



Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo¹ y la calumnia: problemas y perspectivas*

Enzo Musco

Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Roma

1. Consideraciones introductorias

Desde 1991/92 Italia posee una legislación orgánica en materia de *pentiti*, es decir, aquellos sujetos que confiesan sus propios crímenes y proporcionan a la autoridad informaciones necesarias para la reconstrucción del hecho y la individualización de los participantes en el delito, signo indiscutible de la importancia de esta problemática dentro del ordenamiento jurídico-penal.

Pero la atención hacia el fenómeno no es sólo cuestión de derecho interno: también a nivel europeo se ha tomado plena conciencia de la necesidad de dictar reglas en la materia para afrontar de manera más eficaz la criminalidad organizada internacional. Se sabe, por ejemplo, que el 20 de diciembre de 1996 ha emanado una recomendación del Consejo de Europa que justamente tiene como objeto a los colaboradores con la justicia en la lucha contra la criminalidad organizada y mediante la cual se invita a los Estados miembros a solicitar las colaboraciones procesales en consideración a la particular eficacia poseída por las informaciones proporcionadas por los miembros de las organizaciones criminales, valorando la posibilidad de concederles beneficios y medidas de protección. Según la recomendación, deben considerarse colaboradores con la justicia tanto "aquellos que proporcionan informaciones útiles a las autoridades competentes con fines investigadores y con finalidad de adquirir pruebas pertinentes relativas a la composición o a la estructura o a las actividades de las organizaciones criminales, a las relaciones incluso internacionales con otros grupos criminales y a los delitos que estas organizaciones o grupos han cometido o podrían cometer"; como "aquellos que proporcionan una efectiva y concre-

ta ayuda a las autoridades competentes para contribuir a recuperar de las organizaciones criminales recursos ilícitos o provenientes de los delitos".

Es obvio que el término *pentitismo* no se usa en su dimensión ética, sino en su acepción menos noble, en el sentido hoy en uso en la comunidad social, en el significado vulgar que se limita a indicar simplemente el hecho objetivo de la admisión de la propia responsabilidad por uno o más delitos, acompañado de la ayuda proporcionada a los investigadores para el conocimiento del mundo criminal al que pertenece. Ninguna dimensión de orden moral, interno, psicológico, de recuperación de valores sociales, sino solamente indicación de un dato empírico, de oportunidad y de contratación, en una lógica típica del intercambio de favores.

El fenómeno del *pentitismo*, en la lucha contra la criminalidad organizada y de carácter mafioso, ha crecido en el curso del último quinquenio desmesuradamente hasta alcanzar dimensiones enormes, gigantescas, impensables en el momento en el que se introduce la legislación de recompensa para este tipo de criminalidad y es de tal manera que crea preocupaciones a quienes han sido los más tenaces defensores y son los más directos actores de todo ello, en lo que se refiere a la gestión sustancial y procesal.

Según los más recientes datos –contenidos en la relación semestral del Ministro del Interior al Parlamento relativa al primer semestre de 1997– el 30 de junio de 1997 los colaboradores con la justicia protegidos suman 1.091, mientras que los familiares protegidos son 4.950, para un total de 6.041 unidades. De los 1.091 protegidos, los que provienen del mundo de la criminalidad son 1.037, mientras que los restantes 54 colaboradores son

* Traducción realizada por VIRGINIA SÁNCHEZ LÓPEZ (Universidad de Salamanca).

1. Nota de la traductora: utilizaremos a lo largo de todo el artículo los términos *pentiti* y *pentitismo* para referirnos a los sujetos arrepentidos de su pertenencia a grupos de criminalidad organizada y del fenómeno en sí, terminología profundamente arraigada en el Derecho Penal italiano.

simples testigos de hechos criminales. Bastante significativa es el área de procedencia: 375 pertenecían a la *mafia*, 189 a la *camorra*, 146 a la *ndrangheta*, 93 a la *sacra corona*, mientras que 234 a otras formas de criminalidad organizada y no organizada y a fenómenos terroristas. Respecto al semestre anterior, se registra una disminución de 182 colaboradores y de 797 familiares menos.

Es muy interesante comprobar la zona territorial de procedencia de los *pentiti*: la gran parte de los colaboradores con la justicia proviene de las tradicionales zonas de asentamiento de las organizaciones, esto es, de Sicilia (375), de Campania (201), de Puglia (134) y de Calabria (125). Pero no faltan colaboradores con la justicia que provengan también de otras regiones del país: de Lombardia (36), de Sardeña (23), de Veneto (27), de Piamonte (16), de Liguria (14), de Basilicata (7) y de Friuli (5).

El examen de la posición jurídica de los colaboradores con la justicia se revela de fundamental importancia para la valoración del fenómeno. Se delinea de la siguiente manera: 637 están en estado de libertad; 159 gozan de las medidas alternativas a la detención; 11 se encuentran en arresto domiciliario; 4 están en estado de custodia extracarceraria; 229 se encuentran en estado de detención en instituciones penitenciarias.

De un estudio criminológico, hecho sobre 180 colaboradores con la justicia representativos de la totalidad, ha resultado lo siguiente:

- antes del arrepentimiento, se les había declarado responsables de 867 homicidios, aproximadamente 5 cada uno;
- después del arrepentimiento, el 13,3 por cien había vuelto a cometer acciones criminales;
- después del arrepentimiento, casi el 11,1 por cien ha mantenido comportamientos imprudentes e incompatibles con el estado de colaborador;
- los sujetos examinados han denunciado globalmente cerca de 4.300 personas con una media de casi 24 personas por cada colaborador;
- 4 colaboradores han sido asesinados y 4 se han suicidado;
- el 43 por cien ha acusado a importantes personajes, pero sólo el 27 por cien ha ofrecido informaciones de gran relevancia;
- el 85 por cien de estos sujetos están de alguna manera en libertad (este dato se considera alarmante en todo caso²).

Toda esta imponente masa de colaboradores con la justicia es fruto del cambio estratégico efec-

tuado por el legislador en 1991 con la creación de un sistema orgánico de incentivos para la colaboración y la protección para los colaboradores y sus familiares de riesgo. De hecho, se remonta a 1991 —es decir, a un momento histórico de particular agitación y de gravísima alarma social por el impresionante y extenso aumento de la criminalidad mafiosa— la emanación de la normativa que aún hoy regula el fenómeno, es decir, las leyes núm. 203 de 12 de junio de 1991 (de conversión del D. L. núm. 152 de 13 de mayo de 1991), así como su modificación con la ley núm. 356 de 1992 (de conversión a su vez del D. L. núm. 306 de 1992) y núm. 82 de 15 de marzo de 1991 (que convierte el D. L. de 15 de enero de 1991): normativa que finalmente acogía las opciones político-criminales solicitadas por los magistrados que se encuentran al frente de la lucha contra la criminalidad organizada y que tenía como modelo la legislación dictada en materia de terrorismo entre el final de los años setenta y el comienzo de los años ochenta.

Este cambio en la estrategia de ataque al crimen organizado surge, por otro lado, en un momento histórico de particular agitación y de gravísima alarma por el impresionante y extenso aumento de la criminalidad mafiosa: en un momento histórico en el cual no se duda de la naturaleza de "Anti-estado" de la criminalidad mafiosa demostrada, entre otros factores, por la pérdida por parte del Estado del control del territorio en tres de las mayores regiones del sur del país. Las masacres en las que han perdido la vida los símbolos por excelencia de la lucha contra la mafia, los valerosos magistrados Giovanni Falcone y Paolo Borsellino, son el más elocuente testimonio de ello.

