UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

Incentivos para la colaboración con las autoridades en los delitos económicos: un estudio sobre los arts. 305.6 II, 307.5 II, 308.8 II, 426 y 434 del Código Penal

Anreize zur Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden auf dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität: eine Untersuchung über Art. 305.6 II, 307.5 II, 308.8 II, 426 und 434 vom spanischen Código Penal

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

JESÚS MARTÍN MUÑOZ

DIRIGIDA POR

Victoria García del Blanco
Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

© Jesús Martín Muñoz, 2024

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

Incentivos para la colaboración con las autoridades en los delitos económicos: un estudio sobre los arts. 305.6 II, 307.5 II, 308.8 II, 426 y 434 del Código Penal

Anreize zur Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden auf dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität: eine Untersuchung über Art. 305.6 II, 307.5 II, 308.8 II, 426 und 434 vom spanischen Código Penal

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Jesús Martín Muñoz

DIRECTORES

Victoria García del Blanco e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

Programa de Doctorado en Derecho

AGRADECIMIENTOS

No hay palabras para expresar mi gratitud a los dos grandes artífices de esta tesis doctoral: mis directores Victoria García del Blanco e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Todo lo bueno que diga de ellos es poco. A Victoria le debo el haber despertado en mí el interés por el Derecho penal. La conocí cuando estudiaba en el Doble Grado en Criminología y Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y fue la directora de mis dos Trabajos de Fin de Grado. Cuando le dije que quería hacer la tesis con ella, me propuso una codirección con Íñigo. A él le conocí en el Máster de Derecho penal económico y, sencillamente, quedé fascinado: no sólo por todo lo que sabía, sino por el rigor y pasión con la que lo trataba –quien ha podido escucharle sabe muy bien a qué me refiero–. Por vuestro trabajo, pero, sobre todo, vuestra confianza en mí y vuestra paciencia (que ha sido mucha), gracias. Jamás podría haber imaginado una dirección mejor para esta tesis.

El profesor Luís Greco es también responsable de buena parte de este trabajo. Entre agosto y diciembre de 2022 pude trabajar en la Cátedra de Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho penal extranjero y teoría del Derecho penal que dirige en la Universidad Humboldt de Berlín. Allí pude acceder a los materiales que me permitieron redactar los capítulos III y IV y asegurar muchos de los puntos clave que se reparten a lo largo de la tesis doctoral. Gracias a su generosidad al aceptarme en su Cátedra y al formular comentarios a los borradores de mi trabajo, esta tesis es lo que es hoy.

Gracias al profesor Manuel Cancio Meliá y a Pedro Melo Pouchain Ribeiro por haberme ayudado con la traducción de algunas partes de este trabajo al alemán. Gracias, también, al personal del Centro Nacional de Documentación Judicial, que siempre han respondido a mis peticiones de indexación de las sentencias que no he sido capaz de encontrar. Y gracias, asimismo, a la Escuela de Doctorado de la Universidad Complutense de Madrid, sin cuyo apoyo económico probablemente no habría podido financiar mi estancia en Berlín, y al Ministerio de Universidades por haberme concedido una ayuda a la Formación del Profesorado Universitario en 2020 que me ha permitido dedicarme en exclusiva a la realización de esta tesis doctoral.

Durante estos años he hecho muchos amigos. La gran mayoría de ellos han pasado en algún momento por las universidades madrileñas: la Universidad Autónoma de Madrid, la Universidad Carlos III, la Universidad Rey Juan Carlos, la Universidad Nacional de Estudiantes a Distancia y, naturalmente, la Universidad Complutense de Madrid. También tuve la ocasión de conocer a personas maravillosas de todos los rincones del mundo en la Universidad Humboldt de Berlín. A todos vosotros, gracias por haber compartido sensaciones y vivencias conmigo –académicas,

pero, sobre todo, humanas– en los diferentes congresos, seminarios y celebraciones sin causa concreta en los que he tenido la fortuna de conoceros.

Esta tesis no habría sido posible sin mis grandes apoyos. Uno de ellos fue la pequeña comunidad que construí en Berlín: Marco, Anna, Cecilia y Lorena. Otro, mis amigos 'Pirry', Miguel, Martín, Virginia y Clara. Y el otro, mi familia: mi padre Jesús, mi hermana Rocío, mi cuñado Jacobo y su hermano Julio. Todo cuanto diga es poco en comparación con todas las horas en que he estado ausente para vosotros. Gracias por haberme animado a seguir este camino, por haberlo recorrido conmigo y por perdonar mis faltas.

Esta tesis está dedicada a mi madre, a quien me habría gustado tener la ocasión de decirle que, al final, mereció la pena. Te echamos mucho de menos.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS **5**

ÍNDICE DE ABREVIATURAS **15**

RESUMEN **19**

ABSTRACT **23**

RESÜMEE **27**

INTRODUCCIÓN **31**

1. VALENCIA, SANTO DOMINGO… ¿DAMASCO? 31

2. LA PRESENTE INVESTIGACIÓN 35

CAPÍTULO I: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO **39**

1. INTRODUCCIÓN 39

2. EL ART. 426 CP: LA EXIMENTE PARA LOS DELITOS DE COHECHO 39

2.1. Génesis parlamentaria y finalidad atribuida por el legislador 39

2.2. Requisitos de aplicación y consecuencias jurídicas 43

3. LOS ARTS. 305.6 II, 307.5 II Y 308.8 II CP: LAS ATENUANTES EN LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL 53

3.1. Consideraciones previas 53

3.2. Génesis parlamentaria y finalidad atribuida por el legislador 54

3.3. Requisitos de aplicación y consecuencias jurídicas 61

4. EL ART. 434 CP: LA ATENUANTE PARA EL DELITO DE MALVERSACIÓN 72

4.1. Génesis parlamentaria y finalidad atribuida por el legislador 72

4.2. Requisitos de aplicación y consecuencias jurídicas 77

5. CONCLUSIONES 82

CAPÍTULO II: LAS CRÍTICAS A LAS FIGURAS OBJETO DE ESTUDIO **85**

1. INTRODUCCIÓN 85

2. LAS CRÍTICAS A LOS INCENTIVOS PARA LA COLABORACIÓN EN LOS DELITOS ECONÓMICOS, EN PARTICULAR 85

2.1. Exposición de las líneas principales 85

2.2. Valoración preliminar: distintos grupos de argumentos 88

3. La relación de los incentivos con los fines de la pena: dos posibles entendimientos de la cuestión 89

4. La concepción «esencialista»: la incompatibilidad de los incentivos con los fines de la pena 90

4.1. Punto de partida: Los «comportamientos postdelictivos positivos» como conductas capaces de «reducir la necesidad de pena» 90

4.2. La postura de De Vicente Remesal: la distinción entre la atenuante genérica del art. 9.9ª CP73 y los supuestos recogidos en la parte especial 92

4.3. Los enfoques centrados en la prevención general positiva 101

4.4. La postura de Montero: los «equivalentes funcionales de la pena» en una teoría retribucionista 110

4.5. Valoración global de la «concepción esencialista» 121

5. La concepción «matizada»: La postura de Cuerda Arnau 131

5.1. Planteamiento 131

5.2. Su objeto de estudio: el art. 57 bis b) CP73 132

5.3. La crítica de Cuerda Arnau: el fundamento de una institución jurídica *versus* la finalidad perseguida por el legislador 137

5.4. «Necesidad de pena», «fines de la pena» y «prevención general positiva» en la concepción de Cuerda Arnau 139

5.5. El resultado de sus reflexiones: la valoración de los supuestos de atenuación y de remisión de la pena 142

5.6. Valoración critica: las ventajas de mantener un entendimiento más matizado sobre la relación de los incentivos con los fines de la pena 147

6. La supuesta ineficacia de los incentivos 152

6.1. Exposición de las principales ideas 152

6.2. Valoración crítica 155

7. La posible vulneración del principio de igualdad 163

7.1. Exposición de las principales líneas 163

7.2. Valoración crítica 164

8. Conclusiones 174

CAPÍTULO III: LOS INCENTIVOS PARA LA COLABORACIÓN CON LAS AUTORIDADES EN ALEMANIA 179

1. JUSTIFICACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO 179

2. EL § 153B STPO: LA CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA LOS CASOS EN LOS QUE EL JUEZ PUEDE RENUNCIAR A LA IMPOSICIÓN DE LA PENA 180

2.1. Surgimiento, ámbito de aplicación y fundamento 180

2.2. Procedimiento de adopción y efectos de la decisión de archivo 183

3. EL § 31 BTMG: EL INCENTIVO PARA LA COLABORACIÓN CON LAS AUTORIDADES EN LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA 183

3.1. Consideraciones preliminares: «testigos de la corona», «hechos originadores» y «hechos de referencia» 183

3.2. El surgimiento histórico del § 31 BtMG: de la lucha contra el terrorismo a la lucha contra las drogas 185

3.3. Ámbito de aplicación: hecho originador, hecho de referencia y exigencia de conexión 187

3.4. Requisitos de aplicación del § 31 BtMG 190

3.5. Consecuencias jurídicas de la aplicación del § 31 BtMG 194

4. LOS §§ 129 VII Y 129A VII STGB Y LOS ARTS. 4 Y 5 KRONZG: LOS INCENTIVOS PARA LA COLABORACIÓN EN LOS DELITOS DE INTEGRACIÓN EN ORGANIZACIONES CRIMINALES Y TERRORISTAS 197

4.1. Observaciones preliminares: *Kronzeugenregelungen* y casos de arrepentimiento activo 197

4.2. Surgimiento histórico: un largo y acalorado debate de casi 30 años 199

4.3. Los §§ 129 VII y 129a VII StGB: Ámbito, requisitos y consecuencias 207

4.4. Los arts. 4 y 5 KronzG: ámbito, requisitos y consecuencias de aplicación 212

5. EL § 261 VIII STGB: LOS INCENTIVOS PARA LA COLABORACIÓN CON LAS AUTORIDADES EN EL BLANQUEO DE CAPITALES 220

5.1. Surgimiento histórico: la tipificación del blanqueo de capitales como herramienta contra la criminalidad organizada 220

5.2. Ámbito y requisitos de aplicación del § 261 VIII StGB 220

5.3. Consecuencias jurídicas de la aplicación del § 261 VIII StGB 225

6. El § 46b StGB: la introducción de los incentivos para la colaboración con las autoridades en la parte general del StGB 226

6.1. Surgimiento histórico: la influencia del estudio del Instituto de Investigaciones Criminológicas del Estado de Baja Sajonia 226

6.2. Ámbito de aplicación: hecho originador, hecho de referencia y exigencia de conexión 227

6.3. Requisitos de aplicación del § 46b StGB 229

6.4. Consecuencias de la aplicación del § 46b StGB 229

7. Recapitulación 229

Capítulo IV: Las críticas a los incentivos para la colaboración con las autoridades en Alemania 233

1. Planteamiento 233

2. Bosquejo histórico de los estudios empíricos sobre la colaboración con las autoridades en Alemania 233

3. Renunciar a mucho a cambio de muy poco: la crítica desde el punto de vista del principio de proporcionalidad 236

3.1. El sacrificio del principio de legalidad procesal: las ideas de Jung y Jeßberger 236

3.2. El desarrollo posterior: la incorporación de los resultados de los estudios empíricos 239

3.3. Conclusiones sobre el principio de proporcionalidad 259

4. Culpabilidad y prevención: la crítica desde el punto de vista de los fines de la pena 260

4.1. Planteamiento: el significado del principio de culpabilidad 260

4.2. Colaboración con las autoridades y prevención especial 261

4.3. Colaboración con las autoridades y prevención general 264

5. Diferencias de trato y arbitrariedad: la posible vulneración del principio de igualdad 268

5.1. El contenido del principio de igualdad 268

5.2. Las diferencias de trato creadas por los incentivos y su mayor o menor justificación 268

5.3. Conclusiones sobre el principio de igualdad 276

6. RIESGOS PARA TERCEROS Y RIESGOS PARA LAS AUTORIDADES: LA CREDIBILIDAD DE LAS DECLARACIONES DEL COLABORADOR 277

6.1. Planteamiento: los puntos de tensión 277

6.2. La evitación de declaraciones falsas: límites preclusivos y subtipos agravados de simulación de delito y de denuncia falsa 278

6.3. El valor probatorio de las declaraciones de los colaboradores 281

6.4. Conclusiones sobre los riesgos derivados de la posible falta de credibilidad de las declaraciones de los colaboradores 282

7. OTROS FACTORES INFLUYENTES EN LA APLICACIÓN DE LOS INCENTIVOS 283

7.1. La escasa seguridad para los colaboradores 283

7.2. El grado de conocimiento de las disposiciones estudiadas por parte de los prácticos 287

8. CONCLUSIONES 289

CAPÍTULO V: LA APLICACIÓN DE LOS INCENTIVOS EN ESPAÑA 293

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: EL PORQUÉ DE ESTE ESTUDIO 293

2. MÉTODO DEL ESTUDIO PROPUESTO 295

2.1. Objetivos 295

2.2. Obtención de las muestras 295

3. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS 306

3.1. Casos de solicitud y de aplicación de cada uno de los incentivos 306

3.2. Aplicación de otras atenuantes 313

3.3. Posibles efectos de la colaboración con las autoridades 375

3.4. Acuerdos entre la acusación y la defensa: número, proporción y aplicación de atenuantes «como moneda de cambio» 405

3.5. Estudio complementario: casos de aplicación y de solicitud de aplicación de los incentivos en las SSAP y SSAN 421

4. CONSIDERACIONES FINALES 432

4.1. Posibles razones de la escasa aplicación (e invocación) de los incentivos: algunas hipótesis 432

4.2. Los (prometedores) efectos de las atenuantes de confesión 434

4.3. Algunas ideas para el futuro 436

CONCLUSIONES **439**

SCHLUSSFOLGERUNGEN **449**

BIBLIOGRAFÍA **459**

ANEXOS **475**

ANEXO 1: ART. 57 BIS B) CP73 (CAP. II) 475

ANEXO 2: TENOR LITERAL (EN SU REDACCIÓN VIGENTE) DE LOS INCENTIVOS PARA LA COLABORACIÓN CON LAS AUTORIDADES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ALEMÁN (CAP. III) 477

§ 153b StPO: Absehen von der Verfolgung bei möglichem Absehen von Strafe 477

§ 31 BtMG: Strafmilderung oder Absehen von Strafe 477

§ 129 StGB: Bildung krimineller Vereinigungen 477

§ 129a StGB: Bildung terroristischer Vereinigungen 478

Art. 4 KronzG: Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten 478

Art 5 KronzG: Kronzeugenregelung bei organisiert begangenen Straftaten 479

§ 261 StGB: Geldwäsche 479

§ 46b StGB: Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten 480

ANEXO 3: TENOR LITERAL (EN SU REDACCIÓN VIGENTE) DE LOS DELITOS DE SIMULACIÓN DE DELITO (§ 145D STGB) Y DE DENUNCIA FALSA (§ 164 STGB) EN EL ORDENAMIENTO ALEMÁN (CAP. IV) 481

§ 145d StGB: Vortäuschen einer Straftat 481

§ 164 StGB: Falsche Verdächtigung 482

ANEXO 4: SSTS ESTUDIADAS EN EL ANÁLISIS EMPÍRICO (CAP. V) 483

1. Muestra de delitos fiscales (N=84) 483
2. Muestra de delitos contra la Seguridad Social (N=21) 489
3. Muestra de fraude de subvenciones (N=24) 491
4. Muestra de cohecho (N=30) 493
5. Muestra de malversación (N=19) 495

ANEXO 5: SENTENCIAS ANALIZADAS EN EL ESTUDIO COMPLEMENTARIO (CAP. V) 499

5.1. Muestra relacionada con el art. 305.6 II CP (N=12) 499

5.2. Muestra relacionada con el art. 307.5 II CP (N=3) 499

5.3. Muestra relacionada con el art. 426 CP (N=19) 500

5.4. Muestra relacionada con el art. 434 CP (N=24) 501

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADPCP: Anuario de Derecho penal y ciencias penales.

AEAT: Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

AAN: Auto de la Audiencia Nacional (española).

AN: Audiencia Nacional (española).

Art.: Artículo.

BGBl.: *Bundesgesetzblatt* (Boletín Oficial del Estado alemán).

BGH: *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo alemán).

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.

BtMG: *Betäubungsmittelgesetz* (Ley de estupefacientes alemana).

BVerfG: *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Alemán).

Bzw.: *Beziehungsweise*.

Cap.: Capítulo.

CE: Constitución española de 1978.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

CENDOJ: Centro de Documentación Judicial.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

CP: Código Penal español de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

CP73: Código Penal español de 1973 (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre).

DA: Disposición Adicional.

d.h.: *das heißt*.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

FD/FFDD: Fundamento/s de Derecho.

FJ/FFJJ: Fundamento/s jurídico/s.

GG: *Grundgesetz* (Constitución alemana de 1949).

GRECO: Grupo de Estados contra la Corrupción (Consejo de Europa).

GVG: *Gerichtsverfassungsgesetz* (Ley de organización de los tribunales).

GwG: *Geldwäschegesetz – Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten Geldwäschegesetz*.

h.M.: *herrschende Meinung*.

i.e.: *id est*.

JZ: *Juristen Zeitung.*

KronzG: *Kronzeugengesetz – Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten, vom 9. Juni 1989*.

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LO: Ley Orgánica.

NJW: *Neue Juristische Wochenschrift.*

NStZ: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*.

OLG: *Oberlandesgericht* (Tribunal Superior del *Land*).

PKK: *Partiya Karkerên Kurdistan* (Partido de los Trabajadores del Kurdistán).

RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

RPJ: Revista del Poder Judicial.

SEPBLAC: Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

SAN/SSAN: Sentencia/s de la Audiencia Nacional (española).

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional (español).

StGB: *Strafgesetzbuch* (Código penal alemán).

StPO: *Strafprozessordnung* (Ordenanza procesal penal alemana).

SSTS/STS: Sentencia/s del Tribunal Supremo (de España).

STSJ/SSTSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (de una Comunidad Autónoma española).

TC: Tribunal Constitucional (español).

TS: Tribunal Supremo (español).

TSJ: Tribunal Superior de Justicia (de una Comunidad Autónoma española).

u.a.: *unter anderen.*

UE: Unión Europea.

VStGB: *Völkerstrafgesetzbuch* (Código penal internacional alemán).

z.B.: *zum Beispiel*.

ZRP: *Zeitschrift für Rechtspolitik*.

ZStW: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft.*

RESUMEN

El objeto de investigación son las figuras a través de las cuales el legislador español ha tratado de incentivar a los intervinientes en los delitos económicos a colaborar con las autoridades o reparar el daño causado. Concretamente, se trata de los siguientes preceptos del Código Penal español de 1995 (en adelante, CP):

- Art. 426 CP: Eximente para el delito de cohecho.
- Segundo inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP: Atenuantes para los intervinientes en delitos fiscales, contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones.
- Art. 434 CP: Atenuante para el delito de malversación.

Con la investigación propuesta se pretende llevar a cabo una revisión crítica de los argumentos que, más habitualmente, se han dirigido contra la existencia de estas disposiciones. Es un lugar común afirmar que los delitos para los cuales están previstos son muy difíciles de detectar, investigar y enjuiciar y que, además, ocasionan importantes perjuicios al patrimonio público. De ahí que sea conveniente estimular a los intervinientes en el hecho delictivo a reparar el daño causado lo antes posible y/o compartir la información de que dispongan sobre aquél con las autoridades.

La opinión de la mayoría de los autores españoles que han estudiado estos incentivos es desfavorable. El argumento que se ha utilizado con más frecuencia contra ellos es que son incompatibles con los fines que la pena tiene en un Estado que, como España, se define como social, democrático y de Derecho. Junto a éste, también se ha aludido, aunque en menor medida, a que los incentivos son poco eficaces para la consecución de los objetivos que tienen asignados o a que causan distinciones de trato incompatibles con el principio constitucional de igualdad.

Ninguno de estos argumentos es, por sí solo, plenamente convincente. La mayoría de ellos se mueve en un plano demasiado general y pasa por alto el hecho de que los incentivos son figuras que pretenden legitimarse con base en los efectos que, se supone, consiguen: facilitar la persecución de los delitos para los cuales están previstos y/o agilizar la reparación del daño causado. Para que la crítica sea fructífera, es necesario completar los argumentos antes aludidos con la realización de estudios empíricos que analicen si los objetivos que el legislador esperaba alcanzar se han conseguido o no. Estudios de este tipo son muy escasos en España.

La investigación se ha llevado a cabo combinando dos métodos de análisis: el dogmático y el empírico. Además, se ha estudiado la situación legal y doctrinal de Alemania: un país en cuyo ordenamiento jurídico existen varios incentivos similares a los previstos en España.

La tesis está dividida en cinco capítulos. El capítulo I se ha destinado al estudio del tenor literal de los preceptos en los que se contienen los incentivos previstos en el Código Penal español. Con ello se ha pretendido, por un lado, aclarar cuáles son sus requisitos y consecuencias de aplicación, y, por otro, llamar la atención sobre los problemas interpretativos a los que puede dar lugar su peculiar diseño legislativo.

En el capítulo II se han estudiado las críticas que la doctrina española ha dirigido a los incentivos. Como se ha dicho ya, éstas se han articulado en torno a tres ejes: su supuesta incompatibilidad con los fines de la pena, su aparente ineficacia para la consecución de los fines que tendrían asignados y su posible vulneración del principio de igualdad. En la medida en que, muchas veces, estas críticas carecen de la suficiente concreción, se ha considerado oportuno estudiar la situación del ordenamiento jurídico alemán.

El estudio de la cuestión en Alemania se ha plasmado en los capítulos III y IV. En el capítulo III se han analizado los requisitos y consecuencias de aplicación de las disposiciones legales del Derecho penal y procesal alemán que pueden funcionar como incentivo para la colaboración con las autoridades. En concreto, las siguientes:

- La manifestación del principio de oportunidad que se contiene en el § 153b StPO (para todos los supuestos en los que los jueces pueden renunciar a la imposición de la pena),
- El § 31 BtMG (para los delitos contra la salud pública),
- El § 129 StGB y el art. 5 KronzG (para los delitos de integración en organización criminal),
- El § 129a StGB y el art. 4 KronzG (para los delitos de integración en organización terrorista),
- El § 261 VIII StGB (para el delito de blanqueo de capitales), y
- El §46b StGB (cualquier delito castigado con una pena de prisión de más de un mes de duración).

Por su parte, en el capítulo IV se han plasmado las principales críticas que la doctrina alemana ha dirigido a las disposiciones estudiadas en el capítulo III. Se ha concedido una importancia especial al comentario de los estudios empíricos que, desde la década de los ochenta del pasado siglo, se han ido elaborando para averiguar qué objetivos se han conseguido (o no) con su aplicación.

Finalmente, en el capítulo V se han condensado los resultados de un estudio empírico propio sobre los incentivos para la colaboración con las autoridades en los delitos económicos que prevé el Código Penal español. Concretamente, éste se ha basado en un análisis cuantitativo y cualitativo de una muestra de 178 Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS). Entre otros, se ha prestado atención a parámetros como el número de veces que las disposiciones que constituyen el objeto de estudio se han aplicado o, al menos, invocado por las partes; el número de ocasiones que otras figuras que podrían cumplir una finalidad similar se han aplicado, como las atenuantes genéricas de confesión (arts. 21.4ª, 21.7ª y 31 quater.1 c) CP) o reparación del daño (arts. 21.5ª, 21.7ª y 31 quater.1 a) CP), y el número de acusados y condenados por delitos incluidos en el ámbito de aplicación de los incentivos que hubo en cada uno de los procesos estudiados.

ABSTRACT

The subject of this research are the provisions set forth in Spanish Criminal Code (Código Penal, CP) which are aimed at encouraging the perpetrators of some so-called «white collar crimes» to cooperate with the authorities or restore the damage. These provisions are the ones contained in:

- Art. 426 CP: Exemption for bribe.
- Second paragraph of arts. 305.6, 307.5 and 308.8: Mitigation for tax fraud, crimes against the Social Security and subvention fraud.
- Art. 434 CP: Mitigation for embezzlement.

The purpose of this work is carrying out a critical review of the arguments which more frequently have been addressed against the existence of the aforementioned provisions. Affirming that the crimes for which those exempting and mitigating circumstances are provided are usually especially hard to detect, investigate and indict and that they cause a great economic damage is a common place in the literature. Given this situation it seems convenient to stimulate the perpetrators to repair the consequences of their actions and to share the information they may possess about the crime with the authorities.

The opinion of the majority of the Spanish authors who have written about these incentives is unfavourable. The argument which has been used most frequently to criticize them is that they are incompatible with the purposes that the criminal punishment possesses in a social and democratic State with rule of law, like Spain. Along with it, it has also been stated, although to a lesser extent, that the incentives are not effective to reach the goals they pursue or that they create treatment distinctions which are not compliant with the equality principle.

None of these arguments are, by themselves, fully convincing. Most of them appeal to too general concepts and do not deal with the fact that the incentives are aimed at reaching results: improving the prosecution of some kind of crimes and/or speeding up the restoration of the damage. It is necessary to complete those arguments with empirical research to analyse whether the objectives that the legislator attempted to reach have been accomplished or not.

The research combines two methods: dogmatic and empirical analysis. Furthermore, a comparison of the legal and doctrinal situation between Spain and Germany has been carried out. Germany's legal system has been chosen because it also counts with similar incentives to those which exist in Spain's.

This work is divided into five chapters. In chapter I the legal wording of the provisions which constitute the subject of research has been studied to clarify the requirements and consequences of their application and to highlight the interpretative problems to which their particular legal design can lead.

Chapter II consists of a reflection on the critics which the Spanish doctrine has addressed to the incentives. As it was stated, they are related to three topics: their incompatibility with the purposes of punishment, their ineffectiveness to reach their goals and their violation of the equality principle. Since usually these critics lack of the sufficient level of concretion, it has been deemed convenient to pay attention to the issue in Germany.

The analyse of the German legal and doctrinal situation takes place in chapters III and IV. In chapter III the requirements and consequences of application of the German legal provisions which can work as an incentive to encourage the cooperation with authorities are shown. These provisions are:

- The expression of the opportunity principle set forth in § 153b StPO (for all the cases in which the judges can refrain from imposing a sanction).
- § 31 BtMG (for crimes against public health).
- § 129 StGB and art. 5 KronzG (for organized criminality).
- § 129a StGB and art. 4 KronzG (for terrorism).
- § 46b StGB (for all offences punished with a minimum imprisonment term longer than a month).

On the other hand, chapter IV contains the main critics which German authors have directed to the provisions studied in chapter III. It has been paid attention to the empirical studies which were carried out since the 80s decade to find out whether those provisions were accomplishing their objectives (or not).

Finally, chapter V shows the result of an independent empirical study about the incentives set forth in Spanish Criminal Code. It consists of a quantitative and qualitative analysis of a sample of 178 sentences about the crimes included in the scope of those provisions rendered by the Spanish Supreme Court (Tribunal Supremo, TS) between 31st December 2010 and 1st January 2023. Some parameters taken into account were the number of cases in which the articles which constitute the subject of the research have been applied (or, at least, invoked by the parties); the number of times in which other provisions which could eventually work as incentives were applied by the Spanish courts (for instance, the general mitigating circumstances of confession,

set forth in paragraphs 4 and 7 of art. 21 CP and in art. 31 quater.1 a) CP, or reparation, set forth in paragraphs 5 and 7 of art. 21 CP and in art. 31 quater.1 c) CP) and the number of prosecuted and sentenced people for a crime included in the scope of the incentives which constitute the subject of the research in each procedure.

RESÜMEE

Der Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit sind die Vorschriften, mit denen der spanische Gesetzgeber versucht hat, die Beteiligten an einigen typischen Taten auf dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität zu ermutigen, entweder mit den Strafverfolgungsbehörden zu kooperieren oder den Schaden wiedergutzumachen. Es handelt sich um folgende, im spanischen Strafgesetzbuch (Código Penal, CP) enthaltenen Rechtsfiguren:

- Art. 426 CP: Strafbefreiung für Bestechungsdelikte.
- Art. 305.6 (Satz II), Art. 307.5 (Satz II) und Art. 308.8 (Satz II): Strafmilderung für die Steuerhinterziehung, Delikte gegen die Sozialversicherung und Subventionsbetrug.
- Art. 434 CP: Strafmilderung für Veruntreuung.

Das Ziel der Untersuchung ist eine kritische Revision der Argumente, die am häufigsten gegen das Bestehen diese Anreize zur Kooperation und Wiedergutmachung vorgebracht worden sind. Es ist ein Gemeinplatz, dass die Straftaten, die im Anwendungsbereich dieser Vorschriften vorzufinden sind, schwer zu entdecken, aufzuklären und zu verfolgen sind, und dass sie zu einem großen Schaden an öffentlichen Interessen führen. Deswegen wird für ratsam gehalten, den Beteiligten an diesen Taten Anreize zu liefern, ihre Informationen über die Straftaten mit den Strafverfolgungsbehörden zu teilen oder den Schaden zu ersetzen.

Die Einschätzung der Mehrheit der spanischen Autoren, die sich mit diesen Anreizen beschäftigt haben, ist eher negativ. Das häufigste Argument gegen diese Vorschriften lautet, dass diese Art von Anreizen als mit den Strafzwecken eines sozialen und demokratischen Rechtstaats unvereinbar anzusehen ist. Daneben wird auch vorgebracht, aber in geringerem Maße, dass die Anreize unwirksam für die Erreichung ihre Ziele seien und dass sie Ungleichbehandlungen verursachten, die dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz zuwiderliefen.

Keines dieser Argumente ist für sich allein genommen völlig überzeugend. Die meisten von ihnen wurden auf einer zu allgemeinen Ebene formuliert und lässt außer Acht, dass die Anreize ihre Legitimation in ihrer Wirkung finden: die Verfolgung der in ihrem Anwendungsbereich enthaltenen Straftaten zu verbessern und/oder die Wiedergutmachung zu erleichtern. Die Kritiken müssen durch empirische Studien ergänzt werden, in denen analysiert werden sollte, ob die Ergebnisse, die der Gesetzgeber zu erlangen wollte erreicht wurden. Forschungen dieser Art sind sehr selten in Spanien.

Diese Arbeit kombiniert zwei Methoden: Dogmatik und Empirie. Zudem wird ein Vergleich zwischen der Lage in Spanien und in Deutschland in Lehre und Gesetzgebung durchgeführt. Deutschland wurde u.a. ausgewählt, weil seine Rechtsordnung ähnliche Anreize zu den in Spanien bestehenden vorsieht.

Die Untersuchung ist in fünf Kapitel gegliedert. In Kapitel I wird der Wortlaut der gesetzlichen Anreize in der spanischen Rechtsordnung untersucht, um ihre Anwendungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen zu klären und die schwerwiegenden Auslegungsprobleme zu unterstreichen, die ihre eigenartige Ausgestaltung verursachen kann.

In Kapitel II wird die Kritik der spanischen Lehre bezüglich des Untersuchungsgegenstandes dargelegt. Wie gesagt gliedern sie sich in drei Punkte: ihre Unvereinbarkeit mit den Strafzwecken, ihre Unwirksamkeit für die Erreichung ihrer Ziele und ihren Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz. Da diese Kritiken eines genügenden Grades von Konkretisierung ermangeln, schien es angebracht, auch die Situation der deutschen Rechtsordnung zu untersuchen.

Die Analyse der deutschen Situation findet sich in den Kapiteln III und IV. In Kapitel III wird die Anwendungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen der folgenden Vorschriften dargelegt:

- Die Einstellungsmöglichkeit des § 153b StPO (für die Fälle, in denen die Gerichte von Strafe absehen können).
- § 31 BtMG (Kronzeugenregelung für Betäubungsmittelstraftaten).
- § 129 StGB und Art. 5 KronzG (tätige Reue und Kronzeugenregelung für Bildung kriminelle Vereinigungen).
- § 129a StGB und Art. 4 KronzG (tätige Reue und Kronzeugenregelung für Terrorismus).
- § 261 VIII StGB (Strafbefreiung für Geldwäsche).
- § 46b StGB (große Kronzeugenregelungen für alle Straftaten, die mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitstrafe bedroht sind).

Kapitel IV handelt von den Kritiken, die die deutsche Lehre gegen die im Kapitel III analysierten Vorschriften geübt hat. Eine besondere Bedeutung wurde der Untersuchung der empirischen Studien beigemessen, die seit 80er Jahre in Deutschland durchgeführt wurden, um zu bewerten, ob diese Rechtsfiguren ihre kriminalpolitischen Ziele erreicht haben.

Schließlich werden im Kapitel V die Ergebnisse einer eigenen empirischen Studie über die Wirksamkeit der in spanischer Rechtsordnung enthaltenen Anreize vorgestellt. Sie hat in einer

quantitativen und qualitativen Analyse von 178 vom spanischen Obersten Gerichtshof (Tribunal Supremo, TS) beschlossen Urteilen bestanden. Einige Parameter, die beachtet wurden, waren die Zahl von Fällen, in denen diese Vorschriften angewandt (oder zumindest von den Parteien vorgebracht) wurden; die Zahl von Fällen, in denen anderen Rechtsfiguren angewandt wurden, die eine Anreizfunktion entwickeln mögen –z.B. die allgemeinen strafmildernden Umstände eines Geständnisses (Art. 21, Abs. 4. und 7. und art. 31 quater, Abs. 1 a) CP) und der Wiedergutmachung (Art. 21, Abs. 5. und 7. und art. 31 quater, Abs. 1 c) CP)–, und die Zahl von Angeklagten und Verurteilten wegen Straftaten, die im Anwendungsbereich der Vorschriften, die den Untersuchungsgegenstand darstellen, in allen untersuchten Verfahren präsent waren.

INTRODUCCIÓN*

1. VALENCIA, SANTO DOMINGO… ¿DAMASCO?

Es el 26 de mayo de 2015. Un hombre ataviado con camiseta blanca, chaleco negro y anchos pantalones caqui se dirige hacia la entrada del Juzgado de Instrucción n.º 6 de Valencia. Allí le espera un nutrido grupo de personas, que le rodea tan pronto como hace su aparición en la Plaza del Turno de Oficio, enclave en el cual se asienta el edificio al que está a punto de entrar. En su mayoría, el grupo está compuesto por periodistas de diversos medios de comunicación, aunque también por varios curiosos, que sacan sus teléfonos móviles para capturar el momento en el que, sin desprenderse de sus gafas de sol, abre sus brazos, haciendo tintinear los abalorios metálicos de sus pulseras y saluda con un sonoro «¡buenos días!» a todos los presentes.

El hombre es Marcos Benavent. Por su *look* desenfadado –rematado con varios anillos en cada mano, dos voluminosos pendientes de aro, un amplio tatuaje en el antebrazo izquierdo y una poblada barba blanca–, probablemente nadie diría que está a punto de declarar como investigado por su implicación en el caso *Imelsa*: una trama judicial en la que se investigaba la adjudicación de contratos fraudulentos a través de la empresa pública que le dio nombre –«Imelsa», de «Impulso Económico Local, S.A.»–. Desde el año 2007, Benavent había sido su gestor.

La expectación está justificada: el hombre de barba, pulseras y tatuajes –en otro tiempo, afeitado y formalmente trajeado– lleva desaparecido desde diciembre de 2014, coincidiendo con los primeros pasos de la investigación judicial y la publicación en prensa de las primeras noticias relacionadas con el caso. Desde entonces y hasta su comparecencia en sede judicial ha estado recorriendo el mundo. Ecuador, Países Bajos y Japón han sido algunos de sus destinos. Ese peregrinaje no ha sido vano: tal y como él mismo reconoce ante la prensa, en los meses que duró su periplo experimentó una conversión, equiparable a la caída de caballo que sufrió Saulo de Tarso a la entrada de Damasco y que le acabaría transformando –ni más ni menos– en San Pablo. Benavent pasó de querer ganar la mayor cantidad de dinero posible a poner en manos de la justicia todo cuanto sabía de la corrupción que, supuestamente, asediaba la Diputación Provincial de Valencia, corporación a la que Imelsa estaba adscrita. Lo que, empleando la terminología de moda en la época, se conocía como «tirar de la manta». Por eso, se presenta ante el Juzgado de Instrucción aportando –o, como mínimo, afirmando aportar– centenares de documentos y decenas

* Este trabajo se ha llevado a cabo en el marco del Proyecto de Investigación «Estrategias Transversales para la Prevención de la Delincuencia Económica y la Corrupción» (PID2021-123028OB-I00), cuyos investigadores principales son los profesores Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Universidad Complutense de Madrid) y David-Isidro Carpio Briz (Universidad de Barcelona). Asimismo, el trabajo ha sido financiado a través de una ayuda de Formación al Profesorado Universitario (FPU) concedida por el Ministerio de Universidades para los años 2021 a 2025 (convocatoria 2020, referencia FPU20/02929).

de horas de grabación que implicarían a numerosas personas con las que tuvo contacto en sus años de servicio público.

Los periodistas le rodean y apuntan a su rostro con sus cámaras y micrófonos. Benavent, situado en el centro de todas las miradas, realiza una inclinación juntando las palmas de las manos –namasté–, como el solista que se presenta a su público antes de comenzar el recital. Es tras la reverencia cuando profiere una de las frases que más recorrido tendrán en la crónica judicial española de los años siguientes –y no pocos programas de humor–: «yo era un yonqui del dinero»[1].

Marcos Benavent es, probablemente, el ejemplo más famoso de un investigado en un proceso penal por corrupción que decide cooperar con las autoridades. Muchas veces escoger esta estrategia implica reconocer que se ha cometido un delito. A pesar de ello, esta forma de proceder no puede ser calificada de irracional. En el Código Penal español existen varios preceptos que «recompensan» con una pena menor –a veces, incluso, con la impunidad– a quienes, habiendo intervenido en un hecho delictivo, aportan información relevante para la investigación o acceden a resarcir el daño causado al patrimonio público. Las atenuantes genéricas de confesión –art. 21.4ª CP– y de reparación del daño –art. 21.5ª CP– son figuras que pueden cumplir esta función. Junto a ellas, existen otras disposiciones que han sido específicamente diseñadas para desempeñar esa función de estímulo. Me refiero, por ejemplo, a la eximente por autodenuncia para los delitos de cohecho del art. 426 CP, las atenuantes por colaboración para los delitos fiscales, contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones contenidas, de modo respectivo, en el segundo inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP, o la atenuante para el delito de malversación, prevista en el art. 434 CP[2].

[1] La información sobre Marcos Benavent que se ha expuesto aquí procede de noticias como la siguiente, publicada en el diario «Las Provincias» el 24 de enero de 2023: https://www.lasprovincias.es/politica/marcos-benavent-perfil-20230124135555-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.lasprovincias.es%2Fpolitica%2Fmarcos-benavent-perfil-20230124135555-nt.html [Consulta: 08/05/2024].

[2] Con todo, seguir esta (aparente) línea de colaboración no le sirvió de mucho a Benavent: la AP de Valencia, en sentencia de 23 de enero de 2023, lo condenó como autor de tres delitos continuados en concurso medial: uno de prevaricación (art. 404 CP), otro de malversación en modalidad de apropiación (art. 432.1 CP) y otro de falsedad en documento oficial (arts. 390.1.1º, 2º y 4º CP). La redacción del Código Penal que se le aplicó fue la resultante de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio (BOE n.º 152, de 23 de junio de 2010, pp. 54811-54883). La única atenuante que se aplicó a Benavent –al cual se le llama Rubén en la sentencia– fue la de dilaciones indebidas, contenida actualmente en el art. 21.6ª CP. Es decir, que a Benavent no sólo no se le aplicó la atenuante del art. 434 CP para rebajar la pena correspondiente al delito de malversación (único de los incentivos que le podría haber sido aplicable por los delitos cometidos), sino que el tribunal de primera instancia ni siquiera le concedió una atenuante genérica de confesión por su supuesta cooperación con las autoridades. El hecho de que su defensa no solicitara la apreciación ni del art. 434 CP ni de la atenuante genérica de confesión permite dudar de que la estrategia consistente en colaborar se llevara hasta sus últimas consecuencias. Sobre cuanto se ha dicho en esta nota al pie, ver SAP Valencia (5ª) 23/2023, de 23 de enero (Roj.: SAP V 3/2023), Antecedente de Hecho 2, p. 2 y FD 12, p. 95.

A diferencia de las atenuantes genéricas, las disposiciones que se acaban de enumerar sólo son aplicables a quienes sean responsables por la comisión de delitos muy concretos –en los casos citados, cohecho, delitos fiscales, contra la Seguridad Social, de fraude de subvenciones o malversación–. A menudo, esta limitación del ámbito de aplicación se intenta explicar con base en que los delitos para los cuales estos incentivos están previstos son muy difíciles de detectar, investigar y/o enjuiciar. Esto es lo que, en opinión del legislador, justifica el recurso a «premios» adicionales a los que podrían constituir las atenuantes genéricas, que sí son aplicables a los responsables de cualquier hecho delictivo.

Tradicionalmente, el recurso a incentivos adicionales a las atenuantes genéricas estaba reservado a las formas de delincuencia asociativa. Tanto en España como en Alemania –país al que, por las razones que se verán en su momento, también se ha prestado atención en este trabajo–, los primeros ejemplos de estos incentivos surgieron para perseguir con mayor eficacia delitos normalmente relacionados con la criminalidad organizada, como el narcotráfico o el terrorismo. Sin embargo, estas figuras no han permanecido (sólo) en esos ámbitos, sino que en los últimos años también han ido penetrando en los tipos delictivos que normalmente se llamarían «delitos económicos»[3]. El último –y elocuente– ejemplo de esta expansión se contiene en la LO 14/2022, de 14 de diciembre[4], que ha creado, en los arts. 262.3 y 288 bis CP, dos eximentes por colaboración con las autoridades: la primera, para los delitos de alteración de precios en subastas públicas (art. 262 CP) y la segunda, para los delitos de detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad (art. 281 CP) y de manipulación operativa de mercado (art. 284 CP).

Cabe preguntarse por qué cada vez hay más de estos incentivos. En el apartado III del Preámbulo de la ley a la que se acaba de hacer mención hay, en mi opinión, buenos mimbres para construir una hipótesis. Tal y como expresa el legislador, «la política de clemencia supone un mecanismo *efectivo y esencial* en la lucha contra conductas anticompetitivas», que contribuye al «*enjuiciamiento eficiente y la imposición de sanciones* a las infracciones más graves del Derecho de la competencia» (cursivas añadidas). En otras palabras: para el legislador, a través de los incentivos para la colaboración no sólo se conseguirá detectar, investigar y enjuiciar más delitos («mecanismo eficaz»), sino que, además, se ahorrarán recursos públicos en el cumplimiento de

[3] Ponen de relieve esta «traslación» autores como ORTIZ PRADILLO, J.C.: Whistleblowing, *colaboración eficaz con la justicia y proceso penal*. La Ley: Madrid, 2024, pp. 256-257, y GARCÍA-MORENO, B.: *Del* whistleblower *al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2020, p. 218. En Alemania, también ha llamado la atención sobre este proceso de expansión CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge im Strafgesetzbuch*. *Die Ermittlungshilfe gemäß §46b StGB aus dogmatischer und empirischer Perspektive*. Nomos: Augsburgo, 2019, p. 44.

[4] LO 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (BOE n.º 307, de 23 de diciembre de 2022).

esas tareas («enjuiciamiento eficiente»). Llama la atención que la contundencia de esas afirmaciones no vaya acompañada de ninguna cifra relativa, por ejemplo, al volumen de delitos contra el mercado y los consumidores que, aunque sea de manera estimada, se cometen cada año en España; el coste medio que estos delitos suponen para los consumidores y otros competidores, el coste medio que la persecución de estos delitos supone cada año al erario, y el ahorro que se espera obtener con el fomento de la colaboración con las autoridades de los intervinientes en el hecho delictivo. Lo que pretendo poner de relieve es que los incentivos para la colaboración con las autoridades son figuras que pretenden legitimarse por los resultados que, a través de ellos, se consiguen. Sin embargo, en España apenas existen análisis que aclaren si estos objetivos se están consiguiendo o no.

Esto es algo que podría tener relación con el lugar «de donde salieron» estas figuras. Como se ha dicho antes, el hábitat natural de los incentivos para la colaboración con las autoridades era la delincuencia asociativa. Cuando uno piensa en las formas de criminalidad organizada que se han dado en España y que se han afrontado con el recurso a estrategias –llamémoslas así– «excepcionales», de inmediato le vendrá a la mente el terrorismo de ETA. Tomando en consideración cómo los atentados de la banda conmocionaron a la sociedad española, especialmente en los conocidos como «años de plomo», no es de extrañar que el debate sobre cómo debía actuar el Estado en una situación como esa haya estado, a menudo, impregnado de connotaciones morales y una fuerte emocionalidad. De ahí, quizás, que las reflexiones sobre los incentivos tendentes a fomentar la colaboración con las autoridades de integrantes de la banda armada hayan estado más enfocadas a cuestiones nucleares –¿un Estado que «premia» a terroristas puede seguir considerándose de Derecho?– que al mayor o menor grado de consecución de contingentes objetivos político-criminales. Aun así, y como se verá en el trabajo, ha habido esfuerzos notables en la doctrina para intentar aclarar cuántos terroristas se beneficiaron de los incentivos para la colaboración con las autoridades y qué efectos pudo tener su cooperación.

Todo esto puede explicar, hasta cierto punto, la situación que afecta, en particular, a los incentivos previstos en el ámbito de los delitos económicos. Superado el terrorismo de ETA, el interés de la doctrina en el estudio crítico de la estrategia consistente en fomentar la cooperación con las autoridades parece haber decaído. Además, cuando se ha prestado atención a las eximentes y atenuantes en que dicha estrategia se ha materializado en los delitos económicos, muchas veces se han repetido los tópicos que, elaborados con ocasión de la reflexión en el ámbito del terrorismo, apelan, directamente, a su ilegitimidad. En suma: la cuestión relativa a si los incentivos para la colaboración con las autoridades en los delitos económicos están sirviendo para algo está, en mi opinión, pendiente de resolver. O, mejor dicho, de plantearse con suficiente detenimiento.

Que el colaborador más famoso en este sector delictivo sea un hombre conocido como «el yonqui del dinero» tampoco ayuda especialmente a la seriedad del debate. Máxime, si se compara la frivolidad de su «puesta de largo» como colaborador con las autoridades con la gravedad del testimonio del que podría ser su homólogo en los delitos de terrorismo: el exetarra Juan Manuel Soares Gamboa, antiguo miembro del tristemente célebre «comando Madrid», que, tras informar al Gobierno de España de su intención de abandonar la organización y cooperar, fue trasladado desde Santo Domingo a España el 21 de julio de 1995[5]. Dos años después de su traslado, tras haber prestado su ayuda en el esclarecimiento de algunos de los atentados más sangrientos de la banda –los perpetrados con sendos coches bomba en Madrid el 9 de septiembre de 1985 y el 25 de abril de 1986, en los que perdieron la vida seis personas–, el diario «El País» publicó una carta escrita por Soares Gamboa, titulada «Agur, ETA», en la que, además de condenar la lucha armada, lamentaba algunos de los crímenes más sobrecogedores de la organización, como el asesinato de Miguel Ángel Blanco o el secuestro de José Antonio Ortega Lara[6].

2. LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

Las razones que se acaban de exponer justifican, en mi opinión, que se realice un estudio enfocado, en particular, en los incentivos para la colaboración con las autoridades en los delitos económicos. El objeto de la investigación está compuesto por las figuras contenidas en los siguientes preceptos del Código Penal español: los arts. 426 –exime por autodenuncia en el delito de cohecho–, 305.6 II, 307.5 II, 308.8 II –atenuantes por colaboración en los delitos fiscales, contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones, respectivamente– y 434 CP –atenuante de reparación y colaboración con las autoridades para el delito de malversación–.

Puede reprocharse a quien esto escribe no haber analizado la situación de los incentivos que se han creado más recientemente; esto es, las aludidas eximentes de los arts. 262.3 y 288 bis CP. Sin embargo, creo que hay buenas razones para prestar más atención a las que se han mencionado como constitutivas del objeto de investigación. La más moderna de este último grupo –la atenuante para los delitos de malversación del art. 434 CP– se creó en 2015, es decir, hace casi una década. Las atenuantes para los delitos fiscales, contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones son todavía más antiguas: la ley que las introdujo en el ordenamiento jurídico español entró en vigor en enero de 2013. La más veterana es la eximente del art. 426, que se creó con la aprobación del Código Penal de 1995. El margen que va desde la creación de estas figuras

[5] Sobre la cuestión, ver esta noticia del diario «El País», del mismo 21 de julio de 1995: https://elpais.com/diario/1995/07/21/espana/806277611_850215.html [Consulta: 08/05/2024].
[6] El texto íntegro de la carta puede leerse en esta noticia, de 19 de julio de 1997: https://elpais.com/diario/1997/07/19/espana/869263206_850215.html [Consulta: 08/05/2024].

hasta la redacción de estas líneas es, por tanto, lo suficientemente amplio como para que los efectos que, se supone, estaban llamadas a conseguir, o bien se hayan producido ya, o bien se den por imposibles. Eso es algo que, probablemente, aún no pueda predicarse de las dos eximentes creadas por la LO 14/2022, de 22 de diciembre, que entró en vigor en enero de 2023. De ahí que, por ahora, no se hayan tomado en consideración (al menos, no más allá de indicar lo decepcionante que es que las afirmaciones fácticas que el legislador formuló como justificación para su previsión no vengan apoyadas en ningún estudio).

Hechas estas consideraciones, en el capítulo I se efectuará una descripción de las figuras que constituyen el objeto de estudio. En primer lugar, se intentará esclarecer cuál es su fundamento tomando en consideración el momento en que fueron creadas, así como las opiniones de los parlamentarios y de los distintos actores que emitieron informes en la fase de tramitación legislativa de las leyes que les dieron carta de naturaleza. Seguidamente, se explicarán cuáles son sus requisitos de aplicación y a qué consecuencias jurídicas pueden dar lugar.

En el capítulo II se presentarán las críticas que la doctrina española ha formulado a los incentivos. Como se verá, el «argumento estrella» es el que ha destacado su incompatibilidad con los fines de la pena. También se comprobará cómo ciertos autores han llamado la atención, si bien con un peso sensiblemente menor, sobre su escasa eficacia o su contravención del principio constitucional de igualdad. En ese mismo capítulo se dará cuenta del hecho de que, para ser plenamente convincentes, estos argumentos tendrían que apoyarse en la realización de estudios empíricos que pongan en relación los fines perseguidos por las figuras constitutivas del objeto de estudio con su grado de consecución. Eso es algo que, hasta la fecha, no se ha llevado a cabo en España.

Esta situación fuerza, a mi juicio, a explorar la situación de otros ordenamientos jurídicos. De todos los posibles, se ha escogido el alemán, además de por la notable influencia de la doctrina germana sobre la española, porque su ordenamiento es en parte similar y en parte distinto al español en lo que tiene que ver con los incentivos para la colaboración con las autoridades. Es en parte similar porque en Alemania también existen varias figuras creadas para estimular a los intervinientes en el hecho delictivo a ofrecer su información a las autoridades encargadas de perseguirlo. Además, como en España, en Alemania también rige, *como norma general*, el principio de legalidad en el ejercicio de la acusación por parte de la Fiscalía. Sin embargo, es en parte distinto porque este último principio cuenta, en Alemania, con numerosas excepciones. Una de ellas permite a los fiscales archivar el procedimiento siempre que se den los requisitos en virtud de los cuales los jueces pueden renunciar al castigo del culpable. Tomando en consideración que la gran mayoría de los incentivos previstos en el ordenamiento jurídico alemán habilitan a los jueces a llevar a cabo esto último, el archivo del procedimiento *por razones de oportunidad*

constituye un «premio» para los colaboradores que no existe en España. A ello hay que sumarle que, desde el año 2009, en Alemania existe una figura que permite a los jueces atenuar o, incluso, no imponer la pena a quienes hayan cometido *cualquier delito*, siempre que esté castigado con una pena de prisión de más de un mes, pero colaboren al esclarecimiento de un catálogo de delitos considerados especialmente difíciles de detectar, investigar y enjuiciar. Esta figura, contenida actualmente en el § 46b StGB, tampoco tiene parangón en España.

El estudio del Derecho alemán se lleva a cabo en los capítulos III y IV. En el capítulo III se analizarán los requisitos y consecuencias de aplicación de las siguientes figuras: el § 31 BtMG –delitos contra la salud pública–, los §§ 4 KronzG y 129a StGB –terrorismo–, los §§ 5 KronzG y 129 StGB –integración en organización criminal–, el § 261 VIII StGB –blanqueo de capitales–, el § 46b StGB –cualquier delito castigado con pena de prisión de más de un mes– y el § 153b StPO –facultad de archivo de la Fiscalía para los casos en los que los jueces pueden renunciar a la imposición de la pena–. Al igual que en el capítulo I, también se tomará en consideración el momento en el que estas figuras aparecieron, así como las opiniones que manifestaron los órganos encargados de elaborar informes sobre la necesidad o la conveniencia de su creación y las de los integrantes de las cámaras legislativas. Ello porque, en ocasiones, esta información puede ser útil para apoyar una u otra interpretación.

Por su parte, en el capítulo IV se expondrán las críticas que la doctrina alemana ha formulado a los incentivos para la colaboración con las autoridades con los que cuenta su país. Como tendrá ocasión de verse, la situación es muy distinta a la de España en lo que al grado de desarrollo de los argumentos se refiere. No sólo es que la apelación a los fines de la pena sea marginal: es que, desde la creación de la primera de las figuras tendentes a estimular a los intervinientes en el hecho delictivo a cooperar con las autoridades –el § 31 BtMG, que obtuvo carta de naturaleza el 1 de enero de 1982–, se han realizado estudios empíricos tendentes a analizar los efectos que han conseguido. Pese a la existencia de lo que parecen algunas «verdades por repetición», en Alemania se ha establecido algo así como un «saludable diálogo» entre la academia y el legislador, hasta el punto de que algunos de los estudios mencionados aparecen citados en la fundamentación de las iniciativas legislativas de las que surgieron las figuras constitutivas del objeto de estudio. Esto, desafortunadamente, no parece estar ocurriendo en España.

En el capítulo V se contiene un estudio propio sobre la aplicación y efectos de los incentivos para la colaboración con las autoridades en los delitos económicos que se contienen en el Código Penal español. Se trata de un estudio mucho más humilde que los llevados a cabo en Alemania, pues consiste sólo en un análisis de 178 SSTS. Aun así, de la información que resulta del mismo pueden extraerse, a mi juicio, ciertas conclusiones de interés sobre la frecuencia de aplicación (y solicitud de aplicación) de los incentivos, los efectos que la estrategia del fomento a la

cooperación de los intervinientes en el hecho delictivo trae consigo y los factores que podrían mermar la eficacia de esta opción político-criminal. Al final de dicho capítulo se contienen algunas recomendaciones para el futuro tomando en consideración los resultados obtenidos.

CAPÍTULO I: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo se analizarán los requisitos de aplicación de las figuras constitutivas del objeto de estudio, así como las consecuencias jurídicas que derivan (o pueden derivar) de la misma. Como se comprobará a lo largo del capítulo, el tenor literal de los artículos escogidos es, en ocasiones, confuso, lo que podría condicionar su aplicabilidad. Para resolver los problemas interpretativos, se ha considerado conveniente estudiar su génesis parlamentaria, pues conocer cuál es la finalidad que el legislador atribuyó a estas figuras puede constituir una pauta interpretativa útil. Con todo, se comprobará cómo, aun contando con este criterio, subsisten muchos problemas de difícil resolución.

Los preceptos se estudiarán en orden cronológico y, en el análisis de cada uno de ellos, se acometerá, en primer lugar, la cuestión relativa a su génesis parlamentaria para, después, hablar de los requisitos de aplicación y sus consecuencias jurídicas. De este modo, en el capítulo se tratarán, en el orden que sigue, estos preceptos:

- El art. 426 CP (eximente para los delitos de cohecho),
- El segundo inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP (atenuantes por colaboración para, respectivamente, los delitos fiscales, contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones), y
- El art. 434 CP (atenuante por colaboración y reparación del daño para el delito de malversación).

2. EL ART. 426 CP: LA EXIMENTE PARA LOS DELITOS DE COHECHO

2.1. Génesis parlamentaria y finalidad atribuida por el legislador

El art. 426 CP prevé una eximente de pena para los particulares que hayan intervenido en un delito de cohecho. Para su aplicación, es preciso que hayan accedido «ocasionalmente» a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público y que denunciaren «el hecho» a la «autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento» y, en todo caso, antes de que hayan transcurrido dos meses «desde la fecha de los hechos». Más adelante se hablará en profundidad de las posibles interpretaciones de los términos entrecomillados. Por ahora, me limitaré a tratar la cuestión relativa al contexto en el que esta figura apareció, así como la finalidad que el legislador le habría asignado.

Dejando al margen el antecedente que representa el art. 473 del Código Penal de 1928, la eximente del art. 426 CP apareció con la aprobación del Código Penal de 1995[7]. El tenor literal que tenía entonces era muy parecido al que tiene en la actualidad. Los dos cambios más importantes son, por un lado, el que tiene que ver con su ubicación, pues antes esta figura ocupaba el art. 427 CP, y, por otro, el referente a su ámbito de aplicación temporal, pues para su aplicación era preciso que el particular que hubiera accedido a la solicitud de dádiva del funcionario denunciara los hechos, además de antes de la apertura del procedimiento, en el breve plazo de diez días desde que éstos se produjeron. En la actualidad, se mantiene la exigencia de que la denuncia se produzca antes de la apertura del procedimiento, pero el plazo de diez días ha sido sustituido por el de dos meses. Tanto el número de artículo de la eximente como la extensión de su límite preclusivo cambiaron con la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, que fue la que le dio a la disposición ahora estudiada su redacción y ubicación actuales.

Es un lugar común entre la doctrina afirmar que el fundamento de esta eximente es el fomento de la denuncia del cohecho: un delito que resulta muy difícil de detectar y que, en consecuencia, tiene una cifra negra muy elevada[8]. Sin embargo, si se atiende a la tramitación parlamentaria de

[7] El art. 473 del Código Penal de 1928 era una disposición un tanto peculiar. Con ella se extendió la responsabilidad penal del particular interviniente en el delito de cohecho a los siguientes dos escenarios: cuando éste había intentado corromper al funcionario público y, sin embargo, había fracasado, y cuando era el funcionario el que solicitaba la dádiva al particular y este último había accedido. En los Códigos de 1822, 1848 y 1870, en cambio, el particular sólo respondía penalmente cuando la iniciativa del soborno partía de él y, además, el intento resultaba exitoso. De las dos novedades que introdujo el art. 473 del Código Penal de 1928 interesa la que se ha mencionado en segundo lugar; esto es, la previsión de responsabilidad penal para el particular que accedía a la petición de soborno del funcionario público. El precepto en cuestión disponía que quien se encontrara en esa situación quedaba obligado a denunciar el hecho «al Jefe del funcionario de que se trate» o, en su caso «al Juez de instrucción o funcionario del Ministerio Fiscal más próximo». En caso de no hacerlo, respondería como encubridor del delito de cohecho cometido por el funcionario público. Da la impresión de que la conducta del particular era atípica desde el punto de vista del delito de cohecho y que lo que se castigaba era, sencillamente, la omisión de la denuncia. Es decir, que en ese precepto se establecía, más que un delito contra la Administración Pública, otro contra la Administración de Justicia. Sobre esta cuestión, ver GARCÍA ESPAÑA, E.: *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa*. Comares: Granada, 2006, pp. 107-108 (nota al pie 2), y OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1999, pp. 428-431.

[8] Sin ánimo de exhaustividad, mantienen esta postura ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: «Delitos contra la Administración Pública», en SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª (dir.); RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *et al.*: *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*. Atelier: Barcelona, 8ª ed., 2023, p. 401; CAMARERO GONZÁLEZ, G., y CRESPO BARQUERO, P.: «Art. 426», en DEL MORAL GARCÍA, A. (dir.); ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (coord.), *et al.*: *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia. Tomo II. Arts. 234 a 616 quáter*. Comares: Granada, 2018, pp. 2575-2576; GARCÍA PÉREZ, J.J.: «Artículo 426», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *et al.*: *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*. *Tomo II.* Sepín: Madrid, 4ª ed., 2016, p. 2942; MORALES PRATS, F., y RODRÍGUEZ PUERTA, M.ª J.: «Artículo 426», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), y MORALES PRATS, F. (coord.), *et al.*: *Comentarios al Código Penal Español*. *Tomo II (Artículos 234 a DF. 7ª)*. Thomson Reuters Aranzadi: Cizur Menor, 7ª ed., 2016, pp. 1397-1398; MIR PUIG, C.: «Artículo 426», en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.); MIR PUIG, S. (dir.); VERA SÁNCHEZ, J.S. (coord.), *et al.*: *Comentarios al Código Penal. Reformas LO 1/2015 y LO 2/2015*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2015, p. 1437; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas absolutorias en Derecho Español. Doctrina y jurisprudencia*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2014, p. 219; POZUELO PÉREZ, L.: *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2003, p. 418; FARALDO CABANA, P.: *Las causas de levantamiento de la pena*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2000, p. 234; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho…*, *op. cit.*, 1999, pp. 432-434; DÍAZ Y

la norma que se acabaría convirtiendo en el Código Penal de 1995, la cuestión no resulta tan evidente. Desde luego, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, presentado al Congreso de los Diputados el 26 de septiembre de 1994, no se mencionaba nada al respecto[9]. Hasta donde alcanzo, la primera y única vez que se indicó algo parecido fue en la intervención que el entonces Ministro de Justicia e Interior, Santiago Belloch Julbe, hizo en el Pleno de la Cámara Baja el 22 de junio de 1995. De todos modos, el contenido de su declaración sólo se parece de manera muy remota al fundamento que, según se acaba de indicar, la doctrina atribuye a la eximente: el entonces titular de las aludidas carteras tan sólo señaló en su intervención que la figura proyectada perseguía «endurecer la lucha contra la corrupción»[10].

Es en la tramitación de la LO 5/2010, de 22 de junio –la única disposición legal que, hasta ahora, ha modificado la eximente– donde se puede ver un reconocimiento explícito del legislador sobre la finalidad que perseguiría la figura que hoy en día se contiene en el art. 426 CP. En concreto, este reconocimiento se produjo con motivo de la ampliación del plazo para interponer la denuncia. El Proyecto de Ley no preveía nada sobre esa modificación[11]: la extensión del plazo se suscitó en la fase de presentación de enmiendas en la tramitación que tuvo lugar en el Congreso de los Diputados. El Grupo Parlamentario Vasco propuso la supresión del límite temporal de diez días. Como justificación a esta enmienda, que llevó el número 134, se adujo lo difíciles de descubrir que son los delitos de cohecho y lo aconsejable que era, para disminuir su cifra negra,

---

GARCÍA CONLLEDO, M.: «El delito de cohecho», en ASÚA BATARRITA, A. (ed.). *et al*.: *Delitos contra la Administración Pública*. Instituto Vasco de Administración Pública: Bilbao, 1997, pp. 168-169, y GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad en el Derecho penal*. Aranzadi: Pamplona, 1997, pp. 212-213.

[9] «Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (121/000063)», en BOCG (Congreso de los Diputados), Serie A, n.º 77-1, de 26 de septiembre de 1994, pp. 1-3. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/A/A_077-01.PDF [Consulta: 25/03/2024]. En dicho Proyecto, la eximente se contenía en el art. 405 (ibid., p. 58).

