por su parte, a tal problemática tampoco es ajena la moderna doctrina. Así, se ha afirmado que, de un lado, la sanción penal para el caso de "perjury" es de todo punto insuficiente por las dificultades probatorias que tal delito encierra⁽¹¹²⁾; de otro, que aquellos riesgos se ven incrementados por la inexistencia de una normativa clara, vacío legal al que viene a sumarse una jurisprudencia ambigua y cambiante.

No obstante, podríamos decir que las pautas procesales básicas a que debe someterse la "*accomplice evidence*" con el fin de evitar en lo posible los riesgos que comporta, son las siguientes:

a.- Con carácter previo a todas las restantes, tanto la doctrina como la jurisprudencia⁽¹¹³⁾ ponen de manifiesto la necesidad de acercarse a aquel testimonio con una especie de duda metódica que sirva de guía a las exigencias a las que, a continuación aludiré.

cit., p. 168. Vid. también, OEHLER, "Kronzeugen...", *op. cit.*, p. 42.

⁽¹¹⁰⁾ SAVERDA, "Accomplices...", *op. cit.*, p. 789, nota 31.

⁽¹¹¹⁾ A History... *op. cit.*, p. 54 y ss.

⁽¹¹²⁾ SAVERDA; Accomplices..., *op. cit.*, p. 788 y 792 y ss

⁽¹¹³⁾ Así, entre otras decisiones, R.v. Barnes and Richards (1940) 27 Criminal Approach Review 154; *cit.* por HAMPTON, Criminal..., *Op. cit.* p. 232, nota 48; Bruton v. United States 391 U. §, 123, 136 (1968); Lee v. United States 343 U.S. 747 (1952); Caminetti v. United States, 242 U. § 470, 495 (1917); *cit.* por SAVERDA, "Accomplices...", *op. cit.*, p. 787 notas 15 y 16, donde también se recoge jurisprudencia en el mismo sentido emanada de las Cortes de diversos Estados.

Vid. también en aquel sentido: SMITH, "Immunity...", *op. cit.*, p. 317; LANGBEIN, "Shaping the Eighteenth- Century Criminal Trial: A Vieww from the Ryder Sources", University of Chicago Law Review, 1985, 1, p. 97, *cit.* por AMODIO en La legislazione..., *op. cit.*, p. 198; HEYDON, "The Corroboration of Accomplices", Criminal Law Review, 1973, p. 265.

b.- La necesidad de que el testimonio se preste en el Plenario, ante Jurado -allí donde éste sea exigido- oralmente y con sometimiento del testigo a la "cross-examination", que implica la práctica de la prueba testifical con sujeción al principio de contradicción y, más concretamente, el derecho que asiste al inculpado a enfrentarse dialécticamente con el testigo.

En efecto, el sistema inglés la regla general es que un acusado no tiene el deber de someterse a la cross-examination (sección (f) de la Criminal Evidence Act 1898) salvo cuando, además ostenta en otro proceso la condición de testigo como participe en los mismos hechos (Sección 1, f) Criminal Evidence Act. iii)⁽¹¹⁴⁾. De igual modo, la VI Enmienda de la Constitución americana reconoce tal "right of confrontation" como uno de los derechos que integran lo que se ha llamado el "bill of rights for accused persons"⁽¹¹⁵⁾. A ello se le une la prohibición de utilizar la llamada "hearsay evidence", esto es, el testimonio indirecto a través del cual se da entrada en el juicio a declaraciones hechas por el testigo directo fuera del contradictorio, lo que supone una merma sustancial del right of confrontation que asiste al acusado, pues éste se encuentra ante la imposibilidad de someter a examen contradictorio al sujeto de quien provienen las declaraciones ofrecidas en el plenario por el testigo de referencia. Ciertamente que aquella prohibición cuenta con excepciones, sin embargo ninguna de ellas afecta al caso de la "accomplice evidence"⁽¹¹⁶⁾.

No parece necesario argumentar sobre los beneficios que tal "cross-examination" comporta en orden a evitar falsas acusaciones⁽¹¹⁷⁾. A ello habría de sumarse su eficacia como mecanismo indirecto para controlar la facultad del *Prosecutor* a la hora de favorecer, con cualquiera de los mecanismos vistos, el testimonio. El *Prosecutor* deberá tener presente el examen enfrentado a que se verá sometido su testigo, y, en consecuencia, limitarse a favorecer aquellos testimonios que, al menos en principio, le parezcan fiables.

⁽¹¹⁴⁾ Vid. Sobre todo ello, HAMPTON, Criminal..., *op. cit.*, p. 221 y 222 y 230 y 231.

⁽¹¹⁵⁾ CORWIN'S, The Constitution..., *op. cit.*, p. 368. Sobre el derecho a la confrontación, vid. pág. 421.

⁽¹¹⁶⁾ Vid. en extenso, NEPPI, "Maxiprocessi...", *Op. cit.*, p. 209 y 210 así como la bibliografía citada en p. 234 nota 32; GENTILE, "Il diritto delle prove penali", en Il processo..., *op. cit.*, p. 224 y ss.

⁽¹¹⁷⁾ Vid. BAUER, "Reflection...", *op. cit.*, p. 149; BASSIOUNI, "Lineamenti del processo penale", en Il processo..., *op. cit.*, p. 70; CHIAVARIO, "Considerazioni sul dibattito nell'esperienza del processo statunitense" en Il processo..., *op. cit.*, p. 339; GENTILE, "Il diritto delle prove penali", en Il processo..., *op. cit.*, p. 227.

c.- La tercera de las pautas procesales a que se hizo referencia es la exigencia de una "*corroborative evidence*" o necesidad de que el testimonio aparezca corroborado por otros datos que les sirvan de apoyo aunque no tengan por sí mismos carácter de pruebas, pues, si así fuera, el testimonio del copartícipe no sería necesario⁽¹¹⁸⁾.

No obstante ser esta una exigencia tradicionalmente admitida, lo cierto es que carece de regulación tanto en Gran Bretaña como en la legislación federal americana. No es así en los ordenamientos de distintos Estados, muchos de los cuales cuentan con un "accomplice corroboration Statute", donde expresamente se consigna la prohibición de condenar sobre la sola base del testimonio del cómplice⁽¹¹⁹⁾.

Sin embargo, pese a la inexistencia de una regulación general y uniforme, la Jurisprudencia inglesa y americana se ha orientado en el sentido de exigir la "*corroboration*". No obstante, también abundan la excepciones. Así, en Estados Unidos algunas decisiones han sido menos rigurosas y han declarado la admisibilidad del testimonio no corroborado de un copartícipe⁽¹²⁰⁾, dando lugar a una jurisprudencia vacilante que se opone a aquella que considera que la condena sólo puede basarse en la "*accomplice evidence*" cuando esta no es "unsubstantial or incredible" lo que viene siendo entendido como sinónimo de no corroborada⁽¹²¹⁾; y que da pie a lo que, a juicio de SAVERDA⁽¹²²⁾, es la posición mayoritaria: aplicar el llamado "*either/or standar*", esto es, que para admitir el testimonio como suficiente se requiere o que resulte corroborado o que el Jurado sea advertido de la necesidad de valorarlo con cautela.

⁽¹¹⁸⁾ Sobre el contenido de la *corroboration*, vid. *State v. Mathiasen*, 267 Minn 393, 397.393, 127 N.W., 2d. 534, 538-539, 1964. *State v. Harmon*, 135 Mont. 227 ss. 340 P. 2d. 128, 133 1959, *cit.* por NEPPI en "Maxiprocessi...", *op. cit.*, p. 213; vid. también, PHIPSON, *Evidence* (BUZZARD/ MAY/ HOWARD, comp.), 13ª ed., London, 1982, p.721 y ss, nº marginal 32-05.

⁽¹¹⁹⁾ Vid. referencia a los distintos Estados en que así ocurre en SAVERDA, "Accomplices...", *op. cit.*, p. 791 nota 40. Vid. también NEPPI, "Maxiprocessi...", *op. cit.*, p. 211.

⁽¹²⁰⁾ Vid. entre otras, *Holmgren v. United States* 217 US 509, 524 (1910); *Camminetti v. United States* 242 U.S. 470, 495 (1917); *United States v. Mc Cabe* 720 F. 2d 951 (7th. Cir. 1983). *United States v. Anderson* 654 F. 2d. 1264 (8th. Circ. 1981), *cit.* por SAVERDA, "Accomplices...", *op. cit.*, p. 792, 793 y 797.