2. Características de la legislación de recompensa

La legislación de recompensa, introducida con las citadas leyes núm. 82 de 1991 y núm. 203 de 1992, contiene una profunda distinción entre mafiosos (y afines) colaboradores y mafiosos irrecuperables, previendo para cada una de estas categorías un tratamiento (*lato sensu*) sancionatorio específico, de premio y de retribución para los primeros a causa de su colaboración y de severidad y rigor para los segundos (agravando las penas, impidiendo la concesión de los beneficios penitenciarios y haciendo más rigurosa la regulación de la custodia cautelar).

El tratamiento previsto para los colaboradores con la justicia se mueve sobre el marco de la reacción penal al delito: ya sea sobre el plano estricta-

2. Cfr. el *Rapporto conclusivo del 2º Seminario di scienze criminologiche sobre "Né criminale pentito, né pentito criminale. Testimone protetto"*. *Riflessione sullo strumento dei cosiddetti collaboratori di giustizia per evitare distorsione ed orientare scientificamente la nuova disciplina*, Roma, 1997.

mente penal, ya sea sobre la vertiente de los beneficios de naturaleza penitenciaria, sean procesales o de asistencia. Se trata de una recompensa de 360 grados que se preocupa de dar al colaborador con la justicia una retribución, no sólo en el terreno específico de su responsabilidad penal, sino que también implica sus intereses existenciales y los de quienes conviven con él.

Pero veamos con más detalle en qué consiste este tratamiento de recompensa, después de haber hecho dos precisiones preliminares e importantísimas. La primera es ésta: el tratamiento de recompensa presupone la existencia de un programa de protección, es decir, la aplicación de las llamadas medidas urgentes de protección. Se trata de medidas adoptadas por una comisión central o por el jefe de la policía, que tienen un contenido protector y asistencial y la función de asegurar al colaborador condiciones mínimas de vida y seguridad.

La segunda se refiere al tipo de delito: el elenco de los delitos respecto a los cuales se permite el acceso al programa de protección es el previsto en el artículo 380 del código de procedimiento criminal, que contempla una amplia gama de hipótesis delictivas.

a) Sobre el plano penal más estricto (el del derecho penal sustancial), el artículo 8 de la Ley núm. 213/91 prevé una específica circunstancia atenuante "para los delitos del artículo 416-bis del Código Penal y para aquéllos cometidos valiéndose de las condiciones previstas en dicho artículo o bien con el fin de facilitar la actividad de las asociaciones de tipo mafioso, frente al imputado que, separándose de los otros, se compromete a evitar que la actividad delictiva conlleve consecuencias ulteriores, incluso ayudando concretamente a la autoridad de policía o a la autoridad judicial en la búsqueda de elementos decisivos para la reconstrucción de los hechos y para la individualización y la captura de los autores de los delitos".

La atenuación de la pena es bastante relevante: la pena de cadena perpetua es sustituida por la reclusión de doce a veinte años y las otras penas se rebajan de un tercio a la mitad.

b) Aún más: viene previsto un premio más consistente en el ámbito del ordenamiento penitenciario. Se trata quizás —o incluso sin quizás— de los beneficios más tangibles, los que permiten conceder a los colaboradores con la justicia las medidas alternativas a la detención, es decir, la liberación anticipada, la semilibertad, el acogimiento a prueba bajo el control del servicio social, así como las autorizaciones y la detención domiciliaria. A todos aquellos que colaboran con la justicia —inclu-

so si la colaboración se presta después de la condena— pueden concedérseles los beneficios penitenciarios, de otro modo prohibidos por el artículo 4 bis, apartado 1, parte primera, del ordenamiento penal. Y, como consecuencia de la disposición introducida en el artículo 13 ter de la Ley 82/91, la medida en tema de beneficios penitenciarios puede ser adoptada "incluso derogando las vigentes disposiciones del ordenamiento judicial" incluidas "aquéllas relativas a los límites de la pena" y explica sus efectos "frente a las personas admitidas en un especial programa de protección". Sobre la base de esta regulación, incluso el condenado a cadena perpetua —una vez arrepentido y protegido— puede beneficiarse del acogimiento a prueba bajo el control del servicio social.

Como se ha observado con referencia a la concesión de los beneficios penitenciarios, el principio de la recompensa alcanza su más alta expresión porque de un plumazo se ha creado un sistema alternativo que borra todos los requisitos previstos en la ley-base y "se relaciona estrictamente con el mero elemento de la conducta, con tal grado de colaboración que pone en peligro la seguridad personal que debe ser garantizada con el programa de protección, con la única posibilidad de obtener beneficios con condiciones de absoluto privilegio"³.

c) Para los colaboradores con la justicia admitidos en el programa especial de protección o durante el tiempo necesario para la definición del programa especial de protección, se prevé también la posibilidad de ser "custodiados en lugares diversos de las cárceles" si están sujetos a la custodia cautelar o bien de ser internados "en lugares diversos de las instituciones penitenciarias" si están sujetos a la ejecución de la pena. La posibilidad de utilizar un circuito de detención diferenciado (incluso extracarcelario) estando previsto fundamentalmente por razones de seguridad y no habiendo sido concebido como instrumento de recompensa, representa de hecho y objetivamente un significado de retribución, ofrecida por el Estado por la colaboración.

d) Aún más: para los colaboradores con la justicia está prevista la posibilidad de cambio de los datos personales, es decir, la creación de una nueva identidad en los registros del estado civil, con la posibilidad de producir todos los certificados necesarios en la vida social.

e) No parecen indiferentes las medidas de sustento económico a favor del colaborador orientadas al mantenimiento de él (y de su familia) y a la futura reinserción en la sociedad. Por lo que se refiere al verdadero y propio cheque de manteni-

3. DELEHAYE, Collaboratori della giustizia e misure alternative alla detenzione: problemi applicativi e uniformità interpretative, in Documenti giust..., 1995, p. 740.

miento, la relación al Parlamento del Ministro del Interior no especifica el montante, pero recuerda que según prescripciones reglamentarias, viene anualmente adecuada a los índices Istat del consumo de las familias del centro-norte.