[10] «Sesión Plenaria n.º 55», en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (Pleno y Diputación Permanente), n.º 157, de 22 de junio de 1995 p. 8287. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/DS/PL/PL_157.PDF [Consulta: 25/03/2024].

[11] De hecho, el Proyecto de Ley sólo preveía, junto al cambio de número de artículo de la eximente, que se modificara la expresión «dádiva o presente», a cuya solicitud debía haber accedido el particular para que la disposición ahora estudiada le fuera aplicable, por la más amplia –y vigente en la actualidad– de «dádiva u otra retribución». «Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (121/000052)», en BOCG (Congreso de los Diputados), Serie A, n.º 52-1, de 27 de noviembre de 2009, p. 34. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-01.PDF#page=1 [Consulta: 26/03/2024]. El cambio de «dádiva o presente» por «dádiva u otra retribución» también se había propuesto en los Anteproyectos de 2006 y 2008, que nunca llegarían a ser aprobados. Sobre esta última cuestión, ver DE LA MATA BARRANCO, N.J.: «Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», en *Cuadernos penales José María Lidón*, n.º 6, 2009, p. 171. Disponible en: http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon06.pdf [Consulta: 01/12/2023], y CGPJ: *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 2006, p. 192. Disponible en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_anteproyecto_de_Ley_Organica_por_el_que__se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995__de_23_de_noviembre__del_Codigo_Penal [Consulta: 26/03/2024].

recurrir a técnicas que «favorezcan la "delación"». El problema de la figura existente hasta aquel momento era que el plazo de diez días resultaba demasiado breve como para dotar de efectividad a la eximente. De ahí que se propusiera, directamente, la eliminación de cualquier límite temporal[12]. Esta no fue la única petición en ese sentido. El Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-IU-Iniciativa per Catalunya Verds propuso la misma modificación que el Grupo Parlamentario Vasco en la enmienda n.º 276. La coincidencia entre las dos enmiendas era total: no sólo se proponían los mismos cambios, sino que su justificación también era idéntica[13].

Por su parte, el Grupo Parlamentario Socialista sugirió, asimismo, modificar la eximente, aunque sus pretensiones eran más moderadas que las de los otros dos grupos. En concreto, su enmienda, que llevó el número 467, proyectaba que, en lugar de que el plazo estuviera limitado a diez días desde la fecha de los hechos, éste alcanzara los treinta. La motivación de esta última enmienda fue algo más escueta que la de las dos formaciones antes mencionadas: el Grupo Parlamentario Socialista se limitó a remitirse al informe que el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) había elaborado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica[14]. En este informe se advertía, entre otras cosas, de la inconveniencia de un plazo tan breve como el de los diez días, que impedía a la eximente cumplir con el objetivo político-criminal que tenía asignado: facilitar el descubrimiento de los delitos de cohecho, tan difíciles de detectar. Por ello, amén de otras modificaciones, el CGPJ proponía la ampliación del plazo en cuestión, aunque no se indicaba la nueva extensión que éste debía alcanzar[15].

El plazo de dos meses apareció mencionado, por primera vez, en el informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia. Ésta propuso la aceptación de una transacción a las tres enmiendas de los

---

[12] «Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (121/000052)», en BOCG (Congreso de los Diputados), Serie A, n.º 52-9, de 18 de marzo de 2010, pp. 60-61. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-09.PDF [Consulta: 26/03/2024].

[13] Ibid., p. 123.

[14] Ibid., p. 201.

[15] CGPJ: *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 2009, pp. 142-144. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organcia-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal [Consulta: 06/07/2024]. Hay que señalar que el informe era un poco más exigente. En él no sólo se mencionaba la brevedad del plazo para la interposición de la denuncia como un factor que mermaba la eficacia de la figura ahora estudiada: también se criticaba que bastara con denunciar el delito para su aplicación. Por eso, además de la ampliación del plazo, se sugería que la disposición se modificara de modo tal que la exención quedara condicionada, además de a la presentación de la denuncia, a la aportación de pruebas que posibilitaran la persecución de los responsables del hecho delictivo. Es más: incluso se proponía la creación de una figura con la que se pudiera atenuar la pena en uno o dos grados para quienes, aunque no hubieran denunciado los hechos en el plazo que finalmente se estableciera, colaborasen activamente con las autoridades para la consecución de objetivos similares a los previstos en los arts. 376 (delitos contra la salud pública) y el 579 bis.3 CP actualmente vigente (terrorismo). Hubo que esperar hasta la reforma de 2015 para que una atenuante de estas características se previera en un delito relacionado con la corrupción, como es la malversación de caudales públicos. Me estoy refiriendo a la figura que se contiene en el art. 434 CP. De ella se hablará más adelante.

Grupos Vasco, Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds y Socialista[16]. El texto sugerido por la Ponencia como definitivo para el art. 426 CP tenía el mismo tenor literal que el que dicho precepto posee en la actualidad[17]. De hecho, la redacción que se aprobó por el Congreso de los Diputados es exactamente la misma que la vigente hoy en día[18]. Esto no quiere decir que no hubiera más intentos de ampliar todavía más el ámbito de aplicación de la eximente. En el Senado, tanto el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas como el Grupo Entesa Catalana de Progrés propusieron las mismas enmiendas que las que formularan el Grupo Parlamentario Vasco y el Grupo Esquerra Republicana-IU-Iniciativa per Catalunya Verds en el Congreso; es decir, solicitaron la supresión de cualquier límite temporal. La justificación dada a estas enmiendas fue, de hecho, la misma que la que los grupos aludidos en último lugar expresaron en la Cámara Baja[19].

Ninguna de estas enmiendas prosperó, por lo que el art. 426 CP conservó la forma que le había dado la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. La norma fue aprobada como LO 5/2010, de 22 de junio, y fue publicada en el BOE al día siguiente, entrando en vigor a los seis meses desde su publicación, o sea, el 23 de diciembre de 2010. Desde entonces, la eximente para los delitos de cohecho no ha cambiado, ocupando la misma ubicación que le otorgó esta última ley.

2.2. Requisitos de aplicación y consecuencias jurídicas

2.2.1. Requisitos de aplicación

El art. 426 CP declara exento de pena por el delito de cohecho al particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público (a), denuncie el hecho ante autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación (b) antes de la apertura del procedimiento (c), siempre que no hayan transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos (d).

[16] «Informe de la ponencia. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (121/000052)», en BOCG (Congreso de los Diputados), Serie A, n.º 52-10, de 21 de abril de 2010, p. 18. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-10.PDF#page=1 [Consulta: 26/03/2024].

[17] Ibid., p. 61,

[18] «Texto remitido por el Congreso de los Diputados. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (621/000048)», en BOCG (Senado) Serie II, n.º 48(a), de 6 de mayo de 2010, p. 40. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L9/SEN/BOCG/II/II0048A.PDF [Consulta: 26/03/2024].

[19] Se trata, respectivamente, de las enmiendas n.º 52 y 214. Ver «Enmiendas. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal», en BOCG (Senado), Serie II, n.º 48(c), de 27 de mayo de 2010, pp. 77 y 142. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L9/SEN/BOCG/II/II0048C.PDF [Consulta: 26/03/2024].

a) Particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución

El ámbito subjetivo de aplicación del art. 426 CP es ciertamente restringido. Para empezar, sólo pueden beneficiarse de ella los particulares; es decir, las personas que no ostenten la condición de funcionario ni de autoridad. Y, para seguir, es preciso que los particulares hayan cometido una modalidad concreta de cohecho: la consistente en aceptar la solicitud de dádiva o retribución que les haya formulado el funcionario o autoridad de que se trate. Atendiendo a la legislación vigente, la figura sólo puede aplicarse, en principio, a las personas que hayan cometido un delito de los tipificados en los apartados 2 o 3 del art. 424 CP[20].

Se usa la expresión «en principio» porque el art. 426 CP añade un requisito más con respecto al tipo de delito que ha de haber cometido el particular para que pueda aspirar a obtener la exención de pena: éste debe haber accedido a la solicitud de manera «ocasional». El empleo de este término ha sido criticado por la doctrina, a mi juicio, con razón: si el legislador pretendía, con la creación de la eximente, fomentar que los particulares denunciasen, el uso de términos vagos como este juega en contra de la seguridad de su aplicación. Ello bien podría mermar su atractivo[21].

Parece reinar el consenso en cuanto a que «ocasional» debe interpretarse en el sentido de «no habitual». La postura de OLAIZOLA NOGALES al respecto me parece muy ilustrativa. Esta autora indica las nocivas consecuencias que tendría admitir la posibilidad de dejar exento al particular que hubiera accedido de manera reiterada a las solicitudes del funcionario: aquél podría amenazar a éste con denunciarlo en el momento en que dejara de cumplir con su parte del trato sin miedo a ser condenado. La eximente, por lo tanto, podría convertirse en una herramienta útil para la extorsión del funcionario[22].

Aun aceptando esto, aclarar el número de veces a partir del cual se trata de una aceptación «habitual» y no «ocasional» sigue siendo algo difícil de resolver. La autora que se acaba de citar aduce dos razones para considerar que «ocasional» no puede equipararse a «una sola vez». Para empezar, la palabra «ocasional» no se emplea de ese modo en el lenguaje común: «si alguien a

[20] En este mismo sentido CAMARERO GONZÁLEZ, G., y CRESPO BARQUERO, P.: «Art. 426»…, *op. cit.*, 2018, p. 2577, y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas*…, *op. cit.*, 2014, p. 222.
[21] Camarero González, G., y Crespo Barquero, P.: «Art. 426»…, *op. cit.*, 2018, p. 2577.
[22] OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho…*, *op. cit.*, 1999, p. 442. CAMARERO GONZÁLEZ y CRESPO BARQUERO, en cambio, consideran que los casos de reiteración en el trato son, indudablemente, más graves que los que corresponden a una formulación «ocasional» de solicitudes de soborno. Si la finalidad de la figura del art. 426 CP es, precisamente, la de facilitar el descubrimiento de los delitos de cohecho, no tendría mucho sentido impedir la aplicación de la figura para los casos más graves, que son los que habría que perseguir con mayor interés. En cualquier caso, en atención a cómo formulan su crítica, parece que este argumento es más una propuesta *de lege ferenda* que *de lege lata*. CAMARERO GONZÁLEZ, G., y CRESPO BARQUERO, P.: «Art. 426»…, *op. cit.*¸ 2018, p. 2577.

una pregunta sobre si realiza una actividad contestase: "Lo hago ocasionalmente", no creo que el interlocutor lo interpretase como una única vez, sino como "alguna vez", es decir como algo que el que responde ha hecho, pero no con frecuencia, no habitualmente»[23]. Y, para seguir, cabría esperar que, si el legislador hubiera querido que sólo se tratara de una vez, así lo habría indicado expresamente, como, de hecho, ha llevado a cabo en otros preceptos del Código Penal[24]. Por su parte, ciertos autores han considerado que podría recurrirse al art. 94 CP. En este precepto se contiene un concepto de «reo habitual». Éste se define como el infractor que hubiera cometido tres o más delitos comprendidos en un mismo capítulo del Código Penal en un plazo no superior a cinco años y, además, hubiera sido condenado por ello. Con base en esta interpretación, ciertos autores han señalado que «ocasional» equivale a «menos de tres veces»[25].

Lamentablemente, la jurisprudencia no ha resuelto esta cuestión; posiblemente, porque no ha tenido la oportunidad de hacerlo: como se verá en su momento, la eximente del art. 426 CP no parece haberse aplicado casi nunca desde su creación en 1995[26]. De ahí que, ante la carencia de

---

[23] Ibid., p. 443.

[24] Ibid. También emplea este argumento MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas…*, *op. cit.*, 2014, p. 224. Eso es, por ejemplo, lo que sucede con el art. 579 bis.2 CP. Este precepto dispone, con carácter general, que a los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos de terrorismo se les impondrá, imperativamente, la medida de libertad vigilada de cinco a diez años y, si se tratara de reos condenados a pena privativa de libertad menos grave por haber cometido alguno de esos delitos, la misma medida, pero de uno a cinco años. Inmediatamente después este régimen se exceptúa, pues se dispone que el tribunal podrá o no imponer la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del penado si éste hubiera cometido un único delito no grave y, además, *hubiera delinquido por primera vez*. Lo cierto es que, cuando lo ha estimado oportuno, el legislador ha sido muy específico sobre el número de veces que una conducta se debe o no realizar a la hora de aplicar una u otra institución. Así, el art. 463.1 CP prevé, en su segundo inciso, que se castigue con la pena de multa al que, habiendo sido advertido, dejare voluntariamente de comparecer sin justa causa, *por segunda vez*, en un proceso penal sin reo en prisión. Finalmente, me parece oportuno mencionar el art. 80.2.1ª CP, que condiciona las posibilidades de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad, entre otros requisitos, a que el condenado hubiera delinquido *por primera vez*. Puede objetarse aquí que, en ese mismo precepto, se exceptúan varios delitos a los efectos de computar cuándo se es un delincuente primerizo. Sin embargo, creo que esas especificaciones no son un argumento en contra de lo que aquí se está sosteniendo, sino a su favor: cuando el legislador quiere que sólo se lleven a cabo ciertas acciones una, dos o más veces, ha sido muy preciso. De ahí que coincida con las autoras citadas en esta nota en que «ocasionalmente» no debe interpretarse como «una única vez» a los efectos de la concesión de la eximente del art. 426 CP. Consideran, por el contrario, que si el particular ha accedido a la petición del funcionario más de una vez la eximente ya no es aplicable MORALES PRATS, F., y RODRÍGUEZ PUERTA, M.ª J.: «Artículo 426»…, *op. cit.*, 7ª ed., 2016, p. 1396.

[25] OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho…*, *op. cit.*, 1999, p. 443. Esta autora, sin embargo, reconoce que no es un argumento demasiado convincente. Por su parte, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas…*, *op. cit.*, 2014, p. 224, indica que, a la hora de considerar si, con tres veces que acepte, el particular ya queda fuera de lo ocasional, habría que tomar en consideración cuán grave es el delito de cohecho cometido por el funcionario. En mi opinión, acudir a la gravedad del delito no está justificado en este caso: no sólo no aparece en el precepto, sino que una cuestión relativa a la frecuencia del trato, como es dilucidar el alcance de lo que se entiende por «ocasional», nada tiene que ver con la gravedad de la infracción cometida.

[26] Esto contrasta, hasta cierto punto, con las preocupaciones del GRECO, que, en el informe resultante de la tercera ronda de evaluación de las políticas españolas contra la corrupción, publicado en 2009, advirtió de que «casos muy serios de corrupción activa podrían quedar totalmente impunes por referencia a este artículo». Hay que señalar que, en ese mismo informe, el GRECO también remarcó lo difícil de aplicar que era (y es) este precepto. GRECO: *Tercera Ronda de Evaluación: Informe de evaluación relativo a España (Tema 1)*, 2009, p. 34. Disponible en:

supuestos prácticos disponibles, algunos autores hayan expresado su desazón a la hora de interpretar este requisito (y otros), sobre todo si se tiene en cuenta cuál es su finalidad[27].

b) Denuncia del hecho ante autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación

Para quedar exento de pena, el particular debe denunciar el hecho ante autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación. Lo primero que parece oportuno aclarar es qué se entiende por «denuncia». En la medida en que el art 426 CP no establece ningún requisito específico al respecto, los autores que han estudiado la eximente consideran que, por tal, ha de entenderse cualquier forma apta para la transmisión de la *notitia criminis*. A la denuncia del art. 426 CP le son, por tanto, aplicables las previsiones del art. 265.1 LECrim, que admite tanto las denuncias escritas como las orales[28]. Algo similar sucede con el requisito de que la denuncia se interponga ante «autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación». Aquí, resultaría aplicable el art. 264 LECrim, que designa como autoridades habilitadas para recibir una denuncia por delitos que deban perseguirse de oficio –entre los cuales está el cohecho– al Ministerio Fiscal, el juez o tribunal competente o la Policía.

La escasa praxis forense disponible sugiere que los órganos judiciales son, todavía, más flexibles a la hora de interpretar a qué se refiere el precepto cuando habla de denuncia y de autoridad que deba proceder a la averiguación del delito. Sobre esta cuestión hay un precedente judicial que puede ser de utilidad: la SAP Madrid (23ª) 30/2006, de 2 de marzo (Roj.: SAP M 3097/2006). En ella, la eximente se aplica a varios particulares que accedieron al pago de diversas cantidades de dinero que les fueron requeridas por parte del Técnico de Industrias de la Junta Municipal de Usera. El motivo de la petición era que los particulares necesitaban ciertas licencias para ejercer sus actividades económicas, a saber, la gestión de un bar y de un gimnasio. El Técnico les indicó que, para poder obtener las licencias en tiempo y forma, necesitaban pagar 100.000 € para el bar y 350.000 € para el gimnasio.

De conformidad con los hechos probados de la sentencia, los particulares pusieron los hechos en conocimiento del jefe de la Oficina Municipal del Distrito de Usera[29]; un funcionario que, claramente, no está entre los incluidos en el art. 264 LECrim. Además, en la fundamentación jurídica se indica que de lo único que hay constancia documental en la causa es de dos comparecencias de dos de los particulares afectados que, atendiendo a la fecha en la que fueron recogidas por escrito, tuvieron lugar una vez pasado el plazo preclusivo para la interposición de

https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c9d6d [Consulta: 24/04/2024].

[27] Camarero González, G., y Crespo Barquero, P.: «Art. 426»…, *op. cit.*, 2018, p. 2576.

[28] Ibid., p. 2577; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas…*, *op. cit.*, 2014, p. 225.

[29] SAP Madrid (23ª) 30/2006, de 2 de marzo (Roj.: SAP M 3097/2006), p. 3.

la denuncia –que, en aquel entonces, aún era de diez días desde la fecha de los hechos–. Sin embargo, a la AP de Madrid eso le pareció suficiente para eximir de pena a los denunciantes con base en las siguientes consideraciones. Para empezar, que las comparecencias escritas fueran de una fecha posterior al límite preclusivo no sería garantía de que, con carácter previo a su redacción, los particulares no hubieran denunciado, de palabra, la situación. De hecho, en el acto del juicio, el jefe de la Oficina Municipal reconoció que, antes de las comparecencias, los particulares le hicieron llegar la información a través de comunicaciones personales con otros empleados del Ayuntamiento y de llamadas telefónicas[30]. Y, para seguir, si bien es cierto que el jefe de la Oficina Municipal de Distrito de Usera no es una autoridad de las mencionadas en el art. 264 LECrim –ni siquiera una autoridad a efectos jurídico-penales de conformidad con el art. 24 CP–, no lo es menos el hecho de que el Técnico que solicitó los pagos estaba bajo su mando. Los particulares, por tanto, confiaron en que aquél tuviera «algún tipo de poder» para indagar sobre los problemas que afectasen a éste, de ahí que no cupiera «exigir a los referidos acusados más diligencia a la hora de buscar una autoridad a la que dirigirse a contar lo sucedido»[31].

Queda una cuestión por aclarar sobre este requisito: a qué se refiere el art. 426 CP cuando exige al particular que denuncie «el hecho». Cabe preguntarse si, para quedar exento, el particular debe denunciar la conducta del funcionario, la suya propia o ambas[32]. La opinión mayoritaria parece ser la que considera que no basta con que el particular revele a las autoridades la comisión de su propio delito para quedar exento, sino que lo fundamental es que se incrimine al funcionario corrupto. Esta tesis se ha hecho descansar sobre el fundamento que, se supone, posee la eximente. Si lo que se pretende con ella es descubrir ciertos delitos típicos de la corrupción que resultan muy difíciles de detectar de otro modo, es discutible que este objetivo se cumpla si el particular se limita a poner en conocimiento de las autoridades que se ha aceptado la oferta del funcionario[33]. Más allá de la claridad con la que esta consecuencia se deduzca del fundamento atribuido por la doctrina a la norma, lo cierto es que en la SAP Madrid (23ª) 30/2006, de 2 de marzo, se mantiene esta misma postura[34].

---

[30] Ibid., FD 1, p. 5. También FD 3, p. 9.
[31] Ibid.
[32] En realidad, esta pregunta sólo tiene sentido si el particular ha hecho entrega de la dádiva o retribución solicitada por el funcionario: de conformidad con lo preceptuado por el art. 424.2 CP, antes de ese momento, el particular no ha cometido delito alguno. Sobre ello se hablará más adelante, en la letra d).
[33] En este sentido, CAMARERO GONZÁLEZ, G., y CRESPO BARQUERO, P.: «Art. 426»…, *op. cit.*, 2018, p. 2580; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas…*, *op. cit.*, 2014, pp. 224-225, y GARCÍA ESPAÑA, E.: *El premio…*, *op. cit.*, 2006, p. 127.
[34] «(…) la anterior delación verbal (…) merece el premio que le asigna el legislador en el art. 427 CP, en tanto en cuanto la finalidad del mismo es coadyuvar a que no se den impunidades delictivas o a facilitar la persecución del cohecho *pasivo* y esto, sin duda, se consiguió a raíz de la primera comunicación, previa a la formalización escrita de la denuncia». SAP Madrid (23ª) 30/2006, de 2 de marzo (Roj.: SAP M 3097/2006), FD 3, p. 9 (cursivas añadidas).

c) Antes de la apertura del procedimiento

El art. 426 CP somete la actuación del particular a un marco temporal con dos límites. El primero que se menciona es la «apertura del procedimiento». Una vez más, el legislador no ha especificado, en concreto, a qué se refiere con esto. La doctrina ha destacado dos cuestiones controvertidas de esta expresión: qué debe entenderse por «procedimiento» y si su apertura constituye un límite objetivo o subjetivo.

En cuanto a lo primero, hay dos posturas fundamentales. La primera entiende que el término «procedimiento» implica, necesariamente, actividad judicial. Para los defensores de esta concepción, sólo puede hablarse de procedimiento una vez que se ha dictado el auto de incoación de las diligencias previas o del sumario[35]. La segunda sostiene, en cambio, que las actuaciones previas a las de los jueces, como las diligencias de investigación de la Policía o el Ministerio Fiscal, también pueden ser consideradas «procedimiento» a estos efectos[36]. Mantener una u otra postura tiene importantes consecuencias: la primera concede al particular un margen de actuación más amplio –y, por tanto, más oportunidades para quedar exento– que la segunda.

De las dos posturas, creo que a la última le asisten mejores razones, aunque ello suponga limitar el alcance de la figura. Concretamente, se van a destacar dos. Una de ellas tiene que ver con cómo se interpreta el término «procedimiento» en otros preceptos del Código Penal. La otra, con cómo el legislador ha empleado, cuando lo ha considerado oportuno, otros términos más específicos que la simple referencia al «procedimiento».

Veamos la primera razón justificante de la interpretación propuesta. Ésta parte de la siguiente premisa: en el Código Penal hay otros preceptos en los que el legislador ha empleado el término «procedimiento» y la interpretación que ha prevalecido es la que incluye las actuaciones policiales o las diligencias del Ministerio Fiscal. Me estoy refiriendo, singularmente, a la atenuante de confesión, contenida, actualmente, en el art. 21.4ª CP. De hecho, la expresión empleada por el legislador en el art. 21.4ª CP es más específica que la que utilizó en el art. 426 CP, pues, mientras que en esta última sólo se habla de «procedimiento», en la primera se habla de «procedimiento *judicial*». Podría considerarse una incoherencia entender que, si las actuaciones llevadas a cabo antes del dictado del auto de incoación de las diligencias previas o del sumario forman parte de la expresión «procedimiento judicial», más restringida, no lo hagan del término «procedimiento», más amplio[37].

[35] En esta línea van, por ejemplo, MIR PUIG, C.: «Artículo 426»…, *op. cit.*, 2016, p. 1426; GARCÍA ESPAÑA, E.: *El premio…*, *op. cit.*, 2006, pp. 132-133

[36] En esta línea van, por ejemplo, CAMARERO GONZÁLEZ, G., y CRESPO BARQUERO, P.: «Art. 426»…, *op. cit.*, 2018, p. 2578, y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas…*, *op. cit.*, 2014, p. 228.

[37] Esta observación también la han hecho CAMARERO GONZÁLEZ, G., y CRESPO BARQUERO, P.: «Art. 426»…, *op. cit.*, 2018, p. 2578, y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas…*, *op. cit.*, 2014, p. 228.

La segunda razón es parecida a la que se ha dado al defender que el término «ocasionalmente» puede referirse a una conducta que se realice más de una vez: cuando el legislador ha querido que por «procedimiento» se entienda, estrictamente, actividad judicial, así lo ha especificado. Es, por ejemplo, lo que sucede con las causas de interrupción de la prescripción del delito del art. 132.2 CP. El mencionado precepto establece, en línea de principio, que la prescripción del delito se interrumpe «cuando el *procedimiento* se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito» (cursivas añadidas). De inmediato, dos reglas delimitan el alcance de esta expresión. Según la primera, se entenderá dirigido el procedimiento desde el momento en que se dicte una resolución judicial motivada en la que se atribuya al supuesto responsable la participación en un hecho que pudiera ser constitutivo de delito. Esto puede acontecer, dice la regla, al incoarse la causa o con posterioridad. La segunda regla, por su parte, indica que la presentación de querella o la formulación de denuncia ante un órgano judicial en la que se atribuya a una persona su participación en un hecho aparentemente delictivo tendrá el efecto de suspender el cómputo de la prescripción por un máximo de seis meses a contar desde su presentación o formulación. Se añade la precisión de que, si, dentro de ese plazo, el órgano judicial dictare alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en la primera regla, entonces la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida desde la fecha de formulación de la denuncia o de presentación de la querella.

Como puede verse, en las dos reglas del art. 132.2 CP el legislador ha realizado un notable esfuerzo de precisión para aclarar cuándo se entiende que el «procedimiento» se dirige contra una persona. En concreto, ha determinado, por un lado, que eso sólo sucederá cuando se haya dictado una resolución judicial que reúna determinadas características, y, por otro, ha descartado que ciertas actuaciones previas a la actividad judicial en sentido estricto –la formulación de denuncia o la presentación de querella– tengan, por sí solas, capacidad para interrumpir la prescripción. El legislador podría haber sido igual de preciso con el art. 426 CP, y, sin embargo, no lo fue. Máxime si se tiene en cuenta que estas dos reglas se introdujeron con ocasión de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, que es, como se ha visto más arriba, la que reformó la eximente ahora estudiada, dándole su ubicación actual. De ahí que, en suma, me parezca más defendible la interpretación amplia del término «procedimiento».

Aun con lo que se acaba de decir, aclarar el alcance del requisito sigue siendo complicado. No queda claro, por ejemplo, cuáles son los hechos que deben constituir el objeto de ese «procedimiento»: si los que conciernen al particular o los cometidos por el funcionario o autoridad. Algunos autores han considerado que cualquiera de los dos podría valer a estos

efectos[38], aunque lo cierto es que esta conclusión no se deduce con claridad de la letra de la ley. Por coherencia con la interpretación del término «hecho» en lo que se refiere al objeto de la denuncia que ha de interponer el particular, parece razonable sostener que la preclusión operará cuando el proceso se haya iniciado para investigar la conducta del funcionario. Esta solución también resulta ajustada a la finalidad que la doctrina y la (escasa) jurisprudencia atribuyen a la eximente, cual es sacar a la luz la conducta de funcionarios corruptos. De todos modos, habría sido deseable que el legislador hubiera sido algo más expresivo.

Hechas estas consideraciones, queda por tratar la segunda cuestión: si la apertura del procedimiento es un requisito objetivo o subjetivo. Esto es, si para entender que ha precluido el plazo para formular la denuncia a la que está vinculada la exención, basta con que aquél se inicie o si, por el contrario, es necesario que el particular tenga noticia de ese hecho. Hay ciertos autores que exigen que el particular conozca de la apertura del procedimiento para que el efecto de preclusión opere. Esto es así porque, en su opinión, la exención sólo puede tener lugar cuando su comportamiento sea «voluntario»[39]. Más adelante se reflexionará sobre la exigencia de la «voluntariedad» en las eximentes y atenuantes de pena por la realización de comportamientos postdelictivos; un género de figuras a las que pertenecen los incentivos que constituyen el objeto de esta investigación (Cap. II, apartado 5 *infra*). Por ahora, simplemente se destacará que la letra del art. 426 CP no vincula la exención a ningún dato subjetivo. Siendo esto así, no parece razonable añadir la exigencia de que el particular «no conozca» de la apertura del procedimiento para que pueda ser beneficiario del art. 426 CP[40].

d) Siempre que no hayan transcurrido dos meses desde la fecha de los hechos

El segundo límite preclusivo del art. 426 CP es que no hayan transcurrido más de dos meses desde la fecha de «los hechos». Éste impide que pueda beneficiarse de la exención el particular que, aunque denuncie antes de la apertura del procedimiento, lo haga a partir de una determinada fecha. En el apartado 2.1. *supra* se dijo que, antes de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, este límite era de (sólo) diez días. En aquel momento se vio cómo los representantes de distintos grupos parlamentarios, así como el CGPJ, habían criticado la brevedad del plazo original. En opinión de estos actores, este límite temporal mermaba en gran medida la eficacia de

[38] Es el caso de CAMARERO GONZÁLEZ, G., y CRESPO BARQUERO, P.: «Art. 426»…, *op. cit.*, 2018, pp. 2580-2581.
[39] Esta postura es la sostenida por MORALES PRATS, F., y RODRÍGUEZ PUERTA, M.ª J.: «Artículo 426»…, *op. cit.*, 7ª ed., 2016, p. 1396.
[40] En esta línea van MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas…*, *op. cit.*, 2014, p. 228; GARCÍA ESPAÑA, E.: *El premio…, op. cit*., 2006, pp. 130-131, y OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho…*, *op. cit.*¸1999, pp. 441-442.

la eximente como herramienta político-criminal dirigida a facilitar el descubrimiento de los delitos de cohecho[41].

Se ha entrecomillado la expresión «los hechos» porque, de nuevo, el legislador no ha sido demasiado explícito con respecto a cuáles de ellos se refiere: si a los cometidos por el funcionario o por el particular. La postura mayoritaria se inclina por considerar que el comportamiento relevante a estos efectos es el de este último. La razón que suele aducirse para ello es que, si el particular no hubiera cometido un delito, no habría eximente que aplicar[42]. Coincido con esta postura, pero creo que es necesario hacer la siguiente precisión. Es cierto que el art. 426 CP sólo indica que el particular debe haber «accedido» a la solicitud de dádiva o retribución. Sin embargo, el art. 424.2 CP sólo considera punible la conducta del particular consistente en «entregar» los elementos antes citados. En mi opinión, por lo tanto, el plazo de dos meses debe computarse desde el momento en el cual el particular ha realizado la entrega de la dádiva, pues sólo a partir de entonces podrá decirse que éste ha cometido un delito de cohecho[43].

2.2.2. Consecuencias jurídicas

El tenor literal del art. 426 CP también es lacónico en cuanto a las consecuencias derivadas de su aplicación: éste se limita a decir que el particular que cumpla con sus requisitos «quedará exento de pena por el delito de cohecho». Pese a la brevedad de esta declaración, hay tres cosas que quedan bastante claras.

La primera es que, si en la causa se acredita que el particular observó las exigencias del art. 426 CP, el juez queda obligado a no imponerle ninguna pena («*quedará* exento»). No se trata, por tanto, de una consecuencia cuya apreciación quede al arbitrio del juez, incluso aunque los requisitos se hayan cumplido (es lo que sucedería si el precepto rezara «*podrá* quedar exento»). La segunda es que la exención de pena alcanza sólo a la que corresponda por la comisión del delito de cohecho (que, como se ha dicho en otras ocasiones, sólo podrá ser uno de los tipificados en los apartados 2 y 3 del art. 424 CP). Esto quiere decir que el particular no podrá beneficiarse de una exención por la pena que le pudiera corresponder por haber cometido otros delitos conexos con el de cohecho. Y la tercera es el tipo de consecuencia jurídica que se otorga al particular: una exención de pena. Esto posibilita que frente al particular se dicte un auto de sobreseimiento libre

[41] Ciertos autores también formularon reparos a la brevedad del plazo aduciendo que éste hacía superflua la exigencia de que la denuncia tuviera que formularse antes de la apertura del procedimiento: tomando en consideración que el delito de cohecho es, se supone, muy difícil de detectar, es razonable pensar que rara vez se iniciará una investigación antes de que transcurran diez días desde que se cometió. En este sentido, GARCÍA ESPAÑA, E.: *El premio…*, *op. cit.*, 2006, p. 132.

[42] En este sentido, por ejemplo, CAMARERO GONZÁLEZ, G., y CRESPO BARQUERO, P.: «Art. 426»…, *op. cit.*, 2018, p. 2579; FARALDO CABANA, P.: *Las causas…*, *op. cit.*, 2000, p. 239, y OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho…*, *op. cit.*, 1999, p. 438.

[43] También van en esa línea ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: «Delitos contra la Administración Pública»…, *op. cit.*, 8ª ed., 2023, p. 401, y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas…*, *op. cit.*, 2014, p. 229.

al amparo del art. 637.3º LECrim y, en consecuencia, no tenga que esperar hasta el final del juicio para que el juez dicte una sentencia absolutoria[44].

Ahora bien, en relación con esto último que se acaba de decir, cabe preguntarse si, ante el hecho de que el particular quede exento de pena, es procedente o no acordar el decomiso de la dádiva entregada de conformidad con los arts. 127 y ss. CP[45]. La situación ha experimentado alguna variación con la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo[46].

Antes de la mencionada reforma, el art. 431 CP indicaba que «las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso» siempre que se hubiera cometido un delito de tráfico de influencias o, en lo que interesa, de cohecho. En la única sentencia en la que, hasta donde alcanzo, hay un pronunciamiento sobre la cuestión –STS 842/2006, de 31 de julio (Roj.: STS 6187/2006)–, se sostiene que el art. 431 CP obligaba al decomiso de la dádiva incluso aunque al particular no se le hubiera impuesto ninguna pena[47]. La LO 1/2015, de 30 de marzo, derogó ese precepto. Surge la duda de si, con la supresión del art. 431 CP, el decreto de esa consecuencia jurídica sigue siendo preceptivo. La cuestión no es baladí si se tiene en cuenta, una vez más, la finalidad que se le atribuye al art. 426 CP: si el particular no puede recuperar aquello que entregó al funcionario o la autoridad que le solicitó la dádiva o retribución, es dudoso que el art. 426 CP cumpla, adecuadamente, con su función de estímulo a la denuncia.

Con todo, coincido con los autores que entienden que lo procedente es acordar el decomiso de los bienes, incluso aunque ahora el art. 431 CP no se pronuncie expresamente en ese sentido[48]. El art. 127.1 CP señala que «[t]oda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar». Esta es una disposición que afecta al delito de cohecho, que sólo puede cometerse de manera dolosa. Puede concederse que el decomiso no deja de ser una consecuencia accesoria de la pena y que, no habiendo pena que se imponga al particular, no procedería acordar el decomiso por el delito de cohecho que ha cometido. Siendo

[44] Esto es lo que, de hecho, había sucedido en el caso resuelto por la STS 842/2006, de 31 de julio (Roj.: STS 6187/2006), FD 3, p. 28, dimanante de la STSJ Cataluña (1ª) 1/2005, de 3 de enero (Roj.: STSJ CAT 10/2005).

[45] Recuérdese que, de conformidad con la interpretación que aquí se ha defendido, para que el art. 426 CP sea aplicable es necesario que el particular haya hecho entrega, efectivamente, de la dádiva o retribución solicitada por el funcionario público.

[46] Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE n.º 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27061 a 27176).

[47] STS 842/2006, de 31 de julio (Roj.: STS 6187/2006), FD 3, p. 28. Como se ha dicho antes, en este procedimiento se dictó frente al particular un auto de sobreseimiento libre.

[48] Debe precisarse que, en la actualidad, el art. 431 CP tiene contenido. Sin embargo, éste no tiene nada que ver con el alcance del decomiso de las dádivas en los delitos de cohecho. La redacción vigente del art. 431 CP procede de la LO 1/2019, de 20 de febrero (BOE n.º 45, de 21 de febrero de 2019).

eso cierto, no lo es menos que el funcionario que recibe la dádiva también ha cometido un delito de cohecho, del cual ésta constituye una ganancia. Por lo tanto, parece que también procederá su decomiso *ex* art. 127.1 CP[49].

3. Los arts. 305.6 II, 307.5 II y 308.8 II CP: las atenuantes en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social

3.1. Consideraciones previas

En este apartado van a comentarse tres figuras previstas para tres delitos distintos. Así, la atenuante contenida en el segundo inciso del art. 305.6 CP es aplicable a quienes hayan cometido un delito fiscal (arts. 305 y 305 bis CP); la prevista en el segundo inciso del art. 307.5 CP lo es a los que hayan perpetrado un delito contra la Seguridad Social (arts. 307, 307 bis y 307 ter CP), y la del segundo inciso del art. 308.8 CP puede concederse a quienes sean responsables de un delito de fraude de subvenciones (art. 308 CP).

Pese a su aparente heterogeneidad, hay una serie de razones que, en mi opinión, aconsejan el tratamiento conjunto de estas atenuantes. Para empezar, su tenor literal es prácticamente idéntico, y ello tanto en lo que se refiere a su ámbito y requisitos de aplicación como en lo que tiene que ver con sus consecuencias jurídicas. Así, las tres habilitan a los jueces a imponer una rebaja de pena de uno o dos grados a los «partícipes» en los delitos fiscales, contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones que, siendo distintos del autor del delito o el obligado al pago, «colaboren activamente» para la «obtención de pruebas decisivas» para la «identificación o captura de otros responsables», el «completo esclarecimiento de los hechos delictivos» o la« averiguación del patrimonio» del obligado al pago o de otros responsables del delito. Y, para seguir, las tres surgieron de la misma reforma del Código Penal: la operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre[50]. Como se verá de inmediato, el legislador no distinguió entre las razones justificativas de la introducción de unas u otras atenuantes en el ordenamiento jurídico español, sino que esgrimió una serie de argumentos para apoyar la previsión de estas tres atenuantes en bloque (así como, en general, el resto de las modificaciones que esa ley incorporó al régimen de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social).

[49] En este sentido, reflexionando sobre si el art. 431 CP previo a la reforma de 2015 tenía o no un carácter superfluo por existir ya el art. 127.1 CP, Camarero González, G., y Crespo Barquero, P.: «Art. 426»…, *op. cit.*, 2018, pp. 2582-2584.

[50] Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (BOE n.º 312, de 28 de diciembre de 2012, pp. 88050-88063).

3.2. Génesis parlamentaria y finalidad atribuida por el legislador

3.2.1. El contexto histórico de la reforma operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre: la crisis económica

Ninguna de estas tres atenuantes ha sido objeto de especial atención por la doctrina. Eso sí, quienes se han pronunciado sobre su razón de ser coinciden: ésta es mejorar la capacidad de recaudación del Estado a través del fomento de la delación de los intervinientes en alguno de los delitos contenidos en su ámbito de aplicación[51]. La verdad es que el legislador proveyó a estos autores de buenas razones para llegar a esa conclusión. En el Preámbulo de la ley que dio carta de naturaleza a estas disposiciones, se indica que uno de los ejes de criterios que inspiraron la reforma era «la mejora de los instrumentos de control de los ingresos y del gasto público, que se revela como un elemento imprescindible del conjunto de medidas adoptadas *con motivo de la crisis económica*, especialmente severa en el ámbito europeo, y más en concreto en el caso español (…) (cursivas añadidas)». En efecto, la LO 7/2012, de 27 de diciembre, introdujo, además de las atenuantes que ahora interesan, varias modificaciones en el régimen de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social que iban en la línea de reforzar, con el recurso al Derecho penal, el control de los ingresos y gastos públicos[52].

Una de estas modificaciones fue la elevación, hasta los seis años, del límite máximo de la pena de prisión para los subtipos agravados de delitos fiscales y delitos contra la Seguridad Social, que,

---

[51] En este sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: «La superatenuación por "regularización tardía" y la compra de la impunidad. Motivos para una derogación», en DEMETRIO CRESPO, E., y SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A.: *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*. Atelier: Barcelona, 2019, p. 49; FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2018, p. 556, y MUÑAGORRI LAGUÍA, A.: «Notas sobre fiscalidad, evasión de capitales y destrucción social», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.), y DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.): *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 350-351.

[52] Puede verse un sumario con las principales novedades de la reforma en SÁNCHEZ MELGAR, J.: «Artículo 305», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *et al*.: *Código Penal…*, *op. cit.*, 2016, p. 2149. Hay que señalar que las reformas legislativas con las que, supuestamente, se intentó disminuir el volumen de fraude al erario en el contexto de crisis económica no sólo se dieron en el ámbito del Derecho penal. De hecho, la medida que, probablemente, fue más célebre en este periodo no se contuvo en una norma jurídico-penal. Me refiero a la «Declaración Tributaria Especial», prevista en la DA 1ª del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público (BOE n.º 78, de 31 de marzo de 2012, pp. 26860-26875). Esta medida, popularmente conocida como «amnistía fiscal», habilitó a los contribuyentes que fueran «titulares de bienes o derechos» que no se correspondieran con lo declarado en los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas, sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes regularizar su situación hasta el 30 de noviembre de 2012. Para ello se les exigía presentar un formulario en el que manifestasen acogerse a este programa –el conocido como «modelo 750»– e ingresar una cuantía resultante de aplicar al importe o valor de adquisición de los bienes o derechos en cuestión un tipo del 10%. A cambio, no se impondrían sanciones por las posibles irregularidades que se hubieran cometido por el hecho de no haber declarado esas rentas hasta ese momento. El 8 de junio de 2017, la DA 1ª en cuestión fue declarada inconstitucional por ser contraria al «deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos» consagrado en el art. 31.1 CE. El TC, sin embargo, declaró no susceptibles de revisión «las situaciones jurídico-tributarias firmes producidas a su amparo por exigencia del principio constitucional de seguridad jurídica del art. 9.3 CE». Ver, en este sentido, STC 73/2017, de 8 de junio, FJ 6, p. 13 (BOE n.º 168, de 15 de julio de 2017, pp. 62270-62283).

tras la reforma, pasarían a estar contenidos, respectivamente, en los actuales arts. 305 bis y 307 bis CP. Con ello se consiguió un efecto supuestamente colateral: aumentar el plazo de prescripción de estos supuestos hasta los diez años y conceder, con ello, más margen a las autoridades para iniciar la persecución penal de estos hechos[53].

Al margen de lo que se acaba de decir, los delitos contra la Seguridad Social, en particular, experimentaron dos modificaciones importantes. Las dos se dirigieron a otorgar relevancia penal a supuestos que, hasta entonces, sólo podían perseguirse por vía administrativa[54]. El primero de estos cambios fue que el límite cuantitativo que el Código Penal vincula a la punibilidad de estos delitos pasó de estar fijado en 120.000 € a estarlo en 50.000 €. El importe de los 120.000 € se reservó para el subtipo agravado por razón de la cuantía, previsto, tras la reforma, en la letra a) del art. 307 bis.1 CP. Además, se añadió la previsión de que, para determinar estas cuantías, se estaría al importe defraudado durante cuatro años naturales. Antes de la reforma, los límites habían de rebasarse en un único año natural. El otro cambio consistió en la creación, en el art. 307 ter CP, del delito de fraude de prestaciones. Mediante la introducción de este tipo se criminalizaron específicamente las conductas consistentes en obtener fraudulentamente (o ayudar a alguien a obtener de ese modo) prestaciones del sistema de Seguridad Social, como las de jubilación, incapacidad o desempleo. A diferencia de lo que sucede con la mayoría de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, para la apreciación del art. 307 ter CP no es necesario rebasar una cuantía mínima. Hasta la reforma, estas conductas se subsumían en el delito de fraude de subvenciones del art. 308 CP[55]. La punición por este delito, en cambio, sí exigía la superación de un umbral considerablemente elevado: 120.000 €[56]. Por lo tanto, desde la entrada en vigor de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, los fraudes de ayudas públicas de escasa cuantía pasaron a ser delito siempre que el objeto material fueran prestaciones del sistema de Seguridad Social[57].

---

[53] Se utiliza el adverbio «supuestamente» porque en el apartado I del Preámbulo de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, en el que se comenta la creación de los subtipos agravados, sólo se hace mención a la ampliación del plazo de prescripción. No se dice nada, en cambio, sobre si el hecho de aumentar la pena respondía a la búsqueda de una mayor disuasión. Parece, por tanto, que el incremento de la sanción únicamente pretendía evitar la prescripción de ciertos casos especialmente graves y/o difíciles de perseguir.

[54] En este sentido se pronuncia el legislador en el apartado IV del Preámbulo de la LO 7/2012, de 27 de diciembre.

[55] Esta era la solución que se había arbitrado en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 15 de febrero de 2002.

[56] Tras la reforma operada por la LO 1/2019, de 20 de febrero, el tipo básico de fraude de subvenciones requiere la superación de 100.000 €, no 120.000 €. Esa reforma introdujo, además, un tipo atenuado para el que basta con la defraudación de 10.000 €. Sobre la cuestión, RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G.: «La nueva configuración del fraude de subvenciones», en *Diario La Ley*, n.º 4326, 2019, pp. 4-5.

[57] Sobre este delito y su relación con el de fraude de subvenciones, MORALES PRATS, F.: «Artículo 307 ter», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), y MORALES PRATS, F. (coord.), *et al*.: *Comentarios…*, *op. cit.*, 7ª ed., 2016, pp. 653-654, y SÁNCHEZ MELGAR, J.: «Artículo 307 ter», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *et al*.: *Código Penal…*, *op. cit.*, 2016, pp. 2219-2225. Muy crítico con la nueva regulación, TERRADILLOS BASOCO, J.M.: «Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (Art. 307 ter)», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 855-858.

Finalmente, es preciso mencionar las modificaciones que se introdujeron para agilizar la liquidación y cobro de los importes dejados de pagar o percibidos indebidamente en los procesos penales por delito fiscal, contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones. Estas previsiones se contienen hoy en día en los arts. 305.5, 307.4 y 308.4 CP. Estos preceptos establecen que, en caso de que exista un proceso penal seguido por cualquiera de los delitos a los que se acaba de hacer mención, la Administración podrá liquidar provisionalmente y cobrar la deuda que en su caso corresponda sin necesidad de esperar a la finalización de la causa judicial. En otras palabras: desde la reforma de 2012, los procedimientos administrativos tendentes al cobro de las deudas tributarias o de Seguridad Social o al reintegro de las subvenciones no se suspenden por el hecho de que haya un proceso penal que verse sobre el impago de esas deudas o la percepción o desviación de esas ayudas a fines que les son ajenos tramitándose de forma simultánea[58].

En definitiva, a través de la reforma operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, el legislador arbitró una batería de medidas que pretendían facilitar la persecución de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, así como el cobro de las deudas dejadas de pagar por los obligados a ello o la recuperación de las cuantías indebidamente recibidas por sus beneficiarios en un contexto de adversidad económica. No parece descabellado entender, con los autores que así se han pronunciado, que esa es también la finalidad de las atenuantes que ahora se están estudiando[59].

---

[58] Sobre la cuestión, en detalle, FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Tratado…*, *op. cit.*, 2018, pp. 154-161. En fase prelegislativa, este régimen fue criticado tanto por el CGPJ como por el Consejo Fiscal. Ver CGPJ: *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 2012, pp. 28-38. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal- [Consulta: 04/04/2024], y FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal (en materia de delitos contra la Hacienda Pública, contra la Seguridad Social, contra los derechos de los trabajadores, falsificación de certificados y malversación)*, 2012, pp. 13-15. Disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_04.pdf [Consulta: 04/04/2024].

[59] Un dato adicional abona esta tesis. En su primer (y único) informe hasta la fecha, publicado en octubre de 2006, el Observatorio del Delito Fiscal de la AEAT ya propuso medidas similares a las que se han comentado en este apartado para mejorar la eficacia recaudadora de la Agencia Tributaria en los procesos penales por delito fiscal. Así, algunas de las iniciativas sugeridas por este organismo fueron el incremento del plazo de prescripción de los delitos fiscales, la posibilidad de liquidar y cobrar por vía administrativa la deuda tributaria sin necesidad de esperar a que el proceso penal finalizase y la creación de incentivos a la regularización o la reparación del daño, por ejemplo, mediante la admisión de la exención por regularización siempre que ésta se practicase dentro de un «plazo de gracia» una vez que el proceso de comprobación de la deuda ya se hubiese iniciado, o, en su caso, mediante la creación de una atenuante de pena que amparase casos como ese. OBSERVATORIO DEL DELITO FISCAL: *Primer informe del Observatorio Administrativo previsto en el Convenio de 30 de junio de 2005 entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Secretaría de Estado de Justicia en materia de prevención y lucha contra el fraude fiscal,* 2006, pp. 108-110. Disponible en: https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Informacion_institucional/Campanias/Plan_prevencion_del_fraude_fiscal/observatorio_es_es.pdf [Consulta:

3.2.2. La tramitación parlamentaria: la desmembración en dos atenuantes diferentes

Las atenuantes que integran el objeto de estudio de la presente investigación son las que se contienen en el *segundo inciso* de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP. Se trata de disposiciones que van dirigidas a los *partícipes* (en realidad, *intervinientes*) de los delitos fiscales, contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones. Como tendrá ocasión de verse, a éstos se les exige el desempeño de conductas de «colaboración activa» para la obtención de «pruebas decisivas» que redunden en la consecución de alguno de los siguientes objetivos: «la identificación o captura de otros responsables», «el completo esclarecimiento de los hechos delictivos», o «la averiguación del patrimonio» del obligado al pago o de otros responsables del delito. Por otra parte, el *primer inciso* de los preceptos que se acaban de mencionar consagra otra atenuante distinta, dirigida, precisamente, a los *autores* (más bien, *obligados*) de estos delitos. La conducta que se exige a éstos es que procedan al reconocimiento judicial de los hechos y al pago de las responsabilidades que hubieran contraído con el erario en el plazo de dos meses desde que hubieran sido citados a declarar como investigados en el proceso penal.

Por tanto, los actuales arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP contienen dos atenuantes distintas: una dirigida, aparentemente, a los autores (primer inciso) y otra dirigida, aparentemente, a los partícipes (segundo inciso). A unos se les exige unas conductas y a otros otras, pero la consecuencia jurídica es la misma en uno y otro caso: rebaja de pena de uno o dos grados. Una distinción similar no tiene parangón en ningún otro precepto del Código Penal. Esto, que de por sí resulta llamativo, se convierte en algo aún más pintoresco cuando se observa que en el Anteproyecto de lo que acabaría siendo la LO 7/2012, de 27 de diciembre, había un único régimen. Éste se contenía en los proyectados arts. 305.6, 307.5 y 308.7 CP, cuyo tenor literal, idéntico en los tres preceptos, era el que sigue: «Los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, haya satisfecho todo el perjuicio económico causado o haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos». Es decir, que, para poder acceder a la atenuación, bastaba con ser *responsable* de alguno de los delitos incluidos dentro de su ámbito de aplicación y, o bien satisfacer el perjuicio económico causado, o bien colaborar con las autoridades en la

04/04/2024]. Hubo que esperar seis años a que el legislador «recogiera el guante» y creara una atenuante para el caso de que los autores de delitos fiscales o los obligados tributarios reconocieran los hechos en sede judicial y pagaran la deuda en el plazo de dos meses desde que hubieran sido citados para declarar como investigados en el proceso penal. Se trata de la figura contenida actualmente en el primer inciso del art. 305.6 CP. Debe precisarse, eso sí, que el legislador fue un poco más lejos de lo que el Observatorio sugirió, pues creó una atenuante similar también para los delitos contra la Seguridad Social (primer inciso del art. 307.5 CP) y de fraude de subvenciones (primer inciso del art. 308.8 CP). De todas ellas se hablará a continuación en el texto.

investigación. Cualquiera de las dos conductas debía realizarse, además, en el plazo de dos meses desde la citación judicial para comparecer como investigado en la causa.

Había una diferencia más entre el texto del Anteproyecto y el que terminaría aprobándose como LO 7/2012, de 27 de diciembre. En los arts. 305 bis y 307 bis CP del Anteproyecto, que preveían los subtipos agravados de delitos fiscales y contra la Seguridad Social, se incluía una limitación al ámbito de aplicación a la atenuante cuyo tenor literal se acaba de transcribir. De conformidad con ella, cuando el *responsable* del delito lo fuera por alguno de esos subtipos cualificados, sólo podría beneficiarse de las atenuantes de los arts. 305.6 y 307.5 en caso de que su conducta fuera subsumible en la letra a) de los proyectados arts. 305 bis o 307 bis CP. Es decir, que, en caso de haber cometido un subtipo agravado, la atenuación sólo sería apreciable si el mayor grado de reproche correspondía al hecho de que la defraudación hubiera excedido la cuantía de 600.000 € en el delito fiscal o la de 120.000 € en el delito contra la Seguridad Social. En cambio, la atenuante no sería apreciable si el mayor grado de reproche correspondía por haberse cometido el delito en el seno de una organización o grupo criminal –letra b)– o haber empleado personas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o negocios o instrumentos fiduciarios o territorios que oculten o dificulten la determinación de la identidad del obligado o el autor del delito –letra c)–.

Es necesario hacer una precisión en este punto. Tanto el tenor literal de la atenuante que se ha transcrito como el contenido de la limitación que se acaba de comentar se han extraído del texto de los informes que el Consejo Fiscal y el CGPJ elaboraron sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica, respectivamente, los días 7 y 28 de junio de 2012[60]. El Anteproyecto, como tal, no se encuentra disponible al público (o, al menos, no he sido capaz de encontrarlo). Tras una comunicación por correo electrónico con personal del Ministerio de Justicia, el 31 de enero de 2022 se me remitió el texto de un documento con el mismo título que el que tuvo el Anteproyecto estudiado en los dos informes[61]. Este documento está fechado a 25 de julio de 2012; es decir, que su elaboración es posterior a los dos informes que se acaban de mencionar. En él, los tres preceptos estudiados ya diferencian entre el régimen correspondiente a «autores» y «partícipes» y no aparece la limitación de su ámbito de aplicación a los supuestos de mayor cuantía en caso de que se hubiera cometido un subtipo agravado. El texto de este documento es idéntico, en lo que tiene que ver con las atenuantes, al que integró el Proyecto de Ley Orgánica que se presentó al Congreso de los Diputados[62].

[60] Ver, en este sentido, CGPJ: *Informe…*, *op. cit.*, 2012, pp. 10, 40, 47, 59 y 67, y FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Informe…*, *op. cit.*, 2012, pp. 15, 16, 25, 26 y 35.

[61] Agradezco al Ministerio de Justicia su consideración al responder a mi consulta y remitirme la documentación aludida en el texto.

[62] «Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y lucha contra

De ello se deduce que, tras los informes del Consejo Fiscal y del CGPJ, el Gobierno decidió modificar los artículos que ahora interesan para, por un lado, distinguir entre unos y otros intervinientes en los hechos delictivos y, por otro, no limitar las posibilidades de aplicación de estas atenuantes cuando sus potenciales beneficiarios hubieran cometido un subtipo agravado. Ahora bien, si uno se atiene a lo que se dice en los informes, el porqué de estas decisiones es un misterio: el Consejo Fiscal valoró positivamente la atenuante[63] y el CGPJ tan sólo propuso cambiar la forma verbal «podrán», que, en su opinión, indicaba que la estimación de la atenuante era facultativa para los jueces incluso aunque sus potenciales beneficiarios hubieran cumplido sus requisitos, por el de «impondrán», para que los infractores que observaran su supuesto de hecho pudieran estar seguros de que, al menos, se les concedería una rebaja de pena de un grado[64]. No sólo es que, con sus modificaciones, el Gobierno hiciera algo que no le sugirió ninguno de los órganos que informaron el Anteproyecto: es que *no hizo lo que sí le pidieron*, pues el texto del Proyecto de Ley Orgánica –al igual que la redacción definitiva de la LO 7/2012, de 27 de diciembre– siguió utilizando el término «podrán».

A lo largo de la tramitación parlamentaria hubo algunos intentos de modificar la redacción que las atenuantes tenían en el Proyecto. Ninguno de ellos prosperó.

El primero de esos intentos se produjo en el Congreso de los Diputados. En dicha cámara, el Grupo Parlamentario Socialista propuso una enmienda, la n. 41, con la que pretendía llevar las atenuantes aplicables a los delitos fiscales, contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones a un nuevo art. 310 ter CP. En este nuevo precepto se seguiría diferenciando entre autores y partícipes, aunque la consecuencia jurídica sería la misma para unos y otros: rebaja de pena en uno o dos grados (con igual empleo del término «podrán»). Así, a los autores se les exigiría la realización de dos conductas con carácter *cumulativo*: pagar sus deudas o reintegrar la subvención, *y, además*, colaborar activamente para obtener pruebas decisivas para la consecución, *alternativamente*, de cualquiera de los objetivos establecidos en el precepto. Tales objetivos eran dos: por un lado, la identificación o captura de otros responsables y, por otro, impedir la actividad o el desarrollo de organizaciones o grupos criminales dedicados a la defraudación tributaria y/o a la Seguridad Social. A los partícipes también se les exigía la realización de dos conductas de forma *cumulativa*, aunque éstas eran algo menos exigentes. Así, para obtener la atenuación (o, al menos,

el fraude fiscal y en la Seguridad Social (121/000017)», en BOCG (Congreso de los Diputados), Serie A, n.º 17-1, de 7 de septiembre de 2012, pp. 7-11. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-17-1.PDF#page=1 [Consulta: 04/04/2024].

[63] Al respecto, el Consejo Fiscal mencionó que atenuaciones como las contempladas ya habían sido legalmente incorporadas «con éxito» en otros ámbitos de criminalidad. A qué ámbitos y en qué consistía ese éxito es algo que tampoco consta en el informe. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Informe…*, *op. cit.*, 2012, p. 15.

[64] CGPJ: *Informe…*, *op. cit.*, 2012, pp. 38-39.

aspirar a ello), les bastaría con reconocer judicialmente los hechos *y, además*, colaborar activamente para obtener pruebas decisivas tendentes a la consecución, de nuevo *alternativa*, de cualquiera de los objetivos que también se preveían en el caso de los autores[65]. Es decir, que, de conformidad con la enmienda propuesta, a los autores se les exigía «pagar y colaborar», mientras que a los partícipes les bastaba con «reconocer los hechos y colaborar».

La justificación dada a esta enmienda no ofrecía mucha información sobre por qué era procedente diferenciar entre las conductas exigidas a unos y otros intervinientes en el hecho delictivo. En efecto, el grupo proponente tan sólo indicó al respecto que le parecía «razonable» que la rebaja de pena quedara condicionada a «la realización de actividades más importantes que el mero pago de las cuantías defraudadas o el reconocimiento de los hechos»[66]. Algo sorprendente si se tiene en cuenta que el tenor literal del Proyecto de Ley Orgánica no establecía exactamente eso: a los autores les exigía tanto el pago de las responsabilidades como el reconocimiento judicial de los hechos que hubieran cometido, mientras que a los partícipes se les exigía, precisamente, colaborar, pero no reconocer los hechos de los que fueran responsables. Esta enmienda no fue defendida ni en la Comisión de Justicia ni en el Pleno del Congreso de los Diputados por el grupo que la formuló, de modo que las razones justificativas de la división permanecen ocultas[67].

El no nato art. 310 ter CP experimentó una breve reviviscencia en la Cámara Alta. Ello porque tanto el Grupo Parlamentario Socialista como el Grupo Entesa pel Progrés de Catalunya

---

[65] El tenor literal de la enmienda en cuestión era el siguiente: «En los casos previstos en los artículos 305, 307, 308 y (sic) los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponerla (sic) pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya regularizado su situación tributaria o satisfecho la deuda con la Seguridad Social o realizado el reintegro de las cantidades percibidas y haya colaborado activamente para obtener pruebas decisivas para el completo esclarecimiento de los hechos o bien para la identificación o captura de otros responsables, o para impedir la actividad o el desarrollo de organizaciones o grupos criminales dedicados a la defraudación tributaria y/o a la Seguridad Social. Lo anterior será igualmente aplicable a otros partícipes en el delito, distintos del recogido en el apartado anterior, que habiendo reconocido judicialmente los hechos hayan colaborado activamente para obtener pruebas decisivas para el completo esclarecimiento de los hechos o bien para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actividad o el desarrollo de organizaciones o grupos criminales dedicados a la defraudación tributaria o a la Seguridad Social o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o del obligado frente a la Seguridad Social». Ver «Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (121/000017)», en BOCG (Congreso de los Diputados), Serie A, n.º 17-2, de 5 de noviembre de 2012, pp. 29-30. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-17-2.PDF#page=1 [Consulta: 05/04/2024].

[66] Ibid., p. 30.

[67] El Grupo Parlamentario Popular formuló una crítica a esa enmienda en el debate mantenido en el seno de la Comisión de Justicia. Su contenido no es aprovechable para la investigación, pues le achaca a la atenuante propuesta ser algo que no es. En efecto, la respuesta va en la línea de considerar que el art. 310 ter pretendía sustituir a las eximentes de regularización y de reintegro. Esto, sin embargo, jamás estuvo sobre la mesa. «Sesión núm. 13», en DS (Congreso de los Diputados), Comisión de Justicia, n.º 207, de 7 de noviembre de 2012, pp. 19-20. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-207.PDF#page=2 [Consulta: 05/04/2024].

formularon sendas enmiendas (n.º 36 y n.º 68) en las que propusieron, exactamente, lo mismo que se había sugerido en la enmienda n.º 41 del Congreso de los Diputados. La justificación dada a las dos enmiendas fue, de hecho, idéntica a la que tuvo esta última[68]. Sin embargo, ninguna de ellas fue objeto de atención en ninguno de los trámites parlamentarios restantes hasta la aprobación de la ley, por lo que fueron rechazadas sin más.

El 20 de diciembre de 2012, el Proyecto fue aprobado como Ley Orgánica[69], siendo publicada en el BOE el 28 de diciembre de 2012 y entrando en vigor el 17 de enero de 2013. En esta versión de la norma, las atenuantes tenían su configuración actual, aunque con una pequeña variación: la atenuante del delito de fraude de subvenciones se contenía en el art. 308.7 CP. Con la entrada en vigor de la LO 1/2019, de 20 de febrero, fue desplazada al art. 308.8 CP, donde ha permanecido, sin cambios, hasta ahora.

3.3. Requisitos de aplicación y consecuencias jurídicas

3.3.1. Requisitos de aplicación

Las tres atenuantes estudiadas en este apartado son aplicables a los «partícipes», distintos del autor o del obligado al pago, que hayan cometido un delito fiscal, contra la Seguridad Social o de fraude de subvenciones (a). Para ello, deben colaborar activamente para obtener pruebas decisivas (b) dirigidas al cumplimiento de alguno de los siguientes objetivos: la identificación o captura de otros responsables, el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o la averiguación del patrimonio del obligado al pago o el autor del delito (c).

a) «Partícipe» en un delito fiscal, contra la Seguridad Social o de fraude de subvenciones

Las tres atenuantes estudiadas son aplicables a los *partícipes* en el delito que sean *distintos del autor o del obligado tributario, frente a la Seguridad Social o de fraude de subvenciones*. Desde mi punto de vista, estos sujetos son los cooperadores necesarios, los inductores y los cómplices[70].

---

[68] «Enmiendas. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (621/000018)», en BOCG (Senado). n.º 132, de 10 de diciembre de 2012, pp. 31 y 47-48. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/SEN/BOCG/2012/BOCG_D_10_132_977.PDF [Consulta: 05/04/2024].

[69] «Sesión plenaria núm. 80», en DS (Congreso de los Diputados), Pleno y Diputación Permanente, n.º 84, de 20 de diciembre de 2012, p. 94. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-84.PDF#page=18 [Consulta: 05/04/2024].