⁽¹²¹⁾ *Haakinson v. United States* 238 F. 2d 775 (8th. Circ. 1956); *cit.* por SAVERDA, "Accomplices...", *op. cit.*, p. 794. Vid., también, en *op. cit.*, p. 795.

⁽¹²²⁾ "Accomplices...", *op. cit.*, p. 795 y ss.

También, por otra parte, la jurisprudencia inglesa y, en mayor medida, la norirlandesa nos ofrece ejemplos que contravienen lo que viene siendo, no obstante, la postura tradicional y comúnmente mantenida⁽¹²³⁾.

d) Finalmente, como corolario de las restantes exigencias, se encuentra la práctica, firmemente asentada en Inglaterra, de que el Juez advierta al Jurado del dudoso valor de tal testimonio⁽¹²⁴⁾. Hasta tal punto se ha insistido en la necesidad de este "warning" que lo que, en principio, era una "rule of practice" ha pasado -a raíz de importantes decisiones jurisprudenciales- a tener el valor de una auténtica "rule of law"⁽¹²⁵⁾.

En cuanto a Estados Unidos, si bien en un determinado periodo tomó cuerpo la doctrina de que no era función del Juez la de instruir al Jurado sobre el valor de las pruebas que ante él se presentaban⁽¹²⁶⁾; sin embargo, lo cierto es que la mayoría de los Estados que cuentan con un "accomplice evidence Statute" incluyen en este la necesidad de aquel "warning" e incluso en algunos de ellos la falta de advertencia permite solicitar la revocación de veredicto⁽¹²⁷⁾.

II.4.- Consideraciones finales.

En las páginas precedentes se han expuesto toda una serie de mecanismos que permiten en los sistemas anglosajones, favorecer y beneficiar diversas conductas de colaboración del sujeto con los órganos encargados de la persecución o enjuiciamiento de los delitos. Sin embargo, también hemos visto que aquellas prácticas vienen favorecidas por un conjunto de factores que no se dan en el seno de nuestro ordenamiento.

⁽¹²³⁾ Vid. GREER, "The Rise...", *op. cit.*, p. 665; HILLYARD y PERCY-SMITH, "Converting...", *op. cit.*, p. 349 y ss.; VERCHER, Antiterrorismo..., *op. cit.*, p. 160 y ss.

⁽¹²⁴⁾ Vid. HAMPTON, Criminal..., *op. cit.*, p. 45; HEYDON, "Obtaining...", *op. cit.*, p. 15; HILLYARD y PERCY-SMITH, "Converting...", *op. cit.*, p. 348.

⁽¹²⁵⁾ V.R. V. Stannard [1965] 2.Q.B.1. R. V. Knowlden [1983] 77 Criminal Approach Review 94. *cit.* por YATES, "Accomplice...", *op. cit.*, p. 214, nota 9. Especialmente relevante fue la decisión del caso Davies V. D.P.P en 1954 donde se afirmó que aún no siendo nulo por sí mismo el veredicto fundado en el solo testimonio del partícipe, si lo era en el supuesto de haberse omitido el "warning". Vid AMODIO, "La testimonianza...", *Op. cit.*, p. 198 y 199. En el mismo sentido, HILLYARD y PERCY-SMITH, "Converting...", *op. cit.*, p. 350.

⁽¹²⁶⁾ Vid. AMODIO, "La testimonianza...", *op. cit.*, p. 199; NEPPI, "maxiprocessi...", *op. cit.*, p. 211.

⁽¹²⁷⁾ SAVERDA, "Accomplices...", *Op. cit.*, p. 791.

Dejando a un lado otras diferencias, -como pudiera ser, por ejemplo, el distinto valor que la confesión tiene en nuestro ordenamiento procesal⁽¹²⁸⁾- debe resaltarse la que resulta de un sistema, el nuestro, regido por el principio de legalidad procesal⁽¹²⁹⁾ por cuya virtud ni los órganos encargados de la acusación ni la policía gozan de la discrecionalidad que allí le es propia y que, como hemos visto, es elemento crucial en el desarrollo de los métodos analizados.

Hoy, ciertamente, viene siendo habitual que los estudiosos de los sistemas regidos por el principio de oportunidad, cuestionen la bondad de tal principio, y se sorprendan de la acogida que del mismo se ha venido produciendo en países tradicionalmente contrarios al principio de oportunidad⁽¹³⁰⁾, en los cuales - a mi juicio, acertadamente- se deja de ver en toda manifestación del citado principio una especie de mancha que se arroja, sobre la, al parecer, inmaculada Administración de Justicia. Sin embargo, aunque el art. 57 bis b) pueda verse como una manifestación del principio de oportunidad, lo cierto es que tal precepto se enmarca en un sistema regido por el principio de legalidad y, así las cosas, es obvio que su operatividad procesal tiene que ser distinta.

De ahí que: a) este último instrumento de política criminal no se deje en manos del órgano de acusación, sino en las del Juez; b) que deba operar en el marco del juicio oral; y, c) que los beneficios punitivos que comporta se determinen expresamente por la ley.

Puede pensarse que el estado actual de la institución de la conformidad -fundamentalmente en el procedimiento abreviado-, viene por vía indirecta, a permitir que aquellas diferencias desaparezcan; que, en definitiva, sea el Ministerio Fiscal quien venga a favorecer aquellas conductas y, posteriormente, las canalice procesalmente, a través de una conformidad. Aquí, desde luego, no se va a entrar a analizar un tema tan complejo⁽¹³¹⁾, que, por otra parte, se aparta de lo que es nuestro objeto de estudio, pero si

⁽¹²⁸⁾ Vid., con carácter general ALMAGRO NOSETE, Derecho Procesal, T. II: Proceso Penal, V.V.A.A., 4ª Ed., Valencia, 1992, p. 290 y ss; en el mismo lugar, GIMENO SENDRA, p. 443.

⁽¹²⁹⁾ art. 124.2. Constitución española. art. 5 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. art. 262 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁽¹³⁰⁾ Vid. VIGORITI, "Pubblico...", *op. cit.*, p. 275; FANCHIOTTI, "Spunti...", *op. cit.*, p. 275; GIMENO SENDRA, Derecho Procesal..., *op. cit.*, p. 62 y ss.

⁽¹³¹⁾ Vid. -entre otros muchos estudios- sobre la conformidad/es del ordenamiento español en relación con los modelos transaccionales angloamericanos: ALMAGRO NOSETE, "La disponibilidad del objeto en el nuevo proceso penal", en El nuevo proceso..., *op. cit.*, p. 139 y ss.; DE DIEGO; Comunicación a la primera ponencia en "Primeras Jornadas sobre Protección de los Derechos

hay que apuntar que, aún así, difícilmente sería posible en nuestro ordenamiento relegar al Juez a cumplir la mera función notarial que, en los supuestos que se han analizado, viene asumiendo el Juez anglosajón. Por otra parte, no hay que olvidar que el monopolio en el ejercicio de la acción que de hecho ostentan los órganos de la acusación en aquellos sistemas, no existe en el nuestro y que este es un dato que altera sustancialmente el planteamiento de la cuestión.

Por tanto, al analizar el art. 57 bis b) es preciso tener en cuenta que aunque sea una manifestación del principio de oportunidad que -en la línea de la Recomendación, R (87) 18, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa⁽¹³²⁾- presenta cierta semejanza con instituciones típicas del sistema anglosajón, sin embargo, está enmarcado en un ordenamiento donde las condiciones para su aplicación, el procedimiento, así como los roles de los diversos órganos implicados son sustancialmente distintos.

Todo ello, no obstante, no es obstáculo para que la larga experiencia con que tales mecanismos cuentan en los países analizados no pueda ofrecernos enseñanzas de interés. Máxime cuando nos encontramos ante la paradoja de que es precisamente en sistemas regidos por el principio de legalidad donde en los últimos tiempos están floreciendo institutos de este tipo, los cuales, por el contrario, se encuentran en franco retroceso en su país de origen, tal y como vimos en el caso de Irlanda.

Así, no voy aquí a sumarme a las alabanzas que, fundamentalmente en base a criterios de funcionalidad, se le han dirigido a tales prácticas, ni tampoco al aluvión de críticas que las mismas han recibido por parte de la propia doctrina anglosajona. Más bien, creo que lo útil es retener los siguientes apuntes, referidos a aquellas modalidades basadas en el testimonio del partícipe, que es, sin duda, la que levanta las más vivas polémicas:

- En primer lugar, no hay que olvidar que opiniones autorizadas han puesto en tela de juicio la utilidad de tales mecanismos para afrontar el fenómeno terrorista, y, más precisamente, el terrorismo de origen nacionalista surgido en

Fundamentales y Libertades Públicas", celebradas en Cáceres del 7 al 10 de Marzo de 1989, Poder Judicial, nº especial VI, (1981), p. 37 y ss; del mismo autor, "Algunos apuntes sobre la *"plea bargaining"* en los U.S.A.", Justicia 89, 3º trimestre, p. 943 y ss., FAIREN GUILLEN, "Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la Ley de 28 de Diciembre de 1988", Justicia 89, 1º Trimestre, p. 7 y ss.; FERNANDEZ ENTRALGO, "Los principios...", *op. cit.*, p. 15 y ss.