3. Las razones de la extensión de la regulación de recompensa a los colaboradores con la justicia

Como ya ha habido oportunidad de señalar, la elección de utilizar el modelo de recompensa experimentado con éxito en la lucha contra el terrorismo político se funda en razones político-criminales en sentido estricto, fruto –si se quiere– de las consideraciones de la razón práctica. La reflexión de fondo se articula sobre la necesidad de conocer el interior de la organización de carácter mafioso, que no podría ser adquirido de manera diversa y con el doble objetivo de la verificación de los hechos del delito y de la identificación de los culpables. Con la colaboración procesal se intenta, en primer lugar, destruir el mito de la complicidad, que constituye el obstáculo más relevante para el alcance de objetivos concretos en la lucha contra la criminalidad organizada. En otros términos, se ha tomado conciencia –finalmente– que atacar desde el exterior sociedades criminales que tienen una sólida raíz en el tejido social y que utilizan instrumentos feroces de intimidación en el contexto socio-económico en el que actúan, reclama la utilización de instrumentos extraordinarios respecto a aquellos que sean idóneos para atacar la criminalidad común. La introducción de las medidas de recompensa para la colaboración debe entonces insertarse en un contexto de recuperación de la eficiencia en la actividad de represión de los delitos. Lejos de representar un signo de debilidad del Estado frente al mundo del crimen, el fenómeno de la colaboración exalta, por el contrario, su presencia y vitalidad. Como demostrará la circunstancia de que el fenómeno del *pentitismo* –incluso según la valoración de un magistrado del calibre de Giovanni Falcone⁴– se habría comenzado a manifestar en el sector de la criminalidad organizada de carácter mafioso “solamente cuando un trabajo intenso y una mejor profesionalidad de algunos sectores de la policía y de la magistratura han conseguido gradualmente resultados cada vez más incisivos en la actividad de represión y, por tanto, solamente cuando el Estado ha demostrado “querer actuar en serio” y ha aparecido con más credibilidad también a los ojos de la propia criminalidad”.

Desde esta perspectiva, la incentivación de la colaboración aparece como el signo de una reen-

contrada eficiencia y de un nuevo trabajo en nombre del respeto de la autoridad del Estado: obligar a los miembros –especialmente a los más importantes– de una organización de carácter mafioso a entregar a la autoridad del Estado los propios destinos a cambio de la colaboración prestada, no sólo significa aumentar la capacidad de reacción del Estado, sino que quiere también expresar, de modo simbólico, el reconocimiento de la autoridad del Estado y la ruptura del citado vínculo de complicidad.

4. Las razones de la oposición a la legislación de recompensa

La legislación de recompensa ha sido objeto, desde los orígenes, de una serie de robustas y relevantes críticas que han atacado fundamentalmente sus cimientos, a pesar de que con el transcurso del tiempo se han concentrado sobre la modalidad de gestión. A decir verdad, incluso los más encendidos sostenedores –los descamisados– de la regulación de recompensa están –en este preciso momento histórico– convencidos de la necesidad de tener que reglamentar de otra forma el fenómeno, porque ha adquirido en la concreta vida del derecho tres connotaciones que lo ponen en riesgo: porque se ha convertido en: a) pletórico; b) imposible de gestionar; c) peligroso. Y reclaman modificaciones adecuadas.

Aquí, por el contrario, se quieren sintetizar las razones de fondo que se hicieron valer –al tiempo de la elección legislativa– por los opositores de la extensión de la regulación de recompensa a la criminalidad organizada. Comenzando con una consideración generalísima de orden ético. Se ha subrayado ya la inmoralidad del uso de un instrumento que conlleva la delación, tanto más grave cuanto que es causa frecuente de inculpación y de arresto de inocentes.

En segundo lugar, se ha disminuido fuertemente el papel de la legislación de recompensa en el análisis de la derrota del terrorismo: la impresión de la notable eficacia de esta respuesta respecto al surgimiento de la crisis del terrorismo político, se había degradado fuertemente con el transcurso del tiempo como mera concausa de semejante crisis. Es difícil pensar que el terrorismo político ha sido derrotado por las confesiones de los *pentiti*; las personas que han reflexionado sobre aquellos años se han inclinado a invertir la relación causa-efecto, a pensar que los militantes de las formaciones armadas habían comenzado a hablar en el momento en el que la parábola del terrorismo había entrado en su fase declinante. Ninguno habla si vence siempre; más bien se trata del elemento

4. FALCONE, *Intervento al convegno "la legislazione premiale"*, in ricordo di Pietro Nuvoione, Milano, 1987, p. 228 y ss.

de la derrota que provoca las crisis políticas, morales y psicológicas que se manifiestan en la decisión de colaborar con el Estado⁵.

Este análisis crítico ha sido trasladado sobre los diferentes planos de la criminalidad organizada y se han acentuado las dificultades de uso del instrumento de la colaboración conexas a la tradicional complicidad que reina en el mundo del hampa organizada.

Aún más: se ha querido evidenciar la ruptura de la dialéctica procesal que implica el instrumento, con la acentuación de una lógica inquisitoria que pone en crisis los equilibrios procesales y disminuye la garantía de defensa del ciudadano.

Además se ha subrayado que la colaboración procesal se presta a ser utilizada en clave de instrumentalización política, para la persecución de finalidades extrajudiciales, en el interior de estrategias bien organizadas de agresión, orientadas a la finalidad de lucha política, que no tienen nada que ver con la verificación de la verdad. Desde esta perspectiva, se ha querido dar amplia relevancia, por un lado, a un tipo de degeneración del medio de colaboración que sólo impropia sería utilizado para derrotar el fenómeno mafioso, pero que realmente estaría destinado a atacar a los adversarios políticos. Testimonio de esta distorsión sería la inclinación siempre creciente de ciertas Fiscalías, a plantear a los *pentiti* preguntas sugestivas relativas a ciertos personajes políticos, a las cuales el *pentito*, comprendiendo el interés del Ministerio Fiscal a culpar a aquel político, responde con noticias a menudo inventadas e infundadas y/o repetitivas de acusaciones formuladas por otros –y ya conocidas– frente al mismo personaje. La revelación a tiempo sería el fruto de esta estrategia que encuentra después su reflejo en el círculo mediático. Así –ya se ha dicho– el pequeño viento de la calumnia y de la sospecha se precipita sobre una persona obligada a defenderse públicamente de acusaciones que, en virtud de su formulación genérica y alusiva, no pueden ser fácilmente rebatidas. Además, no es casual que ya en el lejano 1985 Giuliano Vassalli advertía que, con frecuencia, las confesiones de los *pentiti* de la mafia y de la camorra tienen sólo la finalidad de manipular la justicia⁶.

En síntesis, éstas son las razones “en contra”, algunas de las cuales –como veremos– han encontrado amplio consenso y vienen a ser centro de atención en la reforma de la legislación de recom-

pensa. Entre ellas –paradójicamente– no han encontrado lugar un conjunto de críticas, de no leve espesor y de naturaleza exquisitamente dogmática y de política criminal, ancladas en una precisa concepción del papel y de la función del derecho penal en una sociedad laica y secularizada, desarrolladas en el examen de la regulación de recompensa para el terrorismo⁷. Signo quizá de la escasa consideración y/o de la pérdida de importancia de la ciencia penal en la actual fase de desarrollo de la sociedad italiana. Sobre ellos volveremos dentro de un momento al hacer balance (v. *infra* &...), para intentar una valoración crítica que agrupe toda la problemática.

5. La disociación y la colaboración

a) El examen de la normativa en vigor presenta, desde el punto de vista del derecho penal sustancial, una figura de recompensa definible en términos de disociación-colaboración. Se trata de un tipo ya conocido desde la primera legislación de recompensa contra el terrorismo, cuyos elementos constitutivos están integrados, por un lado, por el elemento de la disociación y, por otro lado por el de la colaboración procesal.