[70] En el mismo sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: «La superatenuación…, *op. cit.*, 2019, pp. 48-49 (nota al pie 17), ALONSO GALLO, J.: «El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012», en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n.º 34, 2013, pp. 36-37. Disponible en: Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3801/documento/art01.pdf?id=4603 [Consulta: 06/07/2024]. Hay que tener en cuenta que el art. 28 CP también dispone que los cooperadores necesarios y los inductores «también serán considerados autores». Si se maneja un concepto amplio de autor, la

Cabe preguntarse el porqué de esta particular configuración del círculo de potenciales beneficiarios. Como ya se ha visto, la tramitación parlamentaria de la ley que creó estas atenuantes no ofrece mucha información al respecto. En mi opinión, si se tiene en cuenta la finalidad que, según parece, tienen estas atenuantes –fomentar la recaudación a través de la delación de otros intervinientes en el hecho delictivo–, es posible aventurar alguna conclusión.

Para explicar esto, es necesario prestar atención, en primer lugar, a la atenuante del primer inciso. Ésta se dirige tanto a los «autores» como a los «obligados» al pago de las deudas o al reintegro de las cuantías indebidamente obtenidas o desviadas. En principio, unos y otros deberían coincidir. Sin embargo, hay casos en los que ello no tiene por qué ser así. Piénsese en la cláusula de extensión de responsabilidad del art. 31 CP. Esta figura hace posible que sea autor del delito fiscal o contra la Seguridad Social alguien distinto a los obligados frente al erario o del delito de fraude de subvenciones alguien distinto al perceptor de la ayuda, pues permite la responsabilidad penal de los administradores de hecho o de Derecho de una persona jurídica o de los representantes legales o voluntarios de una persona física.

Creo que la existencia de esta cláusula de extensión de la responsabilidad penal dota de (cierto) sentido a la distinción entre el «autor» del delito y el «obligado» al pago de la deuda o al reintegro de la subvención. Si se recuerda, las conductas que los primeros incisos de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP exigen a estos sujetos para aspirar a la atenuación son el reconocimiento de los hechos *y el pago* de las cantidades que constituyen el objeto material del delito. Esto es algo que, por definición, sólo puede exigirse al «obligado» a ello. Ese obligado normalmente será el autor, pero, como puede ocurrir que no lo sea, el precepto distingue entre autor y obligado.

Teniendo esto en cuenta, puede entrarse en la interpretación del elenco de potenciales beneficiarios de la atenuante de los segundos incisos. Ésta va dirigida a los partícipes en el delito

---

atenuante analizada sería aplicable, únicamente, a los cómplices. Creo que hay algunas razones que apoyan que los cooperadores necesarios y los inductores también puedan beneficiarse de esta atenuante. Como se verá de inmediato en el texto, el primer inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP contiene una atenuante dirigida a los «autores» y a los «obligados» al pago. Si se manejara el concepto amplio antes indicado, la consecuencia sería que tanto los cooperadores necesarios como los inductores sólo podrían acogerse, en su caso, a la atenuante del primer inciso, no a la del segundo. La atenuante del primer inciso exige, además del reconocimiento de los hechos en sede judicial, el pago de la deuda. Normalmente, los cooperadores necesarios y los inductores no reunirán la condición de obligados tributarios, frente a la Seguridad Social o beneficiarios de la subvención, sino que esa cualidad quedará reservada al autor en sentido estricto (dejando al margen los casos de extensión de responsabilidad *ex* art. 31 CP). Puede ocurrir, por tanto, que el monto de la deuda a pagar o la cuantía a devolver se haya determinado en función del patrimonio o el actuar precedente del obligado ante la Administración o beneficiario de la subvención. Si la finalidad que el legislador perseguía con estas figuras era la de incrementar la capacidad de recaudación del Estado, es discutible que quienes en mejor posición estén para cumplir con este objetivo sean los cooperadores necesarios o los inductores, cuyo patrimonio, quizás, no alcance a cubrir el importe al que asciende el perjuicio. De ahí que me parezca defendible prescindir del concepto amplio de autor y permitir que de la atenuante del segundo inciso también se puedan beneficiar, además de los cómplices, los cooperadores necesarios y los inductores.

que sean distintos del autor del delito o del obligado. A dichos intervinientes se les exige llevar a cabo una conducta de colaboración activa para obtener pruebas decisivas que posibiliten la consecución de determinados objetivos. Lo que *no* se les exige en ningún caso es el pago de las cantidades defraudadas. Da la sensación de que, al establecer el círculo de potenciales beneficiarios de las atenuantes del segundo inciso, el legislador estaba pensando, ante todo, en sujetos *no obligados*. Al no ser obligados, no cabe exigirles el pago de las responsabilidades pecuniarias. No obstante, sí se les puede exigir que colaboren para satisfacer más ágilmente esas responsabilidades, por ejemplo, aportando pruebas decisivas para identificar al obligado, para esclarecer el alcance de su responsabilidad o para localizar su patrimonio.

A mi juicio, la bipartición en dos atenuantes tiene algo más de claridad si se la observa a la luz de la interpretación que se acaba de proponer. Ahora bien, aun dándola por válida, la distinción que se lleva a cabo entre «autor» y «obligado» en la atenuante del primer inciso sigue siendo un punto conflictivo. De conformidad con la interpretación propuesta, parece que esta atenuante va dirigida, ante todo, a los obligados, con independencia de que sean o no autores del delito. A unos y otros les exige el legislador, principalmente, que paguen. Si el autor del delito es el obligado, no hay problemas interpretativos. La situación de los autores no obligados es, en cambio, distinta. Es discutible que el legislador desee fomentar que estos sujetos sean los que paguen. Por ejemplo, en el delito fiscal, la deuda tributaria puede haberse determinado de conformidad con el nivel de renta o de patrimonio del obligado frente a la Hacienda Pública. Si alguien está en mejor disposición de satisfacer las responsabilidades pecuniarias derivadas del impago de la deuda, ése será el obligado tributario, no su representante legal o voluntario o su administrador de hecho o de Derecho.

Parece que estas situaciones hallarían un mejor encaje en el segundo inciso. Es decir, que los autores no obligados probablemente están en mejor situación para colaborar activamente en la obtención de pruebas decisivas para alguno de los objetivos previstos que para abonar las responsabilidades pecuniarias constitutivas del objeto material del delito. Sin embargo, el segundo inciso dispone que los partícipes han de ser no sólo distintos del obligado, sino también del autor del delito (o sea, los cooperadores necesarios, los inductores y los cómplices). Por lo tanto, parece que los autores no obligados no pueden acogerse a esta última atenuante. Creo que estos problemas interpretativos podrían haberse resuelto si el legislador hubiera destinado la atenuante del primer inciso, exclusivamente, a los obligados tributarios o frente a la Seguridad Social y a los perceptores de la subvención y la del segundo inciso a los sujetos que, teniendo responsabilidad en los hechos delictivos, no reúnan ninguna de esas dos condiciones, sin necesidad de especificar si intervienen como autores o como partícipes en la comisión del delito.

Lo que no ofrece mayor discusión es que, para poder ser beneficiarios de la atenuante del segundo inciso, los partícipes han de haber cometido un delito fiscal, contra la Seguridad Social o de fraude de subvenciones. Esto no sólo incluye a los tipos básicos de los arts. 305, 307 y 308 CP, sino también a los tipos agravados de los arts. 305 bis y 307 bis y el delito de fraude de prestaciones del art. 307 ter CP. Ello porque en los arts. 305 bis, 307 bis y 307 ter CP existen sendos apartados en los que se efectúa una remisión, expresa o tácita, a las atenuantes contenidas en los tipos básicos[71].

b) «Colaboración activa» para la obtención de «pruebas decisivas». Los posibles destinatarios y la cuestión del límite de los dos meses desde la citación judicial

Los tres artículos comentados exigen con claridad que el potencial beneficiario de la atenuación «colabore activamente». A partir de aquí, el tenor literal de los preceptos se torna algo más confuso, tanto por lo que dice como por lo que omite.

Empezando por lo primero, cabe discutir «para qué» se ha de colaborar. Como se ha dicho en su momento, los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP establecen una serie de fines a cuya consecución debe tender la colaboración prestada por el infractor. Esos fines son la identificación o captura de otros responsables, el completo esclarecimiento de los hechos o la averiguación del patrimonio del obligado o el autor del delito. Al margen de esos fines, el segundo inciso de los artículos mencionados prevé que la colaboración se concrete en la «obtención de pruebas decisivas». Aquí caben, en mi opinión, dos posibles interpretaciones. Una es que, para aspirar a la concesión de la atenuación, la «colaboración activa» ha de consistir, en todo caso, en la «obtención de pruebas decisivas»; «pruebas» que, también en todo caso, deben ir dirigidas a la consecución de cualquiera de los fines que se acaban de exponer. La otra, por su parte, consiste en entender que la «obtención de pruebas decisivas» sólo se predica del fin que esta expresión acompaña en el texto; esto es, la «identificación o captura de otros responsables».

A mi juicio, hay un argumento sistemático que apoya la primera interpretación. El tenor literal de las atenuantes que se están analizando es muy parecido al que existe para fomentar la colaboración con las autoridades en otros delitos a menudo vinculados a la criminalidad asociativa, como los delitos contra la salud pública (art. 376 CP), la integración en organizaciones o grupos criminales (art. 570 quater.4 CP) o el terrorismo (art. 579 bis.3 CP). En esos preceptos, el legislador se ha cuidado de acotar hasta dónde llega el alcance de la expresión «obtener pruebas decisivas». Esto resulta especialmente claro en el art. 570 quater.4 CP. En él, se indica que la colaboración activa debe consistir «*bien* para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o

[71] Me refiero al apartado 2 de los arts. 305 bis y 307 bis y al apartado 6 del art. 307 ter CP.

grupos a que haya pertenecido, *bien* para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos» (cursivas añadidas). En la medida en que el legislador no ha empleado las conjunciones disyuntivas del mismo modo en los artículos que ahora interesan, puede defenderse que la «obtención de pruebas decisivas» es algo que afecta a todos los fines a los que ha de tender la «colaboración activa».

Abona esta tesis el tipo de finalidades que exigen los arts. 305.6 II, 307.5 II y 308.8 II CP para conceder la atenuación: todas ellas tienen que ver con el hecho de poner a las autoridades en conocimiento de algo, ya sea la identidad de otros intervinientes en el hecho delictivo, ya sean otros extremos fácticos relacionados con éste, ya sea la localización de los bienes del obligado o de otros responsables del delito. En los arts. 376, 570 quater.4 y 579 bis.3 CP también se admite la colaboración que redunde en la evitación de un hecho delictivo. Esto es algo que no necesariamente debe realizarse mediante la aportación de información a la causa. Piénsese en un sujeto de cuya contribución dependa la perpetración de un atentado terrorista por ser el encargado de conducir el coche bomba hasta el lugar donde éste ha de hacer explosión. Si se limita a no llevar a cabo su contribución al hecho, podría concedérsele la atenuación del art. 579 bis.3 CP (siempre y cuando, claro está, cumpla con el resto de los requisitos que este precepto exige)[72].

Aun adoptando la interpretación que se acaba de proponer, sigue quedando mucho por aclarar hasta saber, con exactitud, qué es lo que debe hacer el potencial beneficiario para aspirar a ver atenuada su pena: en efecto, aún hay que precisar qué quiere decir que la colaboración sea «activa» y que ésta sirva para aportar «pruebas» que, además, resulten «decisivas» para la consecución de cualquiera de los fines previstos. Como se verá en el capítulo II, esta redacción ha sido muy criticada por su vaguedad, lo cual puede poner en riesgo la función de incentivo que estos preceptos están llamados a desempeñar (Cap. II, apartados 2.1. y 6.1.). A falta de elementos adicionales que justifiquen hacer lo contrario, parece razonable interpretar estos términos en un sentido amplio.

Para empezar, lo más adecuado parece entender que, cuando hablan de «pruebas», los preceptos analizados no se refieren a «medios de prueba» en sentido técnico procesal. Es decir,

[72] Esta situación es la que, en mi opinión, CUERDA ARNAU considera como constitutiva de un supuesto de atenuación –e, incluso, de remisión de la pena– al amparo del antiguo art. 57 bis b) CP73: la propia de los sujetos que, con su actuación, evitan la consumación del delito cuya ejecución ya se ha iniciado. Más discutibles le resultan a la autora, sin embargo, las conductas de aquellos que, aun habiéndose esforzado para conseguirlo, no logran evitar la consumación. En opinión de CUERDA ARNAU, a éstos les es exigible no sólo la eliminación de su contribución al hecho delictivo, sino también haber hecho todo lo posible por evitar la consumación, incluyendo, en su caso, informar a las autoridades. Esta última reflexión no obsta, a mi juicio, a la idea que se ha transmitido en el texto: que la evitación de ciertos delitos, que puede dar lugar a la atenuación *ex* art. 579 bis.3 CP, no tiene por qué llevarse a cabo a través de la «obtención de pruebas decisivas». Sobre la cuestión, CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Ministerio de Justicia e Interior: Madrid, 1995, pp. 444-446.

que no es necesario, para que el potencial beneficiario pueda aspirar a la rebaja de pena, que su contribución consista en aportar determinados elementos que se pongan de manifiesto ante el juez o tribunal y las demás partes en el acto del juicio oral. Cualquier aportación realizada en fase de instrucción o, incluso, en las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Fiscal, la Policía o los órganos administrativos encargados de realizar labores de inspección o comprobación podrían integrar el concepto de «pruebas» a estos efectos[73]. Una interpretación de estas características parece acorde con la finalidad que el legislador habría atribuido a las atenuantes.

Y, para seguir, las exigencias relativas a que la colaboración sea «activa» y que las pruebas sean «decisivas» deberían, en mi opinión, interpretarse en el sentido de que, para aspirar a la obtención del beneficio penológico, basta con que la actuación del potencial beneficiario sea idónea, *ex ante*, para la consecución de alguno de los fines prescritos. No parece justificado exigir que la aportación del colaborador implique la consecución de ningún resultado concreto. En primer lugar, porque ninguno de los preceptos estudiados así lo exige. Y, en segundo lugar, porque, incluso aunque se defendiera que una interpretación de estas características «cabe» en la letra de la ley, lo cierto es que el éxito o fracaso de la investigación es algo que, en muchas ocasiones, no dependerá (sólo) de la calidad de la información que el colaborador haya prestado a las autoridades: una actuación más o menos diligente de los destinatarios de la información o, incluso, la posibilidad de que concurran otros colaboradores que hayan aportado datos semejantes, podrían condicionar la imputación del resultado a la aportación realizada por el potencial beneficiario de la atenuación[74].

Quedan por ver un par de cuestiones sobre las que los preceptos estudiados guardan silencio, pero que tienen potencial influencia a la hora de decidir si el candidato a obtener la atenuación podrá o no recibirla. Una tiene que ver con los destinatarios de la información. La otra, con la exigencia, o no, de que la aportación del colaborador se lleve a cabo con sujeción a algún límite temporal.

Sobre lo primero, hay que decir que, mientras que los arts. 376, 570 quater.4 y 579 bis.3 CP sí exigen que la colaboración se preste a «a las autoridades o sus agentes», los arts. 305.6 II, 307.5 II y 308.8 II CP no indican nada semejante. Ciertos autores han propuesto interpretar los términos

---

[73] En un sentido similar, aunque en relación con el art. 57 bis b) CP73, CUERDA ARNAU, Mª. L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, pp. 462-463.

[74] De nuevo en este sentido, ibid.., pp. 463-471. También GALLEGO SOLER, J.I., y VERA SÁNCHEZ, J.S.: «Artículo 376», en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.); MIR PUIG, S. (dir.); VERA SÁNCHEZ, J.S. (coord.), *et al.*: *Comentarios…*, *op. cit.*, 2015, p. 1292. Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante en este mismo capítulo con ocasión del comentario del art. 434 CP, en Alemania existen ciertas disposiciones que sí exigen, para la obtención del incentivo, que la actuación del colaborador desemboque en una mejora efectiva de la investigación (*Aufklärungserfolg*). Esta exigencia, sin embargo, ha sido criticada por la doctrina por atentar contra el principio constitucional de igualdad (ver Cap. IV, apartado 5 *infra*.).

«las autoridades o sus agentes» de manera similar a como se hace con la atenuante de confesión del art. 21.4ª CP, que también emplea el término «autoridades»; es decir, entendiendo por tales las que, de conformidad con el art. 264 LECrim, son competentes para recibir la denuncia por la comisión de un hecho delictivo. Tales son la Policía, el Ministerio Fiscal o los jueces[75].

En la medida en que los preceptos que ahora interesan no añaden ningún dato sobre quiénes pueden ser destinatarios de la información aportada por el colaborador, parece razonable interpretar que, además de estos sujetos que se acaban de mencionar, también son potenciales receptores los órganos inspectores de la Agencia Tributaria, de la Seguridad Social o de las Administraciones Públicas concedentes de la subvención de que se trate. Restringir el elenco de posibles destinatarios no sólo no parece gozar de justificación de conformidad con el tenor literal de los preceptos que interesan y el de aquellos otros que se expresan en términos similares, sino que también parece ir en contra de la finalidad pretendida por el legislador con la creación de las atenuantes.

Lo segundo es una cuestión algo más espinosa. La atenuante del primer inciso –*i.e*., la relacionada con los autores del delito o los obligados al pago– prevé, de manera inequívoca, que la conducta que puede dar lugar a la atenuación se realice en un plazo determinado: dos meses desde la citación judicial como investigado. En el segundo inciso no se prevé nada similar. Sin embargo, en los tres artículos del Código Penal que ahora interesan, este segundo inciso empieza del siguiente modo: «Lo anterior será igualmente aplicable a (…)». Cabe cuestionarse si ese «lo anterior» se refiere sólo a la consecuencia jurídica o si, por el contrario, también alcanza al límite temporal que se acaba de mencionar.

En el apartado III del Preámbulo de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, se dice lo siguiente: «[s]e prevé también una atenuación de la pena cuando los presuntos responsables de los delitos reconocen su comisión y satisfacen íntegramente la deuda tributaria o bien colaboran con las Autoridades para la averiguación de los hechos y, en su caso, la identificación o captura de otros responsables, siempre y cuando tal reconocimiento, pago y *cooperación* se produzcan *en un breve lapso de tiempo*» (cursivas añadidas). Esta frase parece sugerir que el legislador deseaba hacer extensivo el plazo de dos meses también a la atenuante del segundo inciso (al menos, en lo que al art. 305.6 CP se refiere). Sin embargo, no me parece un argumento definitivo. En el fragmento transcrito tan sólo se menciona que el plazo para colaborar ha de ser «breve», no que sea de dos meses desde la citación judicial para declarar como imputado. De hecho, que la colaboración debe prestarse con celeridad parece algo exigido por la necesidad de que las pruebas en que ésta se materialice sean «decisivas»; o sea, idóneas para la consecución de los objetivos fijados en el

[75] En este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del «arrepentido». Dykinson: Madrid, 2004, p. 122.

precepto. Cuanto antes se colabore, más probabilidad habrá de que la información resulte útil a las autoridades. La referencia al «breve lapso de tiempo» puede hacer referencia, por tanto, a la necesidad de que sólo los colaboradores que aporten su información ágilmente podrán beneficiarse de la atenuación, con independencia de si esto es dentro o fuera del plazo de dos meses desde que han sido llamados a la causa por el órgano jurisdiccional competente para la investigación de los hechos.

Es más, hay un argumento sistemático que, en mi opinión, apoya que la «colaboración activa» de los partícipes no está sujeta a ningún plazo preclusivo. Éste toma como referencia la interpretación que se ha hecho de otras atenuantes similares, como las previstas para los delitos contra la salud pública (art. 376 CP), la integración en organizaciones o grupos criminales (art. 570 quater.4 CP) o el terrorismo (art. 579 bis.3 CP). Estos preceptos exigen, como primer requisito para poder optar a la atenuación del reproche penal, el «abandono voluntario» de la actividad delictiva. Este requisito se ha interpretado en el sentido de que, si el sujeto se desvincula de sus actividades criminales con posterioridad a su detención, no podrá ser merecedor de la atenuante. De modo que la detención operaría, en estos casos, como un límite preclusivo para abandonar la actividad delictiva y, en caso de que además se colabore con las autoridades, obtener la rebaja de pena[76]. Un requisito como el «abandono voluntario» no está contemplado en los arts. 305.6 II, 307.5 II y 308.8 II CP. Cuando el legislador ha querido exigir el respeto a algún límite preclusivo para optar a un trato penal favorable, así lo ha hecho constar expresamente. No siendo éste el caso, pretender la aplicación de este límite supone un discutible recorte del ámbito de aplicación de una disposición legal que, además, va en perjuicio del reo.

Dicho lo cual, este argumento puede contrarrestarse con otro del mismo tipo. El art. 31 quater.1 b) CP consagra la atenuante genérica de colaboración para personas jurídicas. En él se indica expresamente que la colaboración puede prestarse «en cualquier momento del proceso». Podría responderse que, cuando el legislador ha querido permitir que la colaboración se preste con posterioridad a la imputación judicial, ha sido muy claro. Esto, unido a la frase del Preámbulo que se ha transcrito antes y al hecho de que el segundo inciso de los preceptos estudiados en este epígrafe empiece con el mencionado «lo anterior», podría servir como argumento para defender que la «colaboración activa» debe prestarse en el plazo de dos meses desde la citación judicial para declarar como investigado. De hecho, algunos autores defienden la existencia del límite temporal en la atenuante del segundo inciso de manera expresa[77].

---

[76] En este sentido, GALLEGO SOLER, J.I., y VERA SÁNCHEZ, J.S.: «Artículo 376»…, *op. cit.*, 2015, p. 1292; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El colaborador…*, *op. cit.*, 2002, p. 119; GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad…*, *op. cit.*, 1997, p. 208. En contra, en cambio, CUERDA ARNAU, Mª. L.: *Atenuación…*, 1995, pp. 414-422.

[77] Es el caso de ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: «Art. 307», en DEL MORAL GARCÍA, A (dir.); ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (coord.), *et al.*: *Código Penal…*, *op. cit.*, 2018, pp. 1931-1932, y GALLEGO SOLER, J.I.: «Artículo 305», en

Nada de esto sucedería si, de nuevo, el legislador hubiera sido algo más preciso a la hora de diseñar los requisitos de aplicación de estas atenuantes. Ante tal estado de cosas, sigo considerando preferible la primera interpretación; esto es, la que no prevé ningún límite temporal para los partícipes. Ello porque, como se ha dicho ya, no sólo cabe en la letra de la ley, sino que, además, va a favor del reo.

c) La identificación o captura de otros responsables, el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o la averiguación del patrimonio del obligado o de otros responsables del delito

La «colaboración activa» para la «obtención de pruebas decisivas» debe dirigirse a la consecución de *cualquiera* de los fines siguientes: la «identificación o captura de otros responsables», el «completo esclarecimiento de los hechos delictivos» o la «averiguación del patrimonio del obligado o de otros responsables del delito». De nuevo, el legislador ha guardado silencio sobre en qué consisten estos objetivos. En este punto, vuelve a haber varias cuestiones de difícil interpretación. Veámoslas por partes.

El primer objetivo –«identificación o captura de otros responsables»– también aparece en las atenuantes previstas en el sector de los delitos contra la salud pública, integración en organización o grupo criminal y terrorismo. Lo que se ha dicho con respecto a ellas resulta, a mi juicio, aplicable también a los arts. 305.6 II, 307.5 II y 308.8 II CP. Me refiero, en particular, a dos cuestiones. La primera, que es válida tanto la colaboración que permita a las autoridades descubrir a nuevos implicados («identificación») como la que corrobore las sospechas frente a sujetos que ya eran conocidos por éstas y, con ello, posibilitar su detención («captura»)[78]. La segunda, que bastará con que la aportación del colaborador posibilite la identificación o captura de esos responsables, sin que se le exija, efectivamente, que ese objetivo se consiga. No debería bastar, pues, con la mera afirmación de que una tercera persona es responsable del delito: para obtener la atenuación, el colaborador debe aportar información idónea para que los sujetos a los que se refiera puedan ser puestos a disposición de la justicia. El hecho de que eso suceda efectivamente queda, en cambio, fuera de su responsabilidad[79].

Creo que estas ideas son útiles para precisar el tipo de colaboración que se requiere para el cumplimiento del tercer objetivo –«la averiguación del patrimonio» del obligado o de otros responsables del delito–. En mi opinión, para que el colaborador pueda optar a la obtención de la rebaja de pena basta con que permita a la Administración o a los tribunales conocer la ubicación

---

CORCOY BIDASOLO, M. (dir.); MIR PUIG, S. (dir.); VERA SÁNCHEZ, J.S. (coord.), *et al.*: *Comentarios…*, *op. cit.*, 2015, pp. 1070-1071.

[78] En el mismo sentido, CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, p. 461.

[79] Ibid., pp. 466-469.

y la magnitud del patrimonio en cuestión, sin que sea preciso que cargue con la responsabilidad de que éste sea efectivamente localizado ni, mucho menos, realizado para satisfacer las responsabilidades de que se trate.

El segundo objetivo –«completo esclarecimiento de los hechos»– es, en mi opinión, el más problemático. No se dice esto (sólo) porque el precepto exija que el esclarecimiento en cuestión deba ser «completo». En línea de lo que se ha argumentado antes, este requisito debería interpretarse en el sentido de que al potencial beneficiario sólo le es exigible posibilitar ese esclarecimiento. Que sea, efectivamente, completo o no es algo que depende de muchos factores. Las cuestiones verdaderamente complicadas surgen, por el contrario, cuando uno se pregunta *a qué hechos* se está refiriendo el precepto.

Hay, al menos, dos cuestiones importantes que el tenor literal de los artículos analizados deja sin resolver. La primera es si esos hechos tienen que ser, necesariamente, los cometidos por otros intervinientes o si, por el contrario, el colaborador también puede obtener la rebaja de pena si aporta información sobre los hechos que él mismo ha cometido. Desde mi punto de vista, la finalidad de las atenuantes aconseja que se mantenga la primera interpretación. Sin embargo, nada en la letra de la ley impide, en mi opinión, que el partícipe que aporte a las autoridades información sobre los hechos dimanantes de su propia responsabilidad pueda beneficiarse del incentivo.

La segunda es si el potencial beneficiario puede aportar información sobre hechos distintos a los que constituyan el objeto del proceso en el cual él mismo esté siendo investigado. En atención al modo en que están diseñados los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP, que distinguen entre las conductas exigibles a los «autores» u «obligados» (reconocer los hechos y pagar) y a los «otros partícipes» en el delito (colaborar activamente para la obtención de pruebas decisivas), podría defenderse que los hechos a los que se refiere el precepto han de ser, exclusivamente, aquellos que han cometido los «autores» u «obligados» y en los cuales los colaboradores han intervenido como «partícipes». De ser así, lo normal será que unos y otros hechos constituyan el objeto del mismo procedimiento Pero, de nuevo, ninguno de los preceptos estudiados impone tajantemente esa solución: nada obsta, a mi juicio, a que el potencial beneficiario pueda obtener la atenuación si aporta información a las autoridades sobre delitos que constituyan el objeto de otro proceso distinto a aquél que se sigue por su propia responsabilidad penal[80].

[80] Lo cierto es que este problema se arrastra, también, a los otros dos objetivos. Así, si vale el esclarecimiento de hechos distintos a aquellos que constituyen el objeto del proceso en el que está siendo investigado el partícipe, también puede valer la identificación o captura de los responsables de otros hechos investigados en otros procesos o la averiguación de su patrimonio.

Si el legislador quería evitar consecuencias como las aquí mencionadas –esto es, que se puedan beneficiar de la atenuación colaboradores que se limiten a aportar información sobre su propia implicación en los hechos delictivos o sobre delitos que constituyan el objeto de procesos distintos de los seguidos contra él–, debería haber sido más claro. En el Capítulo III se verá cómo en Alemania el legislador ha diseñado de forma más nítida los requisitos de aplicación de disposiciones similares a las aquí comentadas. Así, por un lado, en el Derecho alemán se distingue entre el hecho cometido por el colaborador –«hecho originador»– y aquél sobre el cual éste informa –«hecho de referencia»– y se exige que uno y otro tengan determinadas características si se pretende un trato penológico favorable. Por otro lado, si el colaborador ha tomado parte en la ejecución del hecho sobre el cual informa, es preciso, para obtener las ventajas que la ley prevé, que su aportación a las autoridades se refiera a extremos que vayan «más allá de su propia contribución» en su perpetración. Esto no quiere decir que tales incentivos estén exentos de crítica, sino, simplemente, que los reproches tienen que ver con razones distintas a las tratadas en este epígrafe.

3.3.2. Consecuencias jurídicas

Los tres preceptos estudiados hasta ahora disponen que, cuando alguno de sus potenciales beneficiarios cumpla con sus requisitos, los jueces o tribunales «*podrán* imponer la pena inferior en uno o dos grados». El empleo de la forma verbal «podrán» ha generado cierta controversia, porque sugiere que la concesión de la rebaja de pena es facultativa; es decir, que, aunque se cumplan los requisitos, los jueces pueden conceder o no la atenuación de forma discrecional[81].

Esta misma forma verbal se emplea en las atenuantes previstas para los delitos contra la salud pública, integración en organizaciones o grupos criminales y terrorismo. La jurisprudencia ha reconocido que, en efecto, la concesión de la atenuación algo que queda a discreción de los jueces y tribunales[82]. Esto impide que pueda recurrirse en casación por motivo de infracción de ley por vulneración de precepto penal de carácter sustantivo (art. 849.1º LECrim) cuando, a pesar de que el culpable haya cumplido con los requisitos establecidos en el Código Penal, el juez o tribunal no le haya concedido el incentivo. Ahora bien, la jurisprudencia también ha reconocido que una cosa es que la concesión del incentivo sea una facultad discrecional de los órganos jurisdiccionales

[81] Además del CGPJ, que, como se vio en su momento, se pronunció en este sentido en su informe al Anteproyecto de Ley Orgánica, consideran que la rebaja de pena es facultativa DEL MORAL GARCÍA, A., y ABASCAL JUNQUERA, A.: «Art. 305», en DEL MORAL GARCÍA, A. (Dir.); ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (Coord.), *et al.*: *Código Penal…*, *op. cit.*, 2018, p. 1907; MORALES PRATS, F.: «Artículo 305», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), y MORALES PRATS, F. (coord.), *et al.*: *Comentarios*…, *op. cit.*, 7ª ed., 2016, p. 611. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas…*, *op. cit.*, 2014, p. 203, e IGLESIAS RÍO, M.A.: «Delitos contra la Hacienda Pública y la seguridad social: Arts. 305 a 310 bis CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2013, p. 827.

[82] Ver, en este sentido, las resoluciones que se citan en la siguiente nota a pie de página.

y otra cosa bien distinta es que no deban motivar su decisión. Los defectos en (o la ausencia de) la motivación de la decisión por la que se deniega la concesión del incentivo cuando se hayan cumplido sus requisitos sí pueden fundar el recurso[83].

Aun cuando la decisión deba ser motivada, el hecho de que la rebaja sea de apreciación facultativa juega en contra del atractivo de los preceptos analizados como estímulo a la colaboración con las autoridades. No es de extrañar que, para paliar este efecto, ciertos autores hayan propuesto la siguiente interpretación: el término «podrán» se refiere sólo a la *extensión* de la atenuación, no al hecho de si la pena se reduce o no. Es decir, que, de conformidad con esta interpretación, siempre que se cumplan los requisitos hay que reducir la pena en, al menos, un grado. Por tanto, lo único que quedaría a discreción de los jueces es si esa rebaja es de dos grados[84]. En mi opinión, esta interpretación cabe en la letra de la ley, y no sólo es coherente con la finalidad que, teóricamente, persiguen las atenuantes, sino que, además, va a favor del reo. Por ello, me parece adecuada.

4. EL ART. 434 CP: LA ATENUANTE PARA EL DELITO DE MALVERSACIÓN

4.1. Génesis parlamentaria y finalidad atribuida por el legislador

La última atenuante constitutiva del objeto de la presente investigación se contiene en el art. 434 CP. Esta figura se introdujo en el Código Penal a través de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Su tenor literal fue modificado por la LO 14/2022, de 22 de diciembre.

En el art. 434 CP se contiene una atenuante de pena que obliga a los órganos jurisdiccionales a rebajar la pena al culpable del delito de malversación que, o bien repare el perjuicio causado al patrimonio público de modo «efectivo e íntegro» antes del inicio del juicio oral, o bien colabore «activa y eficazmente» con las autoridades o sus agentes para la «obtención de pruebas decisivas» tendentes a la consecución de cualquiera de los dos siguientes objetivos: la identificación o captura de otros responsables o el completo esclarecimiento de los hechos delictivos. Sin perjuicio de los matices que se harán más adelante, los requisitos de aplicación y consecuencias jurídicas del art. 434 CP resultan, como se ven, muy similares a los previstos por las atenuantes del segundo inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP, tratadas en los apartados anteriores.

[83] Ver, por ejemplo, SSTS 851/2022, de 27 de octubre (Roj.: STS 3990/2022), FD 3, p. 10; 713/2012, de 2 de octubre (Roj.: STS 6294/2012), FD 2, p. 2, y 504/2011, de 25 de mayo (Roj.: STS 3844/2011), FD 1, p. 3.

[84] En este sentido, AYALA GÓMEZ, I.: «Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social», en *Memento Penal Económico y de la Empresa*. Francis Lefebvre: Madrid, 2016, p. 741, y GALLEGO SOLER, J.I.: «Art. 305»…, *op. cit.*, 2015, pp. 1070-1071.

A diferencia de lo que sucedió con estas últimas, el legislador no dedicó al art. 434 CP ni una sola palabra del Preámbulo de la ley que lo trajo al mundo jurídico. Eso no ha impedido a algunos autores destacar que su finalidad es doble: por un lado, fomentar la pronta reparación del daño causado al patrimonio público, y, por otro, tratar de estimular a la colaboración con las autoridades en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de malversación, muy representativos de la corrupción. Todo ello en un contexto de austeridad en el gasto público por la crisis económica, cuyos efectos aún se sentían en el año 2015[85].

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica, de octubre de 2012, tampoco había ninguna mención a este precepto. Ello a pesar de que, en su articulado, ya se contenía una versión muy parecida a la que se terminaría aprobando definitivamente. De hecho, lo único en lo que se diferenciaban la versión original y la definitiva del art. 434 CP era que, mientras que en esta última la atenuación se prevé como una consecuencia imperativa, pues se indica que, si se cumplen los requisitos de aplicación, los jueces y tribunales «impondrán» la pena inferior en uno o dos grados, en la original esta consecuencia era facultativa: en ella se empleaba la fórmula «podrán imponer», como sucede en los arts. 305.6 II, 307.5 II y 308.8 II CP. La ausencia de menciones al art. 434 CP en la parte introductoria de la ley puede deberse a que la LO 1/2015, de 30 de marzo, modificó en profundidad el Código Penal en general y el delito de malversación en particular[86]. Entre otros cambios, habría que destacar que, tras la reforma, el art. 432 CP, que regulaba las modalidades de apropiación del delito de malversación, pasó a remitirse, en sus apartados 1 y 2, a los arts. 252 y 253 CP de modo respectivo. Estos últimos artículos regulaban (y regulan aún hoy) los delitos de administración desleal y apropiación indebida, que también sufrieron profundos cambios con la reforma. Por su parte, la modalidad de distracción o «malversación de uso», prevista hasta entonces en el art. 433 CP, fue derogada[87]. El legislador,

[85] En este sentido, por ejemplo, SANZ MULAS, N.: «Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales», en *RECPC*, n.º 19-05, 2017. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-05.pdf [Consulta: 11/04/2024]; MIR PUIG, C.: «Artículo 434», en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.); MIR PUIG, S. (dir.); VERA SÁNCHEZ, J.S. (coord.), *et al*.: *Comentarios*…, *op. cit.*, 2015, p. 1472.

[86] Tratan las principales novedades que esta reforma introdujo en el delito de malversación, entre otros, VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: «La malversación (o cuando el legislador se hace trampas al solitario)», en PÉREZ MANZANO, M. (coord.), *et al.*: *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*. Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid (Facultad de Derecho): Madrid, 2020, pp. 787-791, y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C.: «El delito de malversación», en QUINTERO OLIVARES, G (dir.), *et al*.: *Comentarios a la reforma penal de 2015*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 691-697.

[87] En su redacción anterior a la reforma, esta modalidad preveía dos regímenes penológicos, uno atenuado y otro idéntico al de las conductas de apropiación del art. 432 CP. Para la aplicación del marco atenuado era necesario que el culpable hubiera reintegrado, en el plazo de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, el importe de lo distraído. Ciertos autores han señalado que la introducción del art. 434 CP, que permite la atenuación del reproche penal si, entre otras posibilidades, se repara el perjuicio causado al patrimonio público, pretendía «compensar» esa derogación. En este sentido, QUINTERO OLIVARES, G.: «Artículo 434», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), y MORALES PRATS, F. (coord.), *et al*.: *Comentarios…*, *op. cit.*, 7ª ed., 2016, pp. 1434-1435; MATALLÍN EVANGELIO, A. (coord.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2ª ed., 2015, 1166-1167, y VALEIJE ÁLVAREZ, I.:

probablemente, decidió dosificar su atención a la hora de dotar de motivación a unas u otras instituciones.

Tampoco el CGPJ ni el Consejo de Estado le prestaron ninguna atención en sus respectivos informes[88]. Algo más expresivo fue el Consejo Fiscal, que criticó el hecho de que el art. 434 CP condicionara la rebaja de pena, entre otras conductas, al hecho de que el culpable reparara el daño causado al patrimonio público. En particular, remarcó que, a diferencia del art. 21.5ª CP, que prevé la atenuante genérica de reparación del daño, la figura proyectada no contara con ningún límite temporal. A juicio del Consejo Fiscal, el art. 434 CP permitía llegar a rebajas más intensas que las posibilitadas vía art. 21.5ª CP, pero con menos requisitos para obtenerlas. Esto, en su opinión, crearía «una sensación de condescendencia con los funcionarios públicos, muy perniciosa para la confianza de los ciudadanos en el Derecho»[89].

A pesar de esta crítica, no se previó ningún límite temporal en el art. 434 CP. La única variación que experimentó el texto original fue que se cambió el «podrán imponer» al que se ha aludido antes por «impondrán» con la finalidad de asegurar que los potenciales beneficiarios que cumplieran con los requisitos previstos por el art. 434 CP obtendrían, al menos, una rebaja de un grado de la pena. Este cambio se materializó en la fase de presentación de enmiendas en el Congreso de los Diputados. En concreto, fue gracias a la enmienda n.º 749, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista[90] y aceptada, previo informe favorable de la Ponencia[91], por la Comisión de Justicia[92].

«Malversación (arts. 432, 433, 434 y 435)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), GÓRRIZ ROYO, E (coord.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2ª ed., 2015, p. 1207. Tras la LO 14/2022, de 22 de diciembre, esa modalidad «revivió», aunque ahora se encuentra tipificada en el art. 432 bis CP.

[88] En efecto, el CGPJ se limitó a reproducir el contenido del proyectado art. 434 CP, sin formular ninguna crítica ni alabanza. CGPJ: *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal,* 2013, p. 238. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal [Consulta: 12/04/2024]. El Consejo de Estado hizo lo mismo que el legislador: no dijo nada sobre la atenuante.

[89] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 (sic) de noviembre, del Código Penal, 2013, p. 293.

[90] «Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (121/000065)», en BOCG (Congreso de los Diputados), Serie A, n.º 66-2, de 10 de diciembre de 2014, p. 486. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF#page=1 [Consulta: 12/04/2024].

[91] «Informe de la Ponencia. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (121/000065)», Serie A, n.º 66-3, de 21 de enero de 2015, p. 41. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-3.PDF#page=1 [Consulta: 12/04/2024].

[92] «Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno», en BOCG (Congreso de los Diputados), Serie A, n.º 66-4, de 22 de enero de 2015, p. 88. Disponible en:

La ley se aprobó el 26 de marzo de 2015[93], publicándose en el BOE el día 31 y entrando en vigor el 1 de julio de ese mismo año. El art. 434 CP vio la luz con la redacción que se le había otorgado en el seno de la Comisión de Justicia, la cual conservaría hasta el 12 de enero de 2023, fecha en la que entró en vigor la LO 14/2022, de 22 de diciembre. Esta última añadió al art. 434 CP dos modificaciones, que se mantienen en la actualidad. Por un lado, se previó que, para obtener la atenuación por reparación del perjuicio, el resarcimiento tuviera que ser llevado a cabo antes del inicio de las sesiones del juicio oral. Por otro lado, se añadió la exigencia de que la colaboración para la obtención de pruebas decisivas fuera, además de activa, «eficaz».

Nuevamente, el legislador fue muy poco expresivo con respecto a las causas que motivaron estas dos modificaciones. En el Preámbulo de la ley sólo se indica que el 434 CP ha sido objeto de «mejoras técnicas» con las que se habría equiparado su redacción a otras «cláusulas premiales» existentes en el Código Penal[94]. Esto es algo sorprendente si se repara en que ninguna de las atenuantes relacionadas con la colaboración de las autoridades prevén la necesidad de que la cooperación del potencial beneficiario sea «eficaz». Parece que, una vez más, el legislador tenía cosas más importantes que justificar. Esto es, hasta cierto punto, comprensible si se repara en que, al igual que la LO 1/2015, de 30 de marzo, la LO 14/2022, de 22 de diciembre, reformó en profundidad el régimen del delito de malversación. De hecho, en lo que a este delito concierne, la ley que ahora se está analizando estuvo dirigida a recuperar, casi en su totalidad, la regulación preexistente a la reforma de 2015.

Lo que no resulta tan comprensible es que una modificación de tanto calado no estuviera contemplada en el texto del que surgió la iniciativa legislativa: todos los cambios que afectaron al delito de malversación (incluyendo los referidos al art. 434 CP) se introdujeron en el trámite de presentación de enmiendas en el Congreso de los Diputados. Otro detalle llamativo de este procedimiento legislativo es que la iniciativa no fue un Proyecto de Ley surgido del Consejo de Ministros, sino una Proposición de Ley presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos-*En Comú Podem*-Galicia en Común, que eran, precisamente, los integrantes del Gobierno de la nación[95]. Al elegirse esta vía para tramitar el texto, no se emitieron

https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-4.PDF#page=1 [Consulta: 12/04/2024].

[93] «Aprobación definitiva por el Congreso. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (121/000065)», Serie A, n.º 66-7, de 1 de abril de 2015, p. 1. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-7.PDF#page=1 [Consulta: 12/04/2024].

[94] Apartado VI del Preámbulo de la LO 14/2022, de 22 de diciembre.

[95] El título de la Proposición, que hace mención a una amalgama heterogénea de delitos (entre los que no se encuentra la malversación) también es bastante llamativo. Ver «Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (122/000271)», en BOCG (Congreso de los Diputados), Serie B, n.º 295-1, de 17 de noviembre de 2022. Disponible en:

ciertos informes que habrían resultado preceptivos si hubiera sido el Gobierno, en tanto tal, el que hubiera ejercido su iniciativa legislativa, como el del CGPJ[96], el Consejo Fiscal[97] o el Consejo de Estado[98]. Este cúmulo de circunstancias hace que sea muy difícil saber qué objetivos perseguía el legislador con las modificaciones del art. 434 CP.

En concreto, estas modificaciones surgieron de la aceptación de una transacción sobre la enmienda n.º 48, propuesta por el Grupo Parlamentario Republicano. En la enmienda en cuestión se contenía, a grandes rasgos, la redacción que acabaría integrando los vigentes arts. 432, 432 bis y 433 ter CP[99]. Nada había en ella, sin embargo, ni sobre el vigente art. 433 CP, en el que se castigan las malversaciones consistentes en dar a los fondos una aplicación que, sin dejar de ser pública, sea distinta de aquella que tenían atribuida, ni, en lo que interesa, el art. 434 CP. Las menciones a estos dos artículos se incluyeron en el informe de la Ponencia, al proponer la transacción al grupo que formuló la enmienda. En este informe, el art. 434 CP ya tiene la redacción que posee actualmente. No obstante, en él no se dice nada sobre el porqué de los cambios que experimentó el precepto en cuestión[100]. La transacción fue aceptada por el Grupo Republicano en la Comisión de Justicia, y, lógicamente, se renunció a la defensa de la enmienda n.º 48 en el Pleno, quedando ocultas, nuevamente, las razones justificativas de las modificaciones de la atenuante que se está estudiando ahora[101]. El art. 434 CP ya no sufrió más cambios hasta la aprobación de

https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-295-1.PDF#page=1 [Consulta: 12/04/2024].

[96] El art. 561.1.8ª de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, exige que el CGPJ informe los anteproyectos de leyes penales.

[97] El art. 14.4, j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dispone que el Consejo Fiscal informe los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal. El propio Consejo Fiscal interpreta este artículo en el sentido de que las leyes penales afectan a sus funciones, por lo que este tipo de leyes caen dentro del ámbito de aplicación del precepto que se acaba de citar.

[98] El art. 21.2 de la LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, establece que el Consejo de Estado en Pleno deberá informar los anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución del Derecho comunitario europeo, como fue el caso de esta norma, con la que se transpusieron varias directivas de la UE.

[99] «Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (122/000271)», en BOCG (Congreso de los Diputados), Serie B, n.º 295-4, de 15 de diciembre de 2022, pp. 71-72. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-295-4.PDF#page=1 [Consulta: 12/04/2024].

[100] «Informe de la Ponencia. Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (122/000271)», en BOCG (Congreso de los Diputados), Serie B, n.º 295-5, de 16 de diciembre de 2022, pp. 2 y 17. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-295-5.PDF#page=1 [Consulta: 12/04/2024].

[101] «Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno. Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (122/000271)», en BOCG

la ley, lo que aconteció el 22 de diciembre de 2022[102]. Ésta se publicó en el BOE al día siguiente y entró en vigor, como se ha dicho ya, el 12 de enero de 2023.

4.2. Requisitos de aplicación y consecuencias jurídicas

4.2.1. Requisitos de aplicación

El art. 434 CP es aplicable al culpable de un delito de malversación (a) que, o bien repare el perjuicio causado al patrimonio público de modo efectivo e íntegro y antes del inicio de las sesiones del juicio oral (b), o bien colabore activa y eficazmente con las autoridades o sus agentes para la obtención de pruebas decisivas para la consecución de *cualquiera* de los dos fines siguientes: la identificación o captura de otros responsables o el completo esclarecimiento de los hechos delictivos (c).

a) Culpable de un delito de malversación

El potencial beneficiario de la atenuación es, según el art. 434 CP, «el culpable» de cualquier delito tipificado en el Capítulo VII del Título XIX del Libro II del Código Penal; esto es, el culpable de haber cometido cualquier delito de malversación. Estos delitos están previstos, en la actualidad, en los arts. 432 a 435 bis CP.

A diferencia de lo que sucede con otras disposiciones estudiadas en este capítulo, el legislador no ha especificado nada más sobre quién puede obtener el incentivo contenido en el art. 434 CP. Por tanto, no hay ningún límite en lo que se refiere al tipo de delito que se haya cometido –esto es, da igual que se haya cometido un delito leve, uno menos grave o uno grave– ni en cuanto al título de participación conforme al cual el potencial beneficiario sea responsable –o sea, no importa que sea autor o partícipe–. Es más, en atención al modo en que está redactado, el art. 434 CP podría aplicarse, también, a los sujetos que no reúnan en sí la condición de funcionarios[103].

La jurisprudencia parece ir en esta misma dirección. Así, en una de las pocas SSTS que se han pronunciado sobre los requisitos de aplicación del art. 434 CP, también se caracteriza de este

(Congreso de los Diputados), Serie B, n.º 295-6, de 19 de diciembre de 2022, p. 23. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-295-6.PDF#page=1 [Consulta: 12/04/2024].

[102] «Aprobación por el Pleno. Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (122/000271)», en BOCG (Congreso de los Diputados), Serie B, n.º 295-7, de 22 de diciembre de 2022, p. 1. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-295-7.PDF#page=1 [Consulta: 12/04/2024].

[103] SÁNCHEZ MELGAR, J.: «Artículo 434», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *et al*.: *Código Penal…*, *op. cit.*, 2016, p. 3014; VALEIJE ÁLVAREZ, I.: «Malversación…, *op. cit.*, 2ª ed., 2015, p. 1206.

modo tan amplio su ámbito subjetivo de aplicación: se trata de la STS 568/2019, de 21 de noviembre (Roj.: STS 3704/2019)[104].

b) Reparación «efectiva e íntegra» del perjuicio causado al patrimonio público antes del inicio de las sesiones del juicio oral

El art. 434 CP distingue dos posibilidades alternativas para obtener la rebaja de pena. Una es la colaboración «activa y eficaz» para la obtención de pruebas decisivas que permitan la obtención de determinados resultados. La otra consiste en la reparación «efectiva e íntegra» del perjuicio causado al patrimonio público antes del inicio de las sesiones del juicio oral. Hablaremos ahora de esta última.

Tal y como se indica en la STS 568/2019, de 21 de noviembre, el hecho de que el precepto comentado exija que la reparación tenga que ser «íntegra» implica que debe resarcirse el daño causado al erario *in totum*. Por otra parte, también se requiere que la reparación sea «efectiva». Esto quiere decir que no valen los compromisos de reparación futura. Los casos de reparaciones parciales o no efectivas podrían dar lugar, a lo sumo, a la aplicación de la atenuante genérica de reparación del daño del art. 21.5ª CP[105] (o, en su caso, de su analógica *ex* art. 21.7ª CP).

En el capítulo II de este trabajo (apartados 2 y 6) se verá cómo una de las críticas que se han dirigido a este precepto es su solapamiento con dicha circunstancia atenuante. Por ahora basta con indicar que este solapamiento es más evidente desde la reforma operada por la LO 14/2022, de 22 de diciembre. Si se recuerda, hasta antes de esa reforma la reparación del perjuicio podía llevarse a cabo en cualquier momento del proceso, pues el art. 434 CP no preveía ningún límite temporal. Esta situación fue criticada por el Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto que se acabaría convirtiendo en la LO 1/2015, de 30 de marzo, creadora del precepto en cuestión. Con la reforma del año 2022, ahora es preciso que el culpable repare el daño antes del inicio de las sesiones del juicio oral: lo mismo que exige el art. 21.5ª CP. Tomando en consideración que una reparación «efectiva e íntegra» del perjuicio antes del inicio de las sesiones del juicio oral bien podría ser constitutiva de una atenuante muy cualificada, que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 66.1.2ª CP, habría de dar lugar a una rebaja de pena de uno o dos grados, cabe preguntarse qué añade esta modalidad a la atenuante genérica de reparación del daño[106].

---

[104] FD 3, p. 7.
[105] Ibid.
[106] Una posibilidad para diferenciar esta modalidad de aplicación del art. 434 CP de una atenuante muy cualificada de reparación del daño pasa por interpretar los arts. 21.5ª (en su caso, 21.7ª CP) y 434 CP en relación con la regla 8ª del art. 66.1 CP. Esta regla dispone que «[c]uando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión». Si se interpreta esta regla *a contrario*, puede llegarse a la conclusión de que, cuando los jueces o tribunales aplican, con base en la concurrencia de atenuantes genéricas del art. 21 CP, la pena inferior en un grado, entonces deben hacerlo siempre en la mitad inferior. De conformidad con esta interpretación, la regla del art. 66.1.8ª CP facultaría

Al margen de lo que se acaba de decir, parece oportuno destacar que el culpable sólo podrá acogerse a esta modalidad cuando el tipo de delito de malversación que cometa haya dado lugar a un perjuicio cuantificable económicamente. Esto será más o menos sencillo en los casos en los que su conducta haya consistido en la apropiación de los bienes que se encuentren a su disposición. Sin embargo, cuando la malversación consista en el uso indebido de bienes muebles o inmuebles (o, sencillamente, en una desviación presupuestaria), esta modalidad será mucho más difícil de aplicar[107].

c) Colaboración «activa y eficaz» con las autoridades o sus agentes para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos

La otra modalidad de conducta prevista por el art. 434 CP consiste en que el culpable colabore «activa y eficazmente», con las autoridades o sus agentes, para la obtención de pruebas decisivas que redunden, *alternativamente*, en la consecución de *cualquiera* de estos dos objetivos: la identificación o captura de otros responsables o el completo esclarecimiento de los hechos delictivos. Esta modalidad de conducta es muy parecida a la que prevén los arts. 305.6 II, 307.5

---

a los jueces a imponer la pena en mitad superior cuando la rebajen en dos grados por concurrir las aludidas atenuantes genéricas. Con ello se moderarían las consecuencias derivadas de rebajar la pena en dos grados por concurrir dos o más atenuantes simples o una o varias muy cualificadas. Si se considera que esta regla no rige para el art. 434 CP, entonces habría que concluir que, cuando los jueces o tribunales rebajan la pena en dos grados con base en su aplicación, deben imponerla siempre en mitad inferior. Esto es algo que no se produciría si lo que se aprecia es una atenuante genérica de reparación del daño. Como se verá en el Cap. V, apartado 3.5.2., b) *infra*, la praxis de los tribunales inferiores parece adecuarse a esta interpretación. Aun así, como no se han encontrado SSTS que traten sobre la concesión de una rebaja de pena de dos grados en aplicación del art. 434 CP, la cuestión parece estar, aún, pendiente de resolver (al respecto, ver Cap. V, apartado 3.1. *infra*).

[107] QUINTERO OLIVARES, G.: «Artículo 434»…, *op. cit.*, 7ª ed. 2016, p. 145; VALEIJE ÁLVAREZ, I.: «Malversación…, *op. cit.*, 2ª ed., 2015, p. 1206. Este problema surge de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Como se dijo en su momento, esta norma convirtió a la malversación en un tipo especial de administración desleal o apropiación indebida operados sobre el patrimonio público. Tanto la administración desleal como la apropiación indebida exigen, como uno de sus elementos típicos, la causación de un perjuicio patrimonial. Los criterios para delimitar cuándo concurre ese perjuicio en el patrimonio privado no son los mismos que pueden emplearse para el patrimonio público. Por ejemplo, VALLE MARISCAL DE GANTE destaca que el principio del saldo (consistente en comparar el valor del patrimonio antes y después de la acción típica, de tal modo que habrá perjuicio si aquél es menor después que antes de ésta) no es el más adecuado: el destino del presupuesto es, precisamente, ser ejecutado, por lo que el perjuicio patrimonial no puede interpretarse en el sentido de que se ha gastado aquello de lo que se disponía en un principio. Por otro lado, según la misma autora, manejar un concepto funcional de perjuicio patrimonial (según el cual éste existirá siempre que los bienes se hayan destinado a fines distintos de los que tenían previstos) tampoco soluciona el problema. El ejemplo que pone VALLE MARISCAL DE GANTE es el de los bienes que, sin emplearse para conseguir el fin que tenían asignado, se destinan a la satisfacción de otras necesidades públicas. Esto puede hacer que un gasto que pudiera considerarse como «excesivo, extravagante, inoportuno o derrochador» no se considere típico del delito de malversación si, pese a todo, ha satisfecho alguna necesidad pública. Sobre la cuestión, VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: «La malversación…, *op. cit.*, 2020, pp. 787-791. Tomando en consideración que la LO 14/2022, de 22 de diciembre, ha supuesto el retorno, en muchos sentidos, al régimen previo a la reforma de 2015, el legislador podría haber aprovechado para modificar también el art. 434 CP en lo que se refiere a esta cuestión (i.*e*., a la necesidad de que tenga que repararse «el perjuicio causado al patrimonio público» de modo efectivo e íntegro para obtener la rebaja de pena).

II y 308.8 II CP. En aras de la simplicidad, aquí sólo se van a tratar los aspectos en los que el art. 434 CP se diferencia de estos últimos. Para todo lo demás, me remito a lo dicho en el apartado 3.3.1. de este capítulo. Las diferencias son tres: los destinatarios de la colaboración, la ausencia de límites temporales y la exigencia de «eficacia». Veámoslas.

En cuanto a la primera, hay que partir de que el art. 434 CP dispone que la colaboración ha de prestarse a «las autoridades o sus agentes». Los arts. 305.6 II, 307.5 II y 308.8 II no establecen nada a este respecto. Esta expresión, sin embargo, es la misma que la de las atenuantes destinadas a fomentar la colaboración con las autoridades en los delitos contra la salud pública (art. 376 CP), de integración en organización o grupo criminal (art. 570 quater.4 CP) y de terrorismo (art. 579 bis.3 CP). En su momento se dijo que los autores que habían estudiado estas atenuantes se habían inclinado por interpretar los términos en cuestión amparando dentro de ellos a las personas que, de conformidad con el art. 264 LECrim, están investidas de la competencia para recibir la denuncia por la comisión de un hecho delictivo; es decir, la Policía, el Ministerio Fiscal o los jueces (ver apartado 3.3.1. b) *supra*). Nada obsta, en mi opinión, para que las «autoridades o sus agentes» del art. 434 CP se interpreten en ese mismo sentido.

La segunda diferencia tiene que ver con el hecho de que el art. 434 CP no prevé ningún límite temporal para la colaboración. Es decir, que ésta podría prestarse, en principio, en cualquier momento del proceso. Téngase presente, eso sí, que cuanto antes se colabore, más probabilidad habrá de que la información aportada a las autoridades sea idónea para la consecución de los objetivos descritos en el precepto. Recuérdese, en cualquier caso, que era discutible que los arts. 305.6 II, 307.5 II y 308.8 II CP contasen con un límite temporal. Más arriba se dijo que, por el modo en que están redactados esos preceptos, no queda del todo claro si el límite de los dos meses desde la citación judicial como investigado es aplicable sólo a las atenuantes del primer inciso o si lo es también a las del segundo (ver apartado 3.3.1. b) *supra*). En el art. 434 CP, en cambio, no hay dudas: el único límite temporal, constituido por el inicio de las sesiones del juicio oral, afecta exclusivamente a la modalidad consistente en reparar el perjuicio causado al patrimonio público.

La última diferencia es la más interesante. El art. 434 CP requiere que la colaboración del culpable no sólo sea «activa», sino también «eficaz». Da la sensación de que el legislador ha querido garantizar, con la adición de esta cualidad, que sólo los infractores cuya colaboración dé lugar a una mejora efectiva de la investigación se beneficien de la reducción de la pena.

En su momento se advirtió de lo difícil que es imputar el éxito o fracaso de las pesquisas, exclusivamente, a la ayuda prestada por el colaborador. Más adelante se verá cómo en Alemania existen ciertas disposiciones para cuya aplicación es necesario que la colaboración desemboque en una mejora efectiva de la investigación (*Aufklärungserfolg*): se trata de los §§ 31 BtMG y 46b StGB. Una exigencia de tales características ha sido tachada de inconstitucional por ciertos

autores. En su opinión, distinguir entre aquellos infractores que, con su colaboración, han dado lugar a ese resultado y aquellos otros que no lo han conseguido es arbitrario, pues el hecho de que la investigación mejore efectivamente o no es algo que puede depender de muchos factores ajenos al mayor o menor grado de cooperación del infractor. De ahí que se haya abogado por la derogación de este requisito por considerarse contrario al principio de igualdad consagrado en el art. 3 I GG (sobre la cuestión, ver Cap. IV, apartado 5 *infra*).

Desde mi punto de vista, un reproche de estas características podría dirigirse también a la exigencia de «eficacia» del art. 434 CP. No obstante, creo que es posible interpretar el precepto de tal modo que para la concesión de la atenuación no se requiera que la colaboración del culpable haya producido resultado alguno. Se trata de una interpretación similar a la que propuso CUERDA ARNAU sobre el antiguo art. 57 bis b) CP73. Este precepto, considerado el antecedente del actual art. 579 bis.3 CP, pretendía estimular a la colaboración con las autoridades en los delitos de terrorismo durante la vigencia del anterior Código Penal. Uno de los objetivos a los cuales la colaboración debía tender para la obtención de los beneficios penológicos que preveía era coadyuvar «eficazmente» a «la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables». Como se ve, este precepto también requería que la colaboración fuera «eficaz». Pues bien, en opinión de la autora citada, esta exigencia había que predicarla *de la obtención de las pruebas decisivas*, no de los resultados a los que la aportación de esas pruebas pudiera dar lugar. Para CUERDA ARNAU, por tanto, el precepto podía aplicarse siempre que el culpable hubiera traído a la causa información idónea para cumplir con ese objetivo. El hecho de que se hubiera alcanzado o no es algo que no debía obstar a la concesión del incentivo[108].

Esta interpretación me parece trasladable al art. 434 CP: basta, para la concesión de la rebaja de pena, con que el culpable aporte a las autoridades o sus agentes información idónea para, o bien la identificación o captura de otros responsables, o bien el completo esclarecimiento de los hechos. Ahora bien, a esta interpretación se le puede objetar que convierte en superflua la exigencia de «eficacia»: realmente, es la misma que se propuso al analizar las atenuantes de los arts. 305.6 II, 307.5 II y 308.8 II CP, que lo único que requieren es que la colaboración del infractor sea «activa» y las pruebas en que se materialice resulten «decisivas». Creo que la objeción tiene que ser concedida: la interpretación propuesta convierte al adverbio «eficazmente» en un añadido superfluo. Sin embargo, me parece una solución más deseable que la que pretende hacer depender de la cooperación del infractor la mejora efectiva de la investigación. Pues, como se ha mencionado, ésta puede ser potencialmente vulneradora del principio constitucional de igualdad. De nuevo, estos problemas no se habrían ocasionado si el legislador hubiera sido algo más cauteloso a la hora de elegir las palabras.

[108] CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, p. 469.

4.2.2. Consecuencias jurídicas

En caso de observar los requisitos necesarios para su aplicación, al culpable del delito de malversación se le impondrá la pena inferior en uno o dos grados. Al igual que sucede con las otras figuras tratadas en este capítulo, esta rebaja sólo afecta a la sanción que corresponda por la comisión del delito de malversación, no así a la de otros delitos con los que éste pueda concurrir.

En la medida en que el art. 434 CP dice que los jueces «impondrán» la pena reducida, hay que entender que la concesión de la atenuación es preceptiva; esto es, que, si los jueces o tribunales estiman concurrentes los requisitos de aplicación, habrán de rebajar la pena del culpable en, al menos, un grado[109].

5. CONCLUSIONES

El Código Penal español cuenta con varias disposiciones que tratan de fomentar que los responsables de haber cometido delitos vinculados a la criminalidad económica colaboren con las autoridades o reparen los perjuicios causados. Esta función de estímulo trata de conseguirse a través de la renuncia a la imposición de todo o parte del castigo que se merece por los hechos a cambio de la realización de ciertas conductas que posibiliten la consecución de determinados objetivos político-criminales. Estos objetivos son la denuncia del delito, la aportación de información que permita la identificación o captura de otros responsables, el esclarecimiento de los hechos o la localización del patrimonio del sujeto infractor, o, sencillamente, el resarcimiento de los daños.

A pesar de que no han sido disposiciones muy estudiadas por la doctrina ni tratadas por la jurisprudencia, su configuración legislativa ofrece muchos problemas interpretativos. En algunas ocasiones, los requisitos necesarios para su aplicación no están del todo claros. En otras, son las consecuencias jurídicas las que no son del todo previsibles. A veces, incluso, ni lo uno ni lo otro cuentan con unos perfiles claros.