⁽¹³²⁾ Puede consultarse íntegramente en MORENO CATENA, ALMAGRO NOSETE, CORTÉS DOMÍNGUEZ y GIMENO SENDRA, El nuevo proceso penal, Valencia, 1989, p. 299 y ss.

Irlanda⁽¹³³⁾

- En segundo lugar, merece nuestra atención la distinción que allí se ha hecho entre la admisibilidad del testimonio del copartícipe como prueba y su fiabilidad como tal. Lo que es lo mismo: el hecho de que se haya asumido expresamente que aquellas declaraciones no tienen por sí solas eficacia para desvirtuar la presunción de inocencia, a menos que las mismas se rodeen de cuantos requisitos hemos tenido ocasión de analizar. Ciertamente, con ello no se han conjurado cuantos peligros encierra tal testimonio⁽¹³⁴⁾, pero, al menos, sí que se han sentado las bases para hacerlo.

- Finalmente, en aquellos países no se ha prescindido de abordar una cuestión que apenas se plantea en el nuestro y que, sin embargo, tiene una indiscutible relevancia práctica. Me refiero a la necesidad de protección con que se encuentra -antes y después de prestar su testimonio- quien colabora, máxime si tenemos en cuenta el tipo de criminalidad a que nos enfrentamos.

Así, en Gran Bretaña suele ser frecuente que ya antes del "trial" tanto él como sus familiares más próximos se coloquen bajo una "protective custody" e, incluso, que quienes se encuentran ya en prisión pasen a ocupar una sección especial dentro del centro penitenciario⁽¹³⁵⁾. Tal protección continúa, aunque revistiendo otras modalidades, una vez que el testimonio se ha prestado. Así, en una respuesta escrita del Secretario de Estado para Irlanda del Norte, Douglas Hurd, éste revelaba la importante suma que del Presupuesto se había extraído en los años ochenta para proporcionar protección a aquellos sujetos y a sus familiares⁽¹³⁶⁾.

En Estados Unidos por su parte, tales objetivos se plasmaron en la Witness

⁽¹³³⁾ Vid. HILLYARD y PERCY-SMITH, "Converting...", *op. cit.*, p. 353, GREER, "The Rise...", *op. cit.*, p. 669.

⁽¹³⁴⁾ Precisamente, según GREER, el declive que hoy se evidencia en Irlanda en cuanto al uso de estos métodos, se inició a partir del caso Mc Grady, donde se demostró, a posteriori, que la mayor parte de las declaraciones de aquel eran falsas "The Rise...", *op. cit.*, p. 668. sobre este caso y otros igualmente controvertidos, puede verse: GIFFORD, Supergrasses The Use of Accomplice evidence in Northern Ireland, London, 1984; VERCHER, Antiterrorismo..., *Op. cit.*, p. 153 y ss.

⁽¹³⁵⁾ HILLYARD y PERCY-SMITH, "Converting...", *op. cit.*, p. 345 y 347.

⁽¹³⁶⁾ La recoge GREER, en "Supergrasses and The Legal System in Britain and Northern Ireland", The Law Quarterly Review, Abril, 1986, p. 234, nota 55, cit. por VERCHER, Antiterrorismo..., *op. cit.*, p. 166, nota 106.

Security Reform Act. 1970, modificada en 1984, Título 18 U.S. Code 3521-3528⁽¹³⁷⁾; lo que vino a sumarse a la ya antigua práctica consistente en proveer al sujeto de nueva identidad o favorecer el traslado de su residencia a otra localidad distinta, dentro o fuera de las fronteras americanas⁽¹³⁸⁾.

III.- LA DISOCIACIÓN⁽¹³⁹⁾ DEL TERRORISMO Y EL FENÓMENO CONOCIDO COMO "PENTITISMO" EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO.

III.1.- Introducción. Breve referencia a causas de exclusión o atenuación de la pena en los delitos de tráfico de drogas y en la delincuencia de tipo mafioso.

A continuación, me centraré en el estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico italiano; me limitaré, no obstante, a dar cuenta de la importancia que ésta ha tenido en el marco de la legislación antiterrorista, y más concretamente, en la legislación especial que dio paso al llamado fenómeno del "pentitismo".

Ahora bien, sí se considera interesante dejar constancia -siquiera sea brevemente- de la existencia en otros ámbitos de la criminalidad organizada, de disposiciones análogas a las que van a ser objeto de una atención preferente.

⁽¹³⁷⁾ Vid. ampliamente, NEPPI, "Maxiprocessi...", *op. cit.*, p. 216 y ss y 219. MOLONEY, "The Supergrass Scheme Owes Too Much to the U. §", The Irisch Times, 8, Oct., 1983, p. 6, *cit.* por VERCHER, Antiterrorismo..., *op. cit.*, p. 156, nota 66.

⁽¹³⁸⁾ Vid. BAUER, "Reflection...", *op. cit.*, p. 144, nota 3, MIDDENDORF, "Der Kronzeuge...", *op. cit.*, p. 1116.; MASS, "The Dilema of the intimidated witness in Federal Organized Crime Prosecutions: Choosing among the fear of reprisals, the contempt powers of the Court, and the Witness Protection Program" Fordham Law Review 50 (1982), p. 582, *cit.* por WEIGEND, "Anmerkungen zur Diskussion um den Kronzeugen aus der Sicht des amerikanischen Rechts" Festschrift für H-H JESCHECK zum 70. Geburtstag, zweiter Halbband, Berlin 1985, p. 1348, nota 69.

⁽¹³⁹⁾ NOTA ACLARATORIA: Ciertamente, me consta que es harto discutible que sea correcto utilizar esta palabra para aludir al fenómeno consistente en abandonar la organización terrorista o las actividades delictivas de aquel tipo. Probablemente, tengan razón quienes dicen que lo adecuado en lengua castellana es hablar de desasociación o desvinculación. Sin embargo, el término disociación es el de uso más extendido, por ser traducción directa del italiano *dissociazione*. Y si, a fin de cuentas, fué el ejemplo italiano el que más directamente influyó en las legislaciones de nuestro entorno -y muy especialmente en la española- para adoptar el tipo de técnicas que vamos a analizar, tampoco creo que sea gran pecado dar acogida al neologismo.

Así, además de algunos preceptos, que el mismo Código Penal contiene⁽¹⁴⁰⁾, merece destacarse lo que al respecto se establece en materia de drogas y en la legislación que trata de hacer frente a la delincuencia mafiosa.

La extensión de tales medidas a estos ámbitos, hunde sus raíces en la polémica desatada en Italia a raíz, fundamentalmente, de la legislación especial que preveía la posibilidad de un trato de favor para los responsables de delitos de terrorismo. A partir de ese momento, comenzaron a levantarse voces en aquel sentido por cuanto -según se afirmó⁽¹⁴¹⁾- la *ratio* que inspiraba la legislación antiterrorista, estaba también presente en estos otros ámbitos de la criminalidad organizada.

Así, en 1974, un grupo de magistrados palermitanos elevó una propuesta al respecto -a la que seguirían otras, así v. gr, la de 31 de Mayo de 1984- que sería admitida por la Comisión antimafia de la Cámara el día 8 de Diciembre del mismo año⁽¹⁴²⁾. De igual modo, en Marzo de 1984 tuvo lugar en Roma un Congreso donde se discutió en profundidad la conveniencia o no de tal extensión y donde, incluso, se analizaron algunas propuestas de introducir en el Código una atenuante general para el caso de colaboración del imputado con las autoridades.

La lectura de las Actas del Convenio⁽¹⁴³⁾ es una buena muestra del polémico estado de la cuestión tanto en la doctrina como en la Magistratura italiana⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ Así, entre otros, art. 289 bis, art. 308 ó art. 309. Especial interés tienen los dos últimos preceptos citados, sobre los cuales puede verse con carácter general: CASSELLI / PERDUCCA, en BRICCOLA / ZAGREBELSKY, Codice penale. Parte speciale, coordinada por ZAGREBELSKY, Vol. I, Torino, 1984, p. 142 y ss; FIANDACA / MUSCO, Diritto penale. Parte speciale, Vol. I, Bologna 1993 p. 38, 39 y 46.