A propósito de la disociación, se observa en primer lugar cómo en el pasado se ha dudado de la posibilidad de dotarla de un contenido específico. Y esta duda ha empujado a algún intérprete a plantear incluso cuestiones sobre su conformidad a la Constitución, bajo el perfil de la suficiente determinación, a causa de su sustancial intangibilidad de contenido. En realidad, en la época del terrorismo la exégesis del término disociación se polarizaba esencialmente hacia dos significados. En sentido objetivo, indicaba un comportamiento expresivo de la nueva elección de vida, consecuente con la decisión de troncar el vínculo ideológico de pertenencia a las formaciones subversivas, y no ya una mera actitud del espíritu ni una mera intención. Pero el fuerte componente de subjetivismo que la penetraba había empujado a algún autor de la doctrina a sospechar de la reaparición de espectros del pasado, es decir, “la inadmisibles apertura hacia un derecho penal del tipo de autor” o hacia aquello que se podría llamar el “mérito de autor” o para el nuevo modo de ser o de vivir, exactamente simétrico de la culpa de autor⁸. Y de aquí el peligro de una comprobación fuertemente moralizante y espiritual de los he-

5. DALLA CHIESA, *Gli effetti sociale del "pentitismo"*, en *Stato y mafia oggi*, Roma, 1985, p. 92.

6. VASSALLI, *Il pentitismo e le sue insidie*, en *Mondo operaio*, 1985, fasc. 11, p. 19.

7. Aquí se hace referencia a las significativas contribuciones de Bricola, Mantovani, Pisani, contenidas en el volumen *Diritto premiale e sistema penale*, Milán, 1983; a las de Cordero, Musco, Padovani, Pulitano, contenidas en el volumen *La legislazione premiale*. Milán, 1987; y a las de Flora, Nuvolone, Resta, Stortoni, y otras publicaciones en otros lugares.

8. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, 1984, p. 150.

chos por el juez penal, más dedicado a ocuparse del alma del disociado que de su acción.

A su vez, en sentido objetivo, la disociación expresa el alejamiento del sujeto del grupo subversivo al que pertenece, fruto de una decisión voluntaria. De tal modo viene a realizarse la separación del grupo de pertenencia, que aunque puede facilitar el recorrido, no tiene la posibilidad de procurar la disolución de la asociación subversiva y se acaba por subordinar "la eficacia atenuante de un comportamiento inmediatamente relevante para la efectiva cesación de la situación ofensiva en curso o por la potencial prevención de aquella verosímil, para un ulterior comportamiento sólo mediatamente y, por decirlo así, "en perspectiva", capaz de producir resultados apreciables sobre el plano de la prevención de la ofensa"⁹.

b) La colaboración procesal viene normativamente descrita como: 1) eliminación de las ulteriores consecuencias de la actividad delictual; 2) ayuda en la recogida de elementos decisivos para la reconstrucción de los hechos o para la individualización de los participantes.

Se trata indudablemente de una figura de recompensa, cuyo contenido consiste fundamentalmente en proporcionar a la autoridad judicial todos los elementos cognoscitivos necesarios con fines investigadores, o bien a bloquear las consecuencias de la previa actividad delictiva. Ella se resuelve, de un lado, en la predisposición de un anómalo medio procesal de investigación; y, de otro, en la identificación de un tipo normativo de criminal arrepentido (más exactamente: colaborador con la justicia) sometido a un peculiar tratamiento¹⁰.

No estamos frente a la individualización y a la descripción de una conducta con contenido antagónico, respecto a la sancionada en la figura de delito perfectamente funcional respecto a la concepción del derecho penal de un Estado laico, liberal, secularizado y orientado a la tutela de los bienes jurídicos y a la función de la pena como instrumento de prevención general y/o especial. La ley no reclama un comportamiento posterior al delito, dotado de la actitud de salvaguardar el mismo bien objeto de la agresión y aún no expuesto definitivamente: es evidente que, eliminando las ulteriores consecuencias o bien solicitando y facilitando la investigación, proporcionando a los investigadores los elementos "decisivos" para la reconstrucción del hecho y para la individualización y captura de los intervinientes, no se toca para nada la dimensión lesiva del hecho cometido.

Esto resulta evidente en la hipótesis de que la colaboración procesal se preste con referencia a

los delitos-objetivo, cometidos valiéndose de la fuerza de intimidación del vínculo mafioso o bien con la finalidad de facilitar la actividad de las mismas asociaciones mafiosas: de hecho, sólo de forma indirecta e instrumental podría sostenerse que la contribución del colaborador puede ser considerada como antagónica y, a su vez, como proyección de la tutela del bien hasta donde sea posible.

Por el contrario, parece posible formular una valoración diferente, en abstracto, sobre la hipótesis de que la colaboración -seguida de la disociación- viene prestada solamente con referencia al delito de asociación del artículo 416 bis del Código Penal: un reflejo sustancial sobre la ofensa es, en cierto modo, innegable, dado que proporcionar indicaciones sobre los componentes de la asociación significa crear los presupuestos para una probable disolución de la asociación, al menos de aquella con estructura no particularmente compleja y articulada.

De todos modos, sucede que la colaboración consiste en la ayuda concreta prestada a la autoridad, proporcionando elementos decisivos para la reconstrucción de los hechos y para la individualización o captura de los autores de los delitos.

Este último elemento constitutivo de la figura de recompensa es de difícil reconstrucción, no pareciendo posible atribuir al inciso "elementos decisivos" un contenido abstracto válido para cada situación procesal. Será, con toda probabilidad, el estado de la investigación el que decida la suerte del interviniente. En una situación de oscuridad cognoscitiva de la investigación judicial sobre la asociación criminal y sobre sus actividades criminales, incluso un mínimo de información parecerá de gran espesor y merecedora de ser apreciada judicialmente.

6. El control sobre la veracidad de la colaboración

Si de un lado el legislador ha incentivado el recurso al instrumento de la colaboración, de otro lado no ha olvidado que con frecuencia los *pentiti* son desleales, son manipuladores de verdad, son buscadores de despistes, son simuladores empedernidos, están sedientos de venganza, son contaminadores de la realidad. Conocen a la perfección el mundo criminal al que pertenecen y, por ello, saben husmear el aire y son capaces de resistir la confrontación incluso con hábiles investigadores. Y la crónica de estos últimos días lo confirma de pleno: el caso Messina, que ha estallado de manera estruendosa a la atención de la opinión pública,

9. FLORA, *Il ravvedimento...* cit., 149.

10. Valgan a este respecto las consideraciones hechas en su momento, referidas al fenómeno del terrorismo, de PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, en Riv. It. dir. proc. Pen., 1981, p. 539.

ha presentado una proliferación de *pentiti* que en buena parte no dicen la verdad, que mezclan falsedad y verdad, que cuentan al magistrado aquello que creen que el magistrado quiere escuchar, que han iniciado un juego de masacre a consecuencia del cual la fiscalía de Messina investiga a la de Reggio Calabria, la de Reggio Calabria investiga a la de Messina y ambas están investigadas por la fiscalía de Catania¹¹.

El legislador ha tomado conciencia de esta realidad, que es al mismo tiempo antropológica y sociológica, con gran realismo y, consecuentemente, ha preparado, en la forma que le ha parecido más rigurosa posible, instrumentos de bloqueo a fin de evitar la falaz atribución de responsabilidad hecha por los colaboradores con la justicia. Estos instrumentos son, por un lado, el robustecimiento de la tradicional tutela contra la inculpación de un inocente, hecha por el delito de calumnia y, por otro lado, la previsión de un instituto de carácter procesal, es decir, la revisión en contra del imputado de la sentencia de condena, ya utilizado en la legislación de recompensa para el terrorismo, derogando la regulación del código (vigente o no) que regula, por el contrario, la revisión de las sentencias de condena solamente a favor de los condenados y no en su contra.