No es del todo sorprendente que muchas de estas figuras hayan sido criticadas tanto por la doctrina como por los órganos consultivos que han elaborado informes en los procedimientos

[109] En este mismo sentido, VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: «La malversación…, *op. cit.*¸2020, p. 793, quien, además, advierte de la falta de criterios del precepto para ponderar cuándo procede una rebaja de dos grados. También destacan el carácter obligatorio de la atenuación MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Comentarios al Código Penal (tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*. Wolters Kluwer: Madrid, 2016, p. 1369, y VALEIJE ÁLVAREZ, I.: «Malversación…, *op. cit*., 2ª ed., 2015, p. 1906.

legislativos que dieron lugar a las normas que las introdujeron en el ordenamiento jurídico español. En el capítulo siguiente se profundizará en el estudio de estas críticas.

CAPÍTULO II: LAS CRÍTICAS A LAS FIGURAS OBJETO DE ESTUDIO

1. INTRODUCCIÓN

Pese a que no se ha escrito demasiado sobre los incentivos que constituyen el objeto de este trabajo, lo que se ha escrito sobre ellos ha solido ser negativo. Como se verá de inmediato, estas figuras han sido criticadas frecuentemente y, en ocasiones, con bastante dureza.

Esto no es algo especialmente llamativo si se repara en que en el Código Penal español existen, desde hace varios años, incentivos para fomentar la colaboración de los intervinientes en hechos delictivos a menudo vinculados a ciertas formas de criminalidad asociativa que cuentan con un tenor literal muy similar al de los previstos para la criminalidad económica y también han sido muy criticados por quienes han escrito sobre ellos. Me refiero a preceptos como el art. 376 CP, previsto para los delitos contra la salud pública; el art. 570 quater.4 CP, contemplado para el delito de integración en organización o grupo criminal, o el art. 579 bis.3 CP, inserto en el ámbito de los delitos de terrorismo.

Algunas veces los argumentos empleados frente a unas y otras figuras son muy parecidos –cuando no idénticos–. En la medida en que, como se ha dicho, la bibliografía sobre las figuras previstas para los delitos de cohecho, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y la malversación es relativamente escasa, a lo largo de este capítulo no sólo se tomarán en consideración las críticas dirigidas, expresamente, a estas figuras, sino que también se explorarán los empleados por la doctrina para criticar los incentivos previstos para fomentar la colaboración con las autoridades en los delitos contra la salud pública, la criminalidad organizada o el terrorismo.

2. LAS CRÍTICAS A LOS INCENTIVOS PARA LA COLABORACIÓN EN LOS DELITOS ECONÓMICOS, EN PARTICULAR

2.1. Exposición de las líneas principales

Hasta donde alcanzo, IGLESIAS RÍO es autor del único trabajo que contiene una sección centrada, en particular, en las figuras contenidas en el segundo inciso de los actuales arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP[110].

[110] DOPICO GÓMEZ-ALLER y FERRÉ OLIVÉ también cuentan con sendos trabajos, de 2019 y 2018 respectivamente, en los que acometen desarrollos argumentales similares al de IGLESIAS RÍO. Sin embargo,

En dicha contribución, del año 2013, IGLESIAS RÍO indica que la introducción de estas figuras en el ordenamiento jurídico español conlleva una notable merma de las finalidades preventivas de la pena. Así, señala que la prevención especial se verá afectada en la medida en que, para obtener la atenuación, no se exige que el comportamiento de sus beneficiarios resulte voluntario. Ello, porque la colaboración puede desplegarse con posterioridad a que se haya incoado el procedimiento contra cualquiera de ellos[111]. Además, con estas figuras el legislador también renuncia a la prevención general en un doble sentido. Por un lado, porque una rebaja como la prevista «aminora a un umbral intolerable el mensaje intimidatorio de la pena». Por otro, porque esta rebaja puede generar el descrédito de la norma penal entre los «contribuyentes honrados», lo cual, a lo postre, podría tener, incluso, efectos criminógenos[112].

El propio autor admite que esa constatación, sin más, no constituye un argumento decisivo contra estas figuras. En efecto, la renuncia a los fines de prevención quedaría compensada si, a través de ellas, se consiguiera luchar más eficazmente contra el fraude[113]. Sin embargo, por el modo en que están diseñadas, es discutible que eso vaya a suceder.

Para empezar, no queda muy claro qué es lo que se exige a los potenciales colaboradores para obtener la rebaja de pena. Los términos «colaborar activamente» para «obtener pruebas decisivas» son demasiado vagos como para mover a los intervinientes en el hecho delictivo a cooperar con las autoridades. A ello ha de sumársele, además, que la concesión del incentivo es facultativa. Los destinatarios de la rebaja tienen, en definitiva, muy pocas certezas tanto sobre lo que tienen que hacer como acerca de lo que obtendrán a cambio[114].

Para seguir, es posible que la colaboración prestada no resulte tan útil como se espera. IGLESIAS RÍO recuerda que, según reconoce la jurisprudencia constitucional, las declaraciones heteroincriminatorias realizadas por coimputados no valen, por sí solas, para enervar la presunción de inocencia, sino que necesitan elementos adicionales de corroboración. Puede cuestionarse, por tanto, que vaya a conseguirse una lucha más eficaz contra el fraude si, por la

---

estos trabajos se centran en la atenuante del primer inciso de los preceptos citados en el texto; es decir, la atenuante prevista para los autores. Ver DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: «La superatenuación…., *op. cit.*, 2019, pp. 52-53 y 63, y FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Tratado…*, *op. cit.*, 2018, p. 555. El trabajo de IGLESIAS RÍO, en cambio, cuenta con una sección propia para la figura de los partícipes. Eso es algo que no he visto en ningún otro lugar.

[111] Esta crítica puede realizarse con independencia de si los preceptos en cuestión se interpretan en el sentido de que el plazo de dos meses también les afecta o no (ver Cap. I, apartado 3.3.1. b) *supra*): lo determinante para el argumento es que la atenuación puede obtenerse incluso aunque el potencial beneficiario colabore con posterioridad a la incoación de un procedimiento contra él.

[112] IGLESIAS RÍO, M.A.: «Delitos contra la Hacienda Pública…, *op. cit.*, 2013, pp. 824-825.

[113] Ibid., p. 825.

[114] Ibid., p. 827.

redacción de las figuras comentadas, es posible conceder una sustancial rebaja de pena a alguien que se limita a delatar a otros partícipes[115].

Y, para concluir, no está del todo claro qué añaden estas figuras que no tengan otras disposiciones ya existentes en el ordenamiento jurídico, como las atenuantes genéricas de confesión y de reparación del daño. Sobre todo, si, además, se toma en consideración que estas atenuantes pueden estimarse como analógicas. Con ello también se posibilita la obtención de una rebaja de pena sin necesidad de sujetarse a los límites temporales de los arts. 21.4ª y 21.5ª CP. La solución articulada por esta vía lleva a resultados que, en principio, serían muy similares a los que se pretenden conseguir con las figuras del segundo inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP[116].

La figura del art. 434 CP ha recibido críticas similares. VALLE MARISCAL DE GANTE alude, en este sentido, a la idea de que la pena resultante de la aplicación de la atenuante puede acabar siendo «ridícula» en comparación con la gravedad de los hechos; algo que contrasta sobremanera con el mensaje de «tolerancia cero» contra la corrupción que, se supone, el legislador pretendía enviar con la reforma de la que la disposición en cuestión trae causa. A ello se le añade el hecho de que muchos de los objetivos que se intentan conseguir con esta figura también podrían alcanzarse a través de las atenuantes genéricas[117]. ROCA DE AGAPITO transita por un camino similar, aunque añade, de manera explícita, que la figura en cuestión supone no sólo la frustración de los fines preventivos de la pena, sino, también, de la retribución[118].

Las argumentaciones relacionadas con el art. 426 CP son parecidas a las vistas hasta ahora, aunque ofrecen algunos matices interesantes. El punto de partida es que la concesión de una exención de pena al particular que denuncia al funcionario aun habiendo cometido un delito de cohecho activo, puede poner en riesgo el cumplimiento de la finalidad preventiva de la pena[119].

---

[115] Ibid., pp. 826-827.

[116] Ibid., pp. 825-826. Con todo, recuérdese lo dicho en la nota 106 con ocasión del comentario al art. 434 CP (Cap. I, apartado 4.2.1. b) *supra*). En mi opinión, el argumento empleado entonces sobre la diferencia entre las atenuantes genéricas y el art. 434 CP a la luz de la regla 8ª del art. 66.1 CP es, también, extensible a las atenuantes del segundo inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP. De forma similar a como se anticipó sobre la atenuante de malversación, en el estudio empírico que cierra este trabajo no se han encontrado supuestos en los que los tribunales hayan bajado la pena en más de un grado en aplicación de los arts. 305.6 II, 307.5 II y 308.8 II CP (Cap. V, apartado 3.1. *infra*). Por tanto, se desconoce si los órganos jurisdiccionales españoles imponen la pena en la mitad inferior cuando conceden tal rebaja en aplicación de los preceptos recién citados.

[117] VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: «La malversación…, *op. cit.*, 2020, pp. 792-793.

[118] Este autor no aclara, sin embargo, en qué consiste (más bien, en qué se diferenciaría) la frustración de unos y otros fines. ROCA DE AGAPITO, L.: «Delitos de malversación: arts. 432 y ss.», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): *Estudio crítico*…, *op. cit.*, 2013, p. 927. Pese a que la reforma de 2022 introdujo, como se ha visto en el Cap. I, la exigencia de que la reparación se practique antes del inicio del juicio oral y de que la colaboración, además de activa, sea eficaz, el autor aquí citado ha mantenido su crítica intacta en su última contribución al respecto. EL MISMO: ««Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado», en *Diario La Ley*, n.º 10230, 2023, p. 14.

[119] GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad*…, *op. cit.*, 1997, p. 213. OLAIZOLA NOGALES va un poco más allá e indica que la exención del art. 426 CP sólo será legítima si, de un modo u otro, puede explicarse de

Algunos autores señalan, incluso, que esta figura podría tener un efecto criminógeno. Así, el particular podría aprovechar el efecto eximente de la figura para chantajear al funcionario corrupto con la interposición de una denuncia: mientras que el primero no recibiría ningún reproche penal, no habría ningún impedimento para que el segundo acabe siendo condenado[120].

Para evitar estos efectos criminógenos, así como para garantizar que la renuncia a los fines preventivos de la pena no conlleva un sacrificio excesivo, el legislador ha constreñido la concesión del incentivo a límites muy estrechos[121]. Así, por un lado, la aceptación por el particular ha de ser sólo «ocasional». Con ello se pretende excluir de las posibilidades de exención de pena los casos en los que el trato entre el particular y el funcionario es habitual. Por otro lado, para que pueda operar la exención, la denuncia ha de interponerse de forma (casi) inmediata: no sólo antes de que se incoe un procedimiento, sino, como máximo, antes de que transcurran dos meses desde que se cometieron los hechos[122].

Ahora bien, el problema es que estos límites resultan *tan exigentes*, que esta figura resulta muy difícil de aplicar[123]. En efecto, como indican algunos autores, esta figura habría tenido una incidencia práctica ínfima. Por lo tanto, no se habrían obtenido suficientes beneficios como para que al Estado «le compense» el empleo de esta estrategia político-criminal contra el cohecho.

2.2. Valoración preliminar: distintos grupos de argumentos

Como se acaba de ver, contra los incentivos que constituyen el objeto de la presente investigación se han esgrimido consideraciones muy heterogéneas: desde su aparente incompatibilidad con los fines de la pena, hasta el valor probatorio de las declaraciones de los colaboradores, pasando por su ambiguo tenor literal o por el alto grado de exigencia requerido para su aplicación.

---

conformidad con los fines (preventivos) de la pena. OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho...*, *op. cit.*, 1999, pp. 426-428.

[120] GARCÍA ESPAÑA, E.: *El premio*…, *op. cit.*, 2006, p. 137.

[121] Para OLAIZOLA NOGALES, son, precisamente, estos límites los que hacen que la exención pueda tener una explicación conforme con los fines de la pena. OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho...*, *op. cit.*, 1999, pp. 444-445. En un sentido similar, GARCÍA ESPAÑA, E.: *El premio*…, *op. cit.*, 2006, p. 114.

[122] Recuérdese que, antes de la reforma de 2010, este plazo era mucho más breve: no eran dos meses, sino diez días desde la comisión de los hechos. Sin perjuicio de profundizar más adelante sobre los reparos que se han efectuado a esta figura por su supuestamente escasa eficacia, parece oportuno destacar ahora lo siguiente: hasta donde alcanzo, sólo ha habido dos casos de aplicación de esta figura desde que fuera creada en 1995. Uno de ellos fue la SAP Madrid (23ª) 30/2006, de 2 de marzo (Roj.: SAP M 3097/2006), aludida en el Cap. I de este trabajo. Además de lo que entonces se dijo sobre esta resolución, hay que añadir ahora que, en los hechos probados se indica que se desconoce cuánto exactamente duró el período que hubo entre que los cuatro particulares exentos accedieron a la solicitud de dádiva por el funcionario y su denuncia. Pese a ello, en el *factum* también se indica que las denuncias de los particulares acusados «bien pudieran» haberse interpuesto «dentro de los diez días siguientes a la entrega del dinero» (ver SAP (23ª) 30/2006, de 2 de marzo, p. 3).

[123] Esto es algo que también pone de manifiesto DE LA MATA BARRANCO, N.J.: «Corrupción…, *op. cit.*, 2009, p. 171.

Los argumentos que se han dirigido frente a los incentivos para los delitos contra la salud pública, los delitos de integración en organización o grupo criminal y terrorismo presentan un mayor grado de autonomía. Por lo tanto, en lo que sigue, se va a prestar más atención a los autores que han estudiado ese tipo de incentivos. No obstante, se efectuarán remisiones a los previstos para los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, cohecho y malversación cuando resulte oportuno. La exposición se va a desarrollar diferenciando entre tres grandes grupos de argumentos. Uno tiene que ver con la posible incompatibilidad de los incentivos con los fines de la pena. Otro, con su supuesta ineficacia para alcanzar los objetivos que tienen asignados. Por último, se prestará atención a la posible colisión de los incentivos con el principio de igualdad.

3. LA RELACIÓN DE LOS INCENTIVOS CON LOS FINES DE LA PENA: DOS POSIBLES ENTENDIMIENTOS DE LA CUESTIÓN

Los autores que han estudiado los incentivos para la colaboración con las autoridades –tanto los que constituyen el objeto de la investigación como los previstos para hacer frente a la criminalidad organizada y el terrorismo– comparten una serie de intuiciones. A grandes rasgos, éstas son las siguientes.

A través de los incentivos, el Estado estaría renunciando, deliberadamente, a la imposición de un reproche penal que, en principio, correspondería imponer. Con esta renuncia, se intenta estimular a los intervinientes en el hecho delictivo a que lleven a cabo ciertos comportamientos considerados útiles, como, por ejemplo, que colaboren con las autoridades en la identificación o captura de otros responsables, el esclarecimiento de los hechos, la evitación de otro u otros delitos, la localización de fuentes de renta ocultas, o que reparen el perjuicio que han causado con sus acciones. Desde este punto de vista, las rebajas o, incluso, exenciones de pena en que se traducen los incentivos constituirían una especie de «premio» a los servicios prestados. De hecho, no es extraño que quienes han escrito sobre estas disposiciones se refieran a ellas con el nombre de «Derecho penal premial»[124].

[124] Me parece paradigmática, en este sentido, la introducción de la monografía que sobre el particular escribió QUINTANAR DÍEZ en 1996. En ella, además de utilizarse *in extenso* la expresión «Derecho penal premial», el autor realiza un recorrido histórico de las figuras que, a su juicio, integran esta categoría. QUINTANAR DÍEZ, M.: *La justicia penal y los denominados «arrepentidos»*. Edersa: Madrid, 1996, pp. 1-14. Dicha introducción es citada en este mismo sentido por NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «La atenuante analógica de confesión tardía en casos de terrorismo yihadista: ¿un rayo de esperanza para las denostadas medidas premiales?», en *La Ley Penal*, n.º 141, 2019, p. 3. También emplean esta expresión, entre otros, ORTIZ PRADILLO, J.C.: *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia*. Wolters Kluwer: Madrid, 2018, pp. 58-63; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: «El coimputado que colabora con la justicia penal», en *RECPC*, n.º 7, 2005, pp. 2-3. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf [Consulta: 11/12/2023], y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F: *El colaborador…*, *op. cit.*, 2004, pp. 39-40.

A pesar de que, como digo, estas premisas son compartidas entre los estudiosos del tema, me parece que es posible diferenciar dos líneas argumentales en función del desarrollo que se ha hecho de ellas. La primera considera que la renuncia llevada a cabo por el Estado sólo resulta legítima si las conductas que se espera que los infractores lleven a cabo cumplen *la misma función* que el castigo estatal (sea cual sea ésta). Como a través de los incentivos el legislador pretendería conseguir ciertos efectos cuya bondad radica en su pragmatismo y no necesariamente en el cumplimiento de esa función, normalmente se niega su legitimidad y se propone, si no su derogación, su modificación en profundidad o una interpretación de éstos que no siempre resulta acorde con su tenor literal. La otra línea, en cambio, pone el acento en los *límites* a los que esa renuncia debe estar sujeta para poder resultar legítima. Desde esta otra concepción no se discute *si* el Estado está habilitado a renunciar al castigo para la consecución de objetivos que pudieran resultar ajenos a los que perseguiría la pena., sino que la reflexión está centrada en *cómo* se ha de efectuar la renuncia al cumplimiento de los fines de la pena para que ésta resulte legítima.

En la medida en que para la primera de estas dos líneas argumentales el cumplimiento de los fines de la pena es lo único que importa, se ha optado por denominarla «concepción esencialista». Como para la segunda hay otra serie de intereses que, en su caso, pueden ser más relevantes que el cumplimiento de esos fines, me referiré a ella como «concepción matizada». En lo que sigue, se van a desarrollar los principales argumentos que integran cada línea.

4. LA CONCEPCIÓN «ESENCIALISTA»: LA INCOMPATIBILIDAD DE LOS INCENTIVOS CON LOS FINES DE LA PENA

4.1. Punto de partida: Los «comportamientos postdelictivos positivos» como conductas capaces de «reducir la necesidad de pena»

Comencemos por la primera de las dos líneas mencionadas. El razonamiento de los autores que la integran parte de la siguiente constatación: todos los incentivos para la colaboración con las autoridades son atenuantes o eximentes por comportamientos postdelictivos. Es decir, que son supuestos en los que el Código Penal atribuye una menor sanción al culpable (o, en algunos casos, ninguna) por el hecho de que éste ha llevado a cabo un determinado comportamiento posterior al hecho punible. Fenómenos de estas características son, además de los incentivos para la colaboración con las autoridades y muchos otros casos de atenuación o exención de la parte especial del Código Penal[125], figuras como el desistimiento en la tentativa (art. 16.2 CP) o las atenuantes genéricas de confesión y reparación del daño (arts. 21.4ª y 21.5ª CP).

[125] Como, por ejemplo, el subtipo atenuado del delito de detención ilegal por la liberación de la víctima dentro de los tres primeros días (art. 163.2 CP), la eximente de regularización en los delitos fiscales (art.

La existencia de las atenuantes y eximentes por comportamientos postdelictivos (entre las que, como se acaba de decir, se encuentran los incentivos) encierra un –llamémoslo así– «desafío sistemático». Si la conducta del culpable ya reúne todos los requisitos para que, en principio, se le imponga una pena, ¿qué relevancia puede tener lo que suceda con posterioridad a ese comportamiento? Digámoslo de otro modo. La antijuridicidad y la culpabilidad son las categorías del delito de las que, normalmente, surge la consideración de un hecho como punible. Si estas categorías ya están plenamente configuradas cuando el culpable lleva a cabo su comportamiento postdelictivo (por ejemplo, cuando presta su colaboración a las autoridades), ¿cuál es la razón de que no se le imponga la pena (o *toda* la pena) que, en principio, habría correspondido imponerle?

En España, tanto quienes han estudiado los incentivos para la colaboración con las autoridades como quienes han hecho lo propio con las atenuantes y eximentes por comportamientos postdelictivos en general, suelen contestar a estos interrogantes negando la mayor: se asume que lo que sucede con posterioridad a la comisión del hecho punible no puede modificar ni el injusto ni la culpabilidad[126]. A partir de aquí, sin embargo, los planteamientos son muy variados. Así, hay quienes, desde un punto de vista de la teoría de las normas, entienden que, pese a que el desempeño de un comportamiento posterior al hecho punible no puede cambiar la circunstancia de que se ha infringido la norma de conducta, sí que puede evitar que se den el resto de los presupuestos justificantes de la aplicación de la norma de sanción[127]. Otros consideran que, pese

305.4 CP) y contra la Seguridad Social (art. 307.3 CP) y la de reintegro en el delito de fraude de subvenciones (art. 308.6 CP), el supuesto específico de reparación del daño en los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico (art. 340 CP), la exención de pena prevista por la evitación de la propagación en el delito de incendio (art. 354.2 CP), la exención (art. 480.1 CP) y la atenuación de pena (art. 480.2 CP) previstas para los delitos de rebelión (arts. 480.1 y 2 CP) o la eximente por retractación en los delitos contra el falso testimonio (art. 462 CP) y la atenuante que, por los mismos motivos, opera en los delitos contra el honor (art. 214 CP).

[126] Esta postura parece ser la mayoritaria. Sin ánimo de exhaustividad, discurren por este camino MONTERO, F.: Equivalentes funcionales de la pena retributiva. Teoría general y aplicación práctica al desistimiento de la tentativa, la regularización tributaria y la confesión. Atelier: Barcelona, 2023, pp. 27-28; GARRO CARRERA, E., y ASÚA BATARRITA, A.: Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria. Tirant lo Blanch: Valencia, 2008, pp. 172-173; POZUELO PÉREZ, L.: El desistimiento…, op. cit., 2003, pp. 435-436; ALCÁCER GUIRAO, R.: ¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento. Comares: Granada, 2002, pp. 51-52; EL MISMO: «La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 23.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», en RPJ, n.º 63, 2001, pp. 95-96; FARALDO CABANA, P.: Las causas…, op. cit., 2000, pp. 37-38; GARCÍA PÉREZ, O.: La punibilidad…, op. cit., 1997, pp. 214-215; CUERDA ARNAU, M.ª L.: Atenuación…, op. cit., 1995, pp. 260-265, y DE VICENTE REMESAL, J.: El comportamiento postdelictivo. Universidad de León: León, 1985, pp. 92-93. Ciertos autores afirman, sin embargo, la existencia de un «injusto post-típico» del que todavía es posible desistir, si bien circunscriben el desarrollo de esta idea sólo a ciertos delitos. En este sentido van los trabajos de LANDERA LURI, M.: Excusas absolutorias basadas en conductas positivas postconsumativas. Acciones contratípicas. Tirant lo Blanch: Valencia, 2018, pp. 27-28, y PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I.: «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? Un análisis dogmático a la luz del art. 252 del Proyecto de Reforma del Código Penal de 4 de octubre de 2013», en InDret, n.º 1, 2015, pp. 17-23. Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1103.pdf [Consulta: 26/12/2023].

[127] Es, por ejemplo, el caso de MONTERO, F.: *Equivalentes…*, *op. cit.*, 2023, pp. 28-30. También, en cuanto al desistimiento, el de MAÑALICH RAFFO, J.P.: «El desistimiento de la tentativa como revisión del

a que los comportamientos posteriores al hecho punible no pueden afectar ni al injusto ni a la culpabilidad, nada de ello impide considerar que éstos desplieguen sus efectos en la punibilidad, una categoría sistemática situada más allá de las anteriores[128]. Y también los hay que consideran que este tipo de comportamientos, sencillamente, no pueden tener cabida dentro de la teoría jurídica del delito, sino que se trata de supuestos que, a lo sumo, condicionan el «si» y el «cómo» de la imposición de la pena[129].

Con independencia del concreto desarrollo sistemático que se adopte, hay un tópico que se repite con mucha frecuencia entre estos autores: cuando el culpable del hecho punible lleva a cabo un comportamiento posterior a su ejecución, puede suceder que dicho comportamiento cumpla con *la misma función que tiene la pena*. Cuando eso sucede, la imposición de la sanción –o, al menos, de *tanta* sanción– no resulta *necesaria* para el cumplimiento de los fines que tendría asignados el castigo estatal. Veamos cómo distintos autores han desarrollado estas ideas.

4.2. La postura de DE VICENTE REMESAL: la distinción entre la atenuante genérica del art. 9.9ª CP73 y los supuestos recogidos en la parte especial

Uno de los autores más influyentes en el desarrollo de este planteamiento ha sido DE VICENTE REMESAL[130]. En su monografía de 1985, este autor estudia la antigua atenuante de arrepentimiento espontáneo, contenida en el art. 9.9ª CP73. Este precepto es el antecesor de las circunstancias 4ª y 5ª del vigente art. 21 CP, en las que se contienen, respectivamente, las atenuantes de confesión y de reparación del daño en la actualidad[131].

En virtud del art. 9.9ª CP73, la pena del culpable se atenuaba siempre que hubiera procedido a reparar o disminuir los efectos del delito, dar satisfacción al ofendido o confesar a las autoridades la infracción. Para ello, era preciso que actuara antes de conocer la apertura del procedimiento judicial y que, además, lo hiciera «por impulsos de arrepentimiento espontáneo». En su trabajo, DE VICENTE REMESAL trata de encontrar una interpretación adecuada de los requisitos de aplicación de la figura alejada de las connotaciones morales con las que, frecuentemente, se la había asociado, sobre todo por parte de la jurisprudencia[132]. Para lograrlo,

---

quebrantamiento de la norma. Una aplicación del modelo del delito imperfecto», en *InDret*, n.º 3, 2020, pp. 271-273. Disponible en: https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1558.pdf [Consulta: 06/07/2024].

[128] Es, por ejemplo, el caso de GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad…*, *op. cit.*, pp. 295-296.

[129] Es, por ejemplo, el caso de GARRO CARRERA, E, y ASÚA BATARRITA, A.: *Atenuantes…*, *op. cit.*, 2008, pp. 172-173; el de FARALDO CABANA, P.: *Las causas…*, *op. cit.*, 2000, pp. 177-178, y el de DE VICENTE REMESAL, J.: *El comportamiento postdelictivo…*, *op. cit.*, pp. 342-345.

[130] En este sentido, POZUELO PÉREZ, L.: *El desistimiento…*, *op. cit*., 2003, p. 362; FARALDO CABANA, P.: *Las causas…*, *op. cit.*, 2000, p. 26, y CALDERÓN SUSÍN, E.: *Arrepentimiento espontáneo*. Edersa: Madrid, 1990, p. 259.

[131] Sobre los principales cambios que experimentó el régimen jurídico de una y otra circunstancia tras la aprobación del Código Penal de 1995, POZUELO PÉREZ, L.: *El desistimiento…*, *op. cit.*, 2003, pp. 320-323.

[132] DE VICENTE REMESAL, J.: *El comportamiento…*, *op. cit.*, 1985, p. 42. Sobre la interpretación en clave «moralizante» que de la circunstancia llevó a cabo la jurisprudencia, ver CALDERÓN SUSÍN, E.: *Arrepentimiento…*, *op. cit.*, 1990, pp. 185-190.

el autor intenta esclarecer cuál sería el fundamento y la naturaleza jurídica de la atenuante en cuestión[133].

4.2.1. Las atenuantes y eximentes de la parte especial: motivos de «conveniencia y utilidad»

Su análisis comienza con la constatación de que, en numerosas ocasiones, el Código Penal otorga algún tipo de relevancia al comportamiento que el culpable lleva a cabo con posterioridad a la comisión del hecho punible. Si algo tenían en común todos esos supuestos es que constituían ejemplos de lo que DE VICENTE REMESAL denomina «comportamiento postdelictivo positivo».

Para DE VICENTE REMESAL, el comportamiento postdelictivo positivo sería, sencillamente, aquel que, llevado a cabo con posterioridad a la ejecución del hecho punible, resulta, o bien en interés de la víctima, o bien en interés de la Administración de Justicia. Añade una precisión a esta última posibilidad: para él, no sólo el comportamiento que vaya en interés de la Administración de Justicia es un ejemplo de comportamiento postdelictivo positivo, sino que también lo sería aquel que la Administración de Justicia considere útil[134]. Esta caracterización del comportamiento postdelictivo positivo es importante por las razones que más adelante se verán.

DE VICENTE REMESAL reconduce a este concepto de comportamiento postdelictivo positivo figuras de lo más variado: desde el desistimiento en la tentativa hasta los casos de exención o atenuación por comportamientos posteriores a la consumación del delito reconocidos en la parte especial del CP73, pasando, naturalmente, por su objeto de estudio, la atenuante de arrepentimiento espontáneo del art. 9.9ª CP73[135]. A pesar de su semejanza estructural, el autor precisa que el fundamento de todas estas figuras distaba de ser el mismo[136]. Desde su punto de vista, había una diferencia clara entre los supuestos previstos en la parte especial del CP73 y la atenuante de arrepentimiento espontáneo del art. 9.9ª.

DE VICENTE REMESAL comienza estudiando los fenómenos de atenuación y de exención de la pena previstos en la parte especial. A estas figuras las denomina «causas personales de condonación, supresión o liberación de la pena». Este nombre les vendría dado por la traducción alemana del término *Strafaufhebungsgründe*[137]. Hoy en día es más común encontrar este término traducido como «causas de levantamiento de la pena»[138]. Pues bien, en opinión de este autor, en

---

[133] DE VICENTE REMESAL ,J.: *El comportamiento…*, *op. cit.*, 1985, pp. 38-39.
[134] Ibid., p. 40.
[135] Ibid., pp. 69-72.
[136] Ibid., p. 316.
[137] Ibid., p. 318.
[138] También emplea el término «causas de levantamiento de la pena» HIGUERA GUIMERÁ, J.F.: *Las excusas absolutorias*. Marcial Pons: Madrid, 1993, p. 108. Este es el término que titula otro de los trabajos sobre el particular: la monografía del año 2000 de Patricia FARALDO CABANA. De dicha obra se hablará en profundidad más adelante. Por ahora, basta con citarla para indicar que, en el Derecho español, este tipo de

todos estos supuestos los motivos del trato penal más benigno serían razones de «conveniencia y utilidad»[139]. En concreto, para DE VICENTE REMESAL, estas figuras podían agruparse, en cuanto a su fundamento, en dos grandes grupos[140].

Por un lado, estarían aquellos supuestos en los que la exención o atenuación de pena se debería a motivos «políticos». En este caso, se renuncia a la imposición de toda o de parte de la pena correspondiente para salvaguardar la seguridad del Estado. Los delitos en los cuales este tipo de figuras estaban previstos eran aquellos referidos a la actuación de «grupos organizados y armados»[141]. En opinión del autor, el precepto paradigmático de este primer grupo de supuestos era el art. 226 CP73. Este artículo contenía dos figuras. Por un lado, una exención de pena para los «meros ejecutores» de un delito de rebelión o de sedición –siempre que, en este último caso, no fueran funcionarios públicos–. Por otro lado, una atenuación de uno o dos grados para «los demás culpables». La condición requerida para la apreciación tanto de una como de otra consecuencia jurídica era que «los rebeldes o sediciosos se disolvieren o sometieren a la autoridad legítima antes de las intimaciones o a consecuencia de ellas»[142].

Para DE VICENTE REMESAL también se encontraban en este primer grupo las figuras contenidas en el art. 174 bis c) CP73 y en el art. 6 de la LO 9/1984, de 26 de diciembre[143]. Estas dos disposiciones preveían beneficios penológicos para los culpables de haber cometido un delito de integración o colaboración con bandas o grupos armados o elementos terroristas. A grandes rasgos, puede decirse que estos preceptos constituían los antecedentes del art. 57 bis b) CP73, a través del cual se pretendía fomentar la colaboración con las autoridades en el ámbito de los delitos de terrorismo[144]. Como se ha dicho ya, este último precepto se considera, a su vez, el antecesor del actual art. 579 bis.3 CP[145].

---

figuras habitualmente se consideran ejemplos de excusas absolutorias. FARALDO CABANA, P.: *Las causas…*, *op. cit.*, 2000, pp. 42-43.

[139] DE VICENTE REMESAL, J.: *El comportamiento…*, *op. cit.*, 1985, p. 324.

[140] El propio DE VICENTE REMESAL advierte, eso sí, de que la clasificación no pasa de ser «elemental» (ibid., p. 322). De hecho, indica que la eximente de retractación en el delito de falso testimonio, que, en el momento en que escribió su monografía, obraba en el art. 434 del Anteproyecto de Código Penal de 1983, no podía reconducirse a ninguno de esos dos grupos. Aun así, el autor también le atribuye un fundamento «pragmático» (ibid., pp. 335-336). La figura en cuestión no se introdujo en el ordenamiento jurídico español sino hasta la aprobación del Código Penal de 1995. Desde entonces, ha conservado su sede en el art. 462 CP.

[141] Ibid., p. 322.

[142] Ambas figuras son parecidas a las que se prevén, para el delito de rebelión, en los apartados 1 y 2 del art. 480 CP. Sobre la interpretación de los términos del art. 226 CP73, así como su relación con los empleados por el art. 480.1 y 2 CP, ver, por todos, GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad…*, *op. cit.*, 1997, pp. 177-180, y CUERDA ARNAU, Mª. L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, pp. 99-103.

[143] BOE n.º 3, de 3 de enero de 1985, pp. 70-72.

[144] Para un estudio más detallado de lo dispuesto en estos preceptos, CUERDA ARNAU, Mª. L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, pp. 96-99 y 103-111.

[145] Sobre el art. 57 bis b) CP73 y su relación con el art. 579 bis.3 CP se hablará de nuevo en el apartado 5.2. *infra*.

El otro gran grupo lo constituían los fenómenos en los cuales los motivos del trato penal más favorable eran «económicos»[146]. En este caso, la figura paradigmática era la eximente del penúltimo párrafo del art. 563 bis b) CP73. El artículo en cuestión tipificaba el delito de libramiento de cheque en descubierto. El penúltimo párrafo preveía una exención de pena para el librador que, en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de presentación al cobro del cheque o talón, hiciera efectivo su importe.

Según el autor ahora estudiado, el elemento común de este segundo grupo era que, a través de la renuncia a todo o parte del castigo correspondiente, se pretendía fomentar la satisfacción de un derecho de crédito[147]. Esto es lo que, en su opinión, subyacía, además de a la eximente a la que se acaba de hacer referencia, a los casos de regularización ideados para los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social[148]. Sin embargo, el propio autor concede que algunos supuestos, que también adscribe a este grupo, escapaban a esa lógica.

Eso es lo que, desde su punto de vista, sucedía con el art. 396 CP73. Este precepto castigaba con penas de inhabilitación especial o suspensión para cargo público a los funcionarios que hubieran destinado a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos que tuvieran a su cargo. Para la apreciación de este subtipo, era preciso que el funcionario reintegrase tales caudales en el plazo de los diez días siguientes al de la incoación del sumario. En caso de que ese reintegro no se hubiera llevado a cabo, el culpable sería castigado con las penas –privativas de libertad y, por tanto, más graves– del art. 394 CP73. Este último regulaba los supuestos en los cuales la malversación consistía, en lugar de en el uso de los caudales o efectos para fines ajenos a la función pública, en su sustracción[149].

---

[146] DE VICENTE REMESAL, J.: *El comportamiento…*, *op. cit.*, 1985, p. 325.
[147] Ibid., pp. 325-326.
[148] Debe precisarse que, cuando escribió su monografía, estas figuras no eran Derecho vigente, sino que obraban en el Anteproyecto de Código Penal de 1983 (ibid., p. 326). De hecho, las eximentes de regularización para los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, junto con la de reintegro para el de fraude de subvenciones, no se incorporaron al CP73 sino hasta la aprobación de la LO 6/1995, de 29 de junio, por la que se modifican determinados preceptos del Código Penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (BOE n.º 155, de 30 de junio de 1995, pp. 19782-19784).
[149] Este precepto sería el antecedente del actual art. 432 bis CP, en el que se tipifican los supuestos de las llamadas «conductas de distracción». Desde la aprobación del Código Penal de 1995 hasta la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, estos supuestos se regulaban en el art. 433 CP. Su actual ubicación sistemática, en el art. 432 bis CP, procede de la LO 14/2022, de 22 de diciembre. Sobre la cuestión, además de recordar lo tratado en el Cap. I, apartado 4.1. *supra*, ver ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: «Delitos contra la Administración Pública»…, *op. cit.*, 8ª ed., 2023, p. 406; ROCA DE AGAPITO, L.: «Una primera valoración…, *op. cit.*, 2023, pp. 12-13, y ENTRENA FABRÉ, R.: *El delito de malversación.* Tirant lo Blanch: Valencia, 1999, pp. 77-78.

4.2.2. La atenuante del art. 9.9ª CP73 en particular: el cumplimiento parcial de los fines de la pena

A diferencia de los supuestos previstos en la parte especial, el fundamento de la atenuante de arrepentimiento espontáneo del art. 9.9ª CP73 no se encontraba, en opinión de DE VICENTE REMESAL, en estos motivos de «conveniencia y utilidad». El autor apoya esta idea en cuatro argumentos.

Para empezar, el art. 9.9ª CP73 se contentaba con que el culpable del hecho punible *hubiera procedido a* llevar a cabo alguna de las tres modalidades de conducta previstas: reparar o disminuir los efectos del delito, dar satisfacción al ofendido o confesar a las autoridades la infracción. El legislador no exigía que se consiguiese efectivamente ningún resultado para conceder la rebaja de pena. Antes al contrario, en la fórmula empleada cabían, en opinión de DE VICENTE REMESAL, «conductas de tendencia» en las cuales el esfuerzo del culpable podía tomarse en consideración con independencia de sus concretos efectos[150].

Para seguir, el legislador exigió que fuera *el culpable* quien tuviera que *proceder a* la reparación del daño, la satisfacción del ofendido o la confesión del delito. Si el legislador hubiera pretendido la consecución de resultados útiles, como un rápido esclarecimiento de los hechos o la reparación más ágil posible de la víctima del delito, habría permitido que fuera cualquier persona la habilitada para llevar a cabo las conductas previstas[151].

Un tercer argumento es la exigencia de que el comportamiento postdelictivo positivo se llevase a cabo *antes de que el culpable conociera la apertura del procedimiento judicial*. En opinión del autor, esta exigencia resultaba contradictoria con un fundamento pragmático. En las figuras previstas en la parte especial del CP73, los límites temporales se preveían de manera objetiva. Es lo que sucedía, por ejemplo, en los casos antes vistos del subtipo atenuado de malversación del art. 396 –el reintegro debía practicarse en el plazo de diez días desde la incoación del sumario– o la eximente del art. 563 bis b) CP73 –el pago del importe del cheque debía hacerse efectivo en los cinco días siguientes al de su presentación al cobro–. En la atenuante de arrepentimiento espontáneo, en cambio, no bastaba con que el procedimiento se hubiera abierto, sino que se exigía, además, que el culpable *conociera* esta circunstancia. Esto, en opinión de DE VICENTE REMESAL, abría la puerta a retrasos innecesarios, difícilmente conciliables con un fundamento supuestamente utilitarista[152].

[150] DE VICENTE REMESAL, J.: *El comportamiento…*, *op. cit.*, p. 340.
[151] Ibid., pp. 340-341.
[152] Ibid., p. 341.

Por último, el art. 9.9ª CP73 exigía que la conducta del culpable se llevara a cabo «por impulsos de arrepentimiento espontáneo». Aquí es necesario hacer una precisión. Debe recordarse que DE VICENTE REMESAL se proponía encontrar una interpretación de la atenuante que la alejara de connotaciones morales o religiosas. Esto le llevó a defender que la fórmula «por impulsos de arrepentimiento espontáneo» fuera sustituida por otro término más neutro y, hasta cierto punto, familiar para el Derecho penal. A su juicio, para conceder la rebaja de pena bastaba con exigir que el comportamiento postdelictivo positivo se llevara a cabo «voluntariamente»[153].

Dicho esto, y con independencia de su concreta interpretación, esta exigencia recortaba, aún más, el elenco de conductas que podían dar lugar a la atenuación: no bastaba con que el culpable *hubiese procedido a* reparar el daño, satisfacer al ofendido o confesar el delito, sino que era necesario que lo hiciese *de un modo concreto*. De nuevo, si el legislador simplemente quería conseguir determinados resultados útiles con la atenuante, no se habría tomado tantas molestias en establecer *cómo* tenían que alcanzarse para conceder la rebaja de pena[154].

Como la fundamentación radicada en la «conveniencia y utilidad» no le resulta convincente, DE VICENTE REMESAL busca una sede más sólida para explicar las razones que dan lugar a la atenuación *ex* art. 9.9ª CP73. El autor la encuentra en el cumplimiento parcial de los fines de la pena. A su juicio, cuando el culpable lleva a cabo una conducta que se ajusta a los requisitos establecidos por el art. 9.9ª CP73, ya no es *necesario* castigarle en la misma medida que antes. El comportamiento postdelictivo positivo por él realizado ya satisfacía, al menos en parte, los fines asociados al castigo estatal. Cabe preguntarse qué fines son los que DE VICENTE REMESAL asocia como propios a la pena. El autor aboga, de manera expresa, por una concepción preventiva y divide su exposición sobre el particular en dos apartados: uno referido a la prevención general y otro referido a la prevención especial[155].

[153] La síntesis de los motivos que le llevaban a defender esta concepción es tan contundente que, según creo, merece la pena su reproducción literal: «porque el término arrepentimiento ha conducido a la jurisprudencia a interpretaciones ajenas al Derecho, porque la doctrina emplea de forma unánime este término independientemente de su postura sobre los móviles que impulsan el comportamiento del autor después del hecho, porque el arrepentimiento es imposible de ser reconocido salvo por la propia persona y, fundamentalmente, porque nada tiene que ver con el Derecho Penal, por todos estos motivos es aconsejable la supresión del término "arrepentimiento" de esta circunstancia en el Código Penal (…). Desde un punto de vista jurídico, es más correcto acudir al concepto voluntariedad. De esta forma no se excluye, por una parte, la posible valoración de los motivos, pero, por otra, tampoco se exclusiviza (sic) y, a la vez, no resulta tan forzada una valoración de los mismos, que es lo que en definitiva interesa al Derecho Penal» (ibid., p. 120).

[154] Ibid., p. 341.

[155] Es más: llega a reconocer que, «[d]esde las teorías absolutas, *sólo por medios artificiosos* se afirmaba la citada posibilidad de valoración del comportamiento postdelictivo positivo» (ibid., p. 359). Como se verá más adelante, en los últimos años se ha defendido esta posibilidad desde concepciones retribucionistas de la pena.

En el apartado relativo a la prevención general, el autor vuelve a efectuar una distinción. En este caso, entre las dos maneras en las que, a su juicio, la pena manifestaría su efecto preventivo. La primera sería la intimidación. La segunda, por su parte, sería la «afirmación del ordenamiento jurídico». En sus palabras: «[u]n Derecho Penal preventivo general, como observa la doctrina, sirve también, o fundamentalmente, para fortalecer la confianza en el Derecho y la capacidad de inhibición de los ciudadanos (a través de la llamada al sentimiento del deber), así como a satisfacer el sentimiento de justicia de la comunidad. Con la reacción estatal frente al delito, se afirma ante la comunidad la afirmación (sic) del ordenamiento jurídico, generando así una sensación de confianza, seguridad y paz públicas»[156].

En su opinión, un comportamiento desempeñado con sujeción a los requisitos del art. 9.9ª CP73 cumplía con estas dos formas de prevención general. Por un lado, DE VICENTE REMESAL alude a la «nocividad social» del delito como baremo para medir la pena. Por otro lado, también alude a la «personalidad del delincuente»[157].

En cuanto a lo primero, DE VICENTE REMESAL parte de la siguiente idea: cuanto más grave sea el delito, mayor será su «nocividad social» y, por lo tanto, «más serio y efectivo debe ser el medio de prevención». A partir de ahí, argumenta que, si el infractor, *voluntariamente*, realiza un esfuerzo por reducir la gravedad de las consecuencias del delito, no habrá motivo para no moderar el reproche penal que se le hubiera de imponer. Para empezar, porque, en caso de mantenerlo intacto, se generaría un agravio comparativo con otros infractores que no hubieran actuado del mismo modo. De no atenuar la pena al que lleva a cabo el comportamiento postdelictivo, se correría el riesgo de que ésta perdiera su potencial inhibidor frente al resto de ciudadanos. Y, para seguir, porque, cuando el culpable actúa de ese modo, reafirma el ordenamiento jurídico y, con ello, cumple con la segunda de las maneras en que, para DE VICENTE REMESAL, actúa la prevención general. En sus palabras: «la satisfacción del sentimiento de la realización del Derecho

[156] Ibid., p. 359.

[157] Es interesante el modo en el que DE VICENTE REMESAL deslinda este aspecto de las consideraciones que, a su juicio, deben jugar en la prevención especial. A diferencia de lo que sucede en esta última, en la prevención general no se trata de ponderar si, en atención a su comportamiento posterior al hecho, el culpable presentaba una mayor o menor probabilidad de reincidencia, sino de valorar cómo *la sociedad* puede tener en cuenta ese comportamiento. En su opinión, el hecho de que, de un modo u otro, el infractor introdujera al Derecho penal en su proceso de motivación podía ser valorado positivamente por la comunidad. (ibid., p. 366). Con todo, me parece pertinente realizar la misma apreciación que, sobre esta cuestión, también formula POZUELO PÉREZ: en el art. 61.4ª CP73, la «personalidad del delincuente» era, junto con «la mayor o menor gravedad del hecho», una de las variables que los jueces debían tener en cuenta para graduar la pena cuando no concurrieran circunstancias atenuantes ni agravantes. En el Código Penal de 1995, esa fórmula se ha sustituido, en el art. 66.1.6ª, por «las circunstancias personales del delincuente». Es decir, que, en el sistema regido por el Código Penal precedente, la personalidad del infractor debía tenerse en cuenta, en ocasiones, a la hora de determinar la pena. POZUELO PÉREZ, L.: *El desistimiento…*, *op. cit.*, 2003, p. 364 (nota al pie 145).

por parte de la comunidad no se vería tampoco defraudada ante el reconocimiento de la relevancia del comportamiento postdelictivo positivo en la determinación de la pena»[158].

En cuanto a lo segundo –la personalidad del delincuente–, DE VICENTE REMESAL alude a la idea de que, con su comportamiento, el infractor constituye un «buen ejemplo» para la comunidad[159]; podría decirse que el culpable ha «regresado *voluntariamente* a la legalidad»[160]. Cuando, en esos casos, se le concede una rebaja de pena, no quedarían deteriorados ni «los mecanismos inhibitorios –intimidación general como aspecto primario de la prevención–» ni «el prevalecimiento del Derecho –prevención estabilizadora, como aspecto secundario y derivado de la intimidación general–»[161].

Tras analizar la atenuante a la luz de la prevención general, DE VICENTE REMESAL aborda su estudio desde la perspectiva de la prevención especial. De entre todos sus posibles entendimientos, remarca su intelección como resocialización. DE VICENTE REMESAL indica que, pese a las críticas que se le han formulado, «diferentes normas» (entre las cuales cita la Constitución) disponen que, como mínimo, la resocialización «forma parte del fin, quizá utópico, de la pena»[162]. A partir de aquí, creo que resulta sencillo entender por qué, en su opinión, el comportamiento postdelictivo positivo del culpable puede cumplir, aunque sea parcialmente, con este fin que se atribuye al castigo estatal: el hecho de que el culpable, *voluntariamente*, repare el daño, satisfaga al ofendido o confiese su delito bien puede ser un indicio de su menor propensión a delinquir en el futuro[163]. Desde este punto de vista, la rebaja de pena *ex* art. 9.9ª CP73 también le parece procedente.

4.2.3. Breve valoración crítica

No coincido con DE VICENTE REMESAL en varios puntos de su explicación. Uno de ellos es el hecho de considerar que *todos* los fenómenos de atenuación y exención por comportamientos posteriores al delito se fundamenten en motivos de «conveniencia y utilidad», sin realizar mayores precisiones[164]. Otro, sencillamente, el hecho de considerar que la atenuante de arrepentimiento espontáneo debiera fundamentarse en la «menor necesidad (preventiva) de pena»[165].

---

[158] Ibid., p. 362.
[159] Ibid., p. 366.
[160] Ibid., p. 369. Cursivas añadidas.
[161] Ibid., p. 368.
[162] Ibid., p. 376.
[163] Ibid., p. 377.
[164] También formulan esta crítica POZUELO PÉREZ, L.: *El desistimiento…*, *op. cit.*, 2003, pp. 365-366; GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad…*, *op. cit.*, 1997, pp. 304-314.
[165] Igualmente, POZUELO PÉREZ, L.: *El desistimiento…*, *op. cit.*, 2003, pp. 366-373; GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad…*, *op. cit.*, 1997, pp. 315-329.

Más adelante se ahondará en estas críticas. Lo que creo que es preciso destacar ahora es que DE VICENTE REMESAL distingue claramente entre, por un lado, la atenuante de arrepentimiento espontáneo, cuyo fundamento ubica en el cumplimiento parcial de los fines de la pena, y, por otro, las atenuantes y eximentes de la parte especial del CP73, que, en su opinión, tendrían un fundamento «pragmático» o «utilitarista». De este tratamiento diferenciado se derivan, a mi juicio, dos importantes consecuencias.

La primera es que el autor no pretende hacer extensivos los requisitos de aplicación de la atenuante de arrepentimiento espontáneo a ninguna de las otras figuras que estudia. Esto quiere decir que el único caso en el que considera exigible la nota de «voluntariedad» es, precisamente, el de esta última atenuante. Ello lo hace, además, con la finalidad de apartar la exégesis del art. 9.9ª CP73 de parámetros que, indiscutiblemente, no forman parte del Derecho penal de un Estado social, democrático y de Derecho. Me estoy refiriendo a la necesidad de que, para que se le pueda atenuar la pena en aplicación de ese precepto, el culpable obre por arrepentimiento ético o religioso.

La segunda es que DE VICENTE REMESAL tampoco considera que aquellos supuestos de comportamiento postdelictivo positivo reconocidos en la parte especial del CP73 –y que él, como ya se ha dicho en varias ocasiones, funda en razones de «conveniencia y utilidad»– sean figuras ilegítimas. Lo único que reconoce es que su fundamento no puede ser el cumplimiento de los fines (preventivos) de la pena. Pero de ahí no se deduce que el autor los considere impropios del Derecho penal del modelo de Estado en el que, se supone, se integran.

Es más: creo que no debe olvidarse cómo DE VICENTE REMESAL define el «comportamiento postdelictivo positivo» en el inicio de su monografía. Dentro de esa noción quedan englobadas tanto las conductas que favorecen a la víctima del delito, como las que favorecen a la Administración de Justicia *o son consideradas útiles por ésta*. No parece, pues, que DE VICENTE REMESAL considere que la búsqueda de la utilidad por el Derecho penal sea algo indeseable.

Me parece oportuno decir esto ahora porque, como se verá a continuación, quienes han escrito sobre el tema con posterioridad a DE VICENTE REMESAL a menudo han asumido estos dos presupuestos. Es decir, que, por un lado, suelen exigir el cumplimiento del requisito de la «voluntariedad» en todos los supuestos de atenuación o exención de pena por comportamientos postdelictivos con independencia de si la institución analizada es el desistimiento, las atenuantes genéricas de confesión o reparación del daño o cualesquiera otros fenómenos reconocidos en la parte especial del Código Penal. Y, por otro lado, estos autores también suelen defender que el cumplimiento parcial o total de los fines de la pena es la *única* razón legítima para atenuar el reproche penal o eximir del mismo por la realización de un comportamiento posterior a la ejecución del hecho punible. En cambio, suele haber cierto recelo entre ellos a la hora de admitir

la existencia de disposiciones de Derecho penal con las que, sencillamente, se pretenda incentivar el desempeño de conductas útiles.

4.3. Los enfoques centrados en la prevención general positiva

4.3.1. La postura de FARALDO CABANA: la búsqueda de un fundamento unitario para todas las atenuantes y eximentes por comportamiento postdelictivo positivo

En el año 2000, Patricia FARALDO CABANA publicó una monografía titulada «Las causas de levantamiento de la pena». Su objeto de estudio, aunque semejante, era algo más amplio que el del trabajo de DE VICENTE REMESAL.

En efecto, en esta obra, FARALDO CABANA reflexiona sobre el fundamento y la naturaleza jurídica de todas las eximentes y atenuantes por comportamiento postdelictivo positivo que, a su juicio, existen en el Código Penal español. La autora incluye en esta categoría no sólo los supuestos de la parte especial –que eran los que, como se ha visto en el epígrafe anterior, DE VICENTE REMESAL consideraba «causas personales de condonación, supresión o liberación de la pena»–, sino también la exención por desistimiento y las atenuantes genéricas de confesión y reparación del daño[166]. En la medida en que el trabajo de la FARALDO CABANA es posterior a la aprobación del Código Penal de 1995, estas dos últimas figuras ya se encontraban separadas en dos preceptos distintos –respectivamente, las circunstancias 4ª y 5ª del art. 21 CP–.

La autora parte de un concepto de comportamiento postdelictivo positivo muy semejante al de DE VICENTE REMESAL[167]. En palabras de FARALDO CABANA: «(…) no es suficiente la realización de cualquier conducta, aunque pueda ser calificada como moralmente correcta o beneficiosa para la víctima, como la petición de disculpas o la realización de trabajos a su favor. El contenido material es diverso, describiéndose detenidamente en cada una de las figuras que nos ocupan, pero en general se reconduce a la reparación o disminución de las consecuencias del hecho o a la colaboración con la Administración de Justicia»[168].

A partir de aquí, sin embargo, la autora añade algo que, como se ha visto en el epígrafe anterior, DE VICENTE REMESAL no consideraba exigible: en opinión de FARALDO CABANA, la conducta

[166] Una precisión. FARALDO CABANA considera que, en sentido estricto, las causas de levantamiento de la pena serían sólo aquellas figuras en las que se concede una exención. Quedarían fuera de esta categoría, por lo tanto, los casos en los cuales sólo se puede conceder una atenuación al sujeto que lleva a cabo el comportamiento postdelictivo positivo. La autora, sin embargo, entiende que estas últimas figuras se sitúan en un ámbito sistemático «semejante o análogo» al de las causas de levantamiento de la pena *stricto sensu*. Por eso las estudia conjuntamente. FARALDO CABANA, P.: *Las causas…*, *op. cit.*, 2000, pp. 24-25. Para evitar equívocos, en este epígrafe se ha optado por hablar, simplemente, de supuestos de «atenuación o exención por comportamiento postdelictivo positivo».

[167] De hecho, en el capítulo introductorio del trabajo, en el cual, entre otras cosas, define esta noción, FARALDO CABANA cita el trabajo de este autor. Ver, en este sentido, FARALDO CABANA, P.: *Las causas…*, *op. cit.*, 2000, p. 26.

[168] Ibid., p. 31.

del infractor debía ser «voluntaria» en *todos* los supuestos de atenuación o exención por comportamiento postdelictivo positivo. La autora es clara a la hora de exponer los motivos en virtud de los cuales formula esa exigencia: para ella, las atenuantes y eximentes por comportamiento postdelictivo positivo comparten fundamento y naturaleza jurídica con el desistimiento. En la medida en que una de las condiciones necesarias para que la exención por desistimiento tenga lugar es que la conducta del infractor sea «voluntaria», este requisito debe ser predicable de todos los fenómenos que compartan fundamento y naturaleza jurídica con aquél[169].

Llegados a este punto, cabe hacerse dos preguntas. Una de ellas es cuál es ese fundamento común que, en opinión de FARALDO CABANA, comparten *todos* los supuestos de atenuación y exención de pena por comportamiento postdelictivo positivo. La otra es qué se está entendiendo, exactamente, cuando se dice que ese comportamiento debe ser «voluntario».

Comencemos con la primera pregunta. La autora vuelve a ser clara en este sentido: en todos los fenómenos estudiados, la razón de ser de la rebaja o exención del reproche penal es el cumplimiento, total o parcial, de los fines de la pena[170]. Aquí, FARALDO CABANA se acerca nuevamente a la posición de DE VICENTE REMESAL. Así, la autora considera que la pena cumple una finalidad preventiva. Además, también considera que el desempeño de un comportamiento postdelictivo positivo puede cumplir, ya total, ya parcialmente, tanto con los fines preventivo-especiales como con los fines preventivo-generales del castigo estatal[171]. Es más, incluso hay ocasiones en las que señala que el fin preventivo-especial con el que cumple el comportamiento postdelictivo positivo sería la resocialización[172].

La diferencia con respecto al planteamiento de DE VICENTE REMESAL radica en que FARALDO CABANA no concede apenas espacio a la intimidación cuando estudia las razones atenuantes y eximentes del comportamiento postdelictivo positivo a la luz de la finalidad de prevención general. En efecto, FARALDO CABANA concede preferencia a una teoría sobre los fines de la pena a la que, de nuevo en contraste con el autor recién mencionado, «le pone nombre»: la prevención general positiva[173].

---

[169] Ibid., p. 30.
[170] Ibid., p. 29.
[171] Ibid.
[172] Ibid., pp. 115 y 122.
[173] Otra precisión. Cuando trata de justificar por qué, a su juicio, la reparación del daño cumple con los fines de prevención general, FARALDO CABANA se expresa como sigue: «[r]ecordemos que el concepto de prevención general se suele utilizar en dos sentidos diferentes que conviene distinguir: en el sentido más estricto, la misma consiste en la intimidación de la colectividad mediante la conminación penal abstracta y la sanción del individuo; en el sentido más amplio, consiste en la confirmación del Derecho como orden ético, y sólo secundariamente en la intimidación. *El entendimiento de la prevención general como intimidación se relaciona con ciertos planteamientos desarrollados por las tesis retributivas*, de forma que la novedad aportada por la doctrina de la prevención general positiva, estabilizadora o integradora reside en el sentido más amplio del concepto de prevención general (…)» (ibid., pp. 118-119). Las cursivas son

Así describe FARALDO CABANA esta doctrina: «[e]n su base se halla la consideración de que el Derecho penal no se reduce al mero efecto intimidatorio sobre los delincuentes potenciales, sino que influye positivamente en el arraigo social de las normas; se atribuye a la pena un carácter socio-pedagógico, desde el momento que representa un aseguramiento de las normas que posibilitan la convivencia social, convirtiéndose, por tanto, en un instrumento idóneo para mantener los valores comunitarios, reforzando con ello el respeto al Ordenamiento jurídico. A partir de esta base se asigna al Derecho penal la misión de reforzar la conciencia jurídica de la comunidad y su disposición al cumplimiento de las normas»[174].

Para FARALDO CABANA, por tanto, sólo el comportamiento capaz de cumplir con esta función de «aseguramiento de las normas» o de «refuerzo de la conciencia jurídica de la comunidad» puede dar lugar a la atenuación o exención del reproche penal. Aquí hay, por tanto, otra diferencia con DE VICENTE REMESAL. Mientras que éste admitía la existencia de atenuantes y eximentes por comportamiento postdelictivo positivo fundadas en motivos de «conveniencia y utilidad», para FARALDO CABANA «[l]a utilización de estas tesis basadas en razones puramente pragmáticas no permite fundamentar jurídico-penalmente la anulación de la pena»[175]. Es decir, que, a la hora de averiguar cuál es el fundamento de las atenuantes y eximentes por la realización de un comportamiento posterior al hecho punible sólo caben dos alternativas mutuamente excluyentes: o bien se acude a los fines de la pena y se asume lo que ella llama una «perspectiva estrictamente jurídico-penal», o bien se acude a «explicaciones extrapenales». En su opinión, sólo la primera de las opciones ofrece una solución satisfactoria[176].

Queda por responder a la segunda cuestión, que es la referente al modo en que FARALDO CABANA define la exigencia de «voluntariedad» del comportamiento postdelictivo positivo. Aquí la autora se remite, nuevamente, al desistimiento en la tentativa. En su opinión, el comportamiento postdelictivo positivo será voluntario cuando no pueda afirmarse que éste se debe a «circunstancias sobrevenidas que impidan o dificulten en grado sumo al sujeto realizar el plan trazado o conseguir la finalidad pretendida»[177].

---

añadidas. La frase que aquí se ha transcrito en cursiva termina con una llamada a nota al pie en la que se cita la página 227 de la primera edición del «Aproximación al Derecho penal contemporáneo» de SILVA SÁNCHEZ. Si uno acude a dicha fuente, comprobará que el autor no está advirtiendo sobre la influencia de las teorías de la retribución en las de la prevención general negativa, sino sobre la influencia de las primeras sobre las de la prevención general positiva. No se comparte, pues, la afirmación que la autora realiza en el texto. Ver, sobre lo aquí indicado, SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. J.M. Bosch: Sevilla, 1992, p. 227.

[174] FARALDO CABANA, P.: *Las causas…*, *op. cit.*, 2000, p. 119.

[175] Ibid., p. 102.

[176] Ibid., pp. 114-115.

[177] Ibid., p. 31.

Decir esto sin mayores precisiones no resuelve demasiado. En efecto, la frase que se acaba de transcribir puede entenderse como un criterio (muy general) para determinar cuándo puede afirmarse que un desistimiento ha sido voluntario[178]. Ésta, sin embargo, no sirve para aclarar cuándo un comportamiento posterior a la consumación –y, por definición, un comportamiento que tiene lugar una vez que «ya se ha realizado el plan» o «ya se ha conseguido la finalidad pretendida», por continuar utilizando los términos de la autora– es o no voluntario. A ello hay que sumarle otro inconveniente, como es que, si bien el Código Penal sí requiere expresamente que el desistimiento sea «voluntario», no lo hace así respecto de la gran mayoría de las atenuantes y eximentes por comportamientos postdelictivos positivos.

FARALDO CABANA trata de sortear estos escollos afirmando que, cuando el Código Penal no exige de manera expresa que el comportamiento posterior al hecho punible sea voluntario, sí que lo constriñe a determinados límites cronológicos. Estos límites actuarían como una especie de «salvaguarda» de la voluntariedad del comportamiento postdelictivo positivo. En sus palabras: «[l]os límites temporales que establecen *todas* las causas de levantamiento y atenuación de la pena que no exigen explícitamente la voluntariedad albergan, en mi opinión, un claro propósito político-criminal: garantizar que el sujeto ha actuado de forma voluntaria al realizar el comportamiento postdelictivo positivo. Otra tesis no se adecua, como veremos, al fundamento que justifica el efecto de atenuación o exención de la pena: la existencia de los límites temporales constituye por sí misma un sólido argumento para llegar a la conclusión de que las atenuantes basadas en el comportamiento postdelictivo positivo y las causas de levantamiento de la pena deben orientarse primordialmente a los fines de la pena, puesto que la actuación postdelictiva positiva del autor, una vez sobrepasados los límites temporales impuestos, deja subsistente la necesidad preventivo-general y preventivo-especial del castigo»[179].

De nuevo, esta solución dista de ser plenamente satisfactoria. No termina de quedar claro qué relación hay entre la voluntariedad y el respeto de los límites temporales. Es cierto que, en un artículo anterior a la publicación de su monografía, la autora parece considerar que son dos cosas distintas. En concreto, indica que el respeto a los límites temporales constituye una «presunción de voluntariedad» del comportamiento postdelictivo. Por el contrario, si estos límites no se respetan, habrá una «presunción de involuntariedad». Sin embargo, justo después afirma lo siguiente: «en algunos casos será posible seguir afirmando la voluntariedad de la conducta, aunque tenga lugar con carácter posterior a los límites temporales señalados». La autora, no

[178] De hecho, se cita en este punto a MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *El desistimiento en Derecho penal*. Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid: Madrid, 1994, pp. 22-28, quien, en las páginas citadas, toma postura acerca de los inconvenientes de las llamadas «teorías valorativas» para determinar la voluntariedad de la decisión de desistir.
[179] FARALDO CABANA, P.: *Las causas…*, *op. cit.*, 2000, p. 29. Cursivas en el original.

obstante, no explica cómo debe ser ese comportamiento extemporáneo para merecer el calificativo de «voluntario»[180].