⁽¹⁴¹⁾ Primero por la doctrina (v.g.: PADOVANI, "La Soave Inquisizione", Riv. ital. dir. proc. penale, 1981, p. 545) y luego durante el *iter* de elaboración de las distintas leyes antiterroristas que analizaremos- se planteó si con las medidas previstas para este ámbito de la delincuencia no se estaba dando entrada -o si era conveniente dársela- a la posibilidad de extender disposiciones de aquel tipo a otros fenómenos de criminalidad organizada que, al menos, estructuralmente presentaban grandes similitudes con la delincuencia terrorista. Cfr. Camera dei Deputati, seduta del 3 Febbraio 1982. Bollettine delle Commissioni, n. 562, p. 25-29. Seduta pubblica della Camera dei Deputati 24 Febbraio 1982, n. 465, p. 41301-41340. Seduta pubblica della Camera dei Deputati, 2 Marzo 1982, n. 470 p.41577-41654. Vid LAUDI, I casi di non punibilità dei terroristi "pentiti", Milano, 1983, p. 301, 302, 314, 360 y 361.

⁽¹⁴²⁾ Senato della Repubblica. Camera dei Deputati. Legislatura VII. El texto de la propuesta puede, también, consultarse en BRICCOLA, "Il pentimento del terrorista, Legge n. 646, del 1982", Politica del diritto, Dic. 1982, p. 495 y ss.

⁽¹⁴³⁾ Pueden consultarse en La Giustizia Penale, 1984, Parte I, p. 294 y ss.

⁽¹⁴⁴⁾ Del carácter enardecido que tal polémica llegó a adquirir da buena cuenta la prensa del momento.

En cualquier caso, pese a la ausencia de un cierto consenso sobre el tema y a las opiniones de quienes -como BIONDI⁽¹⁴⁵⁾- consideraban criminológicamente inadecuada la creación de estas nuevas medidas premiales, prosperaron las propuestas a favor de su introducción, y actualmente, el estado de la cuestión es el que, a continuación se sigue.

a.- Tráfico de drogas.

La normativa sobre drogas, agrupada en el llamado Texto Unico, es la contenida en el D.P.R. de 9 de Octubre de 1990, n° 309. Concretamente, son los artículos 73.7 y 74.7 los que contemplan causas de atenuación de la pena que, ciertamente, presentan grandes similitudes con las previstas para los delitos de terrorismo, y cuyo tenor es el siguiente:

art. 73.7

Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portara a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l' autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella sottrazione di riserve rilevanti per la commissione dei delitti.

art. 74.7.

Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si sia efficacemente adoperato per assicurare le prove del reato o per sottrarre all'associazione risorse decisive per la commissione dei delitti⁽¹⁴⁶⁾.

b.- Delincuencia de tipo mafioso.

Ante este tipo de delincuencia - en cuyo ámbito fué donde tuvo lugar uno de los fenómenos de "arrepentimiento" más conocido⁽¹⁴⁷⁾- la magistratura venía pidiendo, desde

Así, La Repubblica 15 Diciembre 1982, p. 1 y 2, 16 Marzo 1984 p. 11 o 17 Marzo, p. 14.

⁽¹⁴⁵⁾ Il "sole-24 ore", *cit.* por BRICOLA, "Il pentimento..." *op. cit.*, p. 497. También en el sentido de que entre la delincuencia terrorista y mafiosa existían diferencias estructurales y criminológicas sustanciales, vid. De MAGLIE, "Il fenomeno della dissociazione come circostanza attenuante e come causa di esclusione della punibilità", Archivio penale, 1985, p. 179; SALVINI, "Un primo bilancio della legge sui terroristi pentiti fra importanza e difficoltà della sua applicazione", Cassazione penale, 1983, p. 1267.

⁽¹⁴⁶⁾ Puede verse al respecto: FLORA, "La fattispecie di ravvedimento postdelituoso", en La nuova normativa sugli stupefacenti. Commento alle norme penali del Testo Unico, A.A.V.Vid.,compilador: G. FLORA, Milano, 1991, p. 17 y ss.

antiguo, la introducción de medidas específicas que favorecieran la colaboración de los imputados con las Autoridades encargadas de la persecución y enjuiciamiento de tales delitos.

Pues bien, tras un polémico *iter* de elaboración -iniciado el 23 de Noviembre de 1990⁽¹⁴⁸⁾ - el D.L. de 13 de Marzo de 1991 n° 152 (Provvedimenti urgenti in tema di Lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell' attività amministrativa) da carta de naturaleza a una atenuante de aquel tipo. Concretamente lo hace en el artículo 8, a cuyo tenor:

art. 8

1. Per i delitti di cui all'art. 416-bis del c.p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo ovvero al fine di agevolare l'attività della associazioni di tipo mafioso, nei confronti dell'imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata e conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giurisdiziarica nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà.

2. Nei casi previsti dal comma 1 non si applicano le disposizioni dell'art. 7.

3. Quando le attenuanti previste dal comma 1 sono state applicate per effetto di false o reticenti dichiarazioni, si procede alla revisioni della sentenza su richiesta del procuratore generale della corte di appello nel cui distretto è stata pronunciata la sentenza medesima.

⁽¹⁴⁷⁾ Me refiero al proceso que tuvo lugar contra La Mafia en 1986 y que en fase de instrucción, corrió a cargo del magistrado asesinado, G. FALCONE. En él, gracias a las declaraciones del Tommaso BUSCETTA, Gaetano BADALAMENTI y Antonio CALDERONE, entre otros, fué posible condenar a más de trescientos individuos. No obstante, la sentencia fue apelada y la Corte di Assise di Apello en sentencia de 10 Diciembre de 1990 absolvió a algunos de los condenados y redujo las penas de la mayoría de los condenados al tiempo que dió a los "pentiti" un trato escasamente benévolo; todo ello porovocó el asombro, cuando no la dura crítica, de la doctrina y de los juristas que habían intervenido en la primera instancia. Vid. La Repubblica, 11 Diciembre 1990, p. 23; La Repubblica, 12 Diciembre 1990, p. 8 y 9. La Repubblica, 13 Diciembre 1990, p. 17.

⁽¹⁴⁸⁾ El Proyecto de ley, tal y como fue aprobado por el Consejo de Ministros en aquella fecha puede consultarse en Il Sole-24 Ore, de 24 Noviembre 1990, p. 2 y ss.

4. Nel giudizio di revisione di osservano, in quanto applicabili, le disposizioni del titolo IV del libro IX del c.p.p. In caso di accoglimento della richiesta di revisione il giudice riforma la sentenza di condanna e determina la nuova misura della pena.

5. Nel corso de giudizio di revisione il giudice, su richiesta del pubblico ministero, può disporre la sospensione delle misure alternative alla detenzione e l'applicazione delle misure cautelari previste dalla legge.

6. Le pene previste per il reato di calunnia sono aumentate fino ad un terzo quando risulta che il colpevole abbia commesso il fatto allo scopo di usufruire dei benefici di cui ai commi 1 e 2. L'aumento è fino alla metà se uno dei benefici è stato conseguito.

III.2.- Causas de exclusión o atenuación de la pena previstas para los delitos de terrorismo en la llamada "legislazione dell'emergenza". Evolución legislativa

III.2.1.- D-L- de 15 de Diciembre de 1979, n° 625. Ley de 6 de Febrero de 1980, n° 15.

El origen de lo que sería la llamada legislación premial de la emergencia puede encontrarse en el Decreto-ley de 21 de Marzo de 1978 n° 59 convertido con modificaciones en la Ley de 19 de Mayo de 1978.

En virtud del mismo, se introdujo en el C.P. el art. 289 bis que atenúa la pena del partícipe en un delito de secuestro con finalidad terrorista o de eversión que, disociándose de los otros, actúa en modo tal que el sujeto recobre la libertad.

No obstante lo dicho, las causas de no punibilidad o atenuación de la pena para integrantes de grupos terroristas que disociándose del grupo evitarán la producción del resultado lesivo o cooperasen con la autoridad judicial o funcionarios de policía, no aparecerían hasta un año después con el D-L de 15 de Diciembre de 1979, n° 625, convertido con modificaciones en la Ley de 6 de Febrero de 1980.

En lo que aquí interesa dice así:

art. 4.- Per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di diversione dell'ordine democratico, salvo quanto disposte nell'art. 289 bis del codice penale,

quando uno dei concorrenti, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia e la autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per la individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena è diminuita della metà.