Sobre la vertiente de la calumnia se ha precisado que el artículo 8 apartado 6 de la Ley 203 de 1991 aumenta hasta un tercio la pena prevista para la calumnia cuando resulta que el culpable ha cometido el hecho con la finalidad de usufructuar los beneficios de la legislación de recompensa, y hasta la mitad si uno de los beneficios ha sido alcanzado. Esta institución, fuerte en apariencia, contra las colaboraciones falsas parece haber funcionado bien, si se considera la extrema rareza de los procedimientos penales iniciados a consecuencia de la falsa inculpación del colaborador con la justicia: solamente Giovanni Falcone, por lo que recuerdo, ha utilizado el recurso a la inculpación por calumnia para afrontar la actividad de contaminación de la investigación del colaborador en algún caso evidente, ascendido a los honores de la crónica por la notoriedad de los personajes acusados y por las especulaciones políticas que la acompañan.

Pero bien podría tratarse de un juicio no bien calibrado, porque el natural y comprensible deseo del Ministerio Fiscal de no quemar la credibilidad global del colaborador podría funcionar en los hechos como factor de resistencia a iniciar un procedimiento por calumnia. Sin contar después que la estructura misma del delito de calumnia, fundada sobre el requisito subjetivo de la conciencia

de la inocencia del acusado, mal se presta a una transformación automática del descrédito del colaborador en una acusación de calumnia. De hecho permanece abierto un espacio, una tierra de nadie entre la falta de credibilidad de la y/o de las declaraciones acusatorias del colaborador, respuesta de la valoración judicial anclada en los parámetros fijados en el nuevo código en la materia y en el área de tipificación del delito de calumnia. Espacio donde quedan inevitablemente suspendidas, por ejemplo, las declaraciones insuficientes para motivar un juicio de condena y no aptas para integrar una inculpación a un sujeto que se sabe inocente. En resumen, una clase de limbo que está en espera de eventos futuros e inciertos, pero que a veces se convierte en el lugar en el que se desarrolla, de hecho, el principio de la discrecionalidad de la acción penal.

Casi consciente de la extensión de la calumnia, el legislador, con el fin de evitar los riesgos conexos a las informaciones falsas proporcionadas para ganarse la recompensa (*id est*: el premio), ha introducido —como ya ha habido posibilidad de señalar— un ulterior instrumento de presión: la revisión de la sentencia en contra del condenado, bajo petición del fiscal general de la Corte de apelación en cuyo distrito ha sido pronunciada, en caso de que la atenuante de la colaboración haya sido concedida por efecto de declaraciones falsas o incluso ambiguas.

Este procedimiento de revisión, que acaba por cubrir los espacios vacíos arriba indicados, presenta una configuración diferente de la prevista con carácter general en el código de procedimiento penal, que presupone la existencia de una sentencia que el condenado (o el Ministerio Fiscal) intenta volcar a su favor. Por el contrario, esta revisión es *in malam partem* y constituye en realidad una forma de sanción posterior que da forma normativa a la reconocida exigencia de imponer rigurosos requisitos contra los comportamientos de fraudulenta búsqueda y obtención de los beneficios de recompensa.

Este procedimiento de revisión no ha sido aplicado nunca hasta hoy. Evidentemente, parece difícil encontrar una justificación racional para esta inaplicación frente a las verificadas falsedades o ambigüedades de las declaraciones, puesta de manifiesto por la experiencia de los procesos en los que se hace uso de los colaboradores con la justicia. Pueden darse al respecto dos explicaciones.

La primera de orden técnico. La revisión presupone que la falsedad o la ambigüedad de las declaraciones del colaborador, relativas a delitos en los que es imputado junto a otros, o bien a delitos

11. Véase, al respecto, la entrevista de Franco Provvidenti, ex magistrado antimafia y actual alcalde de Messina, en *La Repubblica* del lunes 16 de marzo de 1998.

referidos solamente a terceros, en el mismo o en otros procesos, deben ser comprobadas con la sentencia procedente del juicio: y es posible que el Estado no haya verificado aún este presupuesto, a causa de la evidente duración de los procesos.

La segunda de naturaleza político-criminal. La falta de activación del instituto podría también reconducirse a elecciones judiciales favorables a la incentivación de la colaboración, para ser una vez más expresión de la discrecionalidad que, de hecho, caracteriza la actuación de las fiscalías.

De todos modos, sea cual sea la explicación, es difícil desconocer que los riesgos de informaciones falsas o ambiguas y de declaraciones calumniosas permanecen inherentes a la lógica misma de la colaboración. Si la elevada profesionalidad de los investigadores puede constituir ciertamente un antídoto eficaz para reducir estos riesgos, un uso más riguroso de los bloqueos jurídicos a su disposición ayudaría al mantenimiento de *standards* de legalidad más consonantes con un Estado de derecho.

7. Colaboraciones procesales y principios fundamentales del sistema penal

Como hemos visto, las valoraciones político-criminales que han impuesto la introducción de la legislación de recompensa en materia de criminalidad común no han tomado en consideración en ningún momento el conjunto de valoraciones que la ciencia del derecho penal había elaborado, en clave muy crítica a veces, frente a la legislación de recompensa para el terrorismo, referidas a las llamadas figuras de recompensa de tipo disociación-colaboración.

Esto constituye un suceso singular para una actividad legislativa muy crítica, como es también singular que la doctrina penal sustancial haya dejado de interrogarse sobre los contenidos de la legislación de recompensa para la criminalidad organizada. Aquello que quizá de manera impropia viene definido como el "subsistema penal antimafia" ha estado con toda probabilidad alejado de la conciencia colectiva de la ciencia penal y ha sido aceptado sin reflexiones ni reservas, en nombre de una confirmada diversidad ontológica de la criminalidad organizada y probablemente de la necesidad de afrontar con cada medio el devastador potencial criminal de las asociaciones mafiosas.

De todos modos, no creo que carezca de sentido, desde la óptica de una valoración global y comparada, recorrer de nuevo y rápidamente las tomas de posición que las correspondientes figuras de recompensa de la época exigieron.

Comenzamos con las dudas sobre la conformidad con la Constitución.

Respecto del principio de determinación:

La ambigüedad del elemento de la figura "disociación" se ha manifestado en el análisis exegético de la figura de recompensa-disociación, mantenida y fortalecida por la toma de posición de la Corte constitucional con la Sentencia núm. 142 de mayo de 1984, según la cual...

Esto ha solicitado parte de la doctrina para plantear un "vicio de inconstitucionalidad" por "incapacidad" de la fórmula normativa para indicar una clase de hechos dotados de significado y con un desvalor suficientemente homogéneo¹². Es obvio, por otra parte, que si se debiese atribuir a la disociación un significado ideológico (es decir, de abandono del mundo de origen y de adquisición de una personalidad), las dificultades no disminuirían: un elemento de la naturaleza fuertemente interiorizada o analizada desde un punto de vista psicológico no ofrece un nivel de garantía apto para tranquilizar acerca del respeto del principio de taxatividad.