Uno de los principales problemas de este esquema radica, a mi juicio, en que FARALDO CABANA no llega a proponer un concepto de «voluntariedad». Al menos, no más allá de reformular, en los términos arriba vistos, alguno de los criterios empleados para analizar cuándo el desistimiento es voluntario o no. Otros autores, en cambio, han sido algo más expresivos a la hora de tratar esta exigencia supuestamente inherente al comportamiento postdelictivo positivo. De ellos se hablará a continuación.

4.3.2. La postura de GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA: el comportamiento postdelictivo positivo como «equivalente funcional de la pena»

Enara GARRO CARRERA y Adela ASÚA BATARRITA han publicado varios trabajos sobre las atenuantes por comportamiento postdelictivo positivo. En concreto, sus estudios versan sobre las atenuantes genéricas de confesión y de reparación del daño y, en ellos, se asume una óptica semejante a la de FARALDO CABANA.

Así, estas dos autoras consideran que los arts. 21.4ª y 21.5ª CP admiten dos interpretaciones: una de carácter utilitarista y otra apegada a los fines de la pena. Al igual que FARALDO CABANA, rechazan expresamente la primera y acogen la segunda por considerarla más acorde al fundamento de estas atenuantes. A ello le añaden, como razón justificativa para proceder de este modo, que la interpretación utilitarista aboca a soluciones insatisfactorias.

Piénsese en lo que podría suceder si se entendiese que la única razón de ser de la atenuante de reparación del daño fuera fomentar la rápida satisfacción de la víctima. Para empezar, se correría el riesgo de considerar que las únicas formas de reparación aceptadas son las de contenido pecuniario[181]. Según las dos autoras, de practicarse esa equiparación, los sujetos con mejor posición económica podrían acabar teniendo un trato penal más favorable. En efecto, cuanto más desahogada sea su situación patrimonial, más fácil les será reparar a la víctima[182].

Algo similar sucedería si se entendiera que el fundamento de la atenuante de confesión es, únicamente, aligerar el trabajo de la Administración de Justicia. Si lo único que importa es facilitar

---

[180] FARALDO CABANA, P.: «La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los núms.4º y 5º en relación con el núm.6º del artículo 21 del Código Penal de 1995)», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 1, 1997, p. 255.

[181] GARRO CARRERA, E.: «Expectativas de las víctimas y Derecho penal. Propuesta 2.0 sobre el papel de la atenuante de reparación del daño 25 años después de la entrada en vigor del Código Penal», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso* Penal, n.º 62, 2021, pp. 16-17; GARRO CARRERA, E., y ASÚA BATARRITA, A.: *Atenuantes…*, *op. cit.*, 2008, p. 42.

[182] GARRO CARRERA, E., y ASÚA BATARRITA, A.: *Atenuantes…*, *op. cit.*, 2008, pp. 36-38. Esgrime argumentos similares ALCÁCER GUIRAO, R.: «La reparación…, *op. cit.*, 2001, pp. 89-92.

la investigación y enjuiciamiento del delito, una de las condiciones necesarias para la apreciación de la atenuante sería que la confesión fuera completa y veraz. Esto conllevaría que, en caso de que el infractor contase con información sobre la implicación de terceras personas, debería delatarlas para poder ver atenuada su pena. En opinión de GARRO CARRERA, dicha exigencia desembocaría en una mutación de la posición procesal del sujeto que confiesa: es un imputado, pero también aporta información sobre la responsabilidad de otras personas, como un testigo. A juicio de la autora, esta circunstancia «elimina la necesaria distinción de la posición procesal del imputado y del testigo en un peligroso retroceso hacia prácticas inquisitivas»[183].

No ha de resultar extraño, por tanto, que GARRO CARRERA valore negativamente los incentivos para la colaboración con las autoridades. En un artículo del año 2013, la autora tuvo ocasión de pronunciarse sobre el particular. En dicho artículo, contrapone el régimen propio de la atenuante de confesión y el de los incentivos para la colaboración con las autoridades previstas para los delitos de integración en organización o grupo criminal (art. 570 quater.4 CP) y de terrorismo (art. 579 bis.3 CP). En su opinión, la coexistencia de la atenuante genérica con estos incentivos supone la presencia, en el mismo Código Penal, de un «doble discurso»: «uno, aplicable a la criminalidad común, es un discurso pulido y amparado por un fundamento sólido (una menor necesidad de pena que deriva de la asunción de responsabilidad del sujeto y de su esfuerzo por compensar el daño que causó) y otro discurso, el relativo al terrorismo y otras facetas de la criminalidad organizada, que sólo apela a criterios de emergencia, de utilidad o pragmatismo, y que ni siquiera concede relevancia a la misma clase de conducta postdelictiva que en el ámbito de la criminalidad común se considera decisiva. Aquí la pauta se invierte hasta el punto de que la conducta postdelictiva parece adquirir relevancia *únicamente* mediante el resultado que puede obtenerse a través de ella»[184].

En sus estudios, GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA dan un paso más en la especificación de la teoría de la pena que consideran más adecuada para explicar las atenuaciones o exenciones por comportamiento postdelictivo positivo. Al igual que FARALDO CABANA, también entienden que la teoría que mejor ampara estos fenómenos es la prevención general positiva. Sin embargo, mientras que esta última autora parecía centrarse en los efectos de psicología social que genera la imposición del castigo estatal –hay que recordar que considera que la pena tiene un «efecto socio-

[183] GARRO CARRERA, E.: «La atenuante de confesión: discusión sobre su fundamento», en ASÚA BATARRITA, A., y GARRO CARRERA, E. (eds.), *et al*.: *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*. Universidad del País Vasco: Bilbao, 2009, pp. 164-165; GARRO CARRERA, E., y ASÚA BATARRITA, A.: *Atenuantes…*, *op. cit.*, 2008, pp. 90-91.

[184] GARRO CARRERA, E.: «Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa. Claves para una reelaboración», en *InDret*, n.º 1, 2013, p. 10. Disponible en: https://indret.com/wp-content/uploads/2013/01/Garro-Carrera-Comportamiento-postdelictivo-y-delincuencia-asociativa.pdf [Consulta: 06/07/2024]. Cursivas en el original.

pedagógico» y que «refuerza la conciencia jurídica de la comunidad»– estas dos autoras destacan su dimensión comunicativa. Veamos a qué se refieren.

Para GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA, el delito es, ante todo, un acto de comunicación. A través de él, su responsable envía a la colectividad un mensaje de rechazo a la norma jurídico-penal infringida. Con ese mensaje se cuestiona que la norma sea una pauta de conducta que hay que observar en las relaciones sociales. La pena, como reacción estatal, envía un mensaje contrario al del delito: se trata de «un mal que "repara" comunicativamente la conmoción» creada por aquél[185]. Ahora bien, también puede suceder que, antes de que se le imponga la pena, sea el infractor el que, con su comportamiento posterior al delito, envíe a la sociedad un mensaje equiparable al de aquélla. Puede ocurrir, por tanto, que sea el responsable del hecho delictivo el que revoque el mensaje de contradicción a la norma que previamente había enviado y, con ello, confirme que dicha norma es, efectivamente, la pauta de conducta que hay que respetar.

Por eso, en la reparación lo determinante no será (sólo) la indemnización efectiva de la víctima: «[a]unque el delito haya afectado a una persona concreta, lo fundamental para determinar si la reparación debiera tener un reflejo sobre la sanción penal será el significado comunicativo de reafirmación de la *vigencia* de la norma que adquiera la prestación llevada a cabo por el infractor, ponderando las circunstancias periféricas del caso concreto»[186]. Esto es lo que les lleva a defender la admisibilidad de reparaciones simbólicas como conductas aptas para dar lugar a una atenuación *ex* art. 21.5ª CP. Se citan en este sentido, como ejemplos, que el autor de un delito contra la salud pública realice labores en centros de desintoxicación o que el autor de un delito contra la seguridad vial colabore para garantizar la seguridad del tráfico rodado[187].

Por otra parte, en la confesión lo que de verdad importará para poder conceder una atenuación en aplicación del art. 21.4ª CP no será tanto la utilidad de los datos que haya aportado quien la haya llevado a cabo. Lo decisivo será, más bien, que la confesión pueda percibirse por la

[185] GARRO CARRERA, E.: «Expectativas…, *op. cit.*, 2021, p. 27.
[186] GARRO CARRERA, E., y ASÚA BATARRITA, A.: *Atenuantes…*, *op. cit.*, 2008, p. 55 (cursivas añadidas). No termina de quedar claro a qué se refieren las autoras cuando hablan de la «vigencia» de la norma. En atención a cómo tratan la cuestión, parece que se refieren a lo que ALCÁCER GUIRAO ha denominado «vigencia fáctica» en alguno de sus trabajos. A la hora de criticar las teorías de la prevención general positiva que afirman que la función de la pena es reafirmar la «vigencia» de la norma, este último autor distingue entre los conceptos de «vigencia normativa» y «vigencia fáctica». Así, mientras que la primera haría referencia al carácter prescriptivo y vinculante de la norma –cuestiones que él asimila a la noción de «validez» y que se vinculan a su génesis legítima–, la segunda tiene que ver con el hecho de que las normas sean acatadas. La vigencia fáctica, por tanto, haría referencia al «estado cognitivo» en la conciencia de la ciudadanía relativo a que la norma es respetada, en general, por todos. De conformidad con esta intelección, la imposición de la pena con posterioridad a la comisión del delito reforzaría ese estado cognitivo. ALCÁCER GUIRAO, R.: «Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política», en *ADPCP*, Tomo LI, n.º 1-3, 1998, p. 442. Para las autoras comentadas en el texto, pues, el comportamiento postdelictivo positivo reafirmaría la «vigencia fáctica».
[187] GARRO CARRERA, E., y ASÚA BATARRITA, A.: *Atenuantes…*, *op. cit.*, 2008, pp. 55-56 (nota al pie 57).

comunidad como una enmienda de la conducta previa. Para ello, es preciso que ésta pueda observarse, intersubjetivamente, como una asunción de responsabilidad: «[e]n efecto, el reconocimiento del hecho exterioriza, bajo determinadas circunstancias, la capacidad del sujeto para hacerse cargo y para aceptar las consecuencias de su hecho delictivo. La asunción de responsabilidad (…) implica asumir las cargas derivadas de su conducta ilícita, lo que favorece la pacificación de la conmoción asociada al desprecio de la norma infringida. Esta sumisión voluntaria a la justicia explicaría la atenuación de la respuesta punitiva, si entendemos que la reprobación que la pena pretende expresar va dirigida a confirmar ante la generalidad la fuerza del Derecho y su capacidad coactiva de imponerse ante el infractor»[188].

Como puede observarse, estas autoras asocian al comportamiento postdelictivo positivo *la misma función que a la pena*: revocar el mensaje que se ha enviado con el delito y reafirmar la *vigencia* de la norma previamente infringida. No ha de extrañar, por lo tanto, que consideren que estos comportamientos constituyen «equivalentes funcionales de la pena»[189]. Ahora bien, también parece evidente que, si se asume esta perspectiva, no todo comportamiento posterior al delito puede reunir esa consideración; ni siquiera –y esto es un punto polémico en su teoría– aunque encajen en el tenor literal de los arts. 21.4ª y 21.5ª CP. En opinión de GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA, para convertirse en equivalentes funcionales de la pena, los comportamientos postdelictivos positivos deben cumplir dos requisitos.

En primer lugar, deben constituir una revocación del delito. El comportamiento postdelictivo positivo ha de ser un *actus contrarius* a la infracción normativa. En el ámbito de la reparación, GARRO CARRERA trata este requisito expresando que ésta debe conllevar un «esfuerzo» para el infractor. La idea es que el culpable se comprometa a mitigar el daño «de forma concluyente e indubitada, en la medida de sus posibilidades». A través de esta exigencia es posible equilibrar la balanza entre los infractores que están en mejor situación económica y aquellos cuya posición no es tan próspera. Así, si lo decisivo es asumir ese compromiso, la reparación no tiene por qué revestir un contenido patrimonial: las prestaciones simbólicas también serán válidas a los efectos de conceder una atenuación de pena siempre que puedan percibirse como un empeño serio y creíble en enmendar la conducta delictiva previa[190].

Por otra parte, en el caso de la confesión, es preciso que ésta pueda observarse como una puesta a disposición del culpable para afrontar las consecuencias de sus actos. Puede argumentarse que, desde este punto de vista, también es preciso que la confesión sea completa y veraz, como se vio que resultaba de la interpretación de la atenuante en clave utilitarista. GARRO CARRERA concede

[188] Ibid., p. 104.
[189] Ibid., pp. 175-176.
[190] GARRO CARRERA, E.: «Expectativas…, *op. cit.*, 2021, p. 30; GARRO CARRERA, E., y ASÚA BATARRITA, A.: *Atenuantes…*, *op. cit.*, 2008, pp. 64-67.

este punto. Sin embargo, de inmediato matiza que, a diferencia de lo que se derivaba de aquel entendimiento, en una interpretación acorde con la finalidad de prevención general positiva no es preciso que el infractor delate a otros intervinientes en el hecho delictivo: lo decisivo es, sencillamente, que transmita a las autoridades todos los detalles que sean relevantes para la determinación de *su propia* responsabilidad[191].

En segundo lugar, los comportamientos postdelictivos positivos deben ser desempeñados «voluntariamente». En opinión de las autoras, este requisito no implica que el culpable actúe movido por su arrepentimiento. Desde la aprobación del Código Penal de 1995 y la derogación del art. 9.9ª CP73, la ley no exige que se valoren los móviles en virtud de los cuales el culpable ha procedido a confesar la infracción o a reparar el daño[192]. A diferencia de FARALDO CABANA, estas autoras formulan una concepción propia acerca de lo que significa este requisito.

Para GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA, la «voluntariedad» es, sencillamente, la ausencia de coacciones. Así, no podrá afirmarse que un comportamiento postdelictivo consistente en confesar la infracción o en reparar el daño es voluntario si, en atención a las presiones recibidas, puede concluirse que la decisión del culpable no es libre. Esto no quiere decir que cualquier intervención de terceros con potencial influencia en su proceso de motivación excluya la voluntariedad del comportamiento postdelictivo. En opinión de GARRO CARRERA, los consejos de otras personas, «aunque se produzcan de forma insistente y reiterada», no deberían impedir la rebaja de pena. Se trata, en definitiva, de que el culpable tenga el suficiente margen de libertad como para que la conducta postdelictiva se le impute como propia[193].

Como se puede ver, las autoras no asumen que la voluntariedad sea, lisa y llanamente, una actuación con sujeción a los límites temporales establecidos en los arts. 21.4ª y 21.5ª CP. Así, GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA entienden que una actuación ajustada a esos límites puede no ser siempre voluntaria.

Esto es especialmente interesante en el caso de la confesión. Como es sabido, el art. 21.4ª CP sólo concede eficacia atenuante a aquellas confesiones que se presten antes de que el culpable *conozca* que el procedimiento se dirige contra él. Para GARRO CARRERA, es concebible el supuesto en el que el infractor crea, erróneamente, que el procedimiento se dirige contra él y confiese el delito. En su opinión, en ese caso no debería concederse la atenuación. De acuerdo con su teoría, en la atenuante de confesión la voluntariedad no se agota en la exigencia de que el infractor actúe sin presiones externas. Esto es una exigencia mínima a la que llama «vertiente

[191] GARRO CARRERA, E., y ASÚA BATARRITA, A.: *Atenuantes…*, *op. cit.*, 2008, pp. 138-139.
[192] GARRO CARRERA, E.: «Expectativas…, *op. cit.*, 2021, p. 29; GARRO CARRERA, E., y ASÚA BATARRITA, A.: *Atenuantes…*, *op. cit.*, 2008, pp. 138-139.
[193] GARRO CARRERA, E.: «Expectativas…, *op. cit.*, 2021, p. 29.

negativa» de la voluntariedad. Junto a ella habría una «vertiente positiva» que se traduciría en la necesidad de que el sujeto «tenga la intención de declarar ante las autoridades sobre su participación en los hechos, siendo consciente de que su actuación está desvelando los datos oportunos para que pueda serle imputada la responsabilidad por la infracción cometida»[194]. Aun así, concede que los casos de duda sobre la voluntariedad del comportamiento –que, según entiendo por cómo ha caracterizado esta vertiente, serán la mayoría–, deben ser resueltos a favor del reo[195].

La concepción de GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA se criticará más adelante junto con todas las que integran la «concepción esencialista» que se está analizando en este apartado del trabajo. Sin embargo, creo que es procedente realizar ahora una primera objeción. Ni el art. 21.4ª ni el art. 21.5ª CP exigen que la confesión o la reparación del daño sean voluntarias. El principio de legalidad es un poderoso argumento contra este entendimiento, pues se está añadiendo una exigencia no prevista en la ley para, precisamente, recortar el ámbito de aplicación de una figura que podría jugar en beneficio del inculpado[196].

No es eso, con todo, lo que se quiere poner de manifiesto aquí, sino lo siguiente. Como se ha visto, GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA consideran que la voluntariedad no puede equipararse a la necesidad de que el culpable obre impulsado por un móvil concreto, pues conllevaría inmiscuirse en su fuero interno y eso es algo que, en principio, le está vedado al Derecho penal de un Estado social, democrático y de Derecho. Comparto este enfoque. Por eso, no comprendo por qué estas autoras exigen, para apreciar la atenuación *ex* art. 21.4ª CP, que el infractor confiese *con la intención de* desvelar detalles que resulten desconocidos a las autoridades. Desde mi punto de vista, añadir este requisito subjetivo trae consigo una serie de inconvenientes que, se supone, se habían superado con la aprobación del Código Penal de 1995 y la derogación de la atenuante de *arrepentimiento* espontáneo.

4.4. La postura de MONTERO: los «equivalentes funcionales de la pena» en una teoría retribucionista

En los últimos años, algunos autores han continuado desarrollando la idea de que las atenuantes y eximentes por comportamientos postdelictivos positivos constituyen equivalentes

[194] GARRO CARRERA, E.: «La atenuante…, *op. cit.*, 2009, p. 191. GARRO CARRERA, E., y ASÚA BATARRITA, A.: *Atenuantes…*, *op. cit.*, 2008, p. 142.
[195] GARRO CARRERA, E.: «La atenuante…, *op. cit.*, 2009, p. 193. GARRO CARRERA, E., y ASÚA BATARRITA, A.: *Atenuantes…*, *op. cit.*, 2008, p. 144.
[196] MARTÍNEZ ESCAMILLA emplea un argumento similar para criticar las llamadas «teorías valorativas» como explicativas de la exención por desistimiento en la tentativa. En su opinión, estas teorías deben rechazarse porque exigen, para afirmar la voluntariedad del desistimiento, que el culpable obre por motivos positivos desde el punto de vista ético: algo que el Código Penal no requería (ni requiere) en ningún momento. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *El desistimiento…*, *op. cit.*, 1994, pp. 17-22.

funcionales de la pena[197]. Quien, hasta donde alcanzo, lo ha hecho de forma más reciente –y, probablemente, más profunda[198]– es Federico MONTERO. Este autor asume varias premisas que también comparten GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA. Sin embargo, su concepción presenta algunos matices diferenciales con respecto a la de estas últimas que, según creo, merece la pena analizar con cierto detenimiento.

4.4.1. El concepto de pena estatal de MONTERO: una justificación «retributivo-comunicativa» de la praxis punitiva

En su monografía, MONTERO trata de encontrar posibles equivalentes funcionales de la pena. Para ello, intenta formular, en primer lugar, un «concepto de pena estatal». El autor asume que un concepto tal no puede plantearse de manera independiente a la justificación de la praxis punitiva[199]. Sin embargo, también sostiene que no es posible justificar algo si antes no se posee una noción mínima acerca de qué es ese algo. Ante estas dificultades iniciales, recurre al método de la «reconstrucción racional de conceptos». En virtud de éste, propone llevar a cabo «un ir y venir» entre el plano descriptivo y el prescriptivo hasta formular un concepto definitivo de pena estatal que sea sensible a la justificación de la praxis punitiva[200].

El primer paso que da MONTERO en esta labor de reconstrucción consiste en identificar mínimamente el objeto de justificación. En su opinión, este objeto son lo que él denomina «acciones punitivas». A su juicio, las acciones punitivas pueden definirse a partir de dos rasgos fundamentales: su carácter reactivo y su carácter coactivo. En cuanto a lo primero, MONTERO destaca que, ante todo, las acciones punitivas son una *respuesta* a algo: «[s]in excepción, toda acción punitiva constituye una re-acción, el "consecuente de" o respuesta frente a un determinado antecedente»[201]. Por su parte, el segundo elemento es el que determina que las acciones punitivas estén necesitadas de una especial justificación. Las acciones punitivas conllevan la privación del

---

[197] Es, por ejemplo, el caso de SILVA SÁNCHEZ, J. Mª.: *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Atelier: Barcelona, 2018, pp. 117-122, o, en lo que se refiere al catálogo de atenuantes para las personas jurídicas del art. 31 quater.1 CP, GOENA VIVES, B.: *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Marcial Pons: Madrid, 2017, pp. 227-239.

[198] En efecto, este autor no sólo ha dedicado al tema una monografía, publicada en el año 2023, sino también otros dos artículos. Estos últimos se publicaron en 2020 y 2021. Sin perjuicio de su cita posterior a lo largo de este apartado, las obras en cuestión son MONTERO, F.: *Equivalentes…*, *op. cit.*, 2023; EL MISMO: «Desistimiento de la tentativa. Su consideración a la luz de la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción», en *ADPCP*, vol. LXXIV, 2021, pp. 735-763, y EL MISMO: «La regularización tributaria como equivalente funcional de la pena retributiva», en *InDret*, n.º 2, 2020, pp. 304-349.

[199] Otros autores, en cambio, consideran que no sólo es posible, sino que es conveniente distinguir entre el plano conceptual y el justificativo. Es, por ejemplo, el caso de PÉREZ BARBERÁ, G.: «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena», en *InDret*, n.º 4, 2014, pp. 3-5. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1081.pdf [Consulta: 06/07/2024].

[200] MONTERO, F.: *Equivalentes…*, *op. cit.*, 2023, pp. 101-102. Puede verse una propuesta similar en MAÑALICH RAFFO, J.P.: «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», en *InDret*, n.º 2, 2015, pp. 6-9. Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1126.pdf [Consulta: 06/07/2024].

[201] Ibid., p. 105.

ejercicio de determinados derechos. Suponen, por tanto, una limitación del principio de autodeterminación, central en los Estados liberales y democráticos de Derecho[202].

MONTERO indica que esa «tensión» entre el carácter coactivo de las acciones punitivas y el principio de autodeterminación ciudadana puede resolverse de dos formas. Una es «concediendo el ataque» y reconociendo que, en efecto, ese carácter coactivo vulnera el mencionado principio, pero que tal vulneración está compensada porque, con ella, se obtienen determinados beneficios. Otra es indicando que, en realidad, esa contradicción es sólo aparente y que la praxis punitiva estatal no implica negar la autodeterminación del individuo. De entre estas dos opciones, MONTERO opta decididamente por la segunda y trata de desarrollar, a partir de esa elección, una justificación «retributivo-comunicativa» del castigo estatal[203].

Para MONTERO, erigir al principio de autodeterminación en la idea rectora de las prácticas normativas del Estado implica asumir dos presupuestos. El primero es que el Estado, en tanto creador de las normas y titular de la potestad punitiva, y el ciudadano, en tanto destinatario de las normas y sujeto a la punición estatal, son agentes que intervienen en una especie de «diálogo racional». A través de la producción de normas, la comisión de delitos y la imposición de la pena como reacción a estos últimos, ambos se reconocen como agentes racionales y se comunican, intercambiando las razones justificativas de la actuación de uno y otro[204].Y el segundo, que el destinatario de las normas posee libertad de voluntad. En la medida en que se asume como presupuesto, esta libertad de voluntad no se entiende en un sentido empírico (eso es poco menos que indemostrable), sino que, hasta cierto punto, «se da por sentada»[205]. Este último compromiso tiene una consecuencia muy importante para la teoría de MONTERO: la otra cara de la moneda de la libertad es la responsabilidad. En virtud de ésta, el Estado puede llamar al ciudadano a responder cuando, en lo que ahora interesa, cometa un delito[206].

Con esto, ya quedan sentadas las bases del esquema de MONTERO. En ese contexto comunicativo, la norma de comportamiento es el criterio de atribución de sentido. Las acciones del ciudadano no tienen, dentro de dicho contexto, ningún sentido si no se las interpreta a la luz de dichas normas[207]. De esa interpretación pueden resultar, básicamente, dos cosas: que se

---

[202] Ibid., p. 107.
[203] Ibid., p. 112.
[204] Ibid., p. 114.
[205] El autor afirma que, conforme a su reconstrucción, la libertad de voluntad se entiende en un sentido «normativo»: «La voluntad libre es, para decirlo con PAWLIK, un "producto cultural de atribución", cuyo contenido es la "*capacidad de orientarse en el propio actuar según razones que sean (...) socialmente comprensibles*". *Por esa razón, el hecho de que el comportamiento del agente pueda estar causalmente determinado no impide que también se lo interprete como producto de una decisión libre;* "*la verdad del determinismo no obsta a la libertad de voluntad*" (ibid., p. 116, cursivas en el original).
[206] Ibid., pp. 117-118.
[207] «Para decirlo con un ejemplo: apretar el gatillo de un arma de fuego es un suceso que alguien puede describir como un disparo maestro, como una venganza de honor familiar o como una acción típica y

considere que el ciudadano ha cumplido con la norma de comportamiento o que, por el contrario, la ha infringido.

Según el autor ahora estudiado, una y otra opción son actos de comunicación que expresan algo relevante. Así, cuando el ciudadano actúa conforme a la norma de comportamiento, habrá cumplido con su deber de cooperar al mantenimiento del orden de libertad jurídicamente garantizado: «[c]on ese comportamiento, el ciudadano expresa una toma de posición favorable a lo requerido por la norma y, en esa medida, reconoce su fuerza vinculante, contribuyendo así a la construcción colectiva del orden institucionalizado de libertades»[208]. Si, por el contrario, infringe la norma de comportamiento, su toma de posición habrá resultado contraria al deber de contribuir al mantenimiento de ese orden de libertad jurídicamente garantizado y, por lo tanto, a la norma como pauta de conducta vinculante.

De darse esta última situación, el Estado podrá reaccionar a través de la realización de otro acto comunicativamente relevante: la imposición de la pena[209]. MONTERO da, en este momento, un paso más en su caracterización de la pena estatal y la define como un «reproche merecido»[210]: se trata, pues, de un acto de desaprobación que se impone porque se ha incumplido el deber ciudadano de cooperación. El autor caracteriza a la sanción estatal de ese modo porque, con ello, «se bloquea la posibilidad de justificar su realización recurriendo a las consecuencias extrínsecas y, por definición contingentes» que a través de ella se puedan conseguir[211].

MONTERO aclara que las «consecuencias extrínsecas» a las que se refiere son fundamentalmente los efectos preventivos de otros delitos, ya se den sobre el delincuente, ya sobre el resto de la sociedad[212]. En su opinión, una justificación tal es problemática porque, para empezar, la producción de esos efectos no depende exclusivamente de la formulación del reproche penal, sino de muchos otros condicionantes. Y, para seguir, porque, a su juicio, aún no se han

antijurídica de homicidio. Pero para que esto último sea posible, resulta indispensable contar con una norma de comportamiento en virtud de la cual esa conducta aparezca como infractora. El puro disparo es, en sí mismo, nada y –por eso–, puede *ser*, en concreto, todas esas cosas» (ibid., p. 119, cursivas en el original).

[208] Ibid., p. 121.

[209] Aquí, MONTERO introduce una idea interesante. A su juicio, el hecho de que la pena se imponga como reacción al incumplimiento por parte del ciudadano de su deber de cooperación no quiere decir que la sanción estatal esté dirigida a obtener el cumplimiento de ese deber de modo coactivo. El deber en cuestión ya se ha incumplido y la imposición de la pena no puede cambiar ese hecho. Esto no quiere decir, con todo, que el ciudadano quede completamente desligado de su tarea en el momento en el que comete un delito. En opinión de MONTERO, cuando se infringe la norma de comportamiento, el deber de cooperación se transforma en otro *funcionalmente equivalente*: el de soportar la coacción punitiva (ibid., pp. 126-127). Aunque esta idea es sugerente, creo que tiene que hacer frente a objeciones como la existencia del derecho constitucional a la defensa y a no declarar contra uno mismo o a no confesarse culpable.

[210] Ibid., p. 133.

[211] Ibid., p. 134.

[212] Ibid.

estudiado empíricamente (o, al menos, no con la debida profundidad) ni la producción de esos efectos ni, en su caso, su imputación a la pena como factor causal[213].

La única consecuencia que MONTERO deriva de la imposición de la pena es una prestación intrínseca; es decir, que no está llamada a generar ningún efecto fuera del esquema comunicativo al que circunscribe su tesis. Esta consecuencia es lo que él denomina la «confirmación dinámica del Derecho». Para este autor, cuando la pena se impone, se produce la reafirmación del orden jurídico vulnerado. Esta idea es similar a la mantenida por GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA, quienes, como se ha visto, hablaban de la confirmación de la *vigencia* de la norma quebrantada[214]. Sin embargo, la postura de MONTERO presenta, de nuevo, un matiz interesante.

En su opinión, con la imposición de la pena no sólo se confirma la norma de comportamiento como pauta de conducta que los ciudadanos deben observar en sus relaciones, sino también todo el Derecho como práctica colectiva. Por decirlo con sus palabras: «[l]o que se confirma, entonces, es tanto el contenido previo de la norma de comportamiento quebrantada, como también y en mayor medida, la autoridad o validez del Derecho, entendido este como una praxis colectivamente construida y destinada a la asignación de sentido al comportamiento jurídico-penalmente relevante; esto es, como instrumento que permite distinguir lo prohibido de lo permitido, lo punible de lo no punible y, por tanto, asignando o quitando contenido a la norma de comportamiento y ámbito de aplicación a la norma de sanción»[215].

---

[213] Ibid., p. 135. Pese a que hay algunos aspectos de su reflexión que comparto en este punto, no comprendo en qué consiste, exactamente, el argumento de MONTERO para rechazar una justificación de la pena basada en la obtención de «consecuencias extrínsecas» como la prevención de delitos. Así, el autor sostiene, en primer lugar, que los efectos preventivos de la pena son una cuestión que, «salvo honrosas excepciones», no han sido objeto de estudio por la doctrina. De modo que concede que la cuestión se ha estudiado, pero que, en su opinión, se ha estudiado poco. Es más, de inmediato, cita algunas referencias sobre estudios que se han elaborado en esa dirección y concluye afirmando que «[l]a existencia de los efectos empíricos de la punición (positivos y negativos) es algo que nadie puede desconocer y que, de hecho, deben ser tenidos muy en cuenta para un sinfín de consideraciones adicionales» (ibid.). Es decir, que la crítica no parece ir dirigida tanto al hecho de que la pena *pueda contribuir* a generar esos efectos preventivos (cuestión que, en atención a la frase transcrita, no discute), como al hecho de que sea el factor decisivo en su causación. De ser ese el argumento, podría objetarse a MONTERO que ese problema lo tiene también una teoría de la pena que, como la suya, legitima el recurso a la sanción estatal en la producción de una «consecuencia intrínseca» como «la confirmación dinámica del Derecho»; como se verá de inmediato en el texto, según su teoría, la pena no es el único instituto que puede dar lugar a esa confirmación. De hecho, el trabajo de MONTERO es una búsqueda de «equivalentes funcionales de la pena»; es decir, de instituciones que cumplan, ya sea total, ya sea parcialmente, la misma función que la pena. El problema, por tanto, subsistiría. Por lo demás, coincido con él en que ciertas teorías preventivas (en concreto, algunas vertientes de las teorías de la prevención general positiva) tienen que hacer frente a importantes objeciones si se las pretende considerar como teorías *preventivas* (sobre ello, ver apartado 4.6.2. *infra*).

[214] Recuérdese la distinción entre «vigencia fáctica» y «vigencia normativa» introducida más arriba. Como tuvo ocasión de comprobarse, para estas dos autoras la pena reafirma la primera (ver nota 186).

[215] Ibid., p. 138.

4.4.2. Los rasgos fundamentales de los equivalentes funcionales de la pena en su sistema

Hechas estas consideraciones, MONTERO se embarca en la búsqueda de «equivalentes funcionales» de la pena tomando en consideración el modo en que ha definido a esta última. En aplicación del método del «funcionalismo de las equivalencias» de LUHMANN[216], el autor se propone encontrar determinados comportamientos postdelictivos que, «previstos o no en el Derecho positivo»[217], también estén en disposición de cumplir con la función comunicativa –expresiva del reproche del delito y de la «confirmación dinámica del Derecho»– que se ha asociado a la pena. En su opinión, los comportamientos en cuestión, para poder ser considerados «equivalentes funcionales» de la pena retributiva, deben reunir tres condiciones.

En primer lugar, deben ser llevados a cabo por un agente capaz de lenguaje. Esto quiere decir que el sujeto que los realiza debe ser alguien con capacidad para comunicar en el sentido jurídico-penal descrito en el epígrafe anterior. MONTERO alude en este punto tanto al ciudadano –al cual, como también se ha visto antes, se le presume libertad de voluntad[218]– como, en su caso, al Estado[219]. La inclusión de este último tiene sentido en el sistema de MONTERO en la medida en que, como se verá, para este autor no sólo pueden ser equivalentes funcionales de la pena los comportamientos postdelictivos llevados a cabo por el infractor de la norma de comportamiento, sino que también pueden desempeñar ese papel ciertas acciones realizadas por el Estado.

---

[216] Cuyos lineamientos generales desarrolla en ibid., pp.45-50. MONTERO concibe al funcionalismo de las equivalencias como un método de comparación entre alternativas posibles que no pretende establecer, necesariamente, relaciones causales entre ellas. Dice el autor que, en el funcionalismo de las equivalencias, el concepto de «función» se emplea en un sentido «formalizado». Para MONTERO, una función es, sencillamente, «un enunciado abierto compuesto por un predicado y un objeto directo que representan, respectivamente, la constante y la variable de la función». El ejemplo de función que él emplea es «"x" es azul», donde «x» es la variable y «es azul» es la constante. A partir de este concepto de función, es posible, a su juicio, comparar distintas variables. Podrá decirse que esas variables son funcionalmente equivalentes siempre que el predicado resulte ser cierto. Es lo que sucedería en el ejemplo si «x» se sustituye por «el cielo» o por «el coche» (siempre que, en este último caso, claro está, el coche sea, efectivamente, azul). MONTERO concluye su exposición sobre este método de comparación indicando que no puede operar en el vacío, sino que tanto la constante como las variables deben estar insertas en un determinado soporte teórico a la luz del cual probar la verdad o falsedad del predicado. Puede ocurrir, por tanto, que sí sea necesario acreditar una relación de causalidad para que el predicado sea cierto. Pero también puede suceder que no lo sea. En el trabajo ahora comentado, ese soporte es, precisamente, la teoría «retributivo-comunicativa» de la pena explicada en el texto. En la medida en que, como se ha visto, MONTERO aboga por que la justificación del reproche penal no debe buscarse en las «consecuencias extrínsecas» derivadas de su imposición –la prevención de delitos–, el autor prescinde de buscar estas relaciones en su análisis. Al final, por tanto –y esto es algo que el mismo MONTERO concede–, a través de este esquema el autor sólo está en disposición de comprobar si la pena, tal y como él la concibe, y los posibles equivalentes funcionales, tal y como él los concibe, se encuentran en un mismo «universo del discurso».

[217] Ibid., p. 157.

[218] Más adelante, cuando intenta ubicar la legítima defensa como equivalente funcional de la pena, parece equiparar la exigencia de «sujeto capaz de lenguaje», cuando se predica del ciudadano, a la culpabilidad. En su opinión, la legítima defensa no podrá cumplir con este papel de equivalente funcional cuando quien se defienda sea un inimputable. Ibid., pp. 169-170.

[219] Ibid., pp. 168-169.

En segundo lugar, los comportamientos deben estar comunicativamente vinculados al injusto culpable precedente. En lo que interesa, esto quiere decir que el comportamiento postdelictivo debe ser una «toma de posición contraria o revisionista» respecto de la acción delictiva previa. Para MONTERO, esto debe ser así en la medida en que el delito, según su esquema, es una toma de posición contraria a la norma de comportamiento y, en el fondo, al deber ciudadano de cooperar al mantenimiento del orden jurídico de libertad. La pena, como se ha visto, reprocha esa toma de posición y «confirma dinámicamente» el orden en cuestión. Si se trata de buscar un equivalente funcional de la pena, es preciso que el comportamiento del agente desautorice esa toma de posición contraria a la norma de comportamiento y confirme el orden vulnerado[220].

Por último, en su opinión, el comportamiento postdelictivo no puede consistir en otro delito. Ello porque, si se trata de llevar a cabo un comportamiento que restablezca la norma de comportamiento y el Derecho como praxis colectiva, esto difícilmente se podrá conseguir si el agente perpetra, precisamente, una nueva infracción normativa[221].

4.4.3. Ejemplos concretos de equivalentes funcionales de la pena. El requisito de la «voluntariedad»

A partir de aquí, MONTERO propone diferentes ejemplos concretos de posibles equivalentes funcionales de la pena retributiva. Como se ha anticipado, algunos de esos equivalentes son comportamientos postdelictivos llevados a cabo por el Estado. Entre ellos, menciona la prisión provisional[222] o la dilación extraordinaria e indebida del procedimiento[223] –la cual, como es sabido, en el Derecho español puede dar lugar a la atenuación de la pena *ex* art. 21.6ª CP–. La gran mayoría, en cambio, son comportamientos postdelictivos llevados a cabo por el propio infractor. Entre estos últimos, el autor menciona, al igual que varios de los autores estudiados en las páginas precedentes, tanto el desistimiento en la tentativa como las atenuantes genéricas de confesión y reparación del daño[224].

Junto a estas figuras, el autor incluye múltiples institutos de la parte especial del Código Penal. Entre ellos, cabe destacar dos figuras comprendidas en el objeto de esta investigación: la eximente para el particular que denuncia el delito de cohecho (art. 426 CP) y la atenuante de reparación y colaboración con las autoridades en el delito de malversación (art. 434 CP). También incluye las atenuantes por colaboración con las autoridades previstas para los delitos contra la salud pública

[220] Ibid., p. 170.
[221] Ibid., pp. 170-171.
[222] Ibid., p. 173.
[223] Ibid., p. 175.
[224] Ibid., p. 173.

(art. 376 CP), de integración en organización o grupo criminal (art. 570 quater.4 CP) o de terrorismo (art. 579 bis.3 CP)[225].

MONTERO no llega a desarrollar su teoría con respecto a todos estos posibles equivalentes funcionales, sino que sólo se centra en algunos de ellos. En lo que interesa a esta investigación, el autor no llega a pronunciarse –al menos no directamente– sobre los incentivos para la colaboración con las autoridades. En cambio, sí tiene la oportunidad de tratar dos figuras que están, hasta cierto punto, emparentadas con ellos. Se trata de la eximente por regularización en el delito fiscal (art. 305.4 CP) y la atenuante genérica de confesión (art. 21.4ª CP).

De un modo similar a como, según se ha visto, han realizado FARALDO CABANA, GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA, MONTERO asume que, a la hora de interpretar estas figuras, hay dos opciones: o bien se considera que tienen un fundamento «utilitarista», o bien se considera que tienen un fundamento «jurídico-penal» vinculado al cumplimiento de los fines de la pena. A su juicio, sólo si se mantiene la segunda interpretación es posible contemplar estas figuras como equivalentes funcionales de la pena retributiva[226].

Adoptar este enfoque le lleva a exigir que, en estos dos institutos, se tenga que cumplir un requisito que las autoras anteriores –con diferentes grados de precisión– también exigían: la «voluntariedad». El tratamiento que MONTERO da a esta condición es similar al proporcionado por GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA, aunque su postura contiene algunas variaciones importantes.

Así, MONTERO también considera que la exigencia de voluntariedad no debe interpretarse en el sentido de que el comportamiento postdelictivo del infractor esté impulsado por determinados móviles[227]. En su opinión, la mejor o peor valoración ética de los motivos en virtud de los cuales actúa el culpable es irrelevante para conceder la atenuación o la exención[228]. La voluntariedad, en cambio, debe vincularse a uno de los presupuestos de la teoría de la pena asumida: la libertad de voluntad de los ciudadanos[229].

A partir de estas ideas, MONTERO deriva las dos exigencias cuyo cumplimiento, en su opinión, condiciona la voluntariedad del comportamiento postdelictivo del culpable. La primera es la ausencia de coacciones. Esta primera exigencia conforma lo que MONTERO denomina «dimensión

[225] Ibid.
[226] Así, para la regularización, ver ibid., pp. 355-362. También expone estas ideas en MONTERO, F.: «La regularización…, *op. cit.*, 2020, pp. 317-324. Por su parte, para la confesión, ver MONTERO, F.: *Equivalentes…*, *op. cit.*, 2023, pp. 402-412.
[227] Téngase presente, eso sí, la observación crítica que se hizo a la postura de GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA en este sentido. Al respecto, ver los últimos dos párrafos del apartado 4.3.2. *supra*.
[228] MONTERO, F.: *Equivalentes…*, *op. cit.*, 2023, p. 366; EL MISMO: «La regularización…, *op. cit.*, 2020, p. 334.
[229] MONTERO, F.: *Equivalentes…*, *op. cit.*, 2023, pp. 367 y 418-419.

cuantitativa de la voluntariedad». La segunda es la necesidad de que el comportamiento postdelictivo pueda percibirse como una toma de posición revisionista con respecto a la infracción de la norma de comportamiento. Este otro requisito configura lo que MONTERO llama «dimensión cualitativa de la voluntariedad».

Dentro de la «dimensión cuantitativa» de la voluntariedad, MONTERO distingue dos aspectos. Por un lado, las acciones que, en un estado de ausencia de coacciones, puede realizar el agente. A este aspecto lo denomina «libertad para». Por otro lado, los factores coercitivos cuya presencia, *en principio*, excluye la voluntariedad del agente. A este segundo aspecto lo llama «libertad respecto de»[230]. Al distinguir entre estas dos dimensiones, MONTERO llega a la siguiente conclusión. *En principio*, la presencia de un elemento que se pueda considerar factor coercitivo excluye la voluntariedad. Sin embargo, eso no ha de ser necesariamente así. Puede ocurrir que, pese a la presencia de alguno de estos factores, el sujeto aún haya podido obrar sin ser influido por ellos. Por lo tanto, la voluntariedad es algo que, hasta cierto punto, depende de los condicionantes de cada caso.

Esto se ve con especial claridad en su análisis sobre la regularización tributaria. En su opinión, la presencia de las llamadas «causas de bloqueo» del art. 305.4 CP[231] excluirá, *en principio*, la dimensión cuantitativa de la voluntariedad y, por lo tanto, el comportamiento no podrá reputarse voluntario. Ahora bien, tal y como están redactadas, esas causas de bloqueo pueden darse sin que efectivamente, ejerzan ningún tipo de influencia sobre la voluntad del obligado tributario[232]. MONTERO pone el ejemplo del sujeto que se persona en la Administración manifestando su pretensión de regularizar pero que, al desconocer todos los datos necesarios sobre la defraudación cometida, no puede cumplir todos los requisitos necesarios para ello en ese momento. Pese a ello, se compromete a aportar la información necesaria y pagar cuanto sea preciso cuando le sea posible. Si, con posterioridad a efectuar esa declaración, pero antes de cumplir con los requisitos exigidos por el Código Penal para llevar a cabo la regularización se da una causa de bloqueo,

[230] Sin perjuicio de que MONTERO desarrolle estos dos aspectos, en mayor o menor grado, con ocasión del análisis de todos los posibles equivalentes funcionales sobre los que reflexiona, donde mejor explica esta distinción es en su estudio sobre el desistimiento. Sobre el particular, MONTERO, F.: *Equivalentes…*, *op. cit.*, 2023, p. 285.

[231] Se trata de los límites preclusivos a los que el art. 305.4 CP constriñe las posibilidades de regularizar. El sujeto que pretenda quedar exento debe, por tanto, llevar a cabo las acciones requeridas por el precepto antes de que se dé alguna de estas circunstancias: la notificación al obligado tributario, por parte de la Administración, del inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización; la interposición de querella o denuncia contra él por parte del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o la Administración de que se trate, o la realización de actuaciones por parte del Ministerio Fiscal o del Juez de Instrucción que le permitan tener conocimiento formal de la incoación de las diligencias.

[232] Esta es una cuestión de la que también se ha ocupado LANDERA LURI, M.: *Excusas…*, *op. cit.*, 2018, pp. 117-121.

MONTERO considera que, en ese caso, la regularización que finalmente se lleve a cabo aún habría de considerarse voluntaria[233].

MONTERO también menciona las consecuencias que podrían darse en el supuesto contrario. Es decir, aquella situación en la cual, pese a que no se ha producido ninguna de las causas de bloqueo del art. 305.4 CP, el obligado tributario conoce que existe un procedimiento en su contra. En su opinión, en este caso el comportamiento del infractor no se reputaría voluntario. Por lo tanto, no podría quedar exento de pena. Aun así, concede que, en un caso como ese, la carga de la prueba debe recaer en quien alegue la falta de voluntariedad[234].

Algo distinto es su tratamiento de la dimensión cuantitativa de la voluntariedad en la atenuante de confesión. No hay que olvidar que el art. 21.4ª CP condiciona la concesión de la atenuación a que el sujeto actúe antes de que *conozca* que el procedimiento se dirige contra él. Por lo tanto, en este caso, la presencia del factor coercitivo excluirá siempre la voluntariedad del comportamiento del culpable. Esto no impide a MONTERO realizar un análisis de casos hipotéticos a través de la distinción de los dos elementos de este límite preclusivo. Los dos elementos en cuestión son, por un lado, la existencia de un procedimiento judicial dirigido contra el agente (al que llama «elemento objetivo-procesal») y, por otro, el conocimiento que de ello tenga el agente (al que llama «elemento subjetivo-intelectual»)[235].

MONTERO imagina dos grandes bloques de situaciones en función de la concurrencia o no del elemento objetivo-procesal. Uno de ellos engloba los supuestos en los cuales el proceso aún no se ha iniciado o, habiéndose iniciado, no se dirige contra el culpable. El otro, los supuestos en los cuales el proceso se ha iniciado y, además, se dirige contra el culpable. Dentro de cada bloque, se distingue en función de si el culpable conoce o no la presencia o ausencia del elemento objetivo-procesal. Esto determina el análisis de cuatro posibles situaciones.

La primera es el caso en el que no se haya iniciado el procedimiento y el culpable conozca esta circunstancia. En opinión de MONTERO, si, en ese caso, el infractor confiesa, su actuación se ha de reputar voluntaria y, por tanto, deberá obtener la atenuación. En palabras de MONTERO, es el supuesto regulado por el legislador, por lo que su resolución no ofrece grandes dificultades[236].

Distinto es el supuesto en el cual, pese a que el procedimiento aún no se ha iniciado o, habiéndose iniciado, no se dirige contra el culpable, el sujeto cree, erróneamente, que hay un

[233] MONTERO, F.: *Equivalentes…*, *op. cit.*, 2023, p. 369; EL MISMO: «La regularización…, *op. cit.*, 2020, p. 366.
[234] MONTERO, F.: *Equivalentes…*, *op. cit.*, 2023, pp. 369-371; EL MISMO: «La regularización…, *op. cit*., 2020, pp. 366-368.
[235] MONTERO, F.: *Equivalentes…*, *op. cit.*, 2023, p. 421.
[236] Ibid.

proceso judicial en marcha y que, además, se dirige contra él. Aquí, MONTERO distingue entre dos situaciones en función de cómo de «epistémicamente fundado» sea el error del culpable. Si es un error basado en motivos inválidos desde el punto de vista intersubjetivo, en ese caso la voluntariedad no quedaría excluida. Ni siquiera, aunque el factor en cuestión haya podido tener una notable presión psicológica en el sujeto. El autor pone el ejemplo del asesino en «El corazón delator», de Edgar Allan Poe, quien confiesa su crimen por imaginar, alucinadamente, que el corazón de su víctima late bajo las tablas del suelo y que todos pueden oírlo[237]. Por el contrario, si se trata de un supuesto en el que el error es intersubjetivamente válido, en tal caso, dice MONTERO, no podrá hablarse de una confesión voluntaria. En consecuencia, no se podrá atenuar la pena del culpable. Aquí, el autor pone como ejemplo el caso de un interviniente en un hecho delictivo que conoce que se ha incoado un procedimiento contra uno de sus compañeros. Además, el primero sabe que a este último la autoridad le ha ofrecido un trato privilegiado para el caso de que decida colaborar en la identificación del resto de partícipes. Si, en ese caso, el primer interviniente, contra el que aún no se dirige el procedimiento, decide confesar, su pena, según MONTERO, no se podrá reducir *ex* art. 21.4ª CP[238].

Un tercer grupo de situaciones hace referencia a aquellos casos en los que hay un procedimiento incoado y que se dirige, efectivamente, contra el culpable. En estos casos, además, el culpable conoce que el proceso está en marcha y que se dirige contra él. Este vuelve a ser un caso fácil que cae fuera del ámbito de aplicación del art. 21.4ª CP. Si el culpable confiesa su infracción, no se le podrá atenuar la pena[239].

El último escenario que imagina MONTERO es aquel en el que hay un procedimiento incoado contra el culpable, pero éste desconoce esta circunstancia. Aquí MONTERO vuelve a diferenciar en función de cómo de «epistémicamente fundado» esté ese desconocimiento. Si existen motivos intersubjetivamente válidos para dudar de que haya un procedimiento incoado o que éste se dirige contra el culpable, entonces no hay ningún obstáculo, en opinión del autor, para considerar voluntaria la confesión. En cambio, si esos motivos no existen, la confesión no será voluntaria, según MONTERO. Como ejemplo de este último grupo de supuestos, el autor imagina el caso de un sujeto que comete un delito en la vía pública, frente a numerosos testigos y ante varias cámaras de videovigilancia que están ubicadas de tal modo que todo el mundo conoce su existencia[240].

Queda por ver qué consecuencias deriva MONTERO de la «dimensión cualitativa» de la voluntariedad. Como se ha anticipado, el autor interpreta esta dimensión en el sentido de que el comportamiento postdelictivo debe constituir una revisión de la toma de posición contraria al

[237] Ibid., p. 422.
[238] Ibid.
[239] Ibid., p. 423.
[240] Ibid.

ordenamiento jurídico que supuso el delito. Se trata, en definitiva, de que su acción pretenda, de un modo u otro, «revocar» el injusto culpable precedente[241]. Veamos qué implica esto en concreto para las dos figuras que se están estudiando.

En opinión de MONTERO, la regularización carecerá de esta dimensión (y, por lo tanto, no será voluntaria), si el dinero que se utiliza para el pago de las deudas tributarias procede, a su vez, de otro delito, como la receptación[242]. Recuérdese, como se ha visto más arriba, que, para MONTERO, el comportamiento postdelictivo no puede consistir en otro delito si se pretende que éste sea un equivalente funcional de la pena retributiva. Por lo tanto, en lo que concierne a la regularización, esta exigencia no añade nada nuevo.

Su análisis de la confesión es, en cambio, algo más detallado. En su opinión, no podrá considerarse que ésta cumple con la nota de voluntariedad si la afirmación de la responsabilidad por el delito no se hace con la pretensión de revocar el mal previamente hecho, sino con la de reivindicarlo. Pone el ejemplo de las organizaciones terroristas que, tras cometer un atentado, afirman estar detrás de él para que no haya dudas de que, efectivamente, se trataba de un acto de terrorismo[243]. También menciona a los delincuentes por convicción que, cuando confiesan, muestran una posición de rechazo a las normas vigentes[244].

4.5. Valoración global de la «concepción esencialista»

Desde mi punto de vista, ninguna de las construcciones que se han expuesto en las páginas anteriores resulta convincente como crítica frente a los incentivos para la colaboración con las autoridades. Varias razones justifican, en mi opinión, este parecer.

4.5.1. En general: el escaso rendimiento crítico de la apelación a la teoría de la pena

Para empezar, creo que en la mayoría de las posturas estudiadas se sobrevalora el rendimiento crítico de las teorías de la pena frente a otros posibles argumentos. Como se ha tenido ocasión de comprobar, muchos de los autores estudiados consideran que, a la hora de aproximarse a los fenómenos de atenuación o exención por comportamientos postdelictivos, sólo hay dos posibles

[241] Ibid., p. 372 y 424.
[242] Ibid., p. 372.
[243] Ibid., pp. 424-425. Tampoco aquí creo que esta exigencia añada nada, aunque por motivos distintos a los mencionados a la hora de comentar la posición de MONTERO sobre la regularización tributaria. El art. 21.4ª CP exige que la confesión se realice «a las autoridades». Si se trata de una reivindicación a través de los medios de comunicación o de las redes, como en ocasiones han hecho algunas organizaciones terroristas, parece claro que en ese caso no estaremos ante una confesión merecedora de una atenuación, pero no porque no sea «voluntaria» (lo cual es algo que, debe recordarse, no exige el Código Penal), sino porque no encaja en la letra del art. 21.4ª CP.
[244] Ibid. Esta exigencia, en cambio, me parece más conflictiva. De ello se hablará de inmediato en el texto, aunque se anticipa ya que los argumentos que se esgrimirán contra este requisito son similares a los que se emplearon para criticar la postura de GARRO CARRERA sobre la exigencia de «voluntariedad» en la confesión (en concreto, de lo que ella llama «dimensión positiva de la voluntariedad»).

opciones. Una es la que considera que, a través de esta clase de figuras, se trata de satisfacer algún interés «extrapenal». Como es una explicación que se basa en criterios supuestamente ajenos al Derecho penal, es rechazable. Frente a esta explicación, se esgrime la preferida: entender que, en estos casos, el comportamiento del infractor cumple total o parcialmente con los fines de la pena, sean cuales sean éstos. A esta explicación, como se ha visto, se la suele denominar «jurídico-penal», como si, acaso, fuera la única admisible para el Derecho penal.

Pues bien, a esta forma de argumentar se le puede objetar que pretende convertir a los fines de la pena en el criterio fundamental para distinguir lo que al Derecho penal *debe interesarle* de aquello que no. En mi opinión, esto puede cuestionarse desde cualquiera de las posiciones doctrinales analizadas hasta el momento.

Los argumentos de Javier WILLENMANN son, en mi opinión, pertinentes para esta tarea. En un trabajo de 2017, este autor se propuso criticar el rendimiento argumentativo de las teorías de la pena en la dogmática penal. Para ello, divide las teorías de la pena en dos grandes grupos.

Por un lado, se encontrarían las «teorías de la pena ricas en contenido». En su opinión, estas teorías son aquellas que asocian a la pena estatal la producción de un bien moral específico. Su aplicación argumentativa conllevaría una transferencia de lógicas desde la reflexión moral o filosófica a la jurídica; de ahí que las considere potencialmente útiles para la argumentación en este último campo. Como ejemplo, WILLENMANN trae a colación las teorías de la pena que legitiman el recurso a la sanción estatal en la evitación de delitos o en la realización de una idea de justicia. Este tipo de teorías constituye el objeto de su crítica[245].

El autor contrapone a este tipo de teorías las que él llama «teorías vacías de contenido». A este tipo de teorías, WILLENMANN les niega, *ab initio*, cualquier capacidad de rendimiento dogmático. Por ello, no forman parte del objeto de su crítica. Para este autor, las teorías vacías de contenido son aquéllas que renuncian a atribuirle a la pena una finalidad predeterminada y, por tanto, delegan la definición de su función a otro nivel. En consecuencia, cuando se emplea como argumento la apelación a este tipo de teorías, no se produce ninguna transferencia de lógicas de razonamiento. Como ejemplo de este último grupo, WILLENMANN menciona las teorías que pretenden legitimar el castigo estatal en una descripción abstracta de fines como «la confirmación de la autoridad del soberano» o, en términos más actuales, «la confirmación de los valores del ordenamiento

[245] WILLENMANN, J.: «Contra las prácticas argumentativas de apelación a la "teoría de la pena" en la dogmática penal», en *Política criminal*, vol. 12, n.º 24, 2017, p. 759. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v12n24/0718-3399-politcrim-12-24-00754.pdf [Consulta: 06/07/2024].

jurídico». En opinión de WILLENMANN, en este tipo de teorías suele faltar una definición completa de la «autoridad», el «Derecho» o el «orden normativo» que, se supone, la pena confirma[246].

Hechas estas consideraciones, creo que es buen momento para realizar una breve recapitulación. Más arriba se vio cómo DE VICENTE REMESAL, FARALDO CABANA, ASÚA BATARRITA y GARRO CARRERA abogaban, expresamente, por un entendimiento preventivo de la pena –con los matices que más adelante se harán–. Este tipo de teorías encajan en el tipo que WILLENMANN considera como «teorías ricas en contenido». Por tanto, pueden ser examinadas a la luz de las críticas que este autor les dedica en el artículo que se ha mencionado.

Los argumentos de WILLENMANN son los siguientes. Uno de los cometidos que habitualmente se asocia a la teoría de la pena es su capacidad para individualizar a la dogmática penal de otras disciplinas jurídicas[247]. Esto es, en mi opinión, justo lo que hacen los autores de esta línea «esencialista»: como se ha visto, dichos autores defienden que la única interpretación correcta de las atenuantes y eximentes por comportamientos postdelictivos –entre las que se encuentran los incentivos para la colaboración con las autoridades– es la que resulta conforme con los fines de la pena. Todo lo que no se ajuste a esos fines sería una interpretación fundada en criterios «extrapenales» y, por lo tanto, impertinente para la dogmática jurídico-penal.

WILLENMANN señala que, para que la teoría de la pena pueda tener rendimiento en este sentido, sería preciso que algo en su orientación sirviera para individualizar al Derecho penal, como rama del ordenamiento jurídico, frente a otras parcelas del Derecho. Sólo eso podría distinguir, como método, a la dogmática penal de las disciplinas que estudian el resto de las ramas jurídicas[248].

Recuérdese que el objeto de crítica del autor son sólo las teorías que ha caracterizado como ricas en contenido. Recuérdese, también, que el autor ubica entre ellas a las teorías que legitiman la pena en la medida en que previene delitos. Y recuérdese, por último, que, al menos por ahora, se ha considerado que tanto DE VICENTE REMESAL como FARALDO CABANA, ASÚA BATARRITA y GARRO CARRERA abogan por una teoría preventiva de la pena.

Pues bien, creo, con el autor, que es muy discutible que el Derecho penal, como rama del ordenamiento jurídico, sea la única con una orientación preventiva de conductas. Este es un rasgo que resulta predicable también, por lo menos, del Derecho administrativo sancionador[249]. La

[246] Ibid.
[247] WILLENMANN califica a esta aplicación de la teoría de la pena como «meta-dogmática» (ibid., p. 761).
[248] Ibid., p. 762.
[249] Ibid., pp. 762-764. Mantiene una concepción similar LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: «Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador», en JORGE BARREIRO, A., *et al*.: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 168-169.

apelación a estas teorías no parece tener, por lo tanto, el suficiente rendimiento como para diferenciar a la dogmática penal de otro tipo de disciplinas jurídicas. Siendo esto así, no parece haber ninguna razón concluyente que permita considerar a los argumentos construidos sobre la teoría (preventiva) de la pena de mejor calidad frente a los construidos con base en otro tipo de reflexiones. Dicho de otro modo: no parece haber motivos de peso para preferir la interpretación «jurídico-penal» –esto es, la apegada a los fines (preventivos) de la pena– frente a la «extrapenal» –esto es, la que se aleja de esos fines– si, como se acaba de ver, los fines (preventivos) de la pena no son algo que distinga especialmente al Derecho penal como rama del ordenamiento de otras parcelas del Derecho.

4.5.2. En particular: las consecuencias indeseables de orientar la crítica en función del grado de cumplimiento de los fines de la pena

Dicho esto, creo que es posible reaccionar a este argumento de la siguiente forma. Es cierto que los autores aludidos hasta aquí –con la excepción de Federico MONTERO– consideran que el criterio de legitimación de la pena es la prevención. Ahora bien, salvo DE VICENTE REMESAL, que le concede un cierto peso a la intimidación penal, tanto FARALDO CABANA como GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA, afirman que la teoría de la pena que mejor explica la atenuación o exención por el desempeño de comportamientos postdelictivos es la prevención general positiva.

Me parece conveniente puntualizar un poco más. Para FARALDO CABANA, la pena cumple, entre otros cometidos, una «función socio-pedagógica» a través de la cual se logra «el mantenimiento de los valores comunitarios». Por su parte, GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA sostienen que la pena sirve para «restablecer, en el plano comunicativo, la *vigencia* de las normas»[250]. Estas teorías, supuestamente preventivas, están muy cerca de la que recientemente ha defendido MONTERO, quien, como se vio más arriba, considera que la pena «confirma dinámicamente el Derecho como praxis colectiva» y, sin embargo, aboga, de manera expresa, por una teoría retribucionista[251].

---

[250] Recuérdese lo que se ha dicho más arriba sobre la interpretación del término «vigencia» en la construcción de estas autoras (ver nota 186).

[251] Varios autores han puesto de relieve la relación entre las teorías de la prevención general positiva y la retribución. El paralelismo que se acaba de hacer en el texto no debe resultar, por ello, sorprendente. Por ejemplo, además de SILVA SÁNCHEZ, a quien se citó más arriba en este sentido, han señalado esta semejanza FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general.* BdeF: Buenos Aires, 2014, pp. 55-63, y ALCÁCER GUIRAO, R.: ««Los fines…, *op. cit.*, 1998, p. 374. Esto, de todos modos, es un rasgo que no habla demasiado bien de las teorías de la prevención general positiva *como teorías preventivas*. En efecto, no me parece muy convincente considerar que la finalidad que cumple la pena es la de prevenir delitos y, al mismo tiempo, afirmar que esta prevención sólo va a tener efectos en un plano comunicativo o, en el mejor de los casos, en una especie de «psicología social». Si uno pretende legitimar la pena en la medida en que contribuye a evitar delitos, debe estar abierto a la comprobación empírica de esa afirmación. Una cuestión bien distinta es que esa comprobación sea sencilla. Como se verá en el Cap. IV, quienes, en Alemania, han escrito sobre los incentivos a la colaboración con las autoridades, han criticado el recurso a estas teorías como praxis argumentativa. En España también ha puesto de manifiesto

WILLENMANN, como se ha visto, descarta como objeto de su crítica a las teorías que defienden fines tan abstractos que, en su opinión, carecen, desde el principio, de cualquier rendimiento argumentativo. Para él, este tipo de teorías son las que legitiman la pena en ideas como «la confirmación de los valores del ordenamiento jurídico». Esa expresión es bastante parecida a las que emplean los autores a los que se acaba de hacer mención. Podría alegarse que el argumento de que una teoría es «demasiado vaga» como para tener rendimiento dogmático, si no se desarrolla más, no es demasiado convincente.

Incluso dando por buena esta respuesta a la observación de WILLENMANN, creo que sigue habiendo buenas razones para no recurrir a la teoría de la pena como argumento para criticar a los incentivos para la colaboración con las autoridades. Ello porque, si este argumento se mantiene de forma consistente, lleva a consecuencias indeseables. Veamos esto con detenimiento.