Quando ricorre la circostanza di cui al comma precedente non si applica l'aggravante di cui all'art. 1 del presente decreto.

art. 5.- Dopo l'art. 448 del codice penale è aggiunto il seguente:

"art. 448 bis-Casi di non punibilità.

- Nei casi preveduti dagli articoli 422, 423, 428, 430, 432, 433, 434, 438 e 439, non sono punibili coloro che impediscono volontariamente l'evento a cui il fatto diretto".

Posteriormente la Ley de 1980 introdujo diversas modificaciones.

El primer párrafo del art. 4 fue sustituido por el siguiente:

"Per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'articolo 289-bis del codice penale, nei confronti de concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuiti da un terzo alla metà".

El art. 5 recibió nueva redacción:

"Fuori del caso previsto dall'ultimo comma dell'articolo 56 del codice penale, non è punibile il colpevole di un delitto commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico che volontariamente impedisce l'evento e fornisce elementi di prova determinanti per la esatta ricostruzione del fatto e per la individuazione degli eventuali concorrenti".

Como puede observarse, ambos prevén tanto causas de no punibilidad como atenuantes pero presentan un tratamiento distinto.

En sede de atenuación (art. 4) tanto la Ley como el D-L exigen que la disociación⁽¹⁴⁹⁾ vaya acompañada, alternativamente, de la evitación de las consecuencias lesivas o de la ayuda a la policía y autoridad judicial, pero la ley es menos benevolente porque no establece la necesaria reducción de la pena a la mitad sino que permite al juez que la atenúe sólo en un tercio. Es de observar que tanto D-L como la ley contemplan una atenuación indirecta: la no aplicación de la agravante por terrorismo.

En lo que se refiere a los casos de no punibilidad (art. 5), la diferencia es mayor. El D-L sólo exigía el impedir voluntariamente el evento lesivo⁽¹⁵⁰⁾, si bien limitaba el ámbito de aplicación a los delitos enumerados en el mismo precepto. La ley no limitaba el ámbito de aplicación, pero, junto al hecho de impedir el evento, exigía para beneficiarse de la causa de no punibilidad que el sujeto aportase elementos de prueba determinantes para la exacta reconstrucción del hecho y la individualización de los concurrentes⁽¹⁵¹⁾.

El fundamento de esta exigencia era, a juicio del entonces, Ministro de Gracia y Justicia, que por cuanto aquella conducta era identificable con el arrepentimiento activo⁽¹⁵²⁾ que, según el Código Penal (art. 56 p. último), solo permitía una mera atenuación, parecía lógico exigir algo más⁽¹⁵³⁾.

⁽¹⁴⁹⁾ La opinión mayoritaria era la de quienes entendían que la disociación era un requisito común a las distintas modalidades de conducta previstas en el art. 4; no obstante, no fue esta una interpretación unánimemente asumida. Cfr.: PADOVANI, "Commento agli articoli 4 e 5; Legge 6/2/1980", La legislazione penale, 1981, p. 56.

Sobre la interpretación que de este término se hizo tendremos ocasión de volver en un Capítulo sucesivo. No obstante, puede verse: CHELAZZI, La dissociazione dal terrorismo, Milano, 1981, p. 21 y ss y 28 y ss.; PADOVANI, "Commento..." *op. cit.*, p. 56.

⁽¹⁵⁰⁾ La mayoría de la doctrina, entendía que con tal expresión se hacía referencia a la evitación del resultado necesario para la consumación del delito y no de aquel o aquellos otros resultados que no afectaban a la consumación, y cuya evitación permitía la atenuación de la pena ex. art. 4; Vid. CHELAZZI, La dissociazione..., *op. cit.*, p. 60 y ss; PADOVANI, "Commento...", *op. cit.*, p. 60 y ss; y del mismo, "La soave...", *op. cit.*, p. 530.

⁽¹⁵¹⁾ Obsérvese que -a diferencia de la causa de atenuación de la pena, donde se habla de "pruebas decisivas"- aquí se exige que las pruebas sean determinantes para el logro de los objetivos que se señalan. Ello dio pie a que la doctrina entendiera que, para beneficiarse de la causa de no punibilidad, no bastaba con la idoneidad de la aportación desde una perspectiva "ex ante" sino que era necesario que la reconstrucción del hecho o, en su caso, la individualización de los concurrentes hubiera tenido efectivamente lugar gracias a dicha aportación. En su momento se analizará el tema de un modo más detenido. Vid. CHELAZZI, La dissociazione..., *op. cit.*, p. 65; PADOVANI, "Commento...", *op. cit.*, p. 62.

⁽¹⁵²⁾ Con esta asimilación coincidía la mayoría de la doctrina, así, v.g. CHELAZZI, La dissociazione..., *op. cit.*, p. 60 y ss y especialmente p. 65; PADOVANI, "Commento...", *op. cit.*, p. 60 y ss; del mismo, "La soave...", *op. cit.*, p. 530; de ahí que se entendiera que solo era aplicable a los delitos en grado imperfecto de ejecución; Vid. *op. y loc. cit.* y BARATTA/SILBERNAGL, "La

Se introduce, por tanto en esta Ley la colaboración entre el imputado y los poderes del Estado; colaboración que en su faceta procesal planteará no pocos problemas. Aparece también lo que, a partir de entonces, la prensa denominará "pentiti", pasando posteriormente, esta expresión al lenguaje jurídico y entendiéndose por tal no el mero terrorista que se disocia -lo cual sin añadir otra actividad es irrelevante a efectos de la ley- sino aquel que, además de disociarse, coopera de un modo u otro en la desarticulación de planes terroristas, o en el descubrimiento de otros integrantes de la organización. Todo ello, obviamente, al margen de que existiera o no un real arrepentimiento de connotaciones morales pese a lo que la citada expresión -un tanto impropia- pudiera hacer pensar⁽¹⁵⁴⁾.

III.2.2.- Ley de 29 de Mayo de 1982, n° 304.

La evolución legislativa continúa con la Ley de 29 de Mayo de 1982, n° 304, complementada por Decreto de 1 de octubre de 1982 que prorrogó la concesión de los beneficios ciento veinte días más.

Esto no obstante, continúa en vigor la Ley de 1980, de ahí que la nueva haga referencia expresa a la aplicación preferente de la misma en aquellos supuestos en que pudiera haber tenido aplicación la antigua (así párrafo último art. 2, art. 3 y art. 5) que queda, por tanto, con carácter subsidiario.

En este caso no se acudió previamente a la vía del Decreto-Ley "pese a la urgencia de medidas legislativas en este sentido por entender que en una materia tan delicada era indispensable la contribución de las diversas fuerzas políticas presentes en el Parlamento" (Comunicado a la Presidencia presentado por el Consejo de Ministros el 12 de Septiembre de 1981, en relación al Proyecto de Ley n° 1562 presentado al Senado por Spadolini, a la sazón Presidente de dicho Consejo).

legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale", Dei delitti e delle pene, 1983, p. 574. Cfr., SCIRE, RISICHELTA, "Problemi e sviluppi in tema di dissociazione", Nuovo diritto, 1985, p. 350.

⁽¹⁵³⁾ Discussione sulle linee generali del disegno di legge n. 1266. Camera dei Deputati 24, 25, 26 Gennaio 1980. Puede consultarse en CHELAZZI, La dissociazione..., *op. cit.*, p. 109.

⁽¹⁵⁴⁾ Sobre este extremo, puede decirse que hubo absoluta unanimidad. Vid. BERNARDI, "Dissociazione e collaborazione nei delitti con finalità di Terrorismo", Questione Giustizia, 1982/1, p. 5; CHELAZZI; La dissociazione..., *op. cit.*, p. 28; FERRACUTI, "Legislación sobre el arrepentimiento en los delitos terroristas. Un primer análisis de los problemas planteados y de los resultados obtenidos en Italia", R. F. D. U. C., Monográfico 11, 1986, p. 308.

El texto de la Ley es el siguiente:

art. 1. Casi di non punibilità.- Non sono punibili coloro che, dopo aver commesso, per finalità di terrorismo reati previsti dagli articoli 270, 270 bis, 304, 305 e 306 del codice penale e, salvo quanto previsto dal terzo comma del presente articolo e dal secondo comma dell'articolo 5, non avendo concorso alla commissione di alcun reato commesso all'accordo, all'associazione o alla banda, prima della sentenza definitiva di condanna concernente i medesimi reati.

a) disciolgono o, comunque, determinano lo scioglimento dell'associazione o della banda;

b) recedono dall'accordo, si ritirano dall'associazione o dalla banda ovvero si consegnano senza opporre resistenza o abbandonando le armi e forniscono in tutti i casi ogni informazione sulla struttura e sulla organizzazione della associazione o della banda.