Respecto del principio de igualdad:

La irracional disparidad de tratamiento está conectada a la fallida extensión del premio por la colaboración a todas las formas de delito de asociación que presentan dificultades de investigación y de comprobación de los hechos. Pero casi como una paradoja, ya desde esta óptica, parecía "irracional" la extensión de las normas sobre colaboración procesal a la criminalidad de asociación diversa de la terrorista y subversiva, seguido de la recuperación criminológica de las "diversidades" de la criminalidad organizada común.

Respecto del principio de materialidad:

Sobre el presupuesto de que también los fenómenos de recompensa deben reflejar todas las características estructurales del ilícito penal, se ha configurado una violación del principio de materialidad por el hecho de que el requisito constitutivo de la figura de disociación-colaboración aparece como un mero síntoma, de no necesaria comprobación, de la transformación producida *in interiore hominis*. Mientras, la violación del principio de lesividad tendría que ser buscada "en la necesidad de que, como la pena debe proceder de la efectiva lesión o puesta en peligro de un bien preexistente a la actividad creativa del legislador que la norma directamente tutela con la incriminación, así también el premio no puede sino reconducirse a la salvaguardia efectiva o potencial, pero siempre directa, del mismo bien o de otros bienes de igual o superior rango"¹³.

12. FLORA, *Il ravvedimento*. Cit., 175.

13. FLORA, *Il ravvedimento*. Cit., 169.

Respecto del principio de proporcionalidad entre delito y pena:

El principio de proporcionalidad entre delito y pena —de indudable relevancia constitucional—, más que constituir la idea general que caracteriza el mismo concepto de justicia, constituye uno de los criterios guía que presiden el propio funcionamiento del Estado de derecho. Ello representa un parámetro esencial de cualquier teoría racional y moderna de la función de la pena y sirve, por un lado, para impedir una instrumentalización del hombre con fines de política criminal y, por otro lado, para evitar la aplicación de penas manifiestamente inadecuadas al hecho cometido.

De un lado, se puede observar que una pena excesivamente severa o desproporcionada, puede suscitar sentimientos de intolerancia en el reo y alterar en los consocios la percepción de la escala de los valores que debería reflejarse en la relación entre cada uno de los delitos y las sanciones correspondientes; y de otro lado, subraya que un tratamiento reeducativo correctamente aplicado presupone que el destinatario toma conciencia del ilícito cometido y advierte como justa y proporcionada la sanción infligida. Por lo tanto, ella expresa una exigencia ineludible de racionalidad que podría ser violada por disminuciones excesivas de pena: así ha aparecido la disminución hasta un tercio, con la misma gravedad objetiva y subjetiva, para la colaboración procesal, que comporta resultados de excepcional relevancia¹⁴.

Y continuamos con la compatibilidad frente a las categorías fundamentales del sistema penal.

Premio por la colaboración y justificación de la pena.

a) La idea de la retribución ha ocupado desde siempre —con altos y bajos— un puesto central entre las categorías justificativas de la pena. Su incompatibilidad con el premio por la colaboración ha aparecido tan evidente desde el inicio que de ella se ha partido para deslegitimizar la legislación de emergencia. Se quiso destacar en la época que la concesión del premio hacía perder a la pena los caracteres de igualdad, abstracción, certeza y determinación¹⁵ y a la represión prometida “su eficacia bloqueadora”¹⁶. En realidad, el premio por la colaboración resquebrajaba el principio retributivo no *ex se*, sino en la medida en la que se resolvía en una evidente y manifiesta violación del equilibrio sancionatorio, percibido en términos de desigualdad en la opinión pública, dando lugar a intolerables situaciones de injusticia.

b) Las situaciones de tensión se encontraban incluso sobre el plano de las relaciones entre la idea de la prevención general y la retribución por la colaboración. Aunque por lo general parecía posible alcanzar con el premio objetivos de prevención general por el solo hecho de que la retribución por la colaboración puede incluir significativos motivos de fractura o de sospecha en el interior de las organizaciones criminales, la legislación de recompensa entra fuertemente en conflicto con la prevención general, al menos bajo un triple punto de vista:

- fuerte disminución del efecto intimidatorio de la sanción penal por efecto de la previsión del premio;
- condicionamiento de la eficacia de la prevención general a causa de la insuficiente descripción objetiva de los presupuestos necesarios para conseguir el premio;
- ajeneidad de la retribución a la función de orientación cultural y de reproche moral que conlleva la versión más moderna de la prevención general.

c) Ni siquiera la idea de la prevención especial, que representa el *topos* natural e ideal para consideraciones con carácter de recompensa, sale indemne de tensiones en la relación con el premio por la colaboración. La colocación y la fundación de la colaboración procesal en el cauce de la prevención especial suponía, en primer lugar, la verificación en el sujeto de una actitud —que parece sólo presunta— de recuperación, de volver a apropiarse de valores propios de la sociedad. El hecho de que en la figura de recompensa la retribución esté exclusivamente ligada a una voluntaria disociación termina por romper la natural unión con los objetivos de prevención especial.

d) Finalmente, también se reencuentran tensiones sobre el terreno de la determinación de la pena. Es indudable que el comportamiento de colaboración procesal debe ser considerado a la medida de una conducta posterior al delito.

Pero en la lógica de la determinación de la pena, los comportamientos posteriores al delito adquieren significado desde la perspectiva de reconstrucción de la culpabilidad. Como bien se ha dicho, “la lógica de la determinación de la pena... es la de la mera valoración *ex post*: el comportamiento procesal puede manifestarse, no ya como resultado de un cálculo irracional, “utilitario”, sino como elemento de reconstrucción de una genuina

14. FLORA, *Il ravvedimento*. Cit., 172.

15. FERRAJOLI, *Emergenza penal e crisi della giurisdizione en Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 277.

16. PALOMBARINI, *Lotta alla criminalità organizzata di * mafioso*. Intervento, Roma, 1985, p. 91.

realidad psicológica, significativa en cuanto a la culpa o a la personalidad del agente¹⁷.

Respecto a esta concepción de fondo, propia de un derecho penal clásico y, por tanto, liberal y racional, orientado a la tutela de los bienes jurídicos, el premio por la colaboración procesal introduce elementos de contradicción y de tensión y se pone cuando menos en una posición de discontinuidad del principio¹⁸. Y sigue el objetivo de superar las varias fases investigadoras y procesales que la represión de un determinado fenómeno criminal presenta ante los órganos de la justicia penal.

Es obvio hacer aquí una consideración sobre la ruptura de la tradicional relación entre derecho y proceso penal: la figura sustancial de recompensa se convierte en servidora de los intereses del proceso penal, de los objetivos exquisitamente procesales, de esta manera, se vuelca la tradicional lógica del principio que toma en cuenta, por el contrario, el derecho procesal y el proceso penal instrumental y subordinado a la aplicación del derecho sustancial.

Éste es, en síntesis extrema, el marco de las cuestiones de fondo que la ciencia penal se encontró para afrontar el momento de inserción de la colaboración procesal para los terroristas *pentiti* en el sistema penal. Cuestiones que se referían a la propia legitimación del instrumento usado y a sus efectos sobre el mismo sistema penal.

Ninguna de estas cuestiones, por el contrario, ha acompañado o seguido la introducción de la figura de la recompensa por la colaboración procesal a favor de los pertenecientes a la criminalidad organizada. La ausencia de un debate teórico es integral. Ninguna voz crítica, ningún juicio negativo, ninguna posición de duda, ningún interrogante sobre la compatibilidad con los principios.