Como se ha dicho en varias ocasiones a lo largo del capítulo, los autores antes citados consideran que todas las atenuantes y eximentes por comportamientos postdelictivos –género al cual pertenecen, como especie, los incentivos para la colaboración con las autoridades– poseen el mismo fundamento: el cumplimiento, total o parcial, de los fines de la pena. En consecuencia, proponen que estas figuras se interpreten de la manera que resulte más acorde con ese fundamento. Esto los lleva a rechazar otras interpretaciones que pongan el acento en la utilidad de la conducta del infractor porque, a su juicio, ello supondría dar entrada a consideraciones «extrapenales».

Al mantener eso, se produce algo paradójico: cuando formulan sus interpretaciones sobre las atenuantes y eximentes por comportamiento postdelictivo, interpretaciones que, supuestamente, son las auténticamente jurídico-penales, a estos autores no parece importarles rebasar uno de los límites que, indiscutiblemente, forma parte del acervo de la dogmática penal: el principio de legalidad.

Me estoy refiriendo a la exigencia relativa a la «voluntariedad» de la conducta. Si se recuerda, FARALDO CABANA, ASÚA BATARRITA, GARRO CARRERA y MONTERO requieren que *todos* los comportamientos postdelictivos sean «voluntarios» para dar lugar a la exención o atenuación de la pena. Algunos de estos autores son más explícitos que otros a la hora de aclarar en qué consiste, exactamente, esta exigencia. Sin embargo, todos ellos parecen entender que la «voluntariedad»

las inconsistencias de estas teorías de la pena ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: «¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental», en CARNEVALLI RODRÍGUEZ, R. (coord.), *et al*.: *Derecho, sanción y justicia penal*. BdeF: Buenos Aires, 2017, pp. 423-427; EL MISMO: «Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde las teorías de la pena (o viceversa)», en MIR PUIG, S. (dir.); CORCOY BIDASOLO, M. (dir.); GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *et al*.: *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*. Marcial Pons: Madrid, 2012, pp. 392-396.

es algo distinto al mero respeto a los límites temporales o «causas de bloqueo» previstos en los preceptos que regulan las atenuantes y eximentes por comportamiento postdelictivo. Esto se ve de manera especialmente clara en las reflexiones de GARRO CARRERA, ASÚA BATARRITA y MONTERO con ocasión de la interpretación de la atenuante genérica de confesión y de la eximente de regularización en el delito fiscal.

Recordemos, en primer lugar, las reflexiones formuladas en torno a la atenuante de confesión. Para GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA, cuando el infractor confiesa su delito *creyendo que* se ha abierto un procedimiento contra él a pesar de que en realidad no se ha abierto o que, habiéndose incoado, éste no se dirige en su contra, se debe denegar la atenuación de la pena. MONTERO va un poco más allá y diferencia en función de cómo de «epistémicamente fundado» esté ese error. Si el error se basa en lo que él llama «motivos intersubjetivamente válidos», la atenuación seguirá siendo procedente. En cambio, no lo será si los motivos determinantes del error carecen de esa cualidad. Este último autor también sostiene que es posible negar la rebaja de pena al autor que *desconoce* que se ha iniciado el procedimiento o que, habiéndose iniciado, se dirige contra él. De nuevo, en esta circunstancia distingue, para conceder o no la atenuación, en función de cómo de «epistémicamente fundado» esté ese desconocimiento.

Creo que las dos situaciones hipotéticas merecen un análisis diferenciado. Sin embargo, en el mejor de los casos, la exigencia de la nota de voluntariedad es un añadido superfluo. En el peor, es una limitación injustificada del ámbito de aplicación de la figura.

Comenzaré con el último de los dos escenarios –hay en marcha un procedimiento que se dirige contra el culpable, pero éste desconoce su existencia o que se dirige contra él–. En mi opinión, la cuestión fundamental aquí es de prueba. El art. 21.4ª CP sólo exige, para conceder la confesión, que ésta se realice *antes de que el culpable conozca que el procedimiento judicial se dirige contra él*. Si el culpable alega que no conocía que el procedimiento estaba abierto, deberá probar si esa afirmación es cierta o no. Al final, es el juez el que tiene que valorar cómo de creíble es ese alegato en atención al material probatorio obrante en la causa. Cuanto más «válidos intersubjetivamente» aparezcan los motivos determinantes de su ignorancia –en otros términos, cuanto más creíble sea su defensa–, más probable será que el juez estime la atenuante. Para llegar a esta conclusión, no es necesario añadir nada más a la letra del art. 21.4ª CP. Por lo tanto, la exigencia de que la confesión sea «voluntaria» es superflua a los efectos de determinar cuándo procede o no atenuar la pena en este escenario.

En cambio, me parece más discutible el tratamiento que se otorga al primero de los casos que se ha mencionado antes –el culpable *cree que* hay un procedimiento judicial que se dirige contra él, pero resulta que eso no es verdad–. El art. 21.4ª CP no exige que el comportamiento del culpable sea «voluntario». A diferencia de lo que sucede en el supuesto antes comentado, añadir

esta exigencia sí tiene una consecuencia: recortar, *contra reo*, el ámbito de aplicación del precepto. Esto implica, en mi opinión, una vulneración del principio de legalidad penal[252].

Por si esa objeción no fuera suficientemente convincente, también es posible esgrimir el siguiente argumento contra la exigencia de la «voluntariedad» en *todas* las atenuantes y eximentes por comportamientos postdelictivos: si uno entiende que la voluntariedad es algo distinto al respeto a los límites temporales establecidos por el precepto de que se trate, puede acabar mezclando elementos normativos y psicológicos de manera injustificada. Esto me parece más o menos fácil de advertir en el esquema propuesto por MONTERO.

Como se vio en su momento, MONTERO vincula la voluntariedad del comportamiento postdelictivo a la libertad de voluntad del ciudadano, la cual, para él, no debe entenderse en un sentido empírico, sino como un presupuesto necesario para legitimar el recurso a la coacción estatal. De ahí que interprete a la libertad de voluntad en un sentido «normativo». Más adelante, cuando está exponiendo su concepción del desistimiento como equivalente funcional de la pena, llega a abogar, expresamente, por un concepto normativo de voluntariedad en la interpretación de la exigencia que (aquí sí) prevé el Código Penal para conceder la exención de la pena de la tentativa[253].

Siendo esto así, sorprende que, cuando el autor está exponiendo su visión sobre la «dimensión cuantitativa» de la voluntariedad, no se limite a exigir la ausencia de factores coactivos, sino que considere relevante su concreta influencia en la actuación del infractor. Esto, en mi opinión, le acerca a una concepción psicológica de la voluntariedad. Creo que esto se ve con cierta claridad en su concepción sobre la otra institución que se mencionaba más arriba: la eximente de regularización tributaria del art. 305.4 CP.

Refresquemos la memoria. El art. 305.4 CP prevé una serie de límites preclusivos o «causas de bloqueo» que impiden que se conceda la exención de pena si se lleva a cabo el comportamiento requerido con posterioridad a su acaecimiento. Siguiendo la construcción de MONTERO, estas causas de bloqueo son los factores coercitivos cuya no-concurrencia debe valorarse a los efectos de afirmar la dimensión cuantitativa de la voluntariedad.

A partir de aquí, el autor plantea el siguiente escenario hipotético: un sujeto manifiesta, antes del acaecimiento de una causa de bloqueo, su voluntad de regularizar ante la Administración Tributaria. Sin embargo, no cumple con sus requisitos por desconocer, exactamente, hasta dónde

[252] Un argumento como este también ha sido esgrimido por POZUELO PÉREZ, L.: *El desistimiento…*, *op. cit.*, 2003, pp. 369-373.
[253] Entre otros motivos, MONTERO afirma que un concepto tal es más propio de una disciplina como el Derecho penal. Vuelve a haber en esto, por tanto, un cierto «purismo» en cuanto al método. MONTERO, F.: *Equivalentes…*, *op. cit.*, 2023, pp. 280-283 y 284-285.

alcanza el importe de la deuda. Con posterioridad a llevar a cabo esa declaración, se inicia un procedimiento de comprobación por parte de la Administración, que es una causa de bloqueo *ex* art. 305.4 CP, tras lo cual, ya sí, regulariza su situación. En su opinión, en este caso habría que conceder la exención de pena porque el acaecimiento de la causa de bloqueo no habría tenido influencia sobre su comportamiento.

Desde mi punto de vista, al hablar de la «influencia» que la apertura del procedimiento haya podido tener en el comportamiento del infractor, se está dando entrada a elementos psicológicos. Elementos cuya valoración, además de constituir algo no demasiado lejano a la toma en consideración de los móviles en virtud de los cuales obra el sujeto, es contradictoria con el mantenimiento de una concepción normativa de la voluntariedad.

Lo que quiero poner de relieve con esta reflexión es que, pese al esfuerzo que realiza este autor en proponer un concepto de voluntariedad que resulte coherente con su teoría de la pena que, en su concepción no queda del todo claro cuándo un comportamiento postdelictivo es voluntario. A veces parece algo que se presume siempre que no concurran determinadas circunstancias, como las causas de bloqueo. Otras, en cambio, parece que la voluntariedad es algo que hay que demostrar con independencia de la inconcurrencia de esas circunstancias. Quizás no se incurriría en estas aparentes contradicciones si, sencillamente, se prescindiera de tomar en consideración un elemento que la ley no prevé[254].

A todo lo anterior hay que sumarle un último argumento para rechazar el recurso a las teorías de la pena para orientar la interpretación de las atenuantes y eximentes por comportamiento postdelictivo. A mi juicio, la apelación a estas teorías, además de todo lo que se ha dicho hasta aquí, genera una serie de problemas innecesarios a la hora de aplicar la atenuante analógica de confesión (art. 21.7ª en relación con el art. 21.4ª CP).

---

[254] GARCÍA PÉREZ es bastante elocuente en este sentido: si el legislador hubiera querido que se realizara una interpretación como la propuesta por los autores estudiados en este capítulo, habría incluido, expresamente, el requisito de la voluntariedad. De hecho, esto es lo que ha llevado a cabo con otras figuras como, singularmente, el desistimiento en la tentativa. GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad…, op. cit.*, 1997, p. 198. El caso propuesto podría saldarse, en mi opinión, con la concesión de la atenuante del primer inciso del art. 305.6 CP, siempre, claro está, que el culpable lleve a cabo la conducta que se le exige para ello en el plazo de dos meses desde que se le cite como investigado en el proceso penal que eventualmente se abra contra él. Me resulta paradójico que a MONTERO esta atenuante le merezca crítica por, fundamentalmente, carecer de la exigencia de voluntariedad. A su juicio, el art. 305.6 CP prescinde de esta nota en la medida en que vincula la rebaja de pena a la realización de una regularización con posterioridad al acaecimiento de una causa de bloqueo. Sin embargo, al mismo tiempo admite la posibilidad de eximir de pena por regularización incluso aunque haya tenido lugar alguno de los límites preclusivos del art. 305.4 CP. Es decir, que, a la vez que critica el hecho de que el legislador conceda una atenuación de pena al culpable que practica la regularización con posterioridad al acaecimiento de una causa de bloqueo, considera procedente aumentar el ámbito de aplicación de la exención de pena si se demuestra que dicha causa de bloqueo no ha tenido «influencia» en el comportamiento del culpable. Nuevamente, creo que este tipo de situaciones paradójicas podrían evitarse si, simplemente, se prescindiera del requisito de la voluntariedad. MONTERO, F.: *Equivalentes…*, *op. cit.*, pp. 380-383.

El tratamiento que FARALDO CABANA, GARRO CARRERA, ASÚA BATARRITA y MONTERO dispensan a la citada atenuante es, a grandes rasgos, el siguiente. Como norma general, consideran que, si la confesión se produce con posterioridad a que el culpable conozca que el procedimiento se dirige contra él, no cabe la concesión de ninguna rebaja de pena, ni a través de la aplicación de la circunstancia 4ª del art. 21 CP, ni a través del empleo de la que ocupa la posición 7ª en relación con la 4ª[255]. En su opinión, cuando falta alguno de los requisitos esenciales de alguna de las atenuantes del art. 21 CP, no puede recurrirse a la atenuante analógica del art. 21.7ª CP. En ese caso, más que ante una atenuante por analogía, nos encontraríamos ante una «atenuante incompleta»; una figura sin cobertura legal. Como, de acuerdo con su concepción, la voluntariedad es un requisito esencial de la atenuante de confesión, si el culpable actúa una vez que conoce de la existencia de un procedimiento judicial no se le podría conceder la atenuación por vía analógica[256].

Pese a esta negación inicial tan aparentemente categórica, los autores arriba aludidos matizan de inmediato su posición del modo que sigue. Por un lado, indican que, a pesar de que se rebasen los límites temporales, el comportamiento del culpable aún se puede reputar voluntario. Por lo tanto, en ese caso, se podría apreciar la atenuante del art. 21.7ª en relación con el art. 21.4ª CP[257]. Por otro lado, y esto es lo más sorprendente, estos autores también reconocen que, aunque se haya rebasado el límite temporal del art. 21.4ª CP, *si la información que aporta el infractor es lo suficientemente útil*, también podría atenuarse la pena *ex* art. 21.7ª CP[258].

La construcción de MONTERO en cuanto a esta cuestión resulta, en mi opinión, especialmente llamativa. Desde su punto de vista, cuando el infractor confiesa con posterioridad a conocer que el procedimiento se dirige contra él, no cabe la apreciación de la atenuante analógica del art. 21.7ª en conexión con el art. 21.4ª CP. Ello porque, a su juicio, una rebaja de pena así construida no tendría un fundamento *análogo* al de la confesión. Sin embargo, si la confesión, aun involuntaria, resulta útil, no conceder un trato más favorable al infractor es, en opinión del autor, injusto. Para evitarlo, propone construir una atenuante de «confesión involuntaria» a través de la *analogia*

[255] Sin perjuicio de profundizar más sobre esta cuestión en el Cap. V, con ello se posicionan en contra de la jurisprudencia, que, de forma pacífica, aprecia la atenuante analógica cuando la confesión se produce con posterioridad a que el culpable sepa de la existencia de un procedimiento judicial en su contra. En este sentido, POZUELO PÉREZ, L.: «La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia», en *RECPC*, n.º 22, 2020, p. 20 (notas al pie 42 y 43). Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-17.pdf [Consulta: 06/07/2024].

[256] MONTERO, F.: *Equivalentes…*, *op. cit.*, 2023, pp. 435-437; FARALDO CABANA, P.: «La aplicación…, *op. cit.*, 1998, p. 253.

[257] En este sentido, FARALDO CABANA, P.: «La aplicación…, *op. cit.*, 1998, pp. 254-255. Sin embargo, como se dijo en su momento, la autora no llega a formular un concepto concreto de voluntariedad. Por lo tanto, no llega a explicar cuándo una confesión llevada a cabo con posterioridad a que el culpable conozca que existe un procedimiento judicial en su contra sigue siendo voluntaria.

[258] En este sentido, además de la propia FARALDO CABANA (ibid.), MONTERO, F.: *Equivalentes…*, *op. cit.*, 2023, pp. 438-440, y GARRO CARRERA, E., y ASÚA BATARRITA, A.: *Atenuantes…*, *op. cit.*, 2008, pp. 125-129.

institutionis. Para MONTERO, a través de este recurso es posible crear *ex novo* una figura jurídica a partir de los principios inspiradores de otras instituciones preexistentes. La institución en la que se inspiraría esta atenuante es la punibilidad, uno de cuyos principios fundamentales sería la utilidad[259].

Mi opinión al respecto es la siguiente. Considerar que el fundamento de las atenuantes y eximentes por comportamientos postdelictivos debe ser el cumplimiento, total o parcial, de los fines de la pena, implica asumir una serie de compromisos conceptuales. Cuando éstos se llevan hasta las últimas consecuencias, como ocurre con la interpretación de la atenuante analógica de confesión, se generan resultados insatisfactorios. Para evitarlos, es preciso matizar. Al final, se acaba llegando a las mismas soluciones a las que se podría llegar si, simplemente, no se desterraran las consideraciones de «utilidad» en la interpretación de las figuras estudiadas. Abandonar el «purismo» interpretativo que, en mayor o menor medida, los autores de esta concepción «esencialista» sostienen, permitiría, entre otras cosas, ahorrar pasos en este razonamiento jurídico.

4.5.3. Breve consideración final

En este epígrafe no se ha pretendido criticar las teorías de la pena que defienden los autores estudiados, sino que dichas teorías se utilicen como fundamento de las objeciones a los incentivos para la colaboración con las autoridades. En mi opinión, hay argumentos mejores que, aunque carecen de una referencia a la teoría de la pena, no por ello son menos jurídico-penales. Creo, incluso, que en las concepciones de los autores estudiados hay un reconocimiento de que *sigue habiendo reflexión jurídico-penal más allá de la pena*. Todos ellos parten de que existen determinadas circunstancias en las cuales el Estado renuncia a la imposición de una pena que, en principio, correspondería imponer al culpable[260]. Esto supone un reconocimiento implícito de que, en ocasiones, la pena no es el interés preponderante.

Este reconocimiento lleva a una discusión, que, en mi opinión, es genuinamente jurídico-penal: la existencia de una serie de principios que limitan del ejercicio del castigo estatal[261]. Por

[259] MONTERO, F.: *Equivalentes…*, *op. cit.*, 2023, pp. 438-440.
[260] Esta reflexión es compatible con una teoría retribucionista como la de MONTERO. En efecto, reconocer que la imposición de una pena al culpable constituye *un bien intrínseco* no quiere decir que sea *el único bien intrínseco*. En otras palabras: considerar que el merecimiento es una condición necesaria para la imposición del castigo –lo cual es un rasgo que a menudo se destaca como propio de las teorías de la retribución– no implica aceptar que sea una condición suficiente para ello. Sobre este extremo de la relación entre el retribucionismo y el consecuencialismo, ver BERMAN, M.N.: «Dos tipos de retribucionismo», en DUFF, R.A.; GREEN, S.P. (eds.), *et al.*: *Fundamentos filosóficos del Derecho penal*. Marcial Pons: Madrid, 2020, p. 427; MAÑALICH RAFFO, J.P.: «Retribucionismo…, *op. cit.*, 2015, pp. 11-15, y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: «Consecuencialismo…, *op. cit.*, 2017, pp. 434-444.
[261] Autores como GARCÍA PÉREZ, de hecho, consideran que todos los fenómenos de atenuación y exención de pena por comportamientos posteriores al delito, además de otra serie de supuestos que este autor ubica

decirlo con SILVA SÁNCHEZ: «[e]videntemente, la única conclusión posible es que lo "propio", lo "característico" del Derecho penal moderno no se halla en lo "penal", en lo punitivo, pues este fenómeno ha existido siempre a lo largo de la historia y subsiste aún hoy al margen de lo que conocemos como Derecho penal. Su especificidad se encuentra, en cambio, *en ser "Derecho", en la juridificación del fenómeno punitivo, en su sometimiento al cumplimiento de una serie de fines trascendentes a lo punitivo y de contenido garantístico*. Estos fines son tanto formales (por ejemplo, la garantía del principio de legalidad: la exigencia de tipicidad de las acciones punibles) como materiales (las garantías de dañosidad social –exclusiva protección de bienes jurídicos–, subsidiariedad y fragmentariedad, proporcionalidad, resocialización, etc.)»[262].

Teniendo esto en cuenta, tal vez sea posible encontrar mejores argumentos para criticar los incentivos para la colaboración con las autoridades si se reflexiona del siguiente modo. Con la creación de estos incentivos, el legislador ha renunciado a imponer una pena que, en principio, correspondería imponer para, a cambio, intentar conseguir determinados objetivos. La pregunta que habría que hacerse es si esa renuncia se ha llevado a cabo de tal modo que se ajuste a los principios aludidos en la cita anterior.

Esto exige, en primer lugar, aclarar qué principio o principios de los mencionados pueden tener relevancia en la cuestión relativa a la mayor o menor legitimidad de la renuncia a la pena. Creo que la perspectiva de la autora que se va a estudiar en el siguiente apartado, que asume un entendimiento más matizado sobre la relación entre los incentivos y los fines de la pena, puede arrojar algo de luz al respecto. A su exposición se van a dedicar las siguientes páginas.

5. LA CONCEPCIÓN «MATIZADA»: LA POSTURA DE CUERDA ARNAU

5.1. Planteamiento

María Luisa CUERDA ARNAU también ha apelado a los fines de la pena para criticar los incentivos para la colaboración con las autoridades. En efecto, en su monografía de 1995, que versa sobre las atenuantes y eximentes previstas en el anterior Código Penal para fomentar que los intervinientes en los delitos de terrorismo colaborasen con las autoridades, se encuentra un profundo desarrollo de esta idea, parangonable al de los autores que se han ubicado en la línea «esencialista». Sin embargo, su concepción es algo diferente a la de este último grupo de autores. Como se verá a continuación, en su obra se reconoce que la cuestión fundamental no radica tanto en *si* es legítimo que el Estado renuncie a la imposición de toda o parte de la pena que

en la punibilidad, responden a un mismo principio limitador del *ius puniendi*, como es el principio de subsidiariedad. GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad…*, *op. cit.*, 1997, pp. 342-344.

[262] SILVA SÁNCHEZ, J. Mª.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo.* BdeF: Buenos Aires, 2ªed., 2012, pp. 308-309 (cursivas en el original).

correspondería imponer para fomentar a la colaboración con las autoridades, sino en *cómo* ha llevado a cabo el Estado esa renuncia.

Para explicar adecuadamente qué es lo que sostiene esta autora, es necesario describir con cierto detalle su objeto de estudio, pues, como se verá de inmediato, éste era un tanto peculiar si se lo compara con los incentivos vigentes en la actualidad.

5.2. Su objeto de estudio: el art. 57 bis b) CP73

5.2.1. Las conductas determinantes de la aplicación de los incentivos

CUERDA ARNAU centra su atención en el art. 57 bis b) CP73[263]. Este precepto fue introducido en el ordenamiento jurídico español a través de la LO 3/1988, de 25 de mayo[264] y estuvo vigente hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Se puede considerar a esta disposición un antecedente del actual art. 579 bis.3 CP. Ahora bien, pese a que ambos preceptos regulaban incentivos dirigidos a fomentar la colaboración con las autoridades en el mismo ámbito criminal y pese a sus (muchas) semejanzas en el tenor literal, ambas disposiciones contenían un régimen jurídico bien distinto. En opinión de la autora citada, el art. 57 bis b) CP73 era más amplio que su sucesor en, al menos, dos sentidos: el que se refiere al elenco de las conductas exigidas para la concesión de alguno de los incentivos previstos y el relativo a las consecuencias jurídicas en que consistían, precisamente, dichos incentivos[265].

Comenzaré exponiendo las conductas requeridas por uno y otro precepto para la concesión de los incentivos. El vigente art. 579 bis.3 CP exige la realización de tres conductas con carácter *cumulativo*[266]: el abandono voluntario de la actividad criminal, la presentación ante las autoridades confesando los hechos en que se haya participado y la colaboración activa para la consecución de alguna de las finalidades expresamente mencionadas en el precepto. Tales finalidades son, por un lado, el impedimento de la comisión de un delito o, por otro, la obtención de pruebas decisivas destinadas, bien a la identificación o captura de otros responsables, bien a

[263] Puede verse el tenor literal de esta figura en el Anexo 1.
[264] BOE n.º 126, de 26 de mayo de 1988, p. 16159.
[265] Esta caracterización del art. 57 bis b) CP73 en relación con el art. 579 bis.3 CP no procede de su monografía, sino de un artículo posterior, publicado en 2004. CUERDA ARNAU, M.ª L.: «El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna», en *Estudios penales y criminológicos*, n.º 25, 2004, pp. 22-23. Disponible en: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4071/pg_005-070_penales25.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consulta: 06/07/2024].
[266] Así se entiende de manera unánime. En este sentido, entre otros, LLOBET ANGLÍ, M.: «Delitos contra el orden público», en SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª (dir.); RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *et al.*: *Lecciones de Derecho penal…*, *op. cit.*, 8ª ed., 2023, p. 483; ORTIZ PRADILLO, J.C.: *Los delatores…*, *op. cit.*, 2018, p. 224; FARALDO CABANA, P.: *Las causas…*, *op. cit.*, 2000; GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad…*, *op. cit.*, 1997, 206-209 p. 298, y QUINTANAR DÍEZ, M.: *La justicia penal…*, *op. cit.*, 1996, pp. 300-301.

evitar la actuación o el desarrollo de las organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que se haya pertenecido o con los que se haya colaborado.

El art. 57 bis b) CP73, en cambio, era menos riguroso. Las conductas necesarias para la obtención de los incentivos se contemplaban en el apartado 1 de este precepto. En dicho apartado, se distinguían dos modalidades de conducta: una en la letra «a)» y otra en la letra «b)». Estas dos modalidades exigían como requisito común el abandono voluntario de la actividad criminal[267]. Sin embargo, a partir de aquí, una y otra opción eran muy diferentes. Así, la modalidad «a)» requería que el culpable se presentase ante las autoridades y confesase los hechos en los que hubiera participado. La modalidad «b)», en cambio, no exigía ninguna de estas dos condiciones, sino que requería que el abandono de la vinculación criminal del culpable hubiere dado lugar a *alguna* de las siguientes situaciones: que se hubiere «evitado o disminuido una situación de peligro», «impedido la producción del resultado dañoso», o, en su caso, «coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables»[268].

Aquí es necesario hacer una precisión. Es cierto que, si se toma en consideración el precepto de modo estrictamente literal, para la apreciación de la modalidad «b)» lo único que se exigía era el abandono voluntario. En efecto, lo que, *ad pedem litterae* requería el precepto era que ese abandono voluntario *desembocase* en alguna de las situaciones que se acaban de describir. CUERDA ARNAU entendía que, aun siendo esto cierto, era muy difícil imaginar situaciones en las que la mera disociación del culpable redundase en la evitación o disminución de una situación de peligro, el impedimento de la producción del resultado dañoso o, mucho menos, la ayuda eficaz a la obtención de pruebas decisivas. En los dos primeros casos ello sólo podía suceder si la producción de la situación de peligro o del resultado dañoso dependían, si no exclusivamente, sí de forma sustancial de la contribución del potencial beneficiario. En el último, esto era directamente inconcebible. Por lo tanto, a juicio de la autora, en la generalidad de los casos, la modalidad «b)» requería que, de un modo u otro, el potencial beneficiario, *además* de abandonar voluntariamente la actividad delictiva, prestase algún tipo de colaboración a las autoridades[269].

Recapitulando: en lo que tiene que ver con las conductas precisas para la concesión de los incentivos, el art. 57 bis b) CP73 resultaba «más benevolente» que el actual art. 579 bis.3 CP. Ello en la medida en que este último exige, *cumulativamente*, el abandono voluntario, la confesión de la propia responsabilidad y, además, la colaboración activa para conseguir el cumplimiento de alguna de las finalidades descritas en el precepto. El art. 57 bis b) CP73, en cambio, exigía el abandono voluntario y, además, *alternativamente*, o bien la confesión de la propia responsabilidad

[267] CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, pp. 401-402.
[268] Ibid., p. 439.
[269] Ibid., pp. 440-441.

–modalidad «a)» del apartado 1–, o bien el desempeño de *alguna* de las actividades de colaboración en el sentido que se acaba de describir –modalidad «b)» del apartado 1–.

5.2.2. Los incentivos propiamente dichos: sólo atenuación *versus* atenuación y, en su caso, «remisión total» de la pena

La supuesta «mayor benevolencia» del art. 57 bis b) CP73 se abona con el análisis de las consecuencias jurídicas resultantes de la posible aplicación de ese precepto y las de su sucesor. Así, el art. 579 bis.3 CP sólo prevé una consecuencia jurídica: la concesión de una atenuación de pena de uno o dos grados[270]. El art. 57 bis b) CP73, en cambio, preveía dos posibles consecuencias en su apartado 2.

Una de estas consecuencias era la misma que la que ahora prevé el art. 579 bis.3 CP, o sea, la rebaja de pena en uno o dos grados. Ahora bien, pese a que la rebaja tuviera la misma magnitud en uno y otro régimen, su extensión era distinta. En efecto, el apartado 2 del art. 57 bis b) CP73 permitía conceder esta rebaja a los que se hubieran acogido a *cualquiera* de las dos modalidades de conducta del apartado 1. Es decir, que, una vez verificado el abandono voluntario, el legislador otorgaba el mismo valor, a los efectos de conceder la atenuación (y sólo a estos efectos), tanto a quienes se limitasen a confesar su propia responsabilidad, como a los que hubiesen contribuido a alcanzar los objetivos político-criminales descritos en la letra «b)» de ese apartado. Desde 1995, en cambio, no basta con abandonar voluntariamente la actividad terrorista y confesar la propia responsabilidad para que la pena pueda ser atenuada: también hay que colaborar activamente para la consecución de alguno de los objetivos que ahora se prevén en el art. 579 bis.3 CP.

La otra consecuencia era la «remisión total de la pena». Ésta constituía un incentivo excepcional, tanto por su magnitud como por su peculiar forma de aplicación. En efecto, el mutismo del art. 57 bis b) CP73 sobre en qué habría de consistir, exactamente, esta consecuencia jurídica hacía de él una figura un poco inusual. En opinión de CUERDA ARNAU, se trataba de un instituto a medio camino entre la remisión condicional de la pena –asimilable a los supuestos de suspensión hoy contemplados en los arts. 80 y ss. CP– y el perdón judicial[271].

Para aclarar esto, lo primero que es procedente explicar es en qué casos cabía acordar esta segunda consecuencia. Su supuesto de hecho quedaba conformado a través de una remisión, operada por el apartado 2 del art. 57 bis b) CP73, a las conductas descritas en el apartado 1 y les

[270] Como sucede con las figuras contempladas en el segundo inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP, el empleo del término «podrán» resulta ambiguo. En opinión de CUERDA ARNAU, esta forma verbal sólo se refiere a la posibilidad de optar entre una rebaja de uno o de dos grados. Es decir, que, si se cumplen los requisitos exigidos por el art. 579 bis.3 CP, los jueces están obligados a conceder una rebaja de, al menos, un grado de la pena que correspondiera al colaborador. Opcionalmente esa rebaja podrá ser de dos grados. En este sentido, CUERDA ARNAU, M.ª L.: «El premio…, *op. cit.*, 2004, p. 23.
[271] Ibid., p. 301.

añadía, además, la exigencia de que «la colaboración activa» del culpable «hubiere tenido una particular trascendencia para identificar a los delincuentes, evitar el delito o impedir la actuación o el desarrollo de las bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes». Este reenvío es interpretado por CUERDA ARNAU del modo que sigue.

En primer lugar, para poder conceder la remisión era necesario que el infractor cumpliera el requisito común a las dos modalidades de conducta previstas en el apartado 1 del precepto, es decir, el abandono voluntario de la actividad delictiva. A partir de ahí, CUERDA ARNAU entendía que las conductas que el apartado 2 adicionaba como requisito para conceder la remisión coincidían, en lo sustancial, con las previstas en la modalidad «b)» del apartado 1; es decir, evitar o disminuir una situación de peligro, impedir la producción del resultado dañoso o coadyuvar eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables. Lo único en lo que se diferenciaban era el grado de relevancia que resultaba exigible a la contribución del culpable en la consecución de estos objetivos, pues, para conceder la remisión éstas tenían que ser de «especial trascendencia»[272].

Lo siguiente que hay que aclarar es el modo concreto en el que operaba esta «remisión total de la pena». Según CUERDA ARNAU, el culpable al que le fuera concedido este incentivo no resultaba absuelto, sino que se dictaba una sentencia condenatoria frente a él. Además, como para la autora las conductas necesarias para obtener la remisión eran, a su vez, suficientes para la concesión de la atenuación, la pena que le fuere impuesta –y remitida– al culpable tenía que rebajarse, en primer lugar, en uno o dos grados[273]. Lo característico de la remisión *total* de pena era que la sanción no llegaba a ejecutarse, pero no porque quedara en suspenso, como sucedía en los casos de la remisión *condicional*, regulada en los arts. 92 y ss. del CP73, sino porque la pena era, efectivamente, perdonada por los órganos jurisdiccionales.

Con todo, ese perdón no era definitivo, sino que quedaba sometido a una especie de «condición resolutoria». En efecto, el apartado 2 del art. 57 bis b) CP73 *in fine* hacía depender la eficacia del perdón a que el culpable no volviera a cometer ningún delito de los constitutivos del ámbito de aplicación de la figura; es decir, ningún delito «relacionado con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes»[274]. En caso de infringir este mandato, el «perdón» sería revocado y el culpable tendría que cumplir la pena que se le hubiere impuesto (que, como se ha

[272] Ibid., p. 480.
[273] Ibid., pp. 301 y 529.
[274] Además de lo que va a decirse en el texto a continuación, esta fórmula tenía el problema de que reenviaba a un ámbito de aplicación que, de por sí, ya era confuso. ¿Qué eran exactamente las «bandas armadas» y los «elementos terroristas o rebeldes»? ¿Y cuáles eran los delitos «relacionados con su actividad»? Esta cuestión no puede abordarse aquí por trascender el objeto de este trabajo. Me remito al Cap. V de la monografía de CUERDA ARNAU, en el que la autora reflexiona en profundidad sobre el significado que, en su opinión, tenían estas expresiones (ibid., pp. 359-392).

dicho antes, en opinión de CUERDA ARNAU, previamente tendría que haber sido atenuada en uno o dos grados). Surge de inmediato la siguiente cuestión: ¿durante cuánto tiempo debía el culpable abstenerse de cometer estos delitos? El apartado 2 del art. 57 bis b) CP73 guardaba absoluto silencio también a este respecto. Ante esta situación, CUERDA ARNAU se inclinó por considerar que la condición resolutoria duraría, al menos como máximo, lo mismo que el plazo de prescripción de la pena que correspondiese a la sanción que se hubiere impuesto en la sentencia de conformidad con lo previsto en el art. 115 CP73[275].

El régimen de la remisión total de pena se cerraba con un límite a su ámbito de aplicación. Así, el apartado 2 del art. 57 bis b) CP73 disponía que este incentivo no podía concederse a quienes les fueran imputables «en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los artículos 418, 419 y 420, números 1º y 2º, del Código Penal»[276]. La razón de ser de esta exclusión era evitar que quienes hubieran cometido crímenes especialmente graves pudieran acceder a este beneficio. Este límite, en cualquier caso, sólo operaba respecto de la remisión total de pena; nada obstaba a que a quienes hubieran cometido estos delitos se les pudiera conceder la atenuación[277].

5.2.3. Breve recapitulación de las ideas fundamentales

El objeto de estudio de la monografía de CUERDA ARNAU, el art. 57 bis b) CP73, permitía a sus potenciales beneficiarios acceder a las mismas ventajas que el vigente art. 579 bis.3 CP –esto es, la rebaja de pena en uno o dos grados– a cambio de menos exigencias. Así, para obtener ese incentivo «bastaba» con abandonar voluntariamente la actividad criminal y, además, *o bien* confesar la propia responsabilidad –art. 57 bis b), apartado 1, a)– *o bien* colaborar con las autoridades para la consecución de los objetivos político-criminales fijados por el legislador –art. 57 bis b) apartado 1, b)–.

A ello hay que añadirle que, si se optaba por seguir la opción consistente en colaborar con las autoridades –art. 57 bis b) apartado 1, b)–, cuando la colaboración prestada fuera de «particular

[275] Aun así, la propia autora indica que esta solución dista de ser plenamente satisfactoria. La otra opción que trata es entender aplicables los plazos del instituto de la remisión condicional de la pena, previstos en el art. 92 II CP73. Sin embargo, CUERDA ARNAU descarta esta posibilidad porque, a su juicio, nada en el art. 57 bis b) CP73 permitía llegar a semejante conclusión. Ibid.., pp. 303-304 y 538-539.

[276] De nuevo, la redacción del precepto en este punto generaba algunos problemas de interpretación. Por ejemplo, no estaba del todo claro si la «imputación» tenía que ser formal, en el sentido de que, para que operara la causa de exclusión, era exigible que el órgano judicial dictara una resolución en virtud de la cual se atribuyera responsabilidad por alguno de estos delitos al potencial beneficiario. Por otra parte, tampoco estaba claro si el término «autor» se refería sólo al autor en sentido estricto, como el sujeto que toma parte directa en la ejecución del hecho (art. 14.1º CP73), o si, por el contrario, también incluía al inductor (art. 14.2º CP73) y al cooperador necesario (art. 14.3º CP73). La cuestión no es baladí: el art. 14 CP73, de modo similar a como hace el art. 28 CP en la actualidad, los «consideraba» a todos autores. Sobre la cuestión, ibid., pp. 397-398.

[277] Ibid., pp. 480-481.

trascendencia» para la consecución de esos objetivos existía la posibilidad de acceder al pintoresco instituto de la «remisión total de la pena». En caso de que se concediera ese incentivo, la pena impuesta en sentencia al colaborador –sometida, eso sí, a las condiciones analizadas en el epígrafe anterior– no se ejecutaría. Esta última consecuencia, en cambio, no está contemplada en el art. 579 bis.3 CP. Dicho precepto sólo permite atenuar la pena.

5.3. La crítica de CUERDA ARNAU: el fundamento de una institución jurídica *versus* la finalidad perseguida por el legislador

CUERDA ARNAU juzgaba de diferente manera las posibilidades de atenuación y las de remisión total de la pena contenidas en el art. 57 bis b) CP73. Así, la autora consideraba que el incentivo consistente en la rebaja del reproche penal cumplía, al menos parcialmente, con los fines de la pena. Esto le llevó a defender, en líneas generales, su legitimidad, aunque también formuló ciertos reproches al modo en que esta figura estaba diseñada. Por el contrario, consideraba que la remisión total de la pena no podía explicarse desde esa perspectiva. De ahí que esta remisión le pareciese un incentivo ilegítimo.

La autora inicia su reflexión sobre el tema trayendo a colación la que, a su juicio, constituía la opinión más extendida entre los autores que habían estudiado el art. 57 bis b) CP73. Tal y como indica CUERDA ARNAU, la postura «absolutamente mayoritaria» era la que entendía que lo único que inspiraba los incentivos contenidos en este precepto era la utilidad; su existencia en el ordenamiento jurídico sólo aspiraba a legitimarse en la medida en que facilitaran la investigación, enjuiciamiento y represión de los delitos de terrorismo que se hubieran cometido o la prevención de aquellos otros que aún no hubieran sido perpetrados[278].

Esto, sin embargo, no constituía un fundamento «jurídicamente sólido» que sirviera para legitimar estos incentivos[279]. En efecto, la opinión dominante consideraba que el desempeño de comportamientos político-criminalmente útiles no era algo capaz ni de modificar la reprochabilidad de los hechos cometidos ni de explicar, *ex post*, la minoración o eliminación de la sanción penal merecida por los hechos cometidos. Esto alejaba a estas figuras de otros institutos –cuya legitimidad no se ponía en duda– como la atenuante de arrepentimiento espontáneo del art. 9.9ª CP73[280].

CUERDA ARNAU desarrolla su discrepancia a partir de dos ideas. En primer lugar, indica que esta postura parte de una identificación entre el fundamento de una institución jurídica y la finalidad que el legislador pretende conseguir a través de ella. En segundo lugar, considera que la opinión mayoritaria no sólo asumió que tanto la atenuación como la remisión total de la pena

[278] Ibid., p. 319.
[279] Ibid., p. 320.
[280] Ibid., pp. 315-319.

compartían el mismo fundamento, sino que dicho fundamento era común a la totalidad de conductas que podían dar lugar tanto a una como a otra consecuencia jurídica.

Veamos la primera idea. La autora explica que, a la hora de justificar una norma, es conveniente discernir entre, por un lado, la finalidad perseguida por el legislador y, por otro, lo que ella denomina «fundamento». En sus palabras: «[l]o adecuado es, a mi entender, tratar de buscar en las normas una "*ratio*" objetiva, que podrá o no coincidir con la finalidad legislativa, y que, en todo caso, puede sobrevivir a aquella finalidad, la cual –como es sabido– puede dejar de tener sentido por el solo hecho de que se produzca un cambio en las circunstancias sociales, históricas o políticas que motivaron al legislador a proceder de una determinada manera»[281].

Del párrafo transcrito parece desprenderse que CUERDA ARNAU considera que el fundamento de una norma o institución jurídica es una especie de razón de ser objetiva y trascendente. Ésta, a diferencia de la finalidad buscada por el legislador, no variaría con el paso del tiempo y los cambios políticos o sociales que le son inherentes. De tal idea no debe colegirse, sin embargo, que el fundamento de una norma y la pretensión de su creador sean siempre realidades contrapuestas: una y otra cosa pueden coincidir, aunque también puede ocurrir que eso no suceda.

Pues bien, en opinión de CUERDA ARNAU, para esta postura dominante, el fundamento del art. 57 bis b) CP73 era, como se ha indicado, el fomento de conductas político-criminalmente útiles. La autora, sin embargo, consideraba que esto era tan sólo la finalidad que pretendía alcanzar el legislador con la creación de esta figura. Para poder criticar justificadamente al precepto en controversia, era preciso tratar de averiguar si, acaso, éste tenía algún fundamento objetivo que no coincidiera con esa finalidad.

Es a partir de este punto cuando CUERDA ARNAU plantea la segunda idea. Así, en su opinión, los representantes de la postura mayoritaria se habían contentado con asumir que *todo lo que se contenía* en el art. 57 bis b) CP73 poseía este mismo fundamento –el cual, como se acaba de decir, se identificaba con la finalidad perseguida por el legislador–. Esto, sin embargo, le resultaba muy discutible. Como se ha visto en el anterior epígrafe, había diferentes modalidades de conducta que podían dar lugar a distintas consecuencias jurídicas[282].

Además, a juicio de la autora comentada, a la hora de hallar el «verdadero» fundamento del precepto, la doctrina dominante había concedido un peso excesivo a una concreta de las modalidades de conducta previstas en el art. 57 bis b) CP73: la que exigía a los potenciales beneficiarios prestar una colaboración activa para obtener pruebas decisivas para la identificación

[281] Ibid., p. 321. Cursivas en el original. Esta misma frase es citada por FARALDO CABANA, P.: *Las causas…*, *op. cit.*, 2000, p. 103.
[282] CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, p. 321.

o captura de otros responsables. Esta modalidad de conducta se concebía como un auténtico «premio a la delación»: algo peligrosamente cerca de ser una recompensa para los traidores. Sin embargo, como se ha tenido ocasión de comprobar, ni colaborar para identificar a otros intervinientes era la única posibilidad a disposición de los potenciales beneficiarios ni, en caso de prestarse este tipo de ayuda a las autoridades, siempre podía recibir el mismo tratamiento jurídico[283].

5.4. «Necesidad de pena», «fines de la pena» y «prevención general positiva» en la concepción de CUERDA ARNAU

A partir de las dos ideas antes expuestas, CUERDA ARNAU llega a la siguiente conclusión: mientras que los supuestos que podían dar lugar a la remisión total de la pena sólo tenían un fundamento –el fomento de conductas político-criminalmente útiles–[284], aquellos que podían terminar, como mucho, en la atenuación del reproche penal tenían dos posibles fundamentos. Uno de ellos era el mismo que el de los supuestos de remisión: la búsqueda de la utilidad político-criminal. El otro, en cambio, resultaba, a juicio de la autora, común con el de otras instituciones más «familiares» del Derecho penal, como el desistimiento en la tentativa y la atenuante de arrepentimiento espontáneo del art. 9.9ª CP73. Este fundamento sería la concurrencia de una *menor necesidad de pena*[285].

La idea que subyace tanto a los casos de atenuación del art. 57 bis b) CP73 como al desistimiento y la atenuante de arrepentimiento espontáneo sería la que sigue: tras la comisión del hecho punible –ya sea la tentativa, ya sea el delito consumado–, el culpable puede, con su conducta posterior al hecho, cumplir, aunque sea parcialmente, con los fines de la pena. Si se da esa circunstancia, entonces no sería preciso imponerle tanta pena –en el caso del desistimiento, ninguna–, pues ésta ya no sería *necesaria*. Un desarrollo adecuado de esta premisa exige aclarar cuáles son los fines que se asignan al castigo estatal. La autora responde a esta cuestión y alude, de modo exclusivo, a la prevención. Dentro de ella se refiere, a su vez, a las dos direcciones entre las que, tradicionalmente, se distingue en función de cuál sea su destinatario: prevención general y prevención especial.

Como se ha visto, la mayoría de los autores de la línea «esencialista» han partido de premisas muy similares a las que se acaban de exponer. Sin embargo, el entendimiento de CUERDA ARNAU sobre la cuestión es distinto. Por eso merece la pena, según creo, detenerse algo más aquí.

[283] Ibid., pp. 321-322.
[284] Ibid., p. 334.
[285] Ibid., p. 324.

CUERDA ARNAU aclara que, en su opinión, la finalidad de prevención general tendría dos vertientes: una «intimidatoria» y otra «pedagógica»[286]. En atención a lo que dice sobre ella, no me parece muy complicado identificar a la vertiente intimidatoria con lo que normalmente se entiende por «prevención general negativa». No le dedicaré, por ello, más atención en lo que sigue. Sí me parece más interesante, en cambio, la otra vertiente.

A esta otra, CUERDA ARNAU también la llama «prevención general integradora»[287], o, sencillamente, «prevención general positiva»[288]. Y es aquí donde la autora realiza una precisión que, desde mi punto de vista, resulta clave. De nuevo, creo que lo procedente es citarla textualmente: «[d]ebe quedar claro, no obstante, que aquella posibilidad que aquí se somete a reflexión no supone que se asuman los excesos a que puede llegarse desde ciertos planteamientos de la prevención general positiva. Concretamente, desde las llamadas "concepciones fundamentadoras" de la prevención general positiva, esto es, aquellas que pretenden fundamentar la intervención del Derecho penal en un particular entendimiento de la prevención general positiva, que lleva a considerar que el recurso a la pena –o a una pena mayor– no está en relación directa con la necesidad de proteger bienes jurídicos a través de la intimidación, sino más bien con la necesidad de la sanción para crear y fortalecer una permanente actitud interna de fidelidad al Derecho o –como dice JAKOBS– para afirmar la validez de la norma, y, así, conservar ésta como el modelo que orienta las relaciones sociales; una función pedagógica que la pena cumple ejercitando en la fidelidad al Derecho, en la aceptación de las consecuencias, y, en definitiva, en el reconocimiento de la norma y la confianza en ella»[289].

En una nota a pie de página, CUERDA ARNAU explica que la noción de «concepciones fundamentadoras» de la prevención general positiva a la que alude procede de un artículo de Santiago MIR PUIG en el que este autor contrapone dos formas de entender la prevención general positiva[290]. Uno es el constitutivo de las ya aludidas «concepciones fundamentadoras». En opinión de MIR PUIG, estas concepciones tienen en común que asignan al Derecho penal «la misión de conformación de valores morales en la colectividad»[291]. Sería el cumplimiento de esa particular misión lo que estas concepciones defenderían como «fundamento» de la intervención

[286] Ibid., p. 339.
[287] Ibid., p. 341.
[288] Ibid., p. 342.
[289] Ibid., pp. 342-343.
[290] Se trata de la nota 96 de la página 342. Pese a que el artículo es de 1986, en él se indica que su contenido es una ponencia presentada al seminario sobre «Pena y prevención», celebrado en la Universidad Autónoma de Barcelona en junio de 1985. MIR PUIG, S.: «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», en *ADPCP*, n.º 1, Tomo XXXIX, n.º 1, 1986, p. 49.
[291] Ibid., pp. 51-52.

del Derecho penal[292]. La otra es la de las «concepciones limitadoras»[293]. De conformidad con este entendimiento, el Derecho penal no tiene la misión de conformar valores morales; más bien, estos planteamientos imponen al Derecho penal la exigencia de no perturbar la confianza ciudadana en las normas. Para que eso suceda, sería necesario que el Derecho penal se ajustase a determinados límites, como pueden ser los que se derivan de principios generales como los de culpabilidad, *ultima ratio* o proporcionalidad[294].

CUERDA ARNAU se distancia expresamente de las concepciones fundamentadoras esgrimiendo la siguiente crítica. Una de las ideas que subyace a estas concepciones de la prevención general positiva, es que, de conformidad con sus postulados, la sanción que finalmente se haya de imponer al infractor ha de estar en relación con lo que resulte necesario para, o bien «crear y fortalecer una permanente actitud interna de fidelidad al Derecho», o bien «afirmar la validez de la norma». En opinión de la autora comentada, con perspectivas como éstas se pierden de vista referencias como el bien jurídico-penal protegido por el tipo y lesionado por el delito y se sustituyen por *lo que la sociedad estime que es justo en cada caso*. Eso, a juicio de CUERDA ARNAU, es partir de una base endeble[295].

Hay que aclarar que este rechazo no la lleva a acoger, expresamente, una concepción limitadora de la prevención general positiva. Sin embargo, sus reflexiones discurren por un camino similar al que se propone desde dichas perspectivas. En efecto, a la hora de juzgar si los incentivos del art. 57 bis b) CP73 son compatibles con este fin de la pena, CUERDA ARNAU señala que no lo serán cuando puedan generar «desconcierto» en la colectividad. Ello sucederá, por ejemplo, si el beneficio que conceden se percibe como –y la palabra que emplea aquí resulta, en mi opinión, especialmente significativa– «desproporcionado»[296].

---

[292] Ibid., p. 54. Entre los autores que habrían defendido una concepción semejante se encontrarían, en opinión de MIR PUIG, Hans WELZEL, Armin KAUFMANN, Winfried HASSSEMER o Günther JAKOBS (ibid., pp. 52-53). Como se ha visto en el texto, CUERDA ARNAU también menciona a este último autor.

[293] Ibid., p. 54.

[294] Ibid., pp. 54-56. Entre los autores que habrían defendido una concepción semejante se encontrarían, en opinión de MIR PUIG, el mismo Winfried HASSEMER, Heinz ZIPF o Claus ROXIN. En las últimas páginas del artículo (ibid., pp. 56-58), MIR PUIG aboga por estas concepciones por considerarlas más acordes con las exigencias del Estado social, democrático y de Derecho.

[295] CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, p. 343. También efectúa esta crítica MIR PUIG, S.: «Función…, *op. cit.*, 1986, pp. 57-58. Más recientemente, esta idea ha sido reiterada por FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *La pena…*, *op. cit.*, 2014, pp. 189-193.

[296] CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, p. 343.

5.5. El resultado de sus reflexiones: la valoración de los supuestos de atenuación y de remisión de la pena

5.5.1. En concreto, la valoración de los supuestos de atenuación de la pena

Hechas estas precisiones, es hora de entrar en la valoración que CUERDA ARNAU realiza de las posibilidades de atenuación de la pena desde el punto de vista de los fines del castigo estatal.

Veamos, en primer lugar, su opinión con respecto a los fines preventivo-generales. Conforme a CUERDA ARNAU, los supuestos de atenuación contenidos en el art. 57 bis b) CP73 cumplían con esos fines. En efecto, con la necesaria conjunción de abandono voluntario de la actividad terrorista y, o bien la confesión de la propia responsabilidad, o bien la colaboración para la consecución de alguno de los objetivos político-criminales arriba analizados, el culpable eliminaría, «*al menos en parte*», el «mal ejemplo» de su actuar precedente[297].

Este matiz de que la eliminación del mal ejemplo es sólo parcial no resulta baladí. El art. 57 bis b) CP73 estaba diseñado de tal modo que los incentivos que contenía no sólo se proyectaban sobre el o los delitos consistentes en quedar integrado en una organización terrorista, en una banda armada o en un grupo de rebeldes –lo que CUERDA ARNAU denomina «delitos asociativos»–. Antes al contrario, el precepto también permitía tanto la rebaja como, en su caso, la remisión total de pena por los concretos delitos que se hubieran cometido *en el seno* de dichas agrupaciones[298].

Por eso le resulta admisible que la conjunción de abandono y, o bien confesión, o bien colaboración, pudiera recibir, como mucho, una rebaja de la sanción que correspondiera imponer por los hechos cometidos: «porque, en estos casos, el efecto inhibidor de la pena no se ve perjudicado, desde el momento que el sujeto, aunque atenuada, sufre una pena y porque aún pudiera decirse que el hecho de que en tales supuestos la norma prevea la atenuación de la responsabilidad no hace sino producir un efecto positivo sobre el sentimiento jurídico de la comunidad»[299]. Es decir, que, en la medida en que al sujeto se le impone una pena, aunque atenuada en uno o dos grados, ni queda puesto en entredicho el potencial intimidatorio de la pena –prevención general negativa– ni el «sentimiento jurídico de la comunidad» se ve perturbado por que el infractor haya recibido un tratamiento demasiado benevolente –prevención general positiva–.

---

[297] Ibid., p. 329. Cursivas en el original.

[298] Recuérdese que el ámbito de aplicación de la figura abarcaba todos los delitos «*relacionados con* la actividad de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes» (cursivas añadidas). Por lo demás, también es pertinente recordar aquí que la causa de remisión contaba con el límite de que *no se imputasen* al colaborador *en concepto de autor acciones* con resultado de muerte o de lesiones de los arts. 418, 419 y los apartados 1º y 2º del art. 420 CP73.

[299] CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, pp. 329-330.

Aun así, CUERDA ARNAU concede que una concreta modalidad de conducta tiene un encaje un poco más difícil en este esquema: la consistente en colaborar para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables. En concreto, en este caso el reproche se efectúa desde el punto de vista de la prevención general positiva –siempre de conformidad con el entendimiento que la autora tiene sobre esta teoría–. Así, CUERDA ARNAU indica que esa forma de colaboración implica exigir del culpable «[un]comportamiento del que, desde antiguo, se ha dicho que –amén de otros males– produce un efecto perturbador en las costumbres públicas y la moral de un pueblo (…)»[300]. Con todo, esta reflexión no impide a CUERDA ARNAU considerar que, mientras sólo sirva para conceder una atenuación de pena, esta opción de conducta es legítima.

Su valoración del art. 57 bis b) CP73 a la luz de los fines preventivo-especiales de la pena resulta mucho más sencilla. En efecto, la autora tan sólo indica en este punto que «el tipo de conducta que sirve de base a la atenuación permite hacer un pronóstico favorable sobre la aptitud del sujeto para adaptar su vida social a las exigencias del ordenamiento jurídico (…)»[301]. Por ello, considera que la atenuación es compatible con este fin de la pena. Aun así, CUERDA ARNAU también realiza, en este punto, un matiz en lo que tiene que ver con la exigencia de colaborar para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables. La autora destaca aquí una particularidad del terrorismo frente a otras formas de criminalidad. A su juicio, este fenómeno delictivo goza –o, al menos, gozaba en el momento en que escribió su monografía– de cierto respaldo social en determinados sectores de la población. Era discutible, por tanto, que quien hubiera «delatado» a sus anteriores compañeros pudiera reinsertarse adecuadamente en un entorno en el que la actividad terrorista estuviera justificada[302]. Con todo, la propia autora

[300] Ibid., p. 330.
[301] Ibid.
[302] Ibid., pp. 330-331. Téngase presente que CUERDA ARNAU escribe su monografía pensando, sobre todo, en el terrorismo de ETA. En su opinión, el hecho de que esta organización contara con una dimensión «nacionalista-esencialista» le dotaba de «una base social que no puede pasarse por alto». Para apoyar este argumento, la autora trae a colación un artículo de «El País Semanal», de 13 de diciembre 1992, en el que se publicaron los resultados de una encuesta realizada por el Instituto Deiker de la Universidad de Deusto. En él se afirmaba que un 20% de los jóvenes vascos participantes en el estudio simpatizaban con Herri Batasuna y que, dentro de tal porcentaje, el 72,5% consideraba que «pueden darse determinadas circunstancias en las que el terrorismo esté justificado». Hasta donde alcanzo, el artículo en cuestión no está disponible en internet. En el estudio al que se refiere el artículo se indica que, de una muestra de 2.127 vascos encuestados, el grupo demográfico en el que la propensión a justificar el asesinato político fue más alta fueron los votantes de Herri Batasuna. Esta medición se llevó a cabo pidiendo a los encuestados que seleccionaran un valor del 1 al 10 sobre si el asesinato político podía justificarse, siendo el 1 equivalente a decir que nunca se justifica y el 10 a que siempre se justifica. La media de la muestra fue una puntuación de 1,81. Considerando sólo a los votantes de Herri Batasuna (150 individuos), esa puntuación ascendía hasta los 4,13 puntos. Esto, creo, apoya parcialmente lo que afirma la autora, aunque los datos evidencian que la sociedad vasca, en su conjunto, rechazaba profundamente el asesinato político. ELZO IMAZ, J. (coord.), *et al*.: *Euskalerria en la encuesta europea de valores. ¿Son los vascos diferentes?* Universidad de Deusto: Zamudio, 1992, pp. 44 y 286-289.

tampoco reputa suficiente esta objeción como para considerar que la atenuación de pena que podía alcanzarse por esta vía constituyera una figura ilegítima.

5.5.2. En concreto, la valoración de los supuestos de remisión de la pena

Tomando en consideración cuanto se ha dicho en los epígrafes anteriores, creo que se comprenderá más fácilmente por qué la autora comentada consideraba que los supuestos de remisión total de la pena no cumplían con los fines que, a su juicio, tiene el castigo estatal. De ahí que, para CUERDA ARNAU, no pueda afirmarse que tales supuestos tengan otro fundamento más que el fomento de la realización de conductas político-criminalmente útiles.

Hagamos un breve recordatorio. Los requisitos exigidos para la concesión de la remisión eran, en opinión de CUERDA ARNAU, sustancialmente los mismos que los previstos para los supuestos de atenuación de la letra b) del apartado 1 del art. 57 bis b) CP73. Es decir, que, para que se abriera la posibilidad de conceder la remisión era preciso, a juicio de la autora, que el culpable abandonase voluntariamente la actividad terrorista y, *además*, colaborase para la consecución de los objetivos previstos en tal apartado. Lo único en lo que se diferenciaban los casos que podían desembocar en una remisión de aquellos que, como mucho, podían dar lugar a una atenuación, era la relevancia de la contribución del culpable: sólo si éste había prestado una colaboración activa que fuera de «particular trascendencia» para la consecución de los objetivos contenidos en el precepto, el órgano jurisdiccional podía concederle, además de la atenuación, la remisión de la pena que se le hubiere impuesto.

Pues bien, para CUERDA ARNAU, estos casos no cumplían con los fines preventivo-generales de la pena ni aun con la exigencia de que la colaboración del culpable fuera especialmente importante. Ello, tanto desde la prevención general negativa como desde la prevención general positiva.

En lo que atañe a la primera, señala que la posibilidad de la remisión de la pena aumentaba la incertidumbre del culpable sobre si finalmente sufrirá o no las consecuencias jurídicas de sus actos. Sostiene (y así lo confirma la investigación empírica) que el potencial intimidador de la pena no sólo depende de su gravedad, sino, incluso en mayor medida, de la probabilidad de su imposición. Una figura que permitía al culpable escapar a la ejecución de la pena –aunque la sentencia, en sentido estricto, fuera condenatoria–, incrementaba la inseguridad en cuanto al posible desenlace del proceso. Con ello, se menoscababa, en su opinión, la sensación de amenaza de la pena estatal[303].

[303] Ibid., pp. 340-341. La autora cita, para apoyar sus conclusiones en este sentido, además de a SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª: *Aproximación…*, *op. cit.*, 1992, p. 219, un estudio llevado a cabo por SCHUMANN, BERITZ, GUTZ y KAULITZKI y publicado en 1987 sobre los efectos preventivo-generales del Derecho penal de

CUERDA ARNAU añade que la pérdida de este potencial intimidador no se veía compensada por el hecho de que, con esta figura, los integrantes de la organización terrorista contasen con un incentivo para delatar a otros compañeros. En efecto, podía pensarse que la causa de remisión de la pena «sembraría la desconfianza» entre los miembros de la agrupación. Sus integrantes ya no sólo tendrían que temer la acción de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sino también a sus propios compañeros, que podían verse seducidos por la posibilidad de no tener que cumplir ni un solo día de prisión si colaboraban –de un modo suficientemente relevante, eso sí– con las autoridades. En opinión de CUERDA ARNAU, esta figura podía acabar teniendo un efecto contrario al pretendido. Así, el ofrecimiento de una remisión total de la pena podía interpretarse por los integrantes de la organización terrorista como, o bien un acto más de amenaza por parte del Estado, o bien una muestra de debilidad de éste. El resultado en ambos casos sería una organización más unida, hermética y convencida de que debe continuar con la lucha armada para conseguir sus objetivos[304].

Por su parte, la reflexión que concierne a la prevención general positiva vuelve a ser interesante. La autora concede que la figura de la remisión sería acorde con esta finalidad si se limitase sólo a los delitos consistentes en quedar integrado en la organización terrorista, banda armada o grupo de rebeldes. Sin embargo, no debe olvidarse que también podían quedar remitidas las penas que hubieran correspondido por los concretos delitos que se hubiesen cometido en el seno de esas agrupaciones. Esos delitos podían ser muy graves. Es cierto que, como se ha visto, el apartado 2 del art. 57 bis b) CP73 impedía que se concediese la remisión a quienes se imputasen en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los arts. 418, 419 o los apartados 1º y 2º del art. 420 CP73. Quedaban fuera infracciones típicas del terrorismo que también podían revestir mucha gravedad, como las detenciones ilegales. Además, nada impedía que se beneficiase de la remisión quien hubiese cometido como cómplice alguno de los delitos expresamente mencionados en el apartado 2. A todo ello hay que sumarle que el precepto no sometía la concesión de tan importante ventaja a que la colaboración del culpable se hubiera prestado dentro de un determinado marco temporal[305].

Todas estas consideraciones hacían que, a su juicio, la remisión pudiera generar una «confusión valorativa» en la sociedad. Pues, si bien es cierto que el legislador castigaba con dureza los delitos relacionados con la actividad terrorista, no lo era menos que, por la vía de la colaboración, sus perpetradores podían quedar –con los matices hechos cuando se analizó el

menores. Este último estudio también es citado por el propio SILVA SÁNCHEZ. A estas referencias puede añadirse ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: «Análisis económico y delito: lo que hay y lo que puede haber», en *Economía industrial*, n.º 398, 2015, pp. 56-58.

[304] Ibid., p. 341. Sobre este argumento se hablará con más detalle en el Cap. IV, pues, como se verá, también ha sido esgrimido por quienes han escrito sobre incentivos similares en Alemania.

[305] Ibid., p. 345.

peculiar instituto de la remisión de la pena– libres. El beneficio, entonces, «rebasaba los límites» dentro de los cuales debía quedar constreñida la defensa del orden jurídico para resultar razonable conforme al sistema de valores de la ciudadanía[306].

CUERDA ARNAU también valora negativamente la figura desde el punto de vista de la prevención especial. Parte de la idea de que este excepcional beneficio sólo se debía conceder a quienes contasen con la información de mayor utilidad para las autoridades; no debe olvidarse que el apartado 2 del art. 57 bis b) CP73 exigía que la colaboración prestada fuera «de particular trascendencia». Quienes tienen esa información en su poder, probablemente, sean los sujetos más integrados en la organización; es decir, paradójicamente, aquellos cuyo pronóstico de resocialización es menos favorable[307].

Por otro lado, insiste en la ausencia de límites temporales dentro de los cuales la colaboración había de prestarse para poder optar a la remisión. Esto implicaba, a su juicio, que la colaboración podía prestarse en cualquier momento del proceso. El precepto amparaba, entonces, que el culpable accediera a cooperar sólo una vez que hubiera tenido conocimiento de la posibilidad de obtener este incentivo. Existía el riesgo de que la colaboración con las autoridades no se llevara cabo porque el potencial beneficiario quisiera distanciarse de su pasado criminal y reinsertarse en la sociedad. Sencillamente, podía ser muestra del comportamiento de alguien que deseaba que su salida del proceso penal fuera lo más ventajosa posible[308].