Non sono parimenti punibili coloro i quali impediscono comunque che sia compiuta l'esecuzione dei reati per cui la associazione o la banda è stata formata.

Non sono altresì punibili:

a) Sussistendo le condizioni di cui al primo comma, coloro che hanno commesso i reati connessi concernenti armi, munizioni od esplosivi, fatta eccezione per le ipotesi di importazione, esportazione, rapina e furto, i reati di cui ai capi II, III e IV del titolo VII del libro II del codice penale, i reati di cui agli articoli 303 e 414 del codice penale, nonché il reato di cui all'articolo 648 del codice penale avente per oggetto armi, esplosivi, documenti;

b) coloro che hanno commesso uno dei reati previsti dagli articoli 307, 378 e 379 del codice penale nei confronti di persona imputata di uno dei delitti indicati nel primo comma, se forniscono completa informazione sul favoreggiamento commesso.

La non punibilità è dichiarata con sentenza del giudice del dibattimento, previo accertamento della non equivocità ed attualità della condotta di cui al primo e al secondo comma.

Nei confronti di chi, avendo commesso uno dei reati previsti nel primo e nel terzo comma, prima che a suo carico sia stato emesso ordine o mandato di cattura o sia stato comunque iniziato procedimento penale, si presenti spontaneamente all'autorità di polizia o all'autorità giudiziaria e tenga uno dei comportamenti previsti dal primo e dal secondo comma, l'ordine o il mandato di cattura non deve essere emesso, ma possono essere imposti obblighi o divieti previsti dalla legge e ritenuti necessari per assicurare el controllo della condotta, la disponibilità alle richieste dell'autorità giudiziaria e la presenza al dibattimento. Se è violato anche uno solo degli obblighi o dei divieti, il pubblico ministero o il giudice, emette l'ordine o il mandato di cattura.

Non si applicano gli articoli 308 e 309 del codice penale.

art. 2. Attenuante per i reati per finalità di terrorismo e di everzione in caso di dissociazione.- Salvo quanto disposto dall'articolo 289-bis del codice penale, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da quindici a ventuno anni e le altre pene sono dimiuite di un terzo, ma non possono superare, in ogni caso, i quindici anni per gli imputati di uno o più reati commessi per finalità di terrorismo o di everzione dell'ordinamento costituzionale i quali, tenendo, prima della sentenza definitiva di condanna uno dei comportamenti previsti dall'articolo 1, commi primo e secondo, rendano, in qualsiasi fase o grado del processo, piena confessione di tutti i reati commessi e si siano adoperati o si adoperino efficacemente durante il processo per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o per impedire la commissione di reati connessi a norma del numero 2 dell'articolo 61 del codice penale.

Quando ricorrono le circostanze di cui al precedente comma non si applica l'aggravante di cui all'articolo 1 del decreto legge 15 dicembre 1979, n° 625, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 6 febbraio 1980, n° 15.

art. 3. Attenuanti per reati commessi per finalità di terrorismo o di everzione in caso di collaborazione.- Salvo quanto disposto dall'articolo 289-bis del codice penale, per i reati commessi per finalità di terrorismo o di everzione dell'ordinamento costituzionale la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dieci a dodici anni e le altre pene sono diminuite della metà, ma non possono superare, in ogni caso, i dieci anni, nei confronti dell'imputato che, prima della sentenza definitiva di condanna, tiene uno dei

comportamenti previsti dall'articolo 1 primo e secondo comma e rende piena confessione di tutti i reati commessi e aiuta l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per la individuazione o la cattura di uno o più autori di reati commessi per la medesima finalità ovvero fornisce comunque elementi di prova rilevanti per la esatta ricostruzione del fatto e la scorpeta degli autori di esso.

Quando i comportamenti previsti dal comma precedente sono di eccezionale rilevanza, le pene sopra indicate sono ridotte fino ad un terzo.

Quando ricorrono le circostanze di cui ai precedenti comuni non si applicano gli articoli 1 e 4 decreto-legge 15 dicembre 1979, n° 625, convertito in legge, con modificazioni dalla legge 6 febbraio 1980, n° 15.

art. 4. "párrafo primero". Concorso di pene.- Quando contro la stessa persona sono state pronunciate più sentenze di condanna per reati diversi per ciascuno dei quali siano state applicate le disposizioni degli articoli 2 e 3 non si applica l'articolo 80 del codice penale e la pena da irrogare si determina aggiungendo alla pena più grave una pena pari alla quinta parte di ciascuna delle pene inflitte per gli altri reati fino ad un massimo complessivo di sedici anni nel caso in cui per tutti i reati è stata applicata una delle attenuanti previste dall'articolo 3 e di ventidùe anni negli altri casi.

art. 5. Tentativo e delitti di attentato.- per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale non è punibile colui che, avendo compiuto atti idonei diretti in modo no equivoco a commettere il delitto, volontariamente impedisce l'evento e fornisce comunque elementi di prova rilevanti per l'esatta ricostruzione del fatto e per la individuazione degli eventuali concorrenti.

Se il colpevole di uno dei delitti previsti dagli articoli 241, 276, 280, 283, 284, 285, 286, 289 e 295 del codice penale coopera efficacemente ad impedire l'evento cui gli atti da lui commessi sono diretti soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sè un reato diverso.

Quando il giudice fondatamente ritiene che ai sensi dei precedenti commi può essere dichiarata la non punibilità, non deve essere emesso l'ordine o il mandato di cattura nei confronti di chi si presenta spontaneamente all'autorità di polizia o all'autorità giudiziaria e può essere concessa la libertà

provvisoria, anche in istruttoria. In entrambi i casi possono essere imposti gli obblighi o i divieti di cui al penultimo comma dell'articolo 1.

Non si applica l'articolo 5 del decreto-legge 15 dicembre 1979, n° 625, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 6 febbraio 1980, n° 15.

art. 6. Libertà provvisoria.- Fuori dei casi previsti dall'articolo 8 del decreto-legge 15 dicembre 1979, n° 625, convertito in legge, con modificazioni dalla legge 6 febbraio 1980, n° 15, all'imputato di reato commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale al quale è stata riconosciuta l'attenuante di cui al secondo comma dell'articolo 3 può essere concessa la libertà provvisoria con la sentenza di primo grado o anche successivamente quando, tenuto conto della sua personalità, anche desunta dalla modalità della condotta, nonché dal comportamento processuale, il giudice possa fondatamente ritenere dal comportamento processuale, che si asterrà dal commettere reati che pongano in pericolo le esigenze di tutela della collettività.

L'imputato che ha ottenuto la libertà provvisoria ai sensi del comma precedente può ottenere lo stesso beneficio in relazione ad altri reati per i quali sia pendente separato procedimento. Se è stata già emessa sentenza di condanna, la libertà provvisoria può essere concessa solo se l'imputato tiene uno dei comportamenti previsti dall'articolo 3. Sulla concessione della libertà provvisoria decide il giudice competente per il procedimento.

Agli imputati dei reati indicati nell'articolo 1. La libertà provvisoria può essere concessa anche in istruttoria, quando il giudice, tenuto conto del comportamento processuale comprovante l'avvenuta dissociazione, ritenga fondatamente che possa essere dichiarata la non punibilità alle condizioni stabilite nel detto articolo.

art. 7. Sospensione condizionale della pena.- nei casi previsti dagli articoli 2 e 3, restando quanto disposto dagli articoli 164, primo, secondo e terzo comma, 165, 166 I 168 del codice penale, il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna a pena detentiva non superiore a quattro anni e sei mesi, se il reato è stato commesso dal minore degli anni diciotto, a quattro anni, se il reato è stato commesso da persona in età inferiore ad anni ventuno o superiore ad anni settanta, ed a tre anni e sei mesi in ogni altro caso ovvero a pena pecuniaria che, sola o congiunta alle dette pene detentive e convertita a norma

di legge, priverebbe della libertà personale per un tempo non superiore a quello sopra rispettivamente indicato, può ordinare che l'esecuzione della pena rimanga sospesa per il termine di dieci anni la condanna per delitto e di cinque anni se la condanna è per contravvenzione.

La sospensione condizionale può essere concessa una seconda volta purchè la pena da infliggere, cumulata con quella irrogata nella condanna precedente, non superio i limiti indicati nel primo comma.

art. 8. Liberazione condizionale.- In deroga alle disposizioni dell'articolo 176 del codice penale, il condannato a pena detentiva per uno o più reati per i quali gli sia stata riconosciuta una delle circostanze attenuanti previste dagli articoli 2 e 3, che durante l'esecuzione della pena abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento, può essere ammesso alla liberazione condizionale se ha scontato metà della pena inflittagli.