Ciertamente no es éste el lugar para entender las razones de este silencio. Quizá son extremadamente simples e implican directamente la actitud de fondo de los particulares frente a dos diferentes fenómenos del terrorismo, con todas sus lacerantes implicaciones ideológicas, y de la organización mafiosa o afines, con todo el cargo de desaprobarción y de indignación por los daños que acarrea al tejido de la convivencia social.

Quizá con este silencio la ciencia del derecho penal ha expresado su buena conciencia y no es intención de este relator discutirla.

O quizá simplemente se ha dado cuenta que, frente a la terrible y devastadora potencia del grupo mafioso, capaz nada menos que de poner en discusión la soberanía estatal en no poca parte del territorio del Estado, no se podía exigir al legislador cumplir, aunque fuera limitadamente, un sa-

crificio de "Origene" en función del respeto de los principios fundamentales y de la pureza del sistema. Si un fenómeno criminal de dimensiones nacionales y relevancia internacional termina por adquirir, por las razones más diversas, una peligrosidad elevadísima por la misma integridad del orden público, no será cierta la pureza teórica del modelo de reacción para hacer detener la respuesta del Estado.

O quizá simplemente nos hemos rendido —según un punto de vista que parece adquirir cada vez más consenso— a las elecciones político-criminales de los nuevos brujos de la represión penal, cuyas teorizaciones y cuyas imposiciones político-criminales se mueven sobre el plano y sobre categorías diversas de las de la ciencia penal de tradición clásica, sensibles como son a las sirenas de la presión de los medios de comunicación y a los reclamos de las conveniencias del momento, y a veces a la captación de la benevolencia de los ámbitos de poder que tienen valor para alcanzar objetivos más o menos personales, según un modelo de subordinación del pensamiento científico a la necesidades y a los intereses del exterior, de siempre despreciable memoria.

De todos modos, más allá de hipótesis similares, es un deber revelar cómo no puedan ser seriamente tomados en consideración los riesgos, manifestados en el tiempo de la legislación de recompensa del terrorismo, de una indeseable regresión de nuestro ordenamiento jurídico-penal hacia formas no democráticas.

De la misma manera, no puede tomarse en cuenta un segundo riesgo, es decir, que la legislación de recompensa se convierta en el principio guía de toda la legislación penal e inicie un proceso de barbarie de todo el sistema penal. Una tendencia a la generalización de la opción político-criminal que soporta la regulación de la colaboración procesal no ha aparecido aún ni parece que pueden crearse las condiciones para que ello suceda.

Las últimas tomas de posición, también en el interior del movimiento internacional de reforma del derecho penal, aunque han subrayado la exigencia de una evolución del sistema penal que valga para dar una respuesta adecuada a la criminalidad organizada, desconfían aún de la legislación de recompensa. En resumen, una vez más el *Zeitgeist* tiene el antiguo sonido del *necessitas no habet legem*.

8. Perspectivas de reforma

Esta relación no puede concluirse, por obvias razones de globalidad, sin proporcionar al menos las indicaciones de fondo para la proyectada re-

17. PULITANO, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, en *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1011.

18. También PULITANO, *Tecniche premiali*, cit., p. 1012.

forma de la reforma de la regulación de los colaboradores con la justicia de la criminalidad organizada de carácter mafioso y afines.

Como es sabido, la normativa en materia de colaboradores con la justicia está hoy en el centro de un delicado proceso de reforma que, tratando de equilibrar mejor todos los intereses y todas las exigencias implicadas en el fenómeno del *pentitismo* (del riesgo de implosión del sistema a la necesidad de una valoración más atenta; de los presupuestos de admisión al disfrute de beneficios), trata de conjugar, con equilibrio y sensatez, premios y retribuciones en el marco de la transparencia y del respeto de las exigencias fundamentales de garantía propias del sistema penal en su conjunto.

La proyectada reforma intenta perseguir los siguientes objetivos:

- reducir el ámbito de los delitos objeto de la colaboración;
- separar el momento de la protección de aquél típicamente recompensatorio;
- graduar mejor las distintas medidas de protección;
- consentir el acceso a los beneficios y a las medidas de protección solamente a las colaboraciones consideradas indispensables para el proceso penal y/o para la prevención criminal;
- delimitar el área de los delitos para los cuales es posible aplicar la regulación de recompensa;
- garantizar un nivel mayor de transparencia en la gestión procesal de los colaboradores;
- adquirir los patrimonios de los colaboradores que constituyen el fruto o la reutilización de las actividades ilícitas, también con la función resarcitoria para las personas ofendidas o lesionadas por los delitos de la criminalidad organizada.

Como parece evidente por esta breve indicación de los objetivos de reforma, el legislador se ha movido a lo largo de una línea de política criminal que se preocupa de evitar las más graves distorsiones registradas en la práctica del *pentitismo* de estos últimos años y de contener el fenómeno en los límites de la efectiva necesidad.

Fundamento de la futura regulación son las condiciones de acceso a la especial forma de protección constituida por el programa de protección. Para poder usar esta medida hace falta que la colaboración presente el carácter de ser indispensable tanto a los fines procesales como a los fines investigadores (es decir, también para la actividad de investigación "sobre connotaciones estructurales, las dotaciones de armas, explosivos y bienes, las articulaciones y las relaciones internas e internacionales de las organizaciones criminales de carácter mafioso o terrorista-subversivo, o bien sobre los objetivos, las finalidades y las modalidades operativas de estas organizaciones").

La noción de indispensabilidad viene precisada normativamente como aquella que presenta los caracteres de novedad, amplitud y autenticidad, a los que se añaden los requisitos de oportunidad y legitimidad. En esta fórmula normativa se ha expresado el esfuerzo de seleccionar mejor, desde el punto de vista cualitativo, las contribuciones de colaboración, alejándose de los excesos de las indulgencias manifestadas en la práctica del pasado reciente, pero sin desincentivar el fenómeno.

El concepto de indispensable trata de indicar una conducta de la que no se puede prescindir, absolutamente necesaria y no simplemente útil: en otros términos, es indispensable la colaboración que constituye una condición *sine qua non* para poder proceder a la verificación de los hechos en el lugar del juicio y para poder iniciar o continuar las búsquedas en la fase de investigación. La colaboración debe, por otra parte, ser prestada en el marco de los 180 días desde el momento en el que el sujeto ha manifestado la voluntad de colaborar (redactando el acta explicativa de los contenidos de la colaboración) y sin que sea posible admitir conductas de concertación de las declaraciones (encerrando al colaborador en secciones específicas según modalidades diferenciadas de tratamiento).

Estos últimos dos requisitos quieren eliminar dos de los más lamentables inconvenientes de la vigente regulación de la colaboración: de un lado, las revelaciones a tiempo, verdaderas y propias minas flotantes o bombas inteligentes sobre el recorrido del conocimiento de las realidades criminales; y de otro lado, las venganzas y los despistes, no menos desleales y peligrosos, de las tentativas de deslegitimación del instrumento de la colaboración procesal.

Pero no basta el espesor atribuido a la colaboración procesal para acceder al premio. El diseño de la ley contiene una previsión expresa en materia de adquisición de los patrimonios de los colaboradores, que es la condición de uso de la retribución. El acta explicativa de la colaboración de hecho debe contener también todas las informaciones necesarias para la individualización y el secuestro de los bienes de procedencia ilícita.