A todo ello, CUERDA ARNAU le suma una objeción que también formuló con ocasión de las posibilidades de atenuación. Y es que una de las conductas que también podía dar lugar a la remisión total de la pena era la colaboración activa para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables. En opinión de la autora, era muy discutible que la

---

[306] Ibid.

[307] Ibid., p. 347. Creo que esta afirmación debe matizarse. El argumento de CUERDA ARNAU puede entenderse, en mi opinión, en dos sentidos distintos. Uno es que el incentivo favorece a los que se encuentran en las capas más altas de la organización, que son, paradójicamente, los que están más necesitados de resocialización. Si es eso lo que se quiere decir, no se comparte. Hay que partir de que el terrorismo es una forma de criminalidad especial porque le subyace un determinado trasfondo político o religioso. CUERDA ARNAU, al destacar que la base «nacionalista-esencialista» de ETA le dotaba de una cierta aceptación social, no es ajena a estas ideas. A partir de aquí, puede argumentarse que un ejercicio indiscriminado de la violencia podría hacer que la reivindicación de fondo pase a ser percibida por los sectores sociales que simpatizaban con ella como una lucha ilegítima. Autores como SHAPIRO han puesto de relieve que, en esta tesitura, el papel de los líderes de estas organizaciones consiste, fundamentalmente, en mantener el ejercicio de la violencia dentro de determinados límites. De ahí que pueda discutirse que sean éstos, y no los ejecutores de los atentados, los que, precisamente, estén más necesitados de resocialización. SHAPIRO, J.N.: *The terrorist's dilemma*. Princeton University Press: Princeton, 2013, pp. 3-4. Si, por el contrario, lo que se quiere decir es que los sujetos que están en disposición de prestar la mejor información son los que han participado en un mayor número de atentados, la afirmación se comparte, aunque sólo como hipótesis; para poder emplearse como un argumento convincente, esa afirmación debería ser empíricamente comprobada. Me remito a lo que se dirá en su momento sobre la posible vulneración del principio de igualdad por parte de los incentivos (ver apartado 7 *infra*).

[308] CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, p. 348.

conducta consistente en la inculpación de terceras personas respetase «las exigencias de la más elemental política de reinserción»[309].

Por todo lo dicho, CUERDA ARNAU consideraba que la figura de la remisión total no podía explicarse desde el punto de vista de los fines de la pena. Esto hacía que, en su opinión, el fundamento de esta figura fuera exactamente el mismo que la finalidad que, con su creación, perseguía alcanzar el legislador: fomentar conductas útiles para esclarecer o evitar delitos relacionados con la actividad terrorista o para minimizar sus efectos.

Los casos de atenuación, en cambio, sí podían justificarse con base en los fines de la pena. Por ello, además de considerar que estos supuestos tenían un fundamento utilitario, CUERDA ARNAU también sostenía que contaban con una razón de ser objetiva y, en lo que interesa, legítima: responder a la *menor necesidad de pena* resultante del comportamiento posterior al delito llevado a cabo por el culpable.

5.6. Valoración critica: las ventajas de mantener un entendimiento más matizado sobre la relación de los incentivos con los fines de la pena

Hay un aspecto del que discrepo de la exposición de CUERDA ARNAU. Sin embargo, hay otro, que considero fundamental, con el que coincido.

5.6.1. La discrepancia: el concepto de «fundamento»

El primer aspecto tiene que ver con el concepto de «fundamento» que emplea para tratar de reflexionar sobre la legitimidad del art. 57 bis b) CP73. Tal y como se ha visto, para CUERDA ARNAU el fundamento de una institución jurídica sería algo parecido a su «razón de ser» (ella lo describe como una «*ratio* objetiva»). En su opinión, lo característico del fundamento es que es algo distinto a la finalidad que el legislador perseguía con la creación de la norma de que se trate (sin perjuicio de que, a veces, uno y otra puedan coincidir). CUERDA ARNAU formula esta distinción porque, pese a que las circunstancias sociales y políticas que impulsaron al legislador a crear esa norma pueden cambiar en el futuro, el fundamento estaría en disposición de sobrevivir a esos cambios. Por eso, cuando se trata de justificar la existencia de una determinada institución jurídica –como es el caso–, la apelación a este último sería un argumento mucho más sólido que limitarse a tomar en consideración lo que el legislador pretendía conseguir con su creación.

Mi discrepancia se basa en que, aun con las precisiones que realiza para intentar explicar qué es, la noción de fundamento empleada por CUERDA ARNAU me sigue resultando un concepto demasiado vago. Y, como tal, creo que no ofrece un rendimiento suficiente en la discusión sobre la legitimidad de la figura estudiada. Veamos esto con algo de detenimiento.

[309] Ibid.

Una de las interpretaciones del concepto de fundamento que puede resultar de una primera lectura de la postura de CUERDA ARNAU es que éste constituye una realidad objetiva y trascendente, que permanece invariable ante los cambios sociales y políticos que en cada momento inspiran al legislador a proceder de una u otra manera y de la que emana, además, la legitimidad de las normas jurídicas. De mantenerse esta primera interpretación a la hora de preguntarse por la justificación del art. 57 bis b) CP73, parece que se esté sosteniendo una postura cercana al iusnaturalismo. En efecto, si se entiende al fundamento de esta manera, su empleo como pauta para decidir si una norma tiene cabida o no en el ordenamiento jurídico está, a mi juicio, próxima a la idea de que existe un orden normativo situado en un plano distinto al Derecho; orden al cual, además, deben ajustarse *necesariamente* las normas jurídicas para ser consideradas válidas[310].

Ahora bien, esta opinión debe hacer frente, al menos, a la siguiente objeción: CUERDA ARNAU nunca llega a sostener que, para que el art. 57 bis b) CP73 sea una norma jurídica válida, deba cumplir con ningún criterio de legitimación *moral*. No resulta adecuado, por tanto, atribuirle esta postura[311].

Parece más apropiado, por lo tanto, partir de que, al apelar al fundamento del art. 57 bis b) CP73, la autora está tratando de buscar las razones que, *dentro del Derecho positivo español*, mejor explican la atenuación o la remisión de pena por el desempeño de los comportamientos exigidos en el precepto. Abona esta tesis el hecho de que acuda a institutos que *se parecen* al tipo de conductas requeridas por el art. 57 bis b) CP73 para que tengan lugar sus consecuencias jurídicas. Estos institutos son, como ya se ha dicho en otras ocasiones, el desistimiento en la tentativa y la antigua atenuante de arrepentimiento espontáneo del art. 9.9ª CP73. La semejanza entre estas figuras vendría dada por el hecho de que todas ellas exigen que el culpable lleve a cabo un comportamiento posterior al hecho punible para que se le pueda eximir de pena o para que el reproche penal que cabría imponerle por sus actos se atenúe.

---

[310] El término «validez» se está empleando aquí para referirse a la forma de existencia específica de una norma jurídica. Al decir que una norma jurídica es válida, se está diciendo «que vale para un espacio determinado y durante un cierto tiempo; significa que esa norma se refiere a fenómenos que han de tener lugar en algún lugar y en algún momento». KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*. Trotta: Madrid, 2011, p. 45 (traducción al español de la primera edición, de 1934, a cargo de ROBLES MORCHÓN, G., y SÁNCHEZ, F. F.).

[311] Es más, considero significativo el siguiente dato, que puede dar cuenta de que CUERDA ARNAU no está, precisamente, cerca del iusnaturalismo. Cuando la autora expone su punto de vista acerca de las concepciones fundamentadoras y limitadoras de la prevención general positiva, cierra su argumentación, con la que rechaza su adhesión al primer grupo de perspectivas, citando la traducción en español de *Sobre el Derecho y la Justicia*, de Alf ROSS. En dicha obra, el autor lleva a cabo una dura crítica contra la filosofía del Derecho natural. ROSS, A.: *Sobre el Derecho y la Justicia*. Eudeba: Buenos Aires, 5ª ed., 1995, pp. 251-260 (traducción al español de la primera edición en inglés, de 1958 –a su vez traducción de la edición original en danés de 1953–, a cargo de CARRIÓ, G.R.). La cita a la que me refiero se encuentra en CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, p. 344.

Pues bien, si se trata de encontrar, dentro de un ordenamiento concreto, razones más o menos estables –al menos, más estables que la finalidad perseguida por el legislador con su creación– que expliquen las exenciones y atenuaciones de pena contenidas en las instituciones que se acaban de mencionar, no se comprende muy bien por qué se escogen, de entre todas las posibles, los fines de la pena. No sólo es que ni el CP73 ni el vigente CP expresen cuáles son esos fines; es que no parece prestarse a demasiadas discusiones que su formulación también ha variado, y no poco, a lo largo del tiempo. Piénsese, sólo por decir algunos hitos históricos, en el camino recorrido desde el *ojo por ojo* hasta la teoría dialéctica de la unión. Parece cuestionable, en definitiva, que, si su pretensión es encontrar un criterio de legitimación de las normas jurídicas más o menos impermeable a las variaciones políticas, sociales y culturales, ése tenga que ser algo tan debatible como los fines que se asocian al castigo estatal[312].

A lo que se acaba de decir hay que sumarle los inconvenientes derivados de la apelación a la teoría de la pena como crítica de los incentivos para la colaboración con la justicia. Estos inconvenientes se han tratado en el apartado 4 de este capítulo, por lo que me remito al mismo para evitar reiteraciones innecesarias.

5.6.2. La coincidencia: su visión de la prevención general positiva

Dicho esto, coincido con CUERDA ARNAU en el modo en que orienta la reflexión cuando se pregunta si la atenuación y la remisión de la pena contenidas en el art. 57 bis b) CP73 resultan acordes a la prevención general positiva. A mi juicio, en esa reflexión se emplea un esquema que puede resultar fructífero a la hora de criticar los incentivos para la colaboración con las autoridades. Es cierto que la autora no desarrolla este esquema hasta el final. Sin embargo, quienes han criticado los incentivos para la colaboración con las autoridades apelando a este mismo fin de la pena, incluso con posterioridad a este trabajo de 1995, no han hecho mención al esquema al que ahora me refiero.

Volvamos un poco sobre nuestros pasos. Al hablar sobre lo que entiende por prevención general positiva, CUERDA ARNAU declara expresamente su rechazo a las que llama «concepciones fundamentadoras». De conformidad con estas posturas, el Derecho penal asumiría un papel de conformación de los valores sociales. Esta es una perspectiva que, si se recuerda, es bastante

[312] Paradigmático en este sentido, MIR PUIG: «Si, como es frecuente, se estudia el tema sin situarlo en el contexto del Derecho propio de un determinado momento histórico-cultural, cualquiera de las soluciones propuestas en la doctrina podría ser defendida. No es éste el camino correcto. La retribución, la prevención general y la prevención especial no constituyen opciones ahistóricas, sino diversos cometidos que distintas concepciones del Estado han asignado en diferentes momentos al Derecho penal. No se trata, pues, de preguntar sólo por la función de "la pena", en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena *en* el Derecho penal propio de un determinado modelo de Estado». MIR PUIG, S.: *Derecho penal…*, *op. cit.*, 2011, 9ª ed., pp. 93-94 (cursivas en el original).

similar a la mantenida por los autores incluidos en la que aquí se ha llamado «concepción esencialista».

A juicio de CUERDA ARNAU, el Derecho penal, más que conformar esos valores, debía intentar no perturbarlos. Para que eso suceda, sería preciso someter el ejercicio del castigo estatal a determinados principios limitadores. Proyectado esto al análisis del art. 57 bis b) CP73, CUERDA ARNAU indica que los incentivos en él contenidos sólo serían acordes con este particular entendimiento de la prevención general positiva si no generan «desconcierto» en la comunidad. Eso podría suceder si existe el riesgo de que la comunidad conciba los incentivos como «desproporcionados». A partir de estas premisas, concluye que los supuestos de atenuación sí cumplen con los fines de prevención general positiva. Los casos de remisión total de la pena, en cambio, no lo harían.

Desde mi punto de vista, su reflexión encaja en la lógica del principio de proporcionalidad. A través de ésta, se trata de averiguar si, cuando el Estado decide no imponer todo o parte del castigo que le correspondería a los culpables, está renunciando a «mucho» a cambio de «muy poco».

Puede señalarse aquí que, en sentido estricto, CUERDA ARNAU sólo está reflexionando en el marco de la versión de la teoría de la prevención general positiva que considera más acorde con el modelo de Estado social, democrático y de Derecho. Es decir, que una cosa es la versión de la prevención general positiva que ella defiende y otra cosa (más amplia) es el principio de proporcionalidad, que abarcaría a todas las posibles teorías de la pena. Aun así, creo que es gracias a adoptar este particular entendimiento de la prevención general positiva el hecho de que CUERDA ARNAU reconozca que *la estrategia* consistente en recurrir al incentivo para fomentar a la colaboración con las autoridades, *por sí misma, no es ilegítima*. Sino que lo que, en su caso, puede resultar cuestionable es *el modo en el que esta estrategia se ha implementado* por parte del legislador. En esto último es donde, en mi opinión, entra en juego el principio de proporcionalidad (que, por ser un principio limitador del *ius puniendi*, la discusión sobre su respeto o no es algo que indiscutiblemente interesa a la reflexión jurídico-penal) y el análisis de costes y beneficios que le es inherente.

El hecho de que CUERDA ARNAU conceda un espacio propio al respeto a este principio y centre la discusión en exclusiva en el cumplimiento de los fines de la pena es, en mi opinión, palpable si se atiende a las palabras con las que cierra el capítulo de su monografía relativo al fundamento del art. 57 bis b) CP73: «[h]oy ya nadie duda de la posibilidad de prescindir de la pena –y aun de la conveniencia de hacerlo en virtud del principio de proporcionalidad– (…) Por otra parte, es claro también que existe cierta unanimidad en conceder al legislador un amplio margen de libertad tanto a la hora de criminalizar como de descriminalizar conductas; sin embargo, la cuestión se complica cuando prescindir de la pena implica menoscabar la función de tutela que se le asigna

(…). La total impunidad la concede nuestro legislador para estimular en mayor medida a la realización de conductas sin duda deseables y aptas en el caso concreto para producir un resultado valioso; sin embargo, prescindir totalmente de la pena en casos de especial gravedad es dudosamente aconsejable desde la prevención general, y cuando, además, tal cosa no puede ser entendida en clave de prevención especial, ello impide estimar tal previsión como valiosa en su conjunto (…)»[313].

Al adoptar este esquema, resulta obligado llevar a cabo un estudio sobre el mayor o menor grado de consecución de los objetivos que el legislador pretendía alcanzar. Lo cierto es que, aunque no lo integra en el apartado relativo al fundamento del art. 57 bis b) CP73, CUERDA ARNAU, consecuente con el esquema argumental arriba expresado, llevó a cabo un análisis de la aplicación del precepto en cuestión por parte de la Audiencia Nacional (AN), el órgano jurisdiccional competente para la investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo en España. Así, en el Capítulo VII de su monografía afirma tener noticia de, al menos, cinco casos de aplicación del art. 57 bis b) CP73 desde su entrada en vigor. En todos ellos, la solución adoptada por la AN fue la de atenuar la pena en un solo grado. Es decir, que no encontró casos ni de atenuación en dos grados ni de remisión total de la pena[314].

En esa misma sección de su trabajo, también analiza ciertos fallos judiciales en los que, aunque no se haya aplicado esa disposición, la AN dispensó un trato más favorable a los colaboradores con las autoridades empleando otros instrumentos jurídicos. Esos otros instrumentos fueron la solicitud de indulto al ejecutivo o la aplicación de una atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo del art. 9.10ª en relación con el art. 9.9ª CP73[315].

Del análisis de estos dos grupos de supuestos, CUERDA ARNAU extrae dos conclusiones. La primera, que, a pesar de que la AN no es especialmente proclive a la aplicación del art. 57 bis b) CP73, este precepto, aun escasamente, ha tenido cierta aplicación. Y la segunda que, a pesar de esa resistencia de la AN a aplicar ese precepto, este órgano jurisdiccional ha intentado, de hecho, valorar con un trato más benigno a quienes han prestado algún tipo de ayuda a las autoridades.

Ninguno de estos estudios habría sido posible si, simplemente, se hubiera asumido que los incentivos para la colaboración contenidos en el art. 57 bis b) CP73 resultaban, desde el principio, algo ilegítimo por no ser explicables (al menos no completamente) desde las teorías de la pena. En la medida en que con la realización de estudios de estas características pueden perfeccionarse los argumentos que sirvan para criticar incentivos como estos (entre los que se encuentran los

[313] CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, p. 352.
[314] Ibid., pp. 502-503.
[315] Ibid., pp. 497-501.

constitutivos del objeto de esta investigación), el trabajo de CUERDA ARNAU resulta, en mi opinión, especialmente valioso[316].

6. LA SUPUESTA INEFICACIA DE LOS INCENTIVOS

6.1. Exposición de las principales ideas

Como se ha dicho en numerosas ocasiones, los incentivos para la colaboración con las autoridades pretenden legitimarse en la medida en que ayuden a la consecución de determinados objetivos político-criminales. Siendo esto así, podría cuestionarse la conveniencia de introducir estas medidas en el ordenamiento jurídico si se comprueba que, realmente, no son útiles para alcanzar las metas que se proponía alcanzar el legislador. Varios autores sostienen que existen poderosas razones para pensar que los incentivos son disposiciones inútiles.

Así, una primera objeción es que los incentivos para la colaboración con las autoridades son (muy) difíciles de aplicar. Esta dificultad de aplicación tendría dos vertientes. Por un lado, hay algunas disposiciones que prevén unos requisitos muy exigentes. A este grupo pertenecería, como se ha visto, el art. 426 CP. Recuérdese que esta disposición exige, para empezar, que el particular sólo haya accedido «ocasionalmente» a la solicitud de dádiva o retribución del funcionario o la autoridad. Y, para seguir, es preciso que la denuncia se interponga no sólo antes de que se inicie el procedimiento, sino antes de que transcurran dos meses desde la fecha de los hechos[317].

Ciertos autores también indican lo rigurosos que son los arts. 376, 570 quater.4 y 579 bis.3 CP. Como se ha visto, estos preceptos contienen los incentivos para la colaboración con las autoridades para, respectivamente, los delitos contra la salud pública, de integración en organización o grupo criminal y de terrorismo. De estas disposiciones se indica que requieren, en todo caso, el abandono voluntario de las actividades delictivas. Esto quiere decir que, si el culpable decide colaborar una vez que ha sido detenido –algo que es razonable pensar que suceda en un número bastante elevado de ocasiones–, no se le podrá conceder ningún incentivo[318]. A ello

[316] La autora, además, ha sido consecuente con este esquema en sus trabajos posteriores. Recuérdese que el art. 57 bis b) CP73 desapareció con la aprobación del Código Penal de 1995. La figura que le sucedió fue la que hoy se contiene en el art. 579 bis.3 CP. Este otro precepto «tan sólo» prevé la posibilidad de rebajar la pena en uno o dos grados. No está prevista, pues, la posibilidad de eximir al culpable o de «remitirle» la pena que se le imponga. Como se ha dicho más arriba, en 2004, CUERDA ARNAU escribió un artículo en el que analizaba los puntos críticos de la «nueva» figura. En dicha contribución, no aboga por la derogación de este precepto con base en lo «excesivo» de la renuncia que el legislador estaba llevando a cabo con su creación. Lo que sí señala es que, por cómo está diseñado, le parece discutible que el art. 579 bis.3 CP se aplique en la práctica y, con ello, pueda cumplir con los objetivos que el legislador esperaba encontrar. Es decir, que, de nuevo, planteó la cuestión en términos de «costes», «beneficios» y «proporcionalidad» entre unos y otros. CUERDA ARNAU, M.ª L.: «El premio… *op. cit.*, 2004, pp. 20-27.

[317] Sobre la (difícil) interpretación de estos términos, ver Cap. I, apartado 2.2.1. *supra*.

[318] En este sentido, por ejemplo, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: «El coimputado…, *op. cit.*, 2005, p. 18.

hay que sumarle que en el caso de la atenuante prevista para el terrorismo se requiere que el culpable se presente a las autoridades confesando los hechos en los que haya participado. Es decir, que, para aplicar esta última atenuante no basta con el abandono voluntario, sino que se requiere, *además de eso*, la confesión de la propia responsabilidad y, naturalmente, la colaboración activa para la consecución de los objetivos previstos por el legislador[319].

El otro sentido en el que se predica la escasa manejabilidad de los incentivos es que las conductas que exigen para su aplicación están, en ocasiones, muy vagamente descritas. Esto hace que muchas veces no quede claro qué es lo que tiene que hacer el colaborador para poder obtener la ventaja prevista. Se traen a colación, en este sentido, los términos acompañados por algún adjetivo, como «colaboración *activa*» o «pruebas *decisivas*». Estas dos construcciones que se acaban de transcribir aparecen tanto en la gran mayoría de las figuras constitutivas del objeto de estudio de esta investigación –forman parte del tenor literal del segundo inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP, así como del art. 434 CP– como de las atenuantes previstas para los delitos contra la salud pública (art. 376 CP), integración en organización o grupo criminal (art. 570 quater.4 CP) y terrorismo (art. 579 bis.3 CP)[320].

Las dificultades de aplicación de los incentivos a menudo se mencionan junto con su escaso atractivo como otro factor que merma su efectividad. No es sólo que los preceptos que los contienen establezcan requisitos que son, o bien demasiado exigentes, o bien muy poco claros. Es que, salvo los arts. 426 y 434 CP (que contemplan, respectivamente, la eximente para el delito de cohecho y la atenuante para el delito de malversación), todos los artículos del Código Penal que prevén incentivos para la colaboración con las autoridades –ya sea los relacionados con la criminalidad económica, ya con la criminalidad organizada o el terrorismo– se limitan a prever que los jueces «podrán» atenuar la pena en uno o dos grados. El empleo de esa forma verbal admite una interpretación que considere que los incentivos son de aplicación facultativa; es decir, que, aunque se cumplan los requisitos exigidos por el precepto de que se trate, los jueces pueden conceder o no el incentivo discrecionalmente[321]. La falta de seguridad en la consecución de la

[319] Recuérdese lo que se ha visto en el apartado 5.2. de este capítulo sobre la comparativa entre el art. 57 bis b) CP73 y el vigente art. 579 bis.3 CP. Por lo demás, también han mencionado esta exigencia como un elemento que estrecha, aún más, el ámbito de aplicación del precepto SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: «El coimputado…, *op. cit.*, 2005, p. 18, y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El colaborador…*, *op. cit*., 2004, p. 135.

[320] En este sentido va, en lo que atañe a los incentivos del segundo inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP, como se ha visto más arriba, IGLESIAS RÍO, M.A.: «Delitos…, *op. cit.*, 2013, pp. 824-825. En un sentido similar, aunque para las atenuantes de los arts. 376 y 579 bis.3 CP, BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El colaborador…*, *op. cit.*, 2004, pp. 125-127.

[321] En este mismo sentido, recuérdese, parece ir la jurisprudencia. Sobre la cuestión, ver Cap. I, apartado 3.3.2. *supra*.

rebaja de pena bien puede disuadir a sus potenciales beneficiarios de adoptar una estrategia procesal consistente en la colaboración[322].

Otra crítica que está centrada en los resultados que, eventualmente, podrían obtenerse en caso de que finalmente los incentivos se apliquen. Supongamos que hay un proceso penal en el que uno de los investigados decide colaborar con las autoridades. Supongamos, también, que esa colaboración se materializa en una declaración incriminatoria de otros intervinientes en el hecho delictivo. La crítica tiene que ver con el hecho de que esa declaración, por sí sola, no constituye una prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia de aquellos frente a los que se dirija. En efecto, la jurisprudencia del TC reconoce, desde hace varios años, que las declaraciones de los coimputados no pueden fundamentar, por sí solas, sentencias condenatorias. Para ello, es necesario que concurran elementos adicionales de corroboración. De modo que ya no sólo es que los incentivos sean difíciles de aplicar por sus requisitos o por su escaso atractivo. Es que, aun suponiendo que se apliquen, es probable que no sirvan para conseguir la condena de otros implicados en el hecho delictivo[323].

Por último, también hay quien destaca que los incentivos para la colaboración con las autoridades son, sencillamente, superfluos. La idea que subyace a esta crítica es que los comportamientos colaboradores que pretenden fomentar los incentivos también pueden recompensarse a través de la aplicación de atenuantes genéricas, como la de confesión (art. 21.4ª CP) o la de reparación del daño (art. 21.5ª CP). Como ha tenido ocasión de verse en el estudio de la concepción «esencialista» de la relación de los incentivos con los fines de la pena, estas atenuantes pueden aplicarse también como analógicas. De modo que, incluso aunque no se respeten los límites temporales exigidos por los preceptos reguladores de esas atenuantes genéricas, se podría conceder una rebaja de pena a los colaboradores.

Además, con independencia de si las atenuantes genéricas en cuestión se aplican como analógicas o no, puede que la rebaja de pena que se conceda sea la misma que la que se podría obtener si se aplica alguno de los incentivos. En efecto, con la salvedad del art. 426 CP –que sólo prevé la absolución como consecuencia jurídica–, todos los incentivos para la colaboración establecen que los jueces o tribunales podrán conceder una rebaja de la pena de uno o dos grados. Si el órgano jurisdiccional considera que concurre una atenuante genérica –analógica o no–, la

[322] En este sentido, GARRO CARRERA, E.: «Comportamiento…, *op. cit.*, 2013, p. 14; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El colaborador…*, *op. cit.*, 2004, pp. 168-169.

[323] Así, para los delitos económicos, IGLESIAS RÍO, M.A.: «Delitos…, *op. cit.*, 2013, pp. 826-827. Para los delitos contra la salud pública y el terrorismo, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: «El coimputado…, *op. cit.*, 2005, pp. 21-22; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El colaborador…*, *op. cit.*, 2004, pp. 176-179, y CUERDA ARNAU, M.ª L.: «El premio…, *op. cit.*, 2004, pp. 46-51. Para un repaso de la jurisprudencia del TC y del TS relacionada con el valor probatorio de las declaraciones de los coimputados, ver ORTIZ PRADILLO, J.C.: *Los delatores…*, *op. cit.*, 2018, pp. 274-281, y, más recientemente, EL MISMO: Whistleblowing…, *op. cit.*, 2024, pp. 329-332.

rebaja de pena que ha de conceder puede llegar a ser de uno o dos grados si entiende que la atenuante en cuestión es muy cualificada (art. 66.1.2ª CP)[324].

En suma: resulta que en el Código Penal ya hay una serie de figuras que pueden recompensar la colaboración con las autoridades cuyos requisitos de aplicación son más laxos que los de los incentivos y cuyas ventajas pueden llegar a ser las mismas que las que pueden alcanzarse con aquéllos. Siendo esto así, no está del todo claro qué tienen los incentivos para la colaboración con las autoridades que no tengan las atenuantes genéricas de las circunstancias 4ª y 5ª del art. 21 CP, sobre todo si se toma en consideración la posibilidad de aplicar estas últimas como analógicas *ex* art. 21.7ª CP[325].

6.2. Valoración crítica

6.2.1. Una observación concreta sobre la necesidad de corroborar las declaraciones de los coimputados

De todas las críticas expuestas en el epígrafe anterior, no estoy de acuerdo con la que alude a la imposibilidad de que las declaraciones de los colaboradores funden por sí solas una sentencia condenatoria como prueba de su falta de eficacia. Coincido en que, si la colaboración consiste, únicamente, en realizar una declaración en el juicio oral sin aportar ningún otro elemento de prueba que la corrobore, difícilmente eso servirá para algo. Sin embargo, a partir de aquí, creo que es posible formular, como mínimo, dos objeciones.

La primera es que realizar declaraciones incriminatorias en el juicio oral es sólo una de las muchas posibilidades que tienen a su disposición los potenciales beneficiarios de los incentivos para colaborar con las autoridades. En concreto, este tipo de acciones podrían encajar en las finalidades consistentes en colaborar activamente para obtener pruebas decisivas que redunden, o bien en «la identificación o captura de otros responsables», o bien en «el completo esclarecimiento de los hechos».

Por un lado, hay que destacar que estas formas de colaboración están previstas en las atenuantes del segundo inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP (respectivamente, delitos fiscales, contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones) y la del art. 434 CP (malversación). El art. 426 CP exige una conducta distinta (y muy concreta): denunciar los

[324] Recuérdese, en todo caso, lo dicho sobre el juego de la regla del art. 66.1.8ª CP en el Cap. I, apartado 4.2.1., c) *supra* (ver nota 106).

[325] Como se ha visto en el apartado 2 de este capítulo, han esgrimido este argumento frente a los incentivos a la colaboración con las autoridades en los delitos económicos VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: «La malversación…, *op. cit.*, 2020, pp. 792-793, e IGLESIAS RÍO, M.A.: «Delitos…, *op. cit.*, 2013, pp. 825-826. En lo que a los incentivos a la colaboración con las autoridades en los delitos contra la salud pública y de terrorismo, ha realizado esta misma crítica SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: «El coimputado…, *op. cit.*, 2005, p. 18.

hechos. Puede discutirse, por tanto, que el «éxito» de esta disposición radique en la obtención de un mayor número de sentencias condenatorias, sino en un mayor número de delitos de cohecho detectados.

Por otro lado, además, puede sostenerse que colaborar para obtener «pruebas decisivas» para identificar a otros culpables o para esclarecer por completo los hechos delictivos no tiene por qué consistir, únicamente, en aportar material que funde la sentencia condenatoria. Como se ha visto en el capítulo I de esta investigación, el tenor literal de estos incisos admite una interpretación amplia en virtud de la cual se considere que la aportación de información durante la fase de investigación, judicial o no, también quede dentro del ámbito de aplicación de estas figuras. Ello incluso aunque dicha información, finalmente, no se emplee como medio de prueba fundante de la sentencia condenatoria.

Por último, también es preciso recalcar que, junto con estas dos finalidades hacia las que puede tender la colaboración del infractor, hay otras que, claramente, no están pensadas para posibilitar o facilitar el dictado de una sentencia condenatoria, sino para satisfacer en la mayor medida posible las deudas dejadas de pagar o reparar cuanto antes el daño causado a la Administración Pública. Me estoy refiriendo, por ejemplo, a la modalidad de colaboración prevista al final del segundo inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP. Dicha finalidad es la consistente en aportar pruebas decisivas para localizar el patrimonio del autor o de otros responsables del delito. Como también se vio en el capítulo I, a través de la previsión de esta modalidad el legislador parece que intenta fomentar que se encuentren los bienes de los sujetos que tienen una obligación patrimonial con la Administración. En caso necesario, estos bienes podrán emplearse por el ente público defraudado para la satisfacción de las deudas dejadas de pagar. En un sentido similar va el art. 434 CP, el cual asocia la rebaja de pena a quien repare el perjuicio causado al patrimonio público de modo efectivo, íntegro y previo al inicio de las sesiones del juicio oral.

Queda por ver la otra objeción. Imaginemos que se da la situación arriba descrita; es decir, que el culpable se ha limitado a realizar declaraciones incriminatorias en el juicio oral contra otros intervinientes en el hecho delictivo. Sabemos que, de conformidad con la jurisprudencia del TC al respecto, esa declaración no puede fundar, por sí sola, la sentencia de condena. Pues bien, en este caso creo que puede discutirse que una actuación tal encaje en el concepto de una «colaboración *activa*» tendente a la obtención de «pruebas *decisivas*» que redunden, o bien en la «identificación o captura de otros responsables», o bien en el «*completo* esclarecimiento de los hechos delictivos». En otras palabras: los órganos judiciales podrían no conceder el incentivo si consideran que una conducta semejante no cumple con la finalidad que el legislador esperaba obtener.

6.2.2. La gran pregunta: ¿sabemos qué está sucediendo en la práctica? Los estudios empíricos disponibles

Hay algo en esta última objeción que, desde mi punto de vista, merece ser resaltado. La crítica que alude a la imposibilidad de que las declaraciones de los colaboradores funden, por sí solas, una sentencia condenatoria, parece dar por sentado que los jueces concederán, efectivamente, el incentivo. Ello, incluso, aunque la cooperación de su (potencial) beneficiario haya consistido, únicamente, en declarar contra otros intervinientes en el hecho delictivo en el acto del juicio. Esto no deja de ser una afirmación de hecho que, como tal, debería contar con un respaldo empírico. En mi opinión, el argumento que subyace a la crítica pierde fuerza de convicción si no va acompañado de datos relacionados con cómo han actuado los jueces y tribunales españoles ante situaciones semejantes.

Con esto llegamos al que, en mi opinión, es el principal problema de *todos* los argumentos que recalcan la escasa eficacia de los incentivos para la colaboración con las autoridades y *no sólo de la crítica a la que se acaba de responder*. Salvo lo que tiene que ver con esta última crítica, suscribo cuanto tiene que ver con los factores que pueden condicionar la eficacia de los incentivos. Es decir, me parece muy razonable afirmar que éstos son muy difíciles de aplicar, que son muy poco atractivos, que no añaden nada que no pueda conseguirse a través de otras vías más «usuales» como la aplicación de atenuantes analógicas y que todo eso, a la postre, merma las posibilidades de conseguir los objetivos político-criminales que tienen asignados.

No sólo eso: me parece que se trata de argumentos que complementan a la perfección los que se pueden construir a partir de una apelación matizada a los fines de la pena. Me refiero a argumentos cuya construcción sería más o menos como sigue: «con los incentivos, el legislador ha renunciado, en todo o en parte a los fines de la pena (sean cuales sean éstos) con la esperanza de conseguir ciertos resultados; sin embargo, a cambio de esa renuncia no se está consiguiendo gran cosa, pues, como son muy difíciles de aplicar o muy poco atractivos, no están permitiendo que se descubran más delitos que antes, que se identifique a más culpables que antes o que se pague o repare a la Administración Pública en mayor medida y más rápido que antes».

Lo que quiero poner de relieve es que, si se esgrimen argumentos contra los incentivos que están basados en afirmaciones de hecho sobre su eficacia y tales afirmaciones no van acompañadas de ningún estudio que las apoye, aunque sea parcialmente, la crítica no resulta del todo convincente. Desafortunadamente, esa parece ser la situación actual del debate: como va a verse de inmediato, por ahora se han realizado muy pocos estudios empíricos sobre las atenuantes y eximentes por colaboración con las autoridades en nuestro país.

Desde luego, en el ámbito de la criminalidad económica esos estudios son prácticamente inexistentes. Hasta donde alcanzo, aún no se ha llevado a cabo ningún estudio empírico sobre las figuras previstas en el segundo inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP ni sobre el art. 434 CP. Sí existen dos estudios relacionados con el art. 426 CP (esto es, sobre la eximente prevista para el delito de cohecho). El primero de ellos fue realizado por el GRECO en el año 2009 como parte de la tercera ronda de evaluación de las políticas españolas frente a la corrupción. La información que aporta dicho estudio, no obstante, es ciertamente escasa. En efecto, en él sólo se afirma que, durante el período sometido a evaluación, que comprendió los años 1996 a 2008, únicamente se tuvo noticia de un caso de aplicación del art. 426 CP (en aquel entonces, art. 427 CP). Se trata del supuesto decidido por la STSJ Madrid (1ª) 18/2006, de 29 de noviembre (Roj.: STSJ M 13070/2006). Esta última se dicta como consecuencia del recurso de apelación interpuesto contra la SAP Madrid (23ª) 30/2006, de 2 de marzo (Roj.: SAP M 3097/2006), que es en la que se aplica la figura en cuestión[326]. El segundo fue llevado a cabo por ORTIZ DE URBINA GIMENO en 2011. Sus resultados constan en la tercera edición de la parte especial de las «Lecciones de Derecho penal»[327]. Allí se indica que, además del supuesto que se acaba de mencionar, hay otro procedimiento en el que la disposición en cuestión fue aplicada. Se trata del caso resuelto en la STS 842/2006, de 31 de julio (Roj.: STS 6187/2006). En esta resolución, se menciona una decisión de sobreseimiento libre decretada frente a uno de los investigados, en aplicación de la eximente en cuestión. En la última edición del manual recién citado, de 2023, figura este mismo resultado[328].

En otras palabras: en atención a los datos expuestos, la eximente para el delito de cohecho sólo se habría aplicado en dos ocasiones desde su creación en el año 1995. Esto bien podría dar la razón a las críticas expuestas más arriba. Sin embargo, creo que sería conveniente completar la información de la que se dispone a través del análisis de otros parámetros para tener un diagnóstico algo más preciso sobre la eficacia de la estrategia consistente en fomentar la colaboración con las autoridades en los delitos de cohecho. Por ejemplo, podría comprobarse si, al margen del art. 426 CP, los órganos judiciales españoles han aplicado otras figuras que puedan cumplir una función de estímulo similar. Me estoy refiriendo, fundamentalmente, a la atenuante genérica de confesión (art. 21.4ª CP) o a su analógica (art. 21.7ª CP). Ello porque el hecho de que en un procedimiento no se aplique la eximente del art. 426 CP no quiere decir, necesariamente, que ningún investigado por la comisión de un delito de cohecho haya prestado ningún tipo de

[326] GRECO: Tercera Ronda de Evaluación…, op. cit., 2009, p. 34.
[327] ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: «Delitos contra la Administración Pública», en SILVA SÁNCHEZ, J.M.ª (dir.); RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *et al.*: *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*. Atelier: Barcelona, 3ª ed., 2011, p. 342. La resolución de instancia de la que dimana la STS mencionada en el texto es la STSJ Cataluña (1ª) 1/2005, de 3 de enero (Roj.: STSJ CAT 10/2005).
[328] ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: «Delitos contra la Administración Pública»…, *op. cit.*, 8ª ed., 2023, p. 401.

colaboración a las autoridades, sino que, sencillamente, nadie ha llevado a cabo una conducta que encaje en los (rigurosos) perfiles del art. 426 CP.

Sin embargo, ninguna de estas comprobaciones se ha llevado a cabo. Son algo más completos, en cambio, los análisis que han tomado como objeto de estudio los incentivos para la colaboración con las autoridades en el ámbito del terrorismo.

Ya se ha mencionado más arriba que CUERDA ARNAU encontró cinco supuestos de aplicación del art. 57 bis b) CP73 por parte de la AN[329]. Esta cifra le hizo llegar a la conclusión de que ese órgano jurisdiccional no era «especialmente proclive» a la aplicación de los incentivos específicamente diseñados para fomentar la colaboración con las autoridades en ese ámbito criminal[330]. Con todo, en los casos en los que no procedía la aplicación de ese precepto, los tribunales españoles –a veces la propia AN, a veces el TS al conocer del asunto en casación– recurrieron a otros instrumentos jurídicos para beneficiar a los sujetos que, aunque no hubieran cumplido con los requisitos del art. 57 bis b) CP73, habían colaborado con las autoridades de algún modo. Entre esos instrumentos, la autora menciona la solicitud de indulto al Gobierno[331] o la aplicación de una atenuante analógica[332].

---

[329] Se trata de las SSAN (2ª) 14/1989, de 13 de febrero; (2ª) 32/1992, de 12 de junio; (3ª) 28/1992, de 9 de julio; (3ª) 33/1992, de 10 de octubre, y (2ª) 10/1993, de 25 de febrero. CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, p. 503. Ninguna de estas sentencias está indexada en el CENDOJ. Este hecho es un indicativo de lo complicado (y meritorio) que debió de resultar el análisis realizado por la autora ahora comentada. De conformidad con la información contenida en su página web, el CENDOJ se creó en junio de 1997. El 1 de abril de 1998 se distribuyó, entre los miembros de la carrera judicial, el primer CD-ROM con jurisprudencia. No fue hasta el 26 de junio de 2006 cuando el CENDOJ comenzó a prestar su servicio de manera pública y gratuita en Internet. Sobre todo ello, ver https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=724be6e84adec510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextchannel=ea1732cd1ddaa210VgnVCM1000000cb34e20aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=es [Consulta: 22/03/2024]. Recuérdese que el trabajo de CUERDA ARNAU se publicó en el año 1995; es decir, que fue concluido alrededor de dos años antes de la creación del CENDOJ. La labor de búsqueda de jurisprudencia que se ha empleado en esta investigación, cuyos resultados se contienen en el capítulo V, ha resultado incomparablemente más sencilla.

[330] CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, p. 503.

[331] La autora cita dos resoluciones dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 3/1988, de 25 de mayo, a través de la cual, como se vio en su momento, se introdujo en el CP73 el art. 57 bis b): se trata de la SAN (3ª) 7/1988, de 30 de enero y la STS de 27 de febrero de 1992 (Roj.: STS 1607/1992). También menciona la SAN (3ª) 46/1981, de 18 de junio, la cual, según sus palabras, se dictó tras la aprobación de la mencionada LO 3/1988, de 25 de mayo, pero antes de su entrada en vigor (lo que aconteció el 15 de junio de 1988). CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, p. 499. Ninguna de las SSAN citadas está indexada en el CENDOJ (sí lo está la STS, cuya referencia «Roj.» se ha hecho constar).

[332] La autora cita cinco resoluciones en este sentido. Se trata de las SSAN (2ª) 34/1989, de 1 de abril; (2ª) 38/1989, de 4 de abril; (3ª) 24/1990, de 3 de abril; (3ª) 27/1990, de 7 de abril, y (3ª) 34/1990, de 8 de mayo. CUERDA ARNAU indica sobre ellas que, en cuatro de estos casos, la AN concedió a los colaboradores una atenuante analógica del art. 9.10ª en relación con la atenuante de arrepentimiento espontáneo del art. 9.9ª CP73. En el caso decidido por la SAN (3ª) 24/1990, de 3 de abril, el procedimiento fue algo diferente, pues el órgano judicial aplicó al colaborador una atenuante analógica *sui generis* poniendo en relación el art. 9.10ª con el párrafo 2 del art. 57 bis b) y el art. 66 CP73. En opinión de la autora, esta forma de proceder no sería correcta: cuando no concurren todos los elementos del art. 57 bis b) CP73 cabría, o bien aplicar la atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo o, en su caso, solicitar un indulto. En cualquier caso, la solución en todos estos supuestos fue la misma: la AN rebajó la pena en un grado (la misma extensión en

Parece que, con la aprobación del Código Penal de 1995, los órganos judiciales españoles continúan prefiriendo recurrir a otras instituciones jurídicas antes que a los incentivos para dispensar un trato de favor a los terroristas colaboradores. Esa es la conclusión que puede extraerse, al menos, si se atiende a las afirmaciones de los autores que han estudiado la cuestión relativa a la frecuencia de aplicación de estos incentivos bajo la vigencia del actual Código Penal. Hasta donde alcanzo, esos autores son dos: Victoria GARCÍA DEL BLANCO y José NÚÑEZ FERNÁNDEZ.

En un artículo de 2009, GARCÍA DEL BLANCO afirmó no tener constancia de ningún supuesto de aplicación ni por la AN ni por el TS de la disposición que, en la actualidad, se contiene en el art. 579 bis.3 CP[333]. Algo que le resultaba llamativo en la medida en que, tal y como indica, ciertos magistrados del órgano citado en primer lugar habían afirmado públicamente no sólo la existencia de colaboradores con las autoridades, sino que sus contribuciones habían sido relevantes para desarticular bandas terroristas[334].

Por su parte, en su monografía de 2017, José NÚÑEZ FERNÁNDEZ plasmó los resultados de un análisis de sentencias sobre terrorismo dictadas por la AN y el TS entre el 2 de enero de 1995 y el 30 de abril de 2017. El autor indica que obtuvo la muestra del buscador público de jurisprudencia del Centro Nacional de Documentación Judicial (CENDOJ), órgano adscrito al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Para ello, seleccionó el marco temporal aludido e introdujo en el cuadro de búsqueda por texto libre los términos «terrorismo» y «atenuantes». El sistema devolvió, como resultados de búsqueda, 142 resoluciones dictadas por la AN y otras 147 por el TS; es decir, 289 sentencias en total. De todas ellas, seleccionó 27 que constituyeron la muestra definitiva: 12 del TS y 15 de la AN[335]. Más adelante se volverá a la cuestión relativa a los criterios empleados por el autor para reducir la muestra a su tamaño final. Por ahora basta con señalar que, sobre esta cuestión, NÚÑEZ FERNÁNDEZ indica que esas 27 resoluciones eran las únicas que versaban sobre terrorismo y en las que, además, o bien se aplicaba la figura actualmente contenida en el art. 579 bis.3 CP «o preceptos de similar naturaleza», o bien se descartó la apreciación de «estos o aquellos preceptos» pese a que alguna de las partes los invocó

---

la cual este órgano jurisdiccional rebajó la pena en los cinco casos en los que se aplicó el art. 57 bis b) CP73). CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, pp. 499-501. Ninguna de las resoluciones citadas en esta nota está indexada en el CENDOJ.

[333] Se hace la precisión de que es el incentivo que ocupa esa posición «en la actualidad» porque, en atención a las varias reformas que se han sucedido a lo largo de los años, el número del artículo ha ido cambiando. Su tenor literal, sin embargo, no lo ha hecho.

[334] GARCÍA DEL BLANCO, V.: «La dudosa eficacia de los beneficios premiales por arrepentimiento en terrorismo», en CUERDA RIEZU, A., y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (dirs.): *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*. Tecnos: Madrid, 2009, p. 118 (nota al pie 41).

[335] NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: *Sobre punibilidad, terrorismo y víctimas*. Thomson Reuters Aranzadi: Cizur Menor, 2017, pp. 125-126.

[336]. El autor afirma que, entre las 27 resoluciones finalmente estudiadas, sólo había tres casos de aplicación del incentivo actualmente regulado en el art. 579 bis.3 CP[337] y otros dos en los que se aplicó el art. 57 bis b) CP73[338]. Junto a estos cinco casos de aplicación de incentivos, el autor detectó en la misma muestra otras siete resoluciones en las que los órganos jurisdiccionales españoles hicieron uso de una atenuante analógica de confesión o de reparación del daño como respuesta a la conducta colaboradora de los condenados[339].

El trabajo de NÚÑEZ FERNÁNDEZ ofrece una información más significativa que la proporcionada, por ejemplo, por el informe del GRECO que se ha citado más arriba. En efecto, este autor, siguiendo la línea de CUERDA ARNAU, contempla la posibilidad de que haya sujetos que, pese a haber prestado algún tipo de ayuda a las autoridades, no hayan cumplido con los exigentes requisitos previstos por los incentivos específicamente diseñados para fomentar esa colaboración. Esto es lo que le lleva a buscar (y encontrar) siete supuestos en los cuales se aplicaron atenuantes analógicas de confesión o de reparación del daño. Pese a que esta forma de proceder me parece, en líneas generales, acertada para analizar cómo cooperan con las autoridades los acusados por delitos de terrorismo (si es que lo hacen) y cómo corresponden a esa colaboración, en su caso, los tribunales españoles, creo que es preciso realizar dos observaciones a este estudio.

La primera es que el autor no pone en relación los casos de aplicación de los incentivos ni los de las atenuantes genéricas con determinadas magnitudes que podrían dar cuenta de la mayor o menor utilidad que han reportado a las autoridades. Me refiero, por ejemplo, al número de

---

[336] Ibid., p. 126.

[337]Se trata de los asuntos resueltos en las SSTS 878/2014, de 23 de diciembre (Roj.: STS 5752/2014), y 2084/2001, de 13 de diciembre (Roj.: STS 9774/2001), y la SAN (3ª) 73/2007, de 19 de diciembre (Roj.: SAN 6248/2007). En las dos SSTS la disposición se aplica a un condenado en cada resolución. La rebaja de pena que se concede es de un grado. En la SAN (3ª) 73/2007, de 19 de diciembre, la disposición se aplica, nuevamente, sólo a un condenado. En este caso, sin embargo, la rebaja concedida es de dos grados. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: *Sobre punibilidad*…, *op. cit.*, 2017, p. 127.

[338] Se trata de la STS 1358/1997, de 5 de noviembre (Roj.: STS 6575/1997), y de la SAN (1ª) 24/2000, de 8 de mayo (Roj.: SAN 3050/2000). La persona a la que se le aplica el art. 57 bis b) CP73 es la misma en las dos resoluciones: el exetarra José Manuel Soares Gamboa, identificado como Baltasar en la primera a la que se ha hecho mención y como Serafín en la segunda. Debe precisarse que esas dos resoluciones no tienen continuidad entre sí. Es decir, que no pertenecen al mismo proceso judicial. Las dos enjuician sendos atentados con coche bomba ocurridos en Madrid: la primera, el que tuvo lugar el 25 de abril de 1986 contra un vehículo de la Guardia Civil entre las calles de Juan Bravo y Príncipe de Vergara y la segunda, el que aconteció el 9 de septiembre de 1985 en la Plaza de la República Argentina y que tuvo como objetivo un autobús que transportaba a agentes del cuerpo policial que se acaba de mencionar. Sobre estas dos resoluciones se volverá más adelante. Basta ahora con mencionar que Soares Gamboa fue condenado en ambos procedimientos por varios delitos graves, entre los que se encuentran los de estragos y asesinato, y que en los dos asuntos se le concedió una rebaja de pena de un grado en todos los delitos de los que fue declarado responsable.

[339] En concreto, NÚÑEZ FERNÁNDEZ cita las SSAN (1ª) 18/2011, de 14 de abril (Roj.: SAN 5999/2011); (1ª) 28/2006, de 26 de junio (Roj.: SAN 6406/2006), y (2ª) 13/1999, de 18 de marzo (Roj.: SAN 1772/1999), así como de las SSTS 679/2010, de 7 de julio (Roj.: STS 4229/2010); 816/2009, de 1 de julio (Roj.: STS 4886/2009); 106/2000, de 31 de enero (Roj.: STS 592/2000), y 1071/1996, de 20 de diciembre (Roj.: STS 7442/1996). NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: *Sobre punibilidad…*, *op. cit.*, 2017, p. 127 (nota al pie 70).

acusados y condenados por delitos de terrorismo en cada procedimiento. Habría sido interesante verificar si, en los casos en que se ha aplicado alguna de estas disposiciones –sean los incentivos, sean las atenuantes genéricas–, esos números son mayores en comparación con los de los supuestos en los que no se ha empleado ningún instrumento jurídico para beneficiar a los colaboradores.

La segunda es que tampoco indica, exactamente, en cuántos procedimientos de los 27 analizados se solicitó la aplicación de los incentivos, en cuántos de ellos se descartó y el motivo que, en cada caso, esgrimieron los órganos jurisdiccionales para no acceder a la petición. Esta observación que se acaba de hacer requiere de una explicación algo más detallada.

Se ha dicho más arriba que el autor seleccionó esas 27 sentencias de los 289 resultados totales de búsqueda porque eran, o bien casos de aplicación de la figura que hoy en día se contiene en el art. 579 bis.3 CP «o preceptos de similar naturaleza», o bien casos en los que se descartó la aplicación de «estos o aquellos preceptos». También se ha dicho que el autor tomó en consideración en cuántas de esas 27 resoluciones se aplicó el art. 57 bis b) CP73 (dos sentencias), la atenuante que actualmente prevé el art. 579 bis.3 CP (tres sentencias) o, en su caso, las circunstancias genéricas de confesión o reparación del daño (siete sentencias).

Teniendo esto en cuenta, cuando el autor alude a que la muestra estaba constituida tanto por supuestos de aplicación de «preceptos de similar naturaleza» a la figura del vigente art. 579 bis.3 CP, como por asuntos en los que se denegó la apreciación de «estos o aquellos preceptos» caben dos posibilidades. Por un lado, puede estar indicando que en esas 27 resoluciones se solicitó la aplicación del art. 579 bis.3 CP o, en su caso, el antiguo art. 57 bis b) CP73. Es decir, que el 100% de la muestra que finalmente se estudió estaba compuesta por casos de solicitud de alguno de los incentivos específicamente previstos para fomentar la colaboración con las autoridades en los delitos de terrorismo. De ser ese el caso, los supuestos en los que se aplicaron finalmente las atenuantes genéricas serían aquellos en los que los órganos jurisdiccionales españoles no reputaron cumplidos los requisitos de aplicación de alguno de esos incentivos, pero, aun así, recurrieron a otra vía para rebajar la pena de los colaboradores. Pero, por otro lado, la alusión a los «preceptos de similar naturaleza» al art. 579 bis.3 CP también puede englobar a las atenuantes genéricas y no sólo al art. 57 bis b) CP73. Es decir, que, en este segundo caso, la muestra no estaría integrada, en su totalidad, por casos de solicitud de los incentivos, sino, también, por casos en los que se solicitó la aplicación de una atenuante genérica de confesión o de reparación del daño.

Esto me parece relevante por lo siguiente. Si se maneja la primera interpretación, se hablaría de 27 casos de solicitud de aplicación de, o bien la atenuante que actualmente se contiene en el art. 579 bis.3 CP, o bien de alguno de los incentivos que preveía el art. 57 bis b) CP73. De esos

27 casos de solicitud, habrían prosperado cinco; es decir, que aproximadamente en uno de cada cinco casos en los que se invocaron los incentivos la petición fue estimada (18,52%). Sin embargo, de optar por la segunda, lo que se conoce es que hubo cinco casos de aplicación de alguno de esos incentivos, pero no se sabe cuántas veces se pidió su aplicación por los colaboradores.

A lo dicho hasta aquí hay que añadirle que el autor tampoco explica en qué número de casos de solicitud se produjo la desestimación de los incentivos ni por qué motivo se denegó su aplicación. Es cierto que, en un apartado de su trabajo, menciona que, entre las resoluciones analizadas, hubo casos en los que el abandono de la actividad terrorista no fue voluntario y otros en los que, pese a que sí lo fue, el sujeto no colaboró para la consecución de ninguno de los fines exigidos por la ley. Sin embargo, no hay una indicación del número de supuestos en los que la denegación se debió a uno u otro tipo de circunstancias. Esto impide hacerse una idea acerca de cuáles son los motivos que, con más frecuencia, llevan a los tribunales españoles a no conceder los incentivos[340].

Dicho esto, ninguna de las observaciones que se acaban de formular desmiente nada de lo que se afirma en los trabajos sobre terrorismo comentados en este epígrafe. Esto es, que los casos de aplicación de los incentivos diseñados específicamente para fomentar a la colaboración con las autoridades son ciertamente escasos y que, cuando hay algún acusado que opta por cooperar, los órganos jurisdiccionales españoles parecen preferir el recurso a las atenuantes genéricas[341].

7. LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

7.1. Exposición de las principales líneas

Otra crítica frecuente a los incentivos para la colaboración con las autoridades tiene que ver con la posible vulneración del principio de igualdad. De conformidad con los autores que la han

[340] Ibid., pp. 127-128.

[341] En esta línea va el que es, hasta donde alcanzo, el trabajo más reciente sobre la cuestión de NÚÑEZ FERNÁNDEZ. Éste no se ha tratado en profundidad porque sólo estudia la aplicación del incentivo en los casos de terrorismo yihadista. Esto, en mi opinión, ofrece una imagen del fenómeno que sólo es parcial. La muestra que estudia es, de hecho, más pequeña que la de su trabajo de 2017 (17 resoluciones frente a 27). En ella no se contiene ningún supuesto de aplicación del art. 579 bis.3 CP, aunque sí se indica que en 16 resoluciones se aplicó a un total de 26 condenados que colaboraron con las autoridades la atenuante analógica de confesión. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «La colaboración con la justicia de los condenados por terrorismo yihadista: posibles enseñanzas a partir de un estudio jurisprudencial», en *RECPC*, n.º 23, 2021, pp. 4-15. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-05.pdf [Consulta: 06/07/2024]. También refrendan estas ideas CANCIO MELIÁ y OUBIÑA BARBOLLA, quienes, en una obra colectiva de 2021, en la que se comparan las medidas de incentivo de la colaboración con las autoridades en el ámbito del terrorismo previstas en diferentes Estados de la Unión Europea, indican que, entre 1981 y 2019, ninguno de esos incentivos ha sido aplicado en «más de diez ocasiones». CANCIO MELIÁ, M., y OUBIÑA BARBOLLA, S.: «Section I – Chapter 7: Spain», en DONINI, M.; BIN, L., y DIAMANTI, F. (eds.): *Preventing international terrorism. European models of rewarding measures for judicial cooperators*. Jovene Editore: Nápoles, 2021, p. 269.

formulado, los incentivos crearían dos distinciones potencialmente problemáticas desde el punto de vista del principio aludido.

Una de ellas toma como referencia los intervinientes en un hecho delictivo incluido en el ámbito de aplicación de alguno de los incentivos. En atención a cómo están diseñados, los infractores que tienen más posibilidades de beneficiarse de ellos son los que cuentan con la información más útil para las autoridades. La crítica asume que estos sujetos serán, normalmente, los que ocupen los puestos más altos de la organización criminal en la que, en su caso, los hechos se hayan perpetrado. *A contrario*, los sujetos que tengan menos jerarquía en la organización de que se trate contarán con menos información y, por tanto, no podrán beneficiarse del mejor trato penológico[342]. Para algunos autores, esta situación, que, podría beneficiar a quienes se encuentran en los estratos superiores de la organización criminal, constituiría una suerte de «disfunción valorativa»[343].

La otra diferenciación es más general y toma como referencia a los intervinientes en *cualquier* otro hecho delictivo que *no* sea de los incluidos en el ámbito de aplicación del incentivo de que se trate. La distinción radicaría aquí en que sólo los que hayan cometido un delito de los incluidos en el ámbito de aplicación de la figura podrán beneficiarse de un trato penal más favorable si colaboran con las autoridades. En cambio, cualquier otro infractor que preste su ayuda para, por ejemplo, identificar a otros responsables, esclarecer los hechos o evitar otros delitos no podrá solicitar que se le conceda ninguna de las ventajas previstas en los preceptos ahora criticados[344].

7.2. Valoración crítica

Creo que hay dos maneras de reaccionar frente a los argumentos que se acaban de exponer. Una y otra tienen que ver con cómo se interprete el objetivo que se intenta conseguir al formularlos. Así, si lo que se pretende al esgrimir estos argumentos es derogar los incentivos por considerar que son contrarios al art. 14 CE, la crítica consistente en la apelación al principio de igualdad no es muy convincente. Ahora bien, si se interpretan como una crítica al actual diseño de los incentivos dirigida a intentar maximizar su eficacia, creo que pueden proporcionar algunas ideas útiles para formular propuestas *de lege ferenda*.

---

[342] En este sentido, entre otros, GARRO CARRERA, E.: «Comportamiento…, *op. cit.*¸ 2013, p. 12; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: «El coimputado…, *op. cit.*, 2005, p. 9. y LAMARCA PÉREZ, C.: «La última recepción de la normativa antiterrorista», en *ADPCP*, Tomo XLII, n.º 3, 1989, p. 974.

[343] GARCÍA DEL BLANCO, V.: «Conflicto de intereses: la víctima en el proceso y en la ejecución penal», en GIL GIL, A., y MACULAN, E. (dirs.): *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*. Dykinson: Madrid, 2017, p. 284; LA MISMA: «La dudosa eficacia…, *op. cit.*, 2009, p. 118.

[344] En este sentido, GARRO CARRERA, E.: «Comportamiento…, *op. cit.*, 2013, pp. 12-13; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: «El coimputado…, *op. cit.*, 2005, pp. 9-10; LAMARCA PÉREZ, C.: «La última…, *op. cit.*, 1989, pp. 974-975.

7.2.1. Sobre la posible inconstitucionalidad de los incentivos por infracción del art. 14 CE

Comencemos estudiando la primera posibilidad. De manejarse ésta, los argumentos expuestos por CUERDA ARNAU en su monografía de 1995 me parecen suficientemente convincentes como para rechazar las dos objeciones antes vistas. En dicho trabajo, la autora responde a la crítica que surge de las dos diferenciaciones arriba enunciadas. Su razonamiento parte de la siguiente premisa: el principio de igualdad, tal y como lo ha interpretado el TC, no prohíbe la introducción de diferencias de trato, sino que impone la necesidad de que esas eventuales diferencias posean una justificación «objetiva y razonable»[345].

a) La réplica a la primera distinción: los incentivos favorecen a los dirigentes de las organizaciones criminales

A partir de aquí, la autora indica, en lo que tiene que ver con la crítica que surge de la primera distinción, que el hecho de ocupar una posición u otra en la organización no tiene ningún tipo de relevancia en la discusión sobre el principio de igualdad. Como se vio en su momento, CUERDA ARNAU sí reconoce que la remisión total de la pena prevista en el apartado 2 del art. 57 bis b) CP73 podía favorecer a los sujetos más integrados en la organización, que, precisamente, eran los que, a su juicio, más necesitados estaban de resocialización; de ahí que considerara a este incentivo contrario a este fin de la pena (ver apartado 5.5.2. *supra*, donde ya se criticó esta asunción).

Sin embargo, en opinión de la autora, esta conclusión no afecta en nada al juicio sobre el respeto o no al principio de igualdad. En efecto, la norma criticada no anuda una diferencia de trato en función del puesto que se ocupe en la organización, sino en el mayor o menor grado de colaboración que preste el potencial beneficiario del incentivo. Si se toma en consideración cuál es la finalidad del precepto examinado, la distinción es pertinente: mediante el art. 57 bis b) CP73 se trata de fomentar la realización de conductas útiles para facilitar las tareas de investigación y represión de los delitos de terrorismo o evitar que se cometan más de estos crímenes[346]. En el caso de los incentivos para la delincuencia económica se persiguen esos mismos fines y se les añade, además, el fomento de la reparación a la Administración Pública o del cobro de deudas fraudulentamente impagadas. Parece, por tanto, que la distinción posee una justificación objetiva y razonable, tanto en relación con la disposición estudiada por CUERDA ARNAU como en lo que tiene que ver con las que constituyen el objeto de la presente investigación.

[345] CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, p. 564.
[346] Ibid., p. 572.

A lo dicho hasta aquí se le puede añadir lo siguiente. La crítica que parte de esta primera distinción se basa en la existencia de una «disfunción valorativa». Esta disfunción parece asumir que, con los incentivos, se corre el riesgo de dar un trato penológico más favorable a quien, precisamente, merecería que se le impusiera una pena mayor. En mi opinión, este temor no sólo no está debidamente justificado, sino que, en caso de emplearse como argumento, no debería dirigirse fundamentalmente contra los incentivos, sino contra el diseño de penas que ha llevado a cabo el legislador. Vayamos por partes.

En primer lugar, quienes defienden la existencia de esta disfunción equiparan el hecho de que se posea una información más útil para las autoridades con ostentar un grado de mayor jerarquía en la organización en la que el delito se ha perpetrado. Esto no deja de ser una asunción sobre determinados aspectos fácticos. Por tanto, para que el argumento que apela a esta disfunción sea convincente, la afirmación relativa al hecho de que quienes pueden prestar una ayuda más aprovechable a las autoridades son los sujetos que se encuentren en alguna de las situaciones antes descritas debe ser cierta. Sin embargo, los autores que han esgrimido este argumento no aportan datos en este sentido, con lo que éste pierde bastante fuerza de convicción. De ahí que se haya dicho que el temor aludido no esté suficientemente justificado.

Desde luego, si se atiende a los supuestos de aplicación de los incentivos previstos en el sector del terrorismo, tal asunción puede ponerse en entredicho. En efecto, éstos no parecen haberse aplicado a quienes ostentaban, precisamente, la jefatura de las organizaciones terroristas involucradas. En esta dirección apuntan los hallazgos de CUERDA ARNAU sobre los incentivos del art. 57 bis b) CP73[347]. Similares conclusiones pueden extraerse de los casos de aplicación de ese mismo precepto y de la figura que actualmente se contiene en el art. 579 bis.3 CP estudiados por NÚÑEZ FERNÁNDEZ. En la medida en que, gracias al CENDOJ, es posible acceder a las resoluciones analizadas por este último autor, creo que es oportuno comentarlas con un poco más de detalle[348].