La disposizione di cui al comma precedente si applica anche se la condanna è intervenuta prima dell'entrata in vigore della presente legge e il condannato ha tenuto uno dei comportamenti previsti dall'articolo 3.

Per la concessione della liberazione condizionale di cui ai precedenti commi è competente la corte d'appello nel cui distretto è compreso il giudice che ha pronunciato l'ultima sentenza di condanna.

art. 9. Revoca della liberazione condizionale.- La liberazione condizionale prevista dall'articolo precedente è revocata in ogni tempo se la persona libera commette successivamente un delitto non colposo per il quale la legge prevede la pena della reclusione superiore nel massimo ai quattro anni ovvero se risulti che la liberazione condizionale è stata ottenuta a mezzo di dichiarazioni di cui sia stata giudizialmente accertata la falsità.

art. 10. Decadenza dei benefici.- Quando risulta che la cause di non punibilità previste dagli articoli 1 e 5 e le attenuanti previste dagli articoli 2 e 3 sono state applicate per effetto di false o reticenti dichiarazioni è ammessa la revisione della sentenza a domanda del procuratore generale presso la corte di appello nel cui distretto la sentenza stessa è stata pronunciata, o del procuratore generale presso la Corte di cassazione, d'ufficio o su richiesta del Ministro di grazia e giustizia.

Il giudice può infliggere una pena più grave per specie o quantità e revocare i benefici concessi.

Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dal capo III del titolo III del libro III del codice di procedura penale.

Quando le circostanze di cui al primo comma emergono prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile, gli atti vengono trasmessi al pubblico ministero presso il giudice di primo grado, per la rinnovazione del giudizio.

art. 11. Disposizione interpretativa.- All'espressione "eversione dell'ordine democratico" usata nelle disposizioni di legge precedenti alla presente, corrisponde, per ogni effetto giuridico, l'espressione "eversione dell'ordinamento costituzionale".

art. 12. Limiti di applicabilità.- Le disposizioni degli articoli 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 10 si applicano solo ai reati che siano stati commessi o la cui permanenza sia iniziata entro el 31 gennaio 1982 purchè i comportamenti cui è condizionata la loro applicazione vengano tenuti entro centoventi giorni dall'entrata in vigore della presente legge.

art. 13. La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

Pues bien, por cuanto creo que la complejidad de la ley lo hace necesario y sobre todo, porque de ello se pueden extraer importantes enseñanzas para el estudio de la cuestión en el Derecho español, llevaré a cabo, a continuación, un breve análisis de la misma.

Se comenzará por el estudio de lo que la ley llama "*casi di non punibilità*". Primero por la prevista en el art. 1; y, en segundo lugar, me referiré a la contenida en el art. 5.

Por lo que se refiere al **art. 1**, los distintos casos de no punibilidad que prevé podrían clasificarse del siguiente modo:

a) Aplicables a quienes fueran meros responsables de diversos delitos asociativos (art. 1, p. 1 y 2);

b) Aplicables a quienes, además, de ser responsables de pertenencia a asociación terrorista, lo fueran también de alguno de los delitos conexos que no excluyen la aplicación del beneficio (art. 1, p. 3, letra 1);

c) Aplicables a quienes sin ser responsables del delito asociativo, lo fueran de las diversas modalidades de asistencia o encubrimiento a que el precepto se refiere (art. 1, p. 3, letra b).

Aquí aparece ya un primer dato de interés: La Ley no limita el **ámbito subjetivo** de aplicación a los sujetos pertenecientes a la asociación terrorista sino que lo extiende, al menos, a quienes ajenos a ella, hubieren auxiliado o encubierto a persona implicada en delitos caracterizados por la específica finalidad de terrorismo o eversión. Tal posibilidad no figuraba en el texto aprobado en el Senado sino que fue introducida por vía de enmienda, en cuya fundamentación se alegaron argumentos que justificaban, por su obviedad, la aceptación de la enmienda. Dijo, al respecto, L. VIOLANTE: "Noi prometiamo (...) l'impunità a che ha partecipato alla banda armata (...) una non promettiamo alcuna impunità a che ha ospitato in casa, anche per un solo giorno, questa persona (...) è un problema di coerenza (...) e, in pratica, significa costringere la gente a dichiarare partecipe alla banda armata perchè solo così (...) può giovarsi dell'impunità"⁽¹⁵⁵⁾.

Pasamos, a continuación, a ver cuales son, en cada uno de los tres casos vistos, las conductas a que la ley liga la concesión del beneficio.

Comenzamos por las consignadas en los párrafos 1 y 2 del art. 1, esto es, aquellas que se dirigen a los meros responsables de alguno de los delitos asociativos previstos en los Arts. 280, 270 bis, 304, 305 ó 306 C.P.

Tales sujetos deberán realizar, alternativamente alguna de las siguientes **conductas**.

a) Disolver o determinar la disolución de la banda (art. 1, p. 1, letra a).

Respecto de tal hipótesis se afirmó unánimemente⁽¹⁵⁶⁾ que era auténtica letra muerta, lo cual resulta obvio. El sujeto que está en condiciones de alcanzar ese

⁽¹⁵⁵⁾ Camera dei Deputati VIII Legislatura. Assemblea, seduta del 24 Febbraio 1982. Puede verse también en LAUDI, *I casi...*, *op. cit.*, p. 321.

⁽¹⁵⁶⁾ Así, entre otros, CASELLI-PERDUCA, *Commento, Legge 29/5/1982, n. 304. Misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale*, *La legislazione penale*, 1982, p. 547; LAUDI, *I casi...*, *op. cit.*, p. 16; DE MAGLIE, "Il fenomeno della dissociazione come circostanza attenuante e come causa di esclusione della punibilità", *Archivio penale*, 1985, p. 155; SALVINI, "Un primo...", *op. cit.*, p. 1259.

resultado, difícilmente no habrá cometido alguno de los delitos conexos que excluyen la aplicación del beneficio.

b) Retirarse, entregarse sin oponer resistencia o abandonar las armas, y, en los tres casos, dar toda la información sobre la estructura y organización de la asociación o la banda (art. 1, p. 1 letra b).

Con relación a este supuesto uno de los problemas⁽¹⁵⁷⁾ más debatidos fue el relativo al objeto y alcance de la información exigida; requisito éste que no estaba previsto en el texto elaborado por la comisión de Justicia del Senado sino que fue introducido por vía de enmienda⁽¹⁵⁸⁾, de la que se dijo que: "tale previsione aggiuntiva inquina fortemente l'istituto, non solo sul piano tecnico-giuridico, ma anche (ed è ciò che più conta) in relazione a quello che dovrebbe essere il significato politico"⁽¹⁵⁹⁾.

En este punto se plantearon cuestiones cómo la de si en los conceptos de estructura y organización⁽¹⁶⁰⁾ debían entenderse comprendidos los nombres de los integrantes de la asociación terrorista⁽¹⁶¹⁾, o la relativa a si bastaba para integrar el requisito el que el sujeto informara sobre lo poco que sabía o incluso que se limitase a aportar datos de los que las autoridades competentes ya tuviesen conocimiento⁽¹⁶²⁾.

⁽¹⁵⁷⁾ Otra cuestión de interés fue v.g., la relativa a si esta hipótesis abarcaba o no los casos en que ya se había emitido contra el sujeto orden de detención o había tenido lugar el inicio del proceso. Se trataba de dilucidar si en estos casos podía entenderse que el comportamiento era voluntario, requisito que, unánimemente, se entendía implícitamente exigido. Vid. LAUDI, I casi..., *op. cit.*, p. 21, con referencias jurisprudenciales.

⁽¹⁵⁸⁾ El texto exacto de la enmienda era "e comunque forniscono ogni utile informazione sulla struttura e sulla organizzazione della associazione o della banda". 367ª Seduta pubblica. Senato della Repubblica, 28 gennaio 1982. Posteriormente, se suprimió el adjetivo "útil" del texto definitivo. Vid. LAUDI, I casi..., *op. cit.*, p. 243 y ss y 272 y ss

⁽¹⁵⁹⁾ La crítica proviene del colectivo MAGISTRATURA DEMOCRATICA, "Osservazioni sul disegno di legge approvato dal Senato concernete misure er la difesa dell'ordinamento costituzionale", Questione Giustizia, 1988, p. 472 y 473.

⁽¹⁶⁰⁾ Vid. sobre estos conceptos, LAUDI, I casi..., *op. cit.*, p. 37 y ss.