Este presupuesto -reducido verdaderamente a letra muerta en la vigente regulación a causa de la falta de remedios sancionatorios y de la tolerancia de la práctica- persigue la específica finalidad de atacar los patrimonios adquiridos ilícitamente y de adquirir posterior conocimiento sobre la riqueza de las organizaciones criminales. La disgregación de los patrimonios criminales viene indicada, cada vez con más fuerza, como un primer objetivo en la lucha contra las diversas mafias. Pero la adquisición de los patrimonios ilícitos puede servir también a la gestión económica ordinaria del servicio de protección de los *pentiti*, para crear un fondo de solidaridad para las víctimas de la mafia

y satisfacer las exigencias éticas del colectivo en el que aparece inicuo –justamente– el privilegio concedido a los *pentiti* de gozar del fruto ilícito de la actividad criminal.

Aún más: la concesión de los diversos premios –de la atenuante para comenzar– presupone una compleja valoración por parte de la autoridad judicial, consistente por un lado en verificar si el colaborador con la justicia había dado una contribución significativa a la reconstrucción de los hechos y a la individualización de los culpables, pero debe además valorar si la colaboración “ha tenido referencia a la amplitud, a la novedad y veracidad de las declaraciones hechas, valoradas, incluso teniendo en cuenta el estado de los conocimientos sobre las características del grupo criminal al que se refieren, sean consideradas o hayan sido consideradas indispensables para el desarrollo de las investigaciones sobre hechos también diversos por los cuales se procede y para las actividades de investigación relativas a la criminalidad de tipo mafioso”. Propiamente para consentir un juicio global similar está previsto que el juez adquiera, incluso de oficio por el fiscal nacional antimafia “las informaciones necesarias para establecer si la colaboración prestada ha sido considerada o va a ser considerada indispensable”.

Por lo que respecta a la aplicación de los beneficios penitenciarios, el legislador de la reforma ha elegido un modelo que está más en consonancia con la lógica típica de las medidas de recompensa. Y, de hecho, la concesión de los beneficios de recompensa presupone, además de la conducta de colaboración, el inicio de un proceso de arrepentimiento del colaborador. Vale la pena subrayar que al término arrepentimiento no se le atribuye el significado de enmienda en sentido ético, sino solamente el laico de capacidad de elegir comportamientos no contrarios a los dictados del ordenamiento jurídico.

Particular significado tiene, por otra parte, la prescripción según la cual los beneficios pueden ser concedidos sólo después de que el condenado ha cumplido un mínimo de pena que es fijado en un cuarto de la pena infligida o en, al menos, diez años si se trata de un condenado a cadena perpetua. Con esta prescripción, el legislador ha dado una respuesta a la expectativa de la opinión pública, pero también a las de los operadores del derecho a los que ha parecido injusto que autores de feroces delitos no cumplan ni siquiera un mínimo de pena.

Un último comentario se refiere a los remedios contra las (eventuales) colaboraciones que se han revelado falsas o ambiguas, en orden a la reconstrucción de los hechos y a las perspectivas de investigación.

En primer lugar han sido elevadas posteriormente las penas en caso de calumnia.

Y en segundo lugar, la nueva regulación de la revisión de la sentencia de condena parece más ri-

gurosa y ha sido hecha en una doble dirección: por un lado, a las declaraciones falsas y ambiguas en orden al patrimonio ilícitamente poseído; y, por otro lado, al supuesto de comisión de delitos para los cuales está previsto el arresto obligatorio y que son indicativos de la reinserción del colaborador en el mundo criminal del que procede.

Las opciones legislativas *in fieri* han sido objeto de críticas fuertes y repetidas por parte de algunos específicos sectores de la magistratura investigadora que han revelado el fundamento excesivamente economicista y la potencial fuerza desincentivadora de la colaboración. Críticas más mediatas proceden –bajo forma de invitaciones a una posterior reflexión– del Consejo superior de la magistratura.

No es acertado iniciar ahora una ulterior relación. Se me permita un solo apunte, para demostrar cómo con frecuencia el objetivo de alcanzar en la materia una posición de equilibrio entre las diversas exigencias está obstaculizado o por intereses comerciales o por preocupaciones de no estar a la moda: la exigencia de subordinar el disfrute de los premios y de los beneficios al cumplimiento de un período mínimo de pena no sólo es percibida fuertemente por la opinión pública, sino que representa también una ineludible necesidad desde el punto de vista de la racionalidad y de la eficiencia del sistema penal. Sin embargo, por diversas partes se ha planteado el serio riesgo de que semejante exigencia mínima e inderogable pueda producir un efecto de desincentivación del fenómeno de la colaboración, juzgando algunos demasiados elevados los mínimos de pena, observando otros que el riesgo dicho “crece en la medida en que el mínimo de pena a descontar venga calculado con un rigor que pueda parecer excesivo”.

Concluyendo: en las actuales condiciones de la sociedad italiana creo que ninguna *chance* de suceso posee la perspectiva que persigue la “satianización” del fenómeno de la colaboración, considerando que el desequilibrio de las fuerzas implicadas es debido –como es ampliamente sabido– a una serie de factores institucionales y sociales que no es el caso de mencionar. La recuperación de una capacidad de investigación se ha demostrado no suficientemente veloz ni adecuadamente rigurosa para poder contar predominantemente con ella en la lucha contra el crimen organizado. Hay necesidad aún de aportaciones del interior –y de aportaciones cualificadas– para tener un conocimiento fiable de la estructura y de los métodos de acción de estos organismos criminales: sin estas aportaciones la represión criminal no parece destinada a conseguir resultados decisivos. Hace falta aún que la gestión de los colaboradores se realice con un altísimo grado de profesionalidad, sin enamoramientos de ninguna clase, sin instauraciones de circuitos de intimidad, incluso sin prejuicios, y que no se tenga la pretensión de volver a escribir la historia del País a través de ellos.

De otra parte, si el fenómeno del *pentitismo* no se presenta hoy con el rostro de Satán para exorcizar, no puede ser tampoco considerado como una clase de totem para idolatrar o como la panacea para destruir definitivamente las organizaciones de carácter mafioso, protegidas como están por una "historia" y por una raíz social y territorial de indudable espesor y resistencia. Por otra parte, el instrumento de la colaboración procesal debe tener en cuenta el proceso y sus estructuras y sus inderogables exigencias de contradicción y de garantía. Si alguna vez ha producido éxitos, juzgados justa o injustamente como monstruos por la opinión pública, y si en algún caso ha dado razón a quien ha pronosticado a causa de ellos un

progresivo desmejoramiento de la legitimación de la democracia, el instrumento del *pentitismo* no puede ser juzgado ni en clave ideológica ni en perspectiva ética.

El elemento de juicio no puede ser sino el del coste-beneficio, o aún mejor del menor coste y del mayor beneficio. Pero para poder hacer esto hace falta que los elementos de esta ecuación fundamental de política criminal no sean maleables y sobre todo estén en consonancia con las dimensiones fundamentales del sistema penal: la distorsión de los principios penales y procesal-penales tendrá que tener un negativo efecto de retorno no sólo sobre el plano de la eficacia, sino también sobre el de la imagen. ●