⁽¹⁶¹⁾ En contra de una interpretación favorable a tal exigencia, LAUDI, I casi..., *op. cit.*, p. 35 y 44 y ss.

⁽¹⁶²⁾ A juicio de SALVINI, el hecho de que en el texto definitivo hubiere desaparecido el adjetivo "útil" que en la enmienda se predicaba de la información, avalaba una contestación afirmativa; "Un primo...", *op. cit.*, p. 1260.

En general, puede decirse que la doctrina interpretó este requisito de un modo flexible. En realidad, de los mismos trabajos preparatorios se extrae que esta forma de colaboración aparece como un "quid minus" en relación con las previstas en los Arts. 2 y 3⁽¹⁶³⁾; lo cual se explica en cierto modo porque, aunque se trate de una causa de no punibilidad -y no de una causa de atenuación como sucede en estos últimos preceptos- ésta opera a favor de quien sólo es responsable del delito asociativo o de algunos delitos a él conexos, a diferencia de las causas de atenuación, cuyo ámbito se extiende a quienes, además, fueran responsables de cualesquiera otros delitos singulares relacionados con aquél.

c) Impedir que sea llevada a término la ejecución de los delitos para cuya comisión se formó la banda (art. 1 p. 2).

Esta es la última de las tres modalidades de conducta que se prevén a favor de los meros responsables del delito asociativo.

Fue quizá la menos polémica de todas las previsiones. No obstante, se entendió que era necesario restringir los resultados a que podía conducir una interpretación literal de la ley. De un lado, porque si hubiera de entenderse que el sujeto debía impedir todos los delitos para cuya comisión se formó la banda, ello impediría, de hecho, la aplicación de la norma⁽¹⁶⁴⁾. De otro, porque según como se interpretase la expresión "*reati per cui la associazione o la banda e stata formata*" podría eliminarse la posibilidad -tan traída y llevada durante el *iter* de elaboración de la ley- de que pudiera aplicarse a los "marginales" de la organización; y así sería si por tales delitos se entendieran sólo aquellos que atacaban los bienes jurídicos más esenciales y perseguían de un modo directo e inmediato la desestabilización del orden constitucional, delitos que, raramente, se dejan en manos de las capas inferiores de la organización⁽¹⁶⁵⁾.

Veamos, a continuación, la causa de exclusión de la pena prevista a favor del segundo grupo de sujetos a que nos hemos referido, esto es, aquellos que integrados en

⁽¹⁶³⁾ No obstante -como señala SALVINI- el legislador ha difuminado las fronteras entre los artículos 1 y 2, al transformar, de hecho, el comportamiento a que se refiere el art. 1, párrafo 1, en "un primo gradino de la collaborazione", "Un primo...", *op. cit.*, p. 1259.

⁽¹⁶⁴⁾ LAUDI, *I casi...*, *op. cit.*, p. 104.

⁽¹⁶⁵⁾ CASELLI-PERDUCA, "Commento...", *op. cit.*, p. 552; Vid. también LAUDI, *I casi...*, *op. cit.*, p. 101.

una organización terrorista hubieren cometido determinados delitos que no excluyen la aplicación del beneficio (art. 1 p. 3 letra a).

El hecho de que la regla general -consistente en la imposibilidad de beneficiarse de la causa de no punibilidad quienes hubieren cometido delitos conexos al asociativo-tuviera como excepción lo previsto en el párrafo tercero del art. 1, respondía al deseo declarado de permitir que se aplicase a quienes ocupaban las capas inferiores de la organización; o lo que es lo mismo, tanto la regla general como su excepción eran expresión de la voluntad legislativa de reservar el art. 1 a los "marginales" porque, difícilmente, quien ocupase un nivel más elevado no sería responsable de algún delito conexo que, al no ser de los previstos en el apartado tercero, excluía la posibilidad de quedar exento de pena.

Sin embargo, la doctrina, con cierta unanimidad⁽¹⁶⁶⁾, puso de manifiesto la incapacidad del párrafo que analizamos para cumplir las funciones señaladas. De un lado por cuanto dentro de la relación de delitos que no eliminaban la posibilidad de quedar exento de pena no se habían contemplado otros que, como el hurto o la utilización indebida de vehículo de motor, eran propios de los cuadros menores. Por contra, no se entendía la razón por la cual la venta y fabricación de armas, por ejemplo, no excluían, pese a su gravedad, la posibilidad de conceder el beneficio⁽¹⁶⁷⁾.

Pues bien, la concesión del beneficio en estos casos quedaba supeditada a la realización de alguna de las conductas previstas en las letra a y b del párrafo primero art. 1, a que ya se ha hecho referencia.

Obsérvese lo siguiente: de un lado, resulta excluida la modalidad que consistía en impedir la comisión de delitos. De otro lado, si tenemos en cuenta que, por las razones que se apuntaban, la conducta a que se refiere la letra a) del párrafo primero es, de hecho inaplicable, resulta que la única posibilidad de acceder al beneficio es llevando a cabo el comportamiento a que se refiere la letra b) del párrafo primero. Precisamente, aquella que de un modo más evidente ponía de manifiesto la "lógica de la colaboración" que -pese a lo que se dijera- inspira toda la ley.

⁽¹⁶⁶⁾ Vid. CASELLI-PERDUCA, "Commento...", *op. cit.*, p. 548 y 549; DE MAGLIE, *Il fenomeno...*, *op. cit.*, p. 168; LAUDI, *I casi...*, *op. cit.*, p. 83 y ss; MAGISTRATURA DEMOCRATICA, "Observazioni...", *Op. cit.*, p. 474.

⁽¹⁶⁷⁾ LAUDI, *I casi...*, *Op. cit.* p. 83.

Por lo que se refiere a la causa de exclusión de la pena aplicable a quienes, sin pertenecer a la organización, eran responsables del delito de "*favoreggiamento*" (art. 1 p. 3 letra b).

Ya se hizo mención ⁽¹⁶⁸⁾ de alguna de las razones que se alegaron a favor de introducir tal supuesto. Sin embargo, parece más acertado creer que la enmienda fue aceptada, al menos en parte, porque se cayó en la cuenta de que los responsables de estos delitos podían ofrecer una colaboración de gran alcance, que es, precisamente el comportamiento que de ellos se exige ⁽¹⁶⁹⁾.

Para poner fin al comentario del precepto que nos ocupa, hay que referirse a dos tipos de cuestiones. La primera, es la relativa al requisito de la **disociación o abandono** del terrorismo. La segunda, atiende a la posibilidad, prevista en el párrafo último del art. 1, de no dictar orden de detención o captura cuando el sujeto se **presentase espontáneamente** a las autoridades, antes de haberse iniciado el procedimiento, y llevando a cabo alguno de los comportamientos a que se refieren los párrafos primero y segundo del art. 1.

Por lo que a la **disociación** se refiere, hay que observar que en el precepto no se la concibe como requisito suficiente para acceder al beneficio que allí se establece.

Ello era debido -a juicio de la doctrina- al deseo del legislador de objetivar al máximo este requisito, esto es, de reconducirlo -a través de las diversas modalidades de conducta que hemos visto- a un comportamiento objetivamente constatable, evitando de este modo, disociaciones meramente aparentes ⁽¹⁷⁰⁾.

También se puntualizó ⁽¹⁷¹⁾ que, no bastaba con la realización de alguna de aquellas conductas para tener por cumplido el requisito de la disociación del terrorismo; que tal disociación era el presupuesto lógico de los comportamientos que, según el art. 1, debían realizar quienes hubieren sido miembros de una organización terrorista para poder gozar del beneficio, pero que la citada disociación no se confundía con los mismos.

⁽¹⁶⁸⁾ Vid. en este Capítulo, nota 155.

⁽¹⁶⁹⁾ Téngase presente que se requiere que ofrezcan "*completa informazione*"; lo cual llevó a la doctrina y a la jurisprudencia a entender que era imprescindible que junto a otros datos, constase el nombre del individuo o individuos auxiliados o encubiertos Vid. LAUDI, *I casi...*, *op. cit.*, p. 114.

⁽¹⁷⁰⁾ En este sentido, entre otros, CASELLI-PERDUCA, "*Commento...*", *op. cit.*, p. 548; SALVINI, "*Un primo...*", *op. cit.*, p. 1259.

⁽¹⁷¹⁾ Así, CASELLI-PERDUCA, "*Commento...*", *op. cit.*, p. 553; LAUDI, *I casi...*, *op. cit.*, p. 56 y ss; DE MAGLIE, "*Il fenomeno...*", *op. cit.*, p. 150 y ss.