Comenzaré refiriéndome a las que han aplicado la atenuante actualmente prevista en el art. 579 bis.3 CP. En el caso resuelto por la STS 2084/2000, de 13 de diciembre (Roj.: STS 9774/2001), la atenuante se aplicó a un sujeto condenado como cómplice de un delito de terrorismo con finalidad homicida en grado de tentativa (art. 571.1.1º y 2 CP en su redacción original de 1995) por facilitar información a otros miembros de ETA sobre la casa-cuartel de Llodio. Contra ese enclave atentaron con explosivos otros seis implicados que, con carácter previo

[347] CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, p. 503.
[348] Recuérdese que las resoluciones estudiadas por CUERDA ARNAU no figuran en dicha base de datos.

a la perpetración del ataque, realizaron nuevas vigilancias para comprobar la veracidad de la información facilitada por el colaborador con las autoridades.

Por su parte, en la SAN (3ª) 73/2007, de 19 de diciembre (Roj.: SAN 6248/2007), la atenuante se aplicó a un sujeto que dirigía la llamada «comisión de deportados» de ETA. De conformidad con los hechos probados, su misión consistía en ponerse en contacto con los miembros de ETA que se encontraban en el extranjero con la finalidad de aleccionarlos sobre las intenciones que para con ellos tenía la banda terrorista, recabar su opinión sobre estas intenciones y tratar de procurar, en su caso, su «regreso discreto» mediante la utilización de documentación falsa[349]. La AN lo condenó por un delito de integración en asociación terrorista del art. 515.2º en relación con el art. 516.2º CP. Esta calificación jurídica llama la atención si se tiene en cuenta que el órgano judicial también aplicó a este condenado la atenuante de colaboración, contenida en aquel entonces en el art. 579 CP y cuyo ámbito de aplicación estaba limitado a los arts. 571 a 578 CP. Se trata, en fin, de una aplicación *sui generis* de la atenuante[350].

Por último, en la STS 878/2014, de 23 de diciembre (Roj.: STS 5752/2014), la atenuante se concedió a un miembro de *Resistencia Galega* al que el otro condenado en el mismo proceso le había facilitado un artefacto explosivo para atentar contra la sede del Partido Popular en Vigo. El acusado que colaboró con las autoridades fue condenado por un delito de integración en organización terrorista del art. 571.2 y por un delito de tenencia de explosivos por parte de integrantes de organizaciones terroristas del art. 573 CP según la redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio.

Quedan por ver las resoluciones en las que se aplicó el art. 57 bis b) CP73 y que formaron parte del estudio de NÚÑEZ FERNÁNDEZ. Hay una razón para haber postergado su análisis: las dos constituyen, a mi juicio, ejemplos elocuentes de cómo ocupar un lugar subordinado en una organización terrorista no es algo que, necesariamente, esté ligado con merecer una pena más leve por los hechos cometidos. Me estoy refiriendo a la STS 1358/1997, de 5 de noviembre (Roj.: STS 6575/1997) y la SAN (1ª) 24/2000, de 8 de mayo (Roj.: SAN 3050/2000). En ambas resoluciones, el beneficiario de los incentivos contenidos en el art. 57 bis b) CP73 es el exetarra Juan Manuel Soares Gamboa, un integrante del conocido como «comando Madrid».

La primera de las dos sentencias tuvo por objeto los hechos acontecidos el 25 de abril de 1986. Según el *factum* de la sentencia de instancia, transcrito en la resolución que ahora se comenta[351], ese día, los integrantes del mencionado comando hicieron estallar un coche bomba, en cuya

[349] SAN (3ª) 73/2007, de 19 de diciembre (Roj.: SAN 6248/2007), p. 136.
[350] Ibid., Fallo, p. 424.
[351] La resolución de instancia de la que dimana esta STS no está indexada en el CENDOJ. Por lo tanto, no se ha podido acceder a su contenido. Toda la información que consta en el texto sobre esa fase procesal se ha extraído, consecuentemente, de la propia sentencia de casación.

preparación había participado Soares Gamboa, en la confluencia de las calles madrileñas de Juan Bravo y Príncipe de Vergara. El objetivo de los terroristas fue un vehículo en el que se encontraban nueve Guardias Civiles que llevaban a cabo funciones de vigilancia de edificios públicos. En el atentado murieron cinco de los agentes alcanzados por la explosión. Soares Gamboa fue condenado por haber cometido un delito de atentado con resultado de muerte, cuatro delitos de asesinato consumados y otros once en grado de frustración y un delito de terrorismo[352]. En la determinación de la pena correspondiente a todos esos delitos se aplicó el art. 57 bis b) CP73. La consecuencia fue que ésta se rebajó en un grado en cada uno de ellos. Aun con esa rebaja, la pena que se le impuso por todos los delitos, globalmente considerada, superó los 200 años de prisión.

La segunda, por su parte, tuvo por objeto el atentado contra el autobús de la Guardia Civil en la plaza de la República Argentina. Pese a que esta sentencia es más reciente que la se acaba de comentar, el atentado que enjuicia ocurrió casi ocho meses antes que el que constituyó el objeto de la anterior; concretamente, el 9 de septiembre de 1985. De conformidad con el relato de hechos probados, Soares Gamboa condujo un vehículo cargado con explosivos desde el lugar en el que éste se puso a disposición del comando y lo aparcó en el enclave en el que tuvo lugar la detonación[353]. Dieciséis guardias civiles resultaron heridos de gravedad y un ciudadano norteamericano que estaba haciendo ejercicio en las inmediaciones falleció a causa de la explosión. La defensa de Soares Gamboa se adhirió, tras la celebración del juicio oral, a las conclusiones definitivas de las acusaciones[354]. Fue condenado como autor de un delito de asesinato consumado y otros diecisiete frustrados, con la concurrencia de las agravantes de premeditación y alevosía en varios de ellos, así como un delito de estragos y otro de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, con empleo de violencia y toma de rehenes. De nuevo, el art. 57 bis b) CP73 fue empleado para rebajar un grado la pena de todos los delitos de los que fue declarado responsable. La pena global ascendió a cerca de 300 años de prisión en este caso.

De las dos sentencias comentadas, la única que contiene información sobre los motivos que llevaron a la aplicación del art. 57 bis b) CP73 es la STS 1358/1997, de 5 de noviembre. En su FD 2 se indica que Soares Gamboa era un miembro de la organización terrorista ETA radicado en la República Dominicana hasta el 21 de julio de 1995. En esa fecha se produjo su regreso efectivo a España, aunque previamente había manifestado su decisión de retornar y acogerse a las medidas de reinserción adoptadas por el Gobierno español. Tras ser puesto a disposición judicial, Soares Gamboa reconoció los hechos que se le imputaban en el proceso que dio lugar a la resolución que ahora se comenta y se ratificó en su pretensión de abandonar la organización terrorista. El TS aclara que la modalidad que le es aplicable es la prevista en el apartado 1 del art. 57 bis b) CP73,

[352] Soares Gamboa recibe el nombre de Baltasar en la sentencia de casación ahora comentada.
[353] A Soares Gamboa se le llama Serafín en la resolución que ahora se estudia.
[354] SAN (1ª) 24/2000, de 8 de mayo (Roj.: SAN 3050/2000), Antecedente de Hecho 9, p. 5.

que, si se recuerda, exigía que concurrieran cumulativamente el abandono voluntario de las actividades terroristas y la confesión de los hechos en los que se hubiera participado[355].

Lo que se ha querido transmitir con el comentario separado de estas dos resoluciones es lo siguiente. Soares Gamboa fue condenado por la comisión de delitos muy graves. Sin embargo, no era un dirigente de la organización terrorista ETA. Antes al contrario, su función era la de ejecutar los atentados; precisamente por eso, por su rol de «mero ejecutor», fue merecedor de reproches penales tan graves. La asociación entre ocupar un puesto más elevado en el entramado delictivo y merecer un mayor reproche penal no parece estar, a la luz de ejemplos como este, justificada en todos los casos. Esto permite poner en entredicho la existencia de la «disfunción valorativa» antes aludida.

Con todo, esta no es la única contestación que, a mi juicio, se puede efectuar a quienes parten de esa supuesta disfunción para cuestionar la compatibilidad de los incentivos con el principio constitucional de igualdad. En mi opinión, su estrategia argumental no está debidamente enfocada: en lugar de dirigirse a los incentivos, debería dirigirse al modo en que el legislador ha diseñado las penas cuando ha considerado que ser el dirigente de la agrupación criminal de que se trate es una circunstancia que debe tenerse en cuenta para agravar el reproche por los hechos cometidos.

En el Código Penal existen varios preceptos que castigan con una pena mayor el hecho de ostentar la jefatura del entramado delictivo en cuyo seno se haya perpetrado el delito. Es lo que, por ejemplo, hacen los arts. 369 bis II, 570 bis.1 y 572.1 CP para, respectivamente, los delitos contra la salud pública, integración en organización criminal o terrorismo. De modo que, incluso aceptando que quienes se encuentran en los niveles superiores de la agrupación tengan más posibilidades de beneficiarse de los incentivos (lo cual, como se acaba de ver, es de por sí discutible), la crítica que alude a esta «disfunción valorativa» pasa por alto que habrá un número considerable de veces en las que estos sujetos partirán de un marco penológico más severo que el de los que se encuentren en los estratos inferiores. Tomando esto en consideración puede ponerse en entredicho, una vez más, que la aludida disfunción exista.

Quien defienda que los incentivos vulneran el principio de igualdad podría contraatacar señalando que el Código Penal no siempre establece este mayor reproche para los jefes de las organizaciones o grupos criminales cuando el delito se comete en alguno de estos entramados. De hecho, esto es lo que sucede con dos delitos incluidos en el ámbito de aplicación de un par de incentivos que constituyen el objeto de la presente investigación. Me refiero a los arts. 305 bis.1

[355] STS 1358/1997, de 5 de noviembre (Roj.: STS 6575/1997), FD 2, pp. 4-5. Sobre el retorno de Soares Gamboa a suelo español, ver https://elpais.com/diario/1995/07/21/espana/806277611_850215.html [Consulta: 21/03/2024].

b) y 307 bis.1 b) CP, a los que les pueden ser de aplicación las figuras previstas en el segundo inciso de los arts. 305.6 y 307.5 CP. En los arts. 305 bis.1 b) y 307 bis.1 b) CP se contienen, respectivamente, los subtipos agravados de los delitos fiscales y contra la Seguridad Social consistentes en haber cometido el delito «en el seno de una organización o de un grupo criminal». En ninguno de estos dos artículos se efectúa ninguna distinción por el hecho de que quien perpetre el delito se encuentre «más arriba» o «más abajo» en la estructura de la agrupación criminal. De manera que tanto los que ocupan una posición directiva como los que se encuentran en los márgenes partirían del mismo marco penológico. Sin embargo, como, se supone, «los de arriba» probablemente cuenten con más información, podrían acabar en una situación más beneficiosa que «los de abajo».

Aun con esta réplica, el argumento dista de ser convincente como crítica a los incentivos. Que el legislador no haya diferenciado, en estos casos, entre los jefes de las organizaciones o grupos criminales y el resto de sus integrantes no es, en realidad, una crítica a los incentivos, sino al modo en que aquél ha diseñado los subtipos agravados que asocian el mayor grado de reproche a que el hecho se cometa, precisamente, en el seno de una organización o grupo criminal. Los incentivos prevén la misma consecuencia para cualquiera que cumpla con su supuesto de hecho. Lo que cambia en cada caso es la responsabilidad en la que se haya incurrido por la comisión de uno u otro delito. Que el marco penológico sobre el que han de operar no esté adecuadamente calibrado no es, en mi opinión, un problema que concierna, fundamentalmente, a los incentivos.

b) La réplica a la segunda distinción: los incentivos diferencian de manera injustificada entre quienes hayan cometido unos u otros delitos

Queda por ver cómo lidia CUERDA ARNAU con la crítica que toma como referencia *todos* los delitos del Código Penal para los cuales *no* está previsto ningún incentivo. En su trabajo, la autora sale al paso de las críticas que tenían que ver con el hecho de que, con la creación del art. 57 bis b), el CP73 previera incentivos para fomentar la colaboración con las autoridades de los integrantes de las «bandas armadas» y los «elementos terroristas o rebeldes» pero no de los miembros de cualquier otro tipo de organización criminal.

La autora explora en primer lugar la posibilidad de emplear, como criterio distintivo del terrorismo frente al de otras formas de delincuencia asociativa, la idea de que el terrorismo sea una forma de criminalidad muy singular. Así, «comúnmente se admite que esas actividades delictivas no atacan sólo los bienes jurídicos individuales, sino que, además, ponen en peligro la seguridad y estabilidad del propio sistema democrático. Esa circunstancia convierte a aquellas

conductas en un fenómeno especial, lo cual –como han reconocido los Tribunales constitucionales de distintos Estados– legitima al legislador a otorgarle un tratamiento jurídico distinto»[356].

CUERDA ARNAU, sin embargo, rechaza esta idea como un criterio que, en exclusiva, pueda justificar el trato diferenciado que acarrea consigo el art. 57 bis b) CP73. Ello porque, a su juicio, este esquema de razonamiento podría dar carta de naturaleza a cualquier tipo de trato singular, con independencia de cuál sea la finalidad que persiga con ella el legislador. Siguiendo la jurisprudencia del TC sobre la cuestión, CUERDA ARNAU propone que, para evaluar la justificación del trato diferenciado entre unas formas delictivas y otras se tome en consideración, también, el fin que el legislador perseguía con la distinción. Sólo si ese fin es lícito y, además, tiene que ver con el criterio en virtud del cual se establece la diferencia, la medida podrá considerarse ajustada al principio de igualdad. En lo que a la disposición que analiza atañe, esto implica que, para que el juicio sobre el respeto al principio constitucional de igualdad sea superado, es preciso que el fin que el art. 57 bis b) CP73 perseguía fuera lícito y que en tal norma fuese posible ver un instrumento a favor de las autoridades para hacer frente al terrorismo, que, como se ha dicho (y no se discute por la autora), constituye una forma de criminalidad singular, entre otros motivos, por los intereses tan importantes que pone en peligro[357].

A partir de estas ideas, CUERDA ARNAU concluye que no puede decirse que el art. 57 bis b) CP73 fuera contrario al principio de igualdad. Ello porque, como tuvo ocasión de verse, para ella la disposición analizada tenía una finalidad utilitarista, consistente en fomentar tanto el abandono de los integrantes de las organizaciones en cuestión, como la investigación y represión de los delitos que a través de ellas se hubieran cometido. Eso, en su opinión, era un fin constitucionalmente lícito, o, al menos, un fin que no se oponía a la Constitución[358]. Además, a través de estas disposiciones, el legislador pretendía, aunque fuera de modo indirecto, reforzar la tutela de los bienes jurídico-penales atacados por el terrorismo[359]. En opinión de la autora, por tanto, la conjunción de la «objetiva singularidad» de los delitos de terrorismo, el hecho de que la medida se acomodase al sentido de esa singularización y, finalmente, la licitud del fin perseguido

---

[356] CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, p. 567.

[357] Ibid. La autora introduce aquí otra precisión que me parece interesante. A los efectos de evaluar si el art. 57 bis b) CP73 respetaba o no el principio constitucional de igualdad, le bastaba con que el precepto en cuestión constituyera «un instrumento» frente al terrorismo, no «un instrumento *adecuado*» para conjurar esta forma de criminalidad. Creo, con la autora, que esto último forma parte del juicio de proporcionalidad en sentido amplio, y, concretamente, de la exigencia de idoneidad, vinculada normalmente a la idea de eficacia. Por tanto, la reflexión sobre si el art. 57 bis b) CP73 constituía o no un «instrumento *adecuado*» para hacer frente al terrorismo debería abordarse en ese terreno. Como se ha tenido ocasión de ver, CUERDA ARNAU así lo hace, pues, al margen de sus reflexiones sobre el principio de igualdad, llevó a cabo un análisis de los supuestos de aplicación del art. 57 bis b) CP73 y los comparó con los casos en los que se aplicaron otros institutos afines.

[358] Ibid., pp. 569-570. Cuestión distinta es que, en su opinión, esa finalidad fuera coincidente con el fundamento de la figura. Sobre la cuestión, ver apartado 5.3. *supra*.

[359] Ibid., p. 570.

por el legislador hacía que el art. 57 bis b) CP73 fuera «inobjetable» desde el punto de vista del principio de igualdad por introducir una diferencia de trato suficientemente justificada[360].

7.2.2. Sobre la posibilidad de entender el reproche relativo al principio de igualdad como una propuesta *de lege ferenda* tendente a incrementar la eficacia de los incentivos

Ninguna de las dos críticas desarrolladas en el epígrafe anterior me parece concluyente para considerar que los incentivos para la colaboración con las autoridades –sea en el sector del terrorismo y la criminalidad organizada, sea en el sector de los delitos económicos– son inconstitucionales. Aun así, creo que es oportuno matizar en lo que se refiere a los argumentos fundantes de la crítica basada en la segunda distinción; es decir, la que llama la atención sobre el hecho de que los incentivos para la colaboración sólo sean aplicables a los infractores que hayan *cometido* cierto tipo de delitos. Que estos argumentos no me parezcan suficientemente convincentes como para defender que los incentivos deben ser derogados, no quiere decir que no me resulten aprovechables para efectuar otro tipo de crítica. En concreto, creo que, si el acento se pone en la eficacia de los incentivos para conseguir sus objetivos, los argumentos que surgen de esta segunda distinción son útiles para efectuar propuestas *de lege ferenda*. Veámoslo.

Todos los incentivos para la colaboración con las autoridades previstos por el Código Penal español cuentan con un ámbito de aplicación bastante bien delimitado. Desde luego, esto es lo que sucede con los incentivos que constituyen el objeto de la presente investigación. Así, las figuras previstas en el segundo inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP sólo pueden aplicarse a quienes hayan cometido un delito fiscal, contra la Seguridad Social o de fraude de subvenciones de los previstos en los arts. 305 a 308 CP; el art. 426 CP sólo puede aplicarse al particular que haya cometido un delito de cohecho activo de los tipificados en los apartados 2 y 3 del art. 424 CP, y el art. 434 CP sólo puede aplicarse a los que hayan cometido un delito de malversación de los que se contienen en los arts. 432 a 433 bis CP. Lo mismo puede decirse de los incentivos contemplados para estimular a la colaboración en las formas de criminalidad asociativa. Así, el art. 376 CP sólo puede aplicarse a quienes hayan cometido un delito contra la salud pública de los tipificados en los arts. 361 a 372 CP, el art. 570 quater.4 CP a quien sea responsable de un delito de integración en organización o grupo criminal de los que se prevén en los arts. 570 bis y ter CP y el art. 579 bis.3 CP a los que hayan cometido un delito de terrorismo de los contenidos en los arts. 571 a 579 CP.

Como se ha dicho ya en varias ocasiones, el legislador pretende fomentar, a través de estos incentivos, además de la reparación del daño causado a la Administración Pública en lo que se refiere a los previstos para la criminalidad económica, que sus potenciales beneficiarios aporten

[360] Ibid.

información a las autoridades sobre determinados aspectos que tengan que ver con alguno de los delitos incluidos en su ámbito de aplicación. Ello porque todos estos delitos tendrían en común ser especialmente difíciles de detectar, investigar y enjuiciar. Si se asume que una de las finalidades de los incentivos es esta última creo que no está del todo justificado que se exija que el colaborador con las autoridades haya *cometido* uno de esos «delitos especialmente difíciles de detectar, investigar y enjuiciar» para recibir el trato favorable que prevén. Dicho con un ejemplo: si el legislador quería facilitar, a través de la figura del art. 434 CP, la investigación de los delitos de malversación, no se entiende por qué alguien que no haya intervenido en ese delito –*rectius*, alguien que no esté siendo *investigado* por ese delito– pero cuente con información útil para las autoridades no pueda beneficiarse del incentivo.

Una posible respuesta a lo que se acaba de decir es que, normalmente, sólo los intervinientes en el hecho delictivo contarán con información que resulte de utilidad a las autoridades. De ahí que el legislador haya decidido intentar seducir con la rebaja o exención de pena sólo a éstos. Pese a que esto puede ser verdad, creo que no es argumento suficiente como para excluir, *sic et simpliciter* a otros sujetos que, aun no habiendo tomado parte en la ejecución del delito de que se trate –más bien, aunque *no estén siendo investigados* por el delito de que se trate–, podrían contar con información valiosa. Máxime si se tiene en cuenta la cantidad de delitos conexos que puede llegar a haber en los procesos penales relacionados con la criminalidad económica o con la criminalidad organizada. Si hay un cohecho, no es difícil que también haya una malversación, un tráfico de influencias, un fraude a la Administración e, incluso, en ocasiones, un delito fiscal y otro de blanqueo. Y, si hay un delito contra la salud pública, es posible que haya también un delito de falsedad documental, otro de tenencia ilícita de armas e, incluso, otro blanqueo de capitales.

Si el objetivo del legislador es mejorar las posibilidades de investigación de estos delitos, tal vez debería distinguir entre el hecho *que ha cometido* el colaborador y el hecho *sobre el cual* informa. En mi opinión, sólo en lo que se refiere a este último tiene sentido diferenciar entre ámbitos delictivos desde el punto de vista de la finalidad perseguida. La exigencia de que el colaborador, además de informar sobre un delito perteneciente a un ámbito concreto tenga que haber cometido un delito perteneciente a ese mismo ámbito me parece, siempre desde el punto de vista de la finalidad perseguida, discutible.

Como se verá en el capítulo III, en Alemania se ha llevado a cabo esta distinción entre el delito que comete el colaborador («hecho originador») y aquel sobre el cual informa («hecho de referencia»). A finales de los años ochenta y principios de los noventa se aprobaron dos disposiciones tendentes a fomentar la colaboración con las autoridades en el ámbito del terrorismo y la criminalidad organizada. Ninguna de ellas exigía que el colaborador hubiera cometido un delito de integración en organización terrorista o criminal, sino que prestara información a las

autoridades que tuviera que ver con uno de esos delitos o con cualquier otro que estuviera en relación con ellos. Es más, desde el año 2009, existe una figura que puede dar lugar a la atenuación o, incluso, la exención de pena del infractor que haya cometido *cualquier* delito siempre que esté castigado con una pena de prisión de más de un mes de duración. Para su aplicación, es preciso que el culpable preste a las autoridades información sobre la comisión de *algún delito de los previstos en el catálogo que establece las infracciones para cuya investigación puede acordarse la intervención de las telecomunicaciones*. El único límite que unas y otras disposiciones prevén es que el delito cometido por el colaborador se encuentre relacionado, de algún modo, con aquel sobre el cual éste informa.

A estas figuras que no exigen que el delito perpetrado por el colaborador pertenezca a un determinado ámbito criminal se las ha denominado por la doctrina alemana «*Kronzeugenregelungen* amplias». La existencia de figuras como estas hace conveniente, en mi opinión, dirigir la mirada a ese país para tratar de buscar nuevos argumentos críticos frente a las figuras que constituyen el objeto de la presente investigación.

8. CONCLUSIONES

La visión que tiene la doctrina española sobre los incentivos para la colaboración con las autoridades es, en líneas generales, negativa, y contra estas disposiciones se han formulado reparos de muy diversa índole. El problema de los argumentos empleados para respaldar esas críticas es que tienen un alto grado de abstracción, lo que les resta, a mi juicio, bastante fuerza de convicción.

Los argumentos que apelan a la teoría de la pena son, en mi opinión, el ejemplo más claro de esta falta de concreción. Como se ha visto, varios autores consideran que los incentivos sólo pueden resultar figuras legítimas si no perturban el cumplimiento de los fines de la pena. Esto los lleva a exigir que cumplan con las mismas funciones de prevención o de retribución que atribuyen al castigo estatal. En la medida en que para ellos lo único que importa es que los fines de la pena se cumplan por una vía u otra, se ha considerado que los defensores de esta línea de pensamiento mantienen una «concepción esencialista» en cuanto a la relación de las disposiciones estudiadas con los fines en cuestión.

Este esquema de razonamiento trae consigo una serie de inconvenientes que, desde mi punto de vista, lo hacen rechazable. De conformidad con esta perspectiva, la legitimidad de los incentivos depende de si éstos cumplen o no con unos fines cuyo contenido es sumamente discutible. Eso hace controvertibles a las construcciones que derivan de dicho esquema. Por ejemplo, varios de los integrantes de esta «concepción esencialista» defienden que los

comportamientos que configuran el supuesto de hecho de las atenuantes y eximentes por comportamientos postdelictivos –entre las que se encontrarían los incentivos para la colaboración con las autoridades– deben ser voluntarios. Sólo de ese modo estas atenuantes y eximentes cumplirían con los fines de la pena y, así, resultarían legítimos. El problema radica en que el Código Penal rara vez exige que las conductas que pueden dar lugar a la aplicación de este tipo de figuras sean voluntarias; desde luego, ninguno de los incentivos que constituyen el objeto de estudio de la presente investigación así lo prevé. Por lo tanto, añadir esta exigencia, que no consta en la ley, supone recortar, contra reo, el ámbito de aplicación de numerosas disposiciones del Código Penal. Esto constituye, a mi juicio, una vulneración del principio de legalidad.

Consideraciones análogas pueden hacerse en lo que tiene que ver con la apelación al principio de igualdad. Varios autores defienden que los incentivos generan dos tipos de desigualdades potencialmente contrarias al art. 14 CE. Por un lado, pueden dar lugar a que los sujetos que se encuentran en las capas superiores de las agrupaciones criminales en las que se haya cometido el delito tengan más posibilidades de obtener una rebaja o exención de pena en comparación con los que se encuentran en los estratos más bajos. Ello porque los incentivos están dirigidos a favorecer a quienes posean la información más útil para las autoridades. Según quienes utilizan este argumento, normalmente serán los dirigentes de las organizaciones o grupos criminales los que cuenten con esa información. Por tanto, de manera un poco paradójica, serían los jefes de los entramados criminales –que, según los autores que han recurrido a este argumento, son los que merecen una pena mayor– los que más posibilidades tienen de acceder a una rebaja o exención de pena. Por otro lado, estos incentivos discriminan entre quienes hayan cometido un delito de los incluidos en su ámbito de aplicación y entre los que hayan cometido cualquier otro delito; sólo los segundos podrán obtener el trato de favor que los incentivos llevan aparejado si colaboran con las autoridades. No obstante, los infractores que hubieran cometido cualesquiera otros delitos no podrían obtener esos beneficios, ni siquiera, aunque cooperen.

Ninguno de estos argumentos es suficientemente sólido como para permitir afirmar que los incentivos son inconstitucionales por contravenir el art. 14 CE. El principio de igualdad no prohíbe que la ley prevea distinciones de trato, sino que esas diferencias no estén justificadas a la luz del fin que éstas persiguen, siempre que, claro está, ese fin resulte constitucionalmente legítimo, o, al menos, no sea incompatible con la Constitución. Las dos distinciones de trato aludidas persiguen un mismo fin: mejorar las posibilidades de detección, investigación y enjuiciamiento de ciertos delitos considerados especialmente difíciles de perseguir. Para empezar, es discutible que ese fin no sea constitucionalmente legítimo. Y, para seguir, también es discutible que esas distinciones no estén justificadas desde el punto de vista que persiguen: a través de las rebajas o exenciones de pena que contienen los incentivos examinados, se trata de estimular a los intervinientes en esos delitos especialmente difíciles de afrontar a compartir con las autoridades

una información a la que éstas no han podido acceder a través de sus propios medios de investigación.

Nada de lo que se acaba de decir hasta aquí implica que los incentivos estén exentos de críticas. Creo que es más fructífero tomar en consideración, a la hora de formularas, que las disposiciones en controversia fueron creadas con la pretensión de conseguir determinados objetivos. En otras palabras: la lógica que subyace a los incentivos es que se está renunciando a la imposición del castigo merecido *a cambio de* conseguir otra cosa, como una mayor eficacia en la investigación y enjuiciamiento de determinados delitos o una mayor agilidad en la reparación del perjuicio causado. Son más convincentes, en mi opinión, los argumentos centrados en el mayor o menor grado de consecución de estos objetivos que los que apelan a construcciones con un contenido difuso como los fines de la pena o a ciertos desarrollos de los principios constitucionales.

Autores como CUERDA ARNAU han desarrollado un esquema de este tipo. Como se vio en su momento, esta autora también apela a los fines de la pena como criterio de legitimación de los incentivos para la colaboración con las autoridades. Sin embargo, en su construcción lo decisivo no es *si* el Estado está habilitado a renunciar al castigo, sino en *cómo* debe llevarse a cabo esa renuncia para resultar legítima. Esto, en mi opinión, abre la puerta a un análisis de las consecuencias derivadas de la (in)aplicación de los incentivos. En la medida en que, de conformidad con estas construcciones, el cumplimiento de los fines de la pena no es lo único que importa, sino que puede haber ciertos intereses que importen más en el caso concreto, se ha descrito a la concepción de la autora arriba mencionada como «matizada» en lo que a la relación de los incentivos con los fines de la pena se refiere.

Hay que reconocer que la supuesta falta de eficacia de los incentivos para conseguir los objetivos que el legislador esperaba alcanzar con su creación ha sido un tópico argumental recurrente. Así, a menudo se ha destacado cómo estos incentivos son poco atractivos o, sencillamente, superfluos por no añadir nada que no pueda alcanzarse ya a través de otras disposiciones existentes en el Código Penal, como las atenuantes genéricas de confesión o reparación del daño. Sin embargo, existen muy pocos estudios empíricos que avalen estas conclusiones.

Desde luego, éstos son casi inexistentes en lo que tiene que ver con los incentivos que constituyen el objeto de la presente investigación. Hasta donde alcanzo, los únicos disponibles sobre una de estas figuras fueron los llevados a cabo por el GRECO y por ORTIZ DE URBINA GIMENO, con los que se intentó hallar el número de veces que se aplicó la eximente para el delito de cohecho desde su creación en 1995. Estos estudios, sin embargo, sólo permiten conocer con qué frecuencia se ha apreciado esta disposición a lo largo de los años. En cambio, no permiten extraer conclusiones sobre si, al margen de los supuestos de aplicación, los acusados de cometer

un delito de cohecho han colaborado con las autoridades y, en su caso, cómo han reaccionado los órganos jurisdiccionales a su conducta cooperadora y qué resultados se han obtenido a través de ella.

Son más completos los estudios que se han centrado en los incentivos para la colaboración con las autoridades previstos en el ámbito de los delitos de terrorismo. La propia CUERDA ARNAU, mencionada más arriba, desarrolló un estudio de estas características. Estos trabajos no sólo se han dirigido a encontrar los casos de aplicación de las disposiciones del CP73 y del vigente Código Penal de 1995 creadas específicamente para cumplir con esta función de estímulo. En ellos también se ha reflexionado sobre si los órganos jurisdiccionales españoles han dispensado un trato penal más favorable a los acusados que, aunque no hayan cumplido con los exigentes requisitos de los incentivos, hayan cooperado, efectivamente, con las autoridades. El recurso a las atenuantes genéricas o, incluso, a la solicitud de indultos han sido algunos ejemplos de esta manera de proceder. Ahora bien, pese a que ofrecen más información que el estudio centrado en la eximente prevista para el delito de cohecho, estos trabajos aún son relativamente escasos y en ellos faltan por analizar algunos parámetros que podrían ser de interés. Por ejemplo, el número de veces que se ha solicitado cada uno de los incentivos, el motivo en virtud del cual su aplicación se ha denegado en cada caso y el número de acusados y condenados por terrorismo en cada proceso en el que se ha apreciado alguna disposición tendente a «recompensar» la colaboración con las autoridades –ya sean los incentivos, ya las atenuantes genéricas– en comparación con el de aquellos otros asuntos en los que no se ha apreciado ninguna de esas previsiones legales.

Si el acento se pone en la eficacia, además, es posible replantear las críticas sobre el principio de igualdad de un modo que, en mi opinión, resulta más convincente: el hecho de que las distinciones que prevén los incentivos para la colaboración con las autoridades estén justificadas desde el punto de vista constitucional no quiere decir que, de entre todas las opciones de que disponía el legislador para su diseño, la escogida sea la mejor. En particular, es cuestionable que, para que los incentivos sean de aplicación, sea necesario que sus beneficiarios *cometan* un delito de las mismas características que aquel *sobre el cual informan*. Dicho con un ejemplo: si el legislador creó un incentivo para fomentar la colaboración con las autoridades en los delitos fiscales porque éstos son difíciles de detectar e investigar, no se entiende por qué el legislador ha privado de la posibilidad de acogerse al mismo a quien disponga de información sobre uno de estos delitos, pero esté siendo investigado por el blanqueo de capitales subsiguiente.

Llegados a este punto, parece razonable buscar argumentos procedentes del estudio de otros sistemas jurídicos para completar las ideas que se acaban de enunciar. El análisis de la situación en Alemania, probablemente, sea útil para cumplir con este objetivo. Como se verá de inmediato, en el ordenamiento jurídico de este país existen varios incentivos semejantes a los previstos en

España. Frente a ellos, además, se han formulado críticas similares. Sin embargo, mientras que en España los argumentos basados en la invocación de los fines de la pena han desempeñado un papel protagonista en la crítica y los estudios empíricos están en un segundo plano, en Alemania sucede todo lo contrario. Al estudio de los incentivos previstos en la legislación de este país, así como de las críticas que se han dirigido contra ellos, se dedicarán, respectivamente, los capítulos III y IV de esta investigación.

CAPÍTULO III: LOS INCENTIVOS PARA LA COLABORACIÓN CON LAS AUTORIDADES EN ALEMANIA

1. JUSTIFICACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

En Alemania, como en España, también existen determinadas figuras con las que se pretende incentivar a los intervinientes en el hecho delictivo a colaborar con las autoridades. Como se verá a lo largo de este capítulo, varias de ellas existen, además, en ámbitos delictivos similares a aquellos para los que están previstas en España. Esto, por sí solo, no constituye una razón decisiva para desviar la mirada a lo que suceda en este país, ni siquiera aun tomando en consideración la innegable influencia de la doctrina alemana sobre la española. Sí lo hacen, a mi juicio, las siguientes dos ideas.

La primera es que en Alemania la colaboración con las autoridades no sólo se ha pretendido incentivar a través de la concesión de una atenuación o exención de pena, sino que también existe un principio de oportunidad con alcance limitado a ciertos supuestos. Una institución así resulta llamativa en un país en el que, como en España, la Fiscalía también está obligada, en principio, a investigar y, en su caso, ejercer la acción penal si cuenta con indicios suficientes de que se ha cometido un delito. En España, salvo lo previsto desde el año 2015 en el art. 963 LECrim para los delitos leves, no existe nada parecido a este principio de oportunidad.

La segunda es que en Alemania se han llevado a cabo varios estudios empíricos sobre la aplicación y resultados de algunas de las figuras con las que se pretende incentivar a la colaboración con las autoridades. Algunos de estos estudios han sido, incluso, impulsados por el Gobierno. Otros, por el contrario, han sido realizados de manera independiente por académicos. Como se ha visto en el capítulo anterior, estudios de este tipo han sido muy poco frecuentes en España.

Hechas estas consideraciones, a lo largo del presente capítulo se estudiarán las figuras contenidas en los siguientes preceptos del Derecho penal y procesal penal alemán[361]:

- El § 153b StPO (consagración del principio de oportunidad en los casos en los que el juez puede renunciar a la imposición de la pena pese a la culpabilidad del acusado).
- El § 31 BtMG (colaboración con las autoridades en delitos contra la salud pública).
- El § 129 VII StGB y el art. 5 KronzG (colaboración con las autoridades en delitos de integración en organización criminal).

[361] En el Anexo 2 puede leerse el tenor literal de cada una de las normas estudiadas en este capítulo.

- El § 129a VII StGB y el art. 4 KronzG (colaboración con las autoridades en delitos de integración en organización terrorista).
- El § 261 VIII StGB (delito de blanqueo de capitales).
- El § 46b StGB (cualquier delito de los previstos en el § 100a II StPO).

En lo que sigue, se explicará en qué consiste cada una de las figuras antes referidas; esto es, se expondrá cuál es su supuesto de hecho y sus consecuencias jurídicas. En la medida en que, como se verá, el objeto de estudio es bastante heterogéneo en lo uno y en lo otro, cada una de las figuras que lo componen se tratará separadamente siguiendo, en la medida de lo posible, el orden cronológico. Es decir, la exposición se desarrollará, mayormente, del precepto de más antigua al de más reciente aparición en el ordenamiento alemán, aunque habrá alguna (mínima) ruptura de ese orden en aras de una mayor coherencia en el discurso.

2. EL § 153B STPO: LA CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA LOS CASOS EN LOS QUE EL JUEZ PUEDE RENUNCIAR A LA IMPOSICIÓN DE LA PENA

2.1. Surgimiento, ámbito de aplicación y fundamento

El § 153b StPO es la figura más antigua de las que componen el objeto de estudio de este capítulo. En efecto, este precepto se introdujo en la StPO a través de la Ley de Reforma del Derecho penal (*Strafrechtsänderungsgesetz*) de 30 de agosto de 1951[362].

Esta figura permite que el proceso penal termine con el archivo de las actuaciones (*Einstellung*) antes de la celebración del juicio oral (*Hauptverhandlung*)[363]. Por eso, se considera una manifestación del principio de oportunidad. Para que el procedimiento pueda archivarse, es preciso que concurran los requisitos en virtud de los cuales los jueces pueden «renunciar a la imposición» de una pena (*Absehen von Strafe*).

Para poder explicar con claridad qué es lo que se contiene en este precepto es necesario hablar de algunos aspectos relativos al proceso penal alemán. En Alemania rige, como norma general, el principio de legalidad procesal. Éste está consagrado en el § 152 II StPO, en el cual se indica que

[362] BGBl. I, de 30 de agosto de 1951, pp. 739-747. Sobre el surgimiento histórico de la figura, ver RUCKDÄSCHEL, M.P.: *Das Verhältnis von Absehen von Strafe im materiellen Recht und Verfahrenseinstellung nach § 153b StPO*. Sierke Verlag: Gotinga, 2006, pp. 91-93.

[363] La traducción literal de este término sería «audiencia» o «procedimiento principal». Sin embargo, en la medida en que esta fase procesal sería equiparable al juicio oral en el Derecho procesal penal español, se ha optado por utilizar la expresión «juicio oral» para simplificar. Los términos «procedimiento principal» y «juicio oral» se usan, de hecho, de manera indistinta como traducción de *Hauptverhandlung* en ROXIN, C.: *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto: Buenos Aires, 2000, pp. 353-380. Traducción al español de la 25ª edición en alemán a cargo de CÓRDOBA, G.E., y PASTOR, D.R.

la Fiscalía tiene el «deber de intervenir» (*Pflicht einzuschreiten*) cuando tenga noticia de la comisión de un hecho delictivo. En qué se concreta este deber de intervenir es algo que no aparece en el § 152 II StPO, sino en preceptos como los §§ 160 I y 170 I del mismo cuerpo legal. Los parágrafos que se acaban de mencionar imponen a la Fiscalía, respectivamente, el deber de investigar los hechos y, en caso de que concurran indicios suficientes de la comisión de un hecho delictivo, ejercer la acusación ante el juez competente[364].

Ahora bien, el propio § 152 II StPO prevé que la Fiscalía está obligada a intervenir –esto es, a investigar los hechos y, en su caso, ejercer la acusación– siempre que la ley no haya dispuesto otra cosa. Lo cierto es que en los §§ 153 a 154f StPO *la ley ha dispuesto otra cosa*. En efecto, dichos preceptos regulan varios supuestos en los cuales el proceso penal puede terminar de manera anticipada aun cuando existan indicios de delito que justificaran la continuidad de la investigación o, incluso, el ejercicio de la acusación. En la medida en que todos estos supuestos constituyen una suerte de excepción al deber de intervenir propio del principio de legalidad procesal, todos ellos suelen considerarse manifestaciones del principio de oportunidad[365].

El § 153b StPO es uno de estos supuestos. Como se ha dicho, este precepto permite poner fin al procedimiento de forma anticipada siempre que se den los requisitos en virtud de los cuales el órgano jurisdiccional pueda «abstenerse» o «renunciar» a la imposición de la pena. El instituto de la «renuncia a la pena» es otra peculiaridad del Derecho alemán[366]. A grandes rasgos, está constituido por todos aquellos supuestos en los que la ley –ya sea el StGB, ya sea una ley penal especial– permite a los jueces no imponer la pena que hubiera correspondido a pesar de que el acusado resulte condenado tras la celebración del juicio oral. Los casos de renuncia a la pena son, por tanto, supuestos en los cuales la resolución que pone fin al proceso penal es una sentencia condenatoria. Esta sentencia será algo peculiar porque contendrá, junto a la declaración de culpabilidad, la decisión del órgano jurisdiccional de no imponer la sanción[367]. Normalmente, las disposiciones legales que regulan los casos de renuncia a la pena constituyen normas permisivas: si se cumplen los requisitos exigidos para ello, los jueces están autorizados a no imponer la pena correspondiente, pero no estarán obligados a proceder de ese modo[368]. Además, es muy habitual

[364] KINDHÄUSER, U., y SCHUMANN, K.H.: *Strafprozessrecht*. Nomos: Baden-Baden, 6ª ed., 2022, p. 46.
[365] Ibid., pp. 46 y 155; ROXIN, C., y SCHÜNEMANN, B.: *Strafverfahrensrecht*. C.H. Beck: Múnich, 30ª ed., 2022, pp. 88-89. Trata la relación entre los principios de legalidad y oportunidad BECKEMPER, K.: «¿Violación del principio de igualdad a la hora de sobreseer un procedimiento a condiciones? La legitimidad del § 153a StPO en la ley alemana», en DOVAL PAIS, A. (dir.); GUTIÉRREZ PÉREZ, E. (dir.), *et al*.: *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal*. *Volumen I*. Aranzadi: Cizur Menor, 2023, pp. 330-333.
[366] Para un estudio histórico de la categoría, cuyos orígenes se remontan hasta, al menos, el Código Penal de 1871, ver RUCKDÄSCHEL, M.P.: *Das Verhältnis*…, *op. cit.*, 2006, pp. 3-21.
[367] Así lo exige expresamente, de hecho, el § 260 IV StPO.
[368] Se usa la expresión «normalmente» porque preceptos como el § 60 StGB, que impone esta consecuencia de forma imperativa, son una excepción. Este precepto regula el instituto de la *poena naturalis* en el Derecho penal alemán. Dicho parágrafo dispone que el juez «renunciará» a la imposición de la pena si las

que el permiso concedido al órgano de enjuiciamiento no sea únicamente para excluir la totalidad del reproche penal, sino que también se le permita atenuarlo[369].

De lo que se acaba de decir se deriva que la determinación del ámbito de aplicación del § 153b StPO es una tarea que requiere prestar atención al Derecho penal sustantivo; esta posibilidad de archivo podrá aplicarse a todos aquellos casos en los que se autorice a los jueces a renunciar a la imposición de la pena en la sentencia condenatoria[370]. Tomando esto en consideración, no ha de extrañar que la doctrina a menudo enclave el fundamento del § 153b StPO en la idea de ahorrar actuaciones innecesarias: como el órgano de enjuiciamiento no va a imponer la pena a pesar de la condena, la celebración del juicio oral carece de sentido. Y ello tanto para los funcionarios que habrían de intervenir en el mismo, con lo que se consigue una resolución procesalmente más económica del caso[371], como desde el punto de vista de los acusados, a los que, en la medida en que no se les va a imponer ninguna pena, no se les hace pasar por el trance del juicio[372].

En lo que interesa a la presente investigación, debe señalarse que la mayoría de las figuras constitutivas del objeto de estudio, salvo las del § 261 VIII StGB (blanqueo de capitales) y el último inciso de los §§ 129 VII y 129a VII StGB (respectivamente, delitos de integración en organizaciones criminales o terroristas), facultan a los jueces para atenuar y, en su caso, prescindir de la imposición de la pena en la sentencia condenatoria. Por tanto, la gran mayoría de incentivos para la colaboración con las autoridades del Derecho alemán ofrecen recompensas que pueden consistir no sólo en una atenuación o exención de pena, sino, también, en un archivo del procedimiento que libere a los acusados del paso por el juicio oral[373].

---

consecuencias que se han derivado para el infractor por el hecho de cometer el delito son tan graves que la imposición de la sanción fuera «manifiestamente inadecuada». La aplicación de este instituto, con todo, queda limitado a los casos en los que la pena a imponer al infractor fuera de prisión superior a un año.

[369] Aquí también hay excepciones. Una de ellas es, precisamente, el § 60 StGB. Otra, el § 86 V StGB, prevista para los casos leves del delito de difusión de medios de propaganda de organizaciones inconstitucionales y terroristas. En estos dos casos, la decisión es de «todo o nada»: o se renuncia a la imposición de la pena por completo, o ésta se impone en su totalidad.

[370] Lo cierto es que el Derecho alemán cuenta con muchos (y muy variados) ejemplos de renuncia a la pena. Esto hace que resulte muy difícil reconducir todos estos supuestos a un único fundamento. Sobre el particular, RUCKDÄSCHEL, M.P.: *Das Verhältnis…*, *op. cit.*, pp. 23-55.

[371] RUCKDÄSCHEL, M.P.: *Das Verhältnis…*, *op. cit.*, 2006, pp. 92-93.

[372] WEßLAU, E., y DEITERS, M.: «§ 153b Absehen von der Verfolgung bei möglichem Absehen von Strafe», en ALBRECHT, A.H., *et al*.: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK. Band III: §§ 137-197 StPO*. Carl Heymanns: Colonia, 5ª ed., 2016, p. 418. En un sentido similar parecen ir ROXIN y SCHÜNEMANN, quienes, en una clasificación muy extendida sobre los supuestos de archivo de los §§ 153 y ss. StPO, ubican el § 153b StPO entre los llamados «casos de insignificancia». En ellos, la celebración del juicio y el dictado de una sentencia (condenatoria) aparecen como actuaciones desproporcionadamente gravosas si se las compara con la entidad del delito cometido. ROXIN, C., y SCHÜNEMANN, B.: *Strafverfahrensrecht…*, *op. cit.*, 30ª ed., 2022, p. 89.

[373] Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre ellas, las figuras contenidas en los incisos finales de los §§ 129 VII y 129a VII y en el § 261 VIII StGB se consideran causas de levantamiento de la pena (*Strafaufhebungsgründe*). Cuando concurren sus requisitos, los jueces no están *autorizados a renunciar* a la imposición del reproche penal, sino que están *obligados a absolver*. Por eso, no caen dentro del ámbito de aplicación del § 153b StPO.

2.2. Procedimiento de adopción y efectos de la decisión de archivo

En cuanto al modo en el que se adopta la decisión de archivo, hay que partir de que el § 153b StPO diferencia dos supuestos: aquellos en los que la Fiscalía aún no ha ejercido la acusación (apartado I) y aquellos en los que sí lo ha hecho (apartado II). Si se trata del primer caso, el órgano competente para adoptar la decisión es la propia Fiscalía. No obstante, ésta requerirá del consentimiento del órgano jurisdiccional que hubiera sido competente para conocer del juicio oral. Si la acusación ya se ha ejercido, entonces la competencia para adoptar la decisión de archivo ya no recae en la Fiscalía, sino en el órgano de enjuiciamiento. En este caso, para adoptar la decisión de archivo, el órgano jurisdiccional deberá recabar el consentimiento de la Fiscalía y, además, del acusado[374].

El momento en el que se adopta la decisión de archivo también influye en sus efectos. Así, si se trata de una decisión adoptada por la Fiscalía –esto es, anterior al ejercicio de la acusación–, ésta no desplegará efectos de cosa juzgada, por lo que las actuaciones podrán reabrirse en cualquier momento, incluso aunque no concurran nuevos elementos de hecho o de Derecho[375]. Si, por el contrario, la decisión se adopta por el órgano de enjuiciamiento –esto es, una vez que ya se ha ejercido la acusación–, ésta desplegará efectos de cosa juzgada limitados; esto quiere decir que el procedimiento podrá reabrirse en el futuro, pero sólo en el caso de que concurran nuevos hechos o medios de prueba que evidencien que ya no concurren los requisitos en virtud de los cuales el órgano de enjuiciamiento está autorizado a prescindir de la imposición de la pena[376].

3. EL § 31 BTMG: EL INCENTIVO PARA LA COLABORACIÓN CON LAS AUTORIDADES EN LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

3.1. Consideraciones preliminares: «testigos de la corona», «hechos originadores» y «hechos de referencia»

Tal y como se acaba de ver, el § 153b StPO es una figura con un ámbito de aplicación relativamente amplio. Dentro de él no quedan englobados, únicamente, los casos en los que se pretende incentivar a los intervinientes en el hecho delictivo a la colaboración con las autoridades.

---

[374] En opinión de RUCKDÄSCHEL, el consentimiento del acusado es procedente en estos casos porque a lo mejor le resulta más interesante que el juicio se celebre para tratar de obtener una sentencia absolutoria en lugar de una condenatoria sin imposición de pena. RUCKDÄSCHEL, M.P.: *Das Verhältnis…*, *op. cit.*, 2006, p. 97.

[375] SCHMITT, B.: «§ 153b Absehen von der Verfolgung bei möglichem Absehen von Strafe», en MEYER-GOßNER, L., y SCHMITT, B.: *Strafprozessordnung. Mit GVG und Nebengesetzen*. C.H. Beck: Múnich, 65ª ed., 2022, p. 907. En el mismo sentido, RUCKDÄSCHEL, M.P.: *Das Verhältnis*…, *op. cit.*, 2006, p. 97.

[376] WEßLAU, E., y DEITERS, M.: «§ 153b Absehen…, *op. cit.*, 5ª ed., 2016, p. 421. También RUCKDÄSCHEL, M.P.: *Das Verhältnis*…, *op. cit.*, 2006, p. 99.

Algo distinto sucede con el resto de las figuras que se van a analizar en este capítulo, cuya finalidad es, precisamente, la de constituir ese estímulo.

A estas figuras –entre las que se encuentra el § 31 BtMG, que se estudiará a continuación– se las suele denominar *Kronzeugenregelung*[377]. Este vocablo procede de la fusión de las palabras *Kronzeuge* y *Regelung*. La palabra *Kronzeuge* significa, literalmente, «testigo de la Corona» (*Krone*: corona; *Zeuge:* testigo). El empleo de este término en Alemania puede sorprender toda vez que este país no es una monarquía (al menos no desde hace más de siglo y medio). Los autores que han estudiado estas figuras suelen aclarar la cuestión indicando que la palabra *Kronzeuge* es una adaptación de la expresión inglesa *King's* o *Queen's evidence*. Esta expresión, si se toma en un sentido literal, haría referencia, simplemente, a los medios de prueba de la acusación, la cual, en el Reino Unido, se ejerce en el nombre del rey o la reina. Sin embargo, su uso habitual no tendría una connotación tan amplia; con la expresión *King's* o *Queen's evidence* tan sólo se haría referencia a aquellos intervinientes en el hecho delictivo que, a cambio de una recompensa, acceden a declarar incriminando a otras personas. En este último sentido es como se emplea, también, la palabra *Kronzeuge* en Alemania[378]. O, al menos, así es como se emplea en sentido lato, pues, como se verá, una colaboración merecedora de una recompensa no tiene por qué implicar siempre la incriminación de terceras personas[379].

Para obtener una recompensa, el *Kronzeuge* (esto es, el colaborador) debe, fundamentalmente, aportar información. Esa información debe versar sobre un hecho delictivo. A este hecho se le denomina *Bezugstat*; expresión que podría traducirse al español como «hecho de referencia»[380]. A su vez, el colaborador ha tomado parte en la comisión de un hecho delictivo. A este hecho se le denomina *Anlasstat*; expresión que podría traducirse al español como «hecho originador»[381]. Para

---

[377] En plural, sería *Kronzeugenregelungen*.

[378] AMBOS, K.: «Die Kronzeugenregelung in Deutschland», en *ZStW,* n.º 132(1), 2020, pp. 24-25; FRAHM, L.N.: *Die allgemeine Kronzeugenregelung. Dogmatische Probleme und Rechtspraxis des §46b StGB*. Duncker & Humblot: Berlín, 2014, pp. 20-21; MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung als Instrument zur Bekämpfung organisierter Kriminalität*. Iuscrim: Friburgo de Brisgovia, 2001, p. 19; JEßBERGER, F.: *Kooperation und Strafzumessung*. Duncker & Humblot: Berlín, 1999, pp. 26-27.

[379] Por su parte, la palabra *Regelung* significa, sencillamente, «reglamentación» o «regulación». Por tanto, mientras que la palabra *Kronzeuge* hace referencia a los intervinientes en el hecho delictivo que, a cambio de un incentivo, deciden colaborar con las autoridades (es decir, hace referencia a la *persona*), la palabra *Regelung* hace referencia a la *norma* que establece esos incentivos y los requisitos necesarios para conseguirlos. Hace esta misma distinción MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung*…, *op cit.*, 2001, p. 20.

[380] Traducción libre.

[381] Traducción libre. De todos modos, no todos los autores que han estudiado estas figuras emplean, de manera unánime, los términos *Anlass-* y *Bezugstat*. Por ejemplo, lo emplean AMBOS, K.: «Die Kronzeugenregelung…, *op. cit.*, pp. 24-25, y FRAHM, L.N.: *Die allgemeine Kronzeugenregelung*…, *op. cit.*, 2020, pp. 33-39. Sin embargo, JEßBERGER, habla de *Kronzeugentat* para referirse a lo que aquí se ha llamado «hecho originador» y *Aufklärungstat* para referirse a lo que aquí se ha llamado «hecho de referencia». JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, p. 32. KNEBA, por su parte, también llama al «hecho originador» *Kronzeugentat*, pero al «hecho de referencia» lo llama *Offenbarungstat*. KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung des §46b StGB*. Duncker & Humblot: Berlín, 2011, pp. 19-20. Creo que el par conceptual «hecho originador»-«hecho de referencia» es más claro porque ninguno de ellos emplea la

que proceda la concesión del incentivo, no es necesario que el hecho originador y el hecho de referencia coincidan. Es más, la pretensión del legislador muchas veces es, precisamente, la de recompensar a aquellos colaboradores que proporcionan información sobre extremos ajenos a su propia responsabilidad. Así lo atestigua el hecho de que varias de las *Kronzeugenregelungen* que aquí se analizarán exijan que, cuando el colaborador haya participado en el hecho de referencia, su contribución se refiera a cuestiones que vayan «más allá de su propia aportación al hecho delictivo» (*über seinen eigenen Tatbeitrag hinaus*)[382].

Tampoco es necesario, por otra parte, que el hecho originador y el hecho de referencia constituyan el objeto de un único proceso penal. Es decir, que, en atención al modo en el que estas figuras están diseñadas, es perfectamente posible que existan, al menos, dos procesos: uno seguido contra el *Kronzeuge*, cuyo objeto es el hecho originador, y otro seguido contra la o las personas incriminadas por el *Kronzeuge*. En este otro proceso (u otros procesos, en caso de ser varios), el *Kronzeuge* puede intervenir como testigo. No obstante, esto no es un requisito que deba observarse obligatoriamente para que se le pueda conceder la recompensa[383].

3.2. El surgimiento histórico del § 31 BtMG: de la lucha contra el terrorismo a la lucha contra las drogas

El relato sobre el surgimiento histórico de las *Kronzeugenregelungen* en el Derecho alemán es más o menos constante entre los autores que han escrito sobre ellas. Así, es frecuente encontrar, en primer lugar, una declaración relativa a que la técnica de recompensar a los intervinientes en el hecho delictivo con una pena menor de la que merecerían o, incluso, con la renuncia a imponer pena alguna es algo más propio del entorno angloamericano que del alemán[384]. Inmediatamente después se reconoce, sin embargo, que, ejemplos de estas características *haberlos, haylos*, y se reseña una lista de casos en los que se ha hecho uso de esa técnica. En cualquier caso, esta lista siempre es pequeña: hasta donde alcanzo, la más nutrida es la elaborada por MEHRENS, que, aunque abarca desde el siglo XVII hasta los años setenta del pasado siglo, sólo cuenta con ocho ejemplos[385].

---

palabra *Kronzeuge*, lo cual podría ser algo confuso (¿se refiere al hecho *cometido* por el *Kronzeuge* o al hecho *sobre el cual éste informa*?).

[382] Es el caso, por ejemplo, de las figuras previstas en los §§ 31 BtMG y 46b StGB y de las contenidas en los art. 4 y 5 de la KronzG.

[383] AMBOS, K.: «Die Kronzeugenregelung…, *op. cit.*, 2020, p. 25.

[384] En este sentido, FRAHM, L.N.: *Die allgemeine Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2014, p. 21; MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, p. 22; JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, pp. 33-34; JAEGER, M.: *Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung von §31 BtMG*. Peter Lang: Frankfurt del Meno, 1986, p. 4, y JUNG, H.: «Der Kronzeuge – Garant der Wahrheitsfindung oder Instrument der Überführung?», en *ZRP*, H.2, 1986, pp. 38-39.

[385] MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, pp. 22-26. FRAHM es más ambicioso y se remonta hasta la Edad Media. Pese a ello, su lista no sólo no es más larga que la de MEHRENS, sino que es más corta: sólo menciona un caso del medievo para, después, saltar a un caso del último tercio del siglo XVIII que, por lo demás, también es tratado por la autora antes citada. FRAHM, L.N.: *Die allgemeine*

Pues bien, pese a que durante más de doscientos años el tema no pareció suscitar un interés desmesurado, las tornas cambiaron de manera dramática en la década antes mencionada con la aparición de la Fracción del Ejército Rojo (en adelante, «RAF», por sus siglas en alemán, *Rote Armee Fraktion*). La respuesta institucional a los atentados perpetrados por los miembros de esta organización fue la elaboración de una serie de proposiciones y proyectos de ley en los que se comenzó a hablar de un «estado de necesidad en la investigación» (*Ermittlungsnotstand*) y se planteó, como estrategia para resolverlo, la introducción de recompensas para incentivar a los intervinientes en los hechos delictivos a colaborar con las autoridades[386]. El debate parlamentario, sin embargo, fue tan enconado que ninguna de estas recompensas se acabó creando[387].

La introducción de incentivos para la colaboración con las autoridades fue mucho más fácil, en cambio, en el ámbito de los delitos relacionados con la producción, posesión y distribución no autorizadas de narcóticos. Pese a que hubo un primer antecedente en un proyecto de ley de 1973[388], el embrión del actual § 31 BtMG se encuentra en dos iniciativas legislativas a caballo entre los años setenta y ochenta.

Así, el 23 de octubre de 1979, el grupo parlamentario CDU/CSU presentó al Bundestag una proposición de ley para reformar por completo la Ley de Estupefacientes (*Betäubungsmittelgesetz*, aquí referida como BtMG). Dicha proposición contemplaba la inserción, en un nuevo § 12b BtMG, de una facultad judicial de atenuación o de renuncia a la imposición de la pena con la que recompensar a los intervinientes en el hecho delictivo que prestasen su ayuda, bien para esclarecer los hechos *más allá de su intervención en ellos*, bien para evitar la comisión de un delito de cuya planificación conocieran. La justificación que el grupo

---

Kronzeugenregelung…, *op. cit.*, 2014, pp. 21-23. Otro autor que también elabora una lista, aunque (aún) más corta que la de los otros dos autores, es JUNG, H.: *Straffreiheit für den Kronzeugen?* Carl Heymanns: Colonia, 1974, pp. 1-8.

386 BREUCKER, M., y ENGBERDING, R.: *Die Kronzeugenregelung. Erfahrungen, Anwendungsfälle, Entwicklungen*. Richard Boorberg: Stuttgart, 1999, pp. 11-12. Merece destacarse de modo especial el tratamiento pormenorizado que de estas iniciativas realiza JAEGER., quien, además de los borradores discutidos en sede parlamentaria, trae a colación una serie de artículos de prensa en los que partidarios y detractores de la *Kronzeugenregelung* expusieron sus argumentos. Las recompensas a los terroristas colaboradores fueron, incluso, el tópico de la asamblea de la Asociación Alemana de Jueces de 1975 (*Bundesvertreterversammlung des Deutschen Richterbundes*). JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 1986, pp. 5-23.

387 Con la excepción de la figura hoy contenida en el § 129a VII StGB, de la que más adelante se hablará.

388 Se trata del proyecto de ley que acabaría convirtiéndose en la «Primera Ley de Reforma del Derecho Procesal Penal» (*Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts*) (BGBl. I, de 11 de diciembre de 1974, pp. 3393-3415). El proyecto fue presentado por el gobierno de la República Federal al Bundestag el 2 de mayo de 1973. En su articulado se contemplaba la creación de un nuevo §153f StPO con el que incentivar a los intervinientes en un delito tipificado en la BtMG a colaborar con las autoridades. En concreto, dicho precepto preveía una facultad de archivo a favor de la Fiscalía en caso de que el inculpado hubiera cooperado para descubrir o para perseguir determinados delitos, taxativamente previstos, considerados especialmente graves. Aunque en la fundamentación del proyecto no se hablaba de estado de necesidad en la investigación, la introducción de esta facultad en el ordenamiento jurídico se justificó en el «peligroso aumento» de estos hechos desde comienzos de la década. Ver BT-Drs. 7/551, pp. 6, 51 y 70-71. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/07/005/0700551.pdf [Consulta: 25/09/2023].

proponente dio a esta figura fue el inquietante incremento de este tipo de delitos en los últimos años y las dificultades que tenían las autoridades para investigarlos[389].

Poco después, el 1 de enero de 1980, el Gobierno de la República Federal remitió un proyecto de ley de reforma de la BtMG al Bundestag. En el § 29 III BtMG propuesto, se contenía una figura semejante a la de la iniciativa de la facción de CDU/CSU, aunque algo menos ambiciosa; sólo pretendía recompensar a los intervinientes que hubieran colaborado en la evitación de otros delitos, no así en su esclarecimiento, y sólo se permitía a los jueces atenuar la pena, pero no renunciar por completo a su imposición[390]. Por lo demás, la justificación de la necesidad de prever esta figura era coincidente a la proporcionada por el grupo CDU/CSU en su proposición de ley[391].

Pese a que la tramitación parlamentaria fue bastante prolongada, el foco lo acaparó la posibilidad de sustituir la pena por medidas terapéuticas para los delincuentes adictos a las drogas (la llamada *Therapie statt Strafe*; «terapia en lugar de pena»)[392]. El 28 de julio de 1981 se aprobó la nueva BtMG[393], que entró en vigor el 1 de enero de 1982 y en cuyo § 31 se contiene la *Kronzeugenregelung* del Derecho penal de estupefacientes; una disposición a la que apenas se le prestó atención en las cámaras legislativas y que acabó teniendo un diseño muy similar al de la proposición del grupo CDU/CSU. Desde su creación, este parágrafo sólo ha sido reformado en dos ocasiones: con las 43ª y 46ª leyes de reforma del StGB, aprobadas, de modo respectivo, el 29 de julio de 2009 (en vigor desde el 1 de septiembre)[394] y el 10 de junio de 2013 (en vigor desde el 1 de agosto)[395]. Como se verá, las dos modificaciones tuvieron que ver con la introducción de la figura del § 46b StGB.

3.3. Ámbito de aplicación: hecho originador, hecho de referencia y exigencia de conexión

En función del hecho originador –esto es, el hecho *cometido por* el colaborador–, las *Kronzeugenregelungen* se clasifican en «limitadas» (*kleine*) y «amplias» (*große*)[396]. Se dice que

[389] En la fundamentación general de la propuesta de ley se indica que, en 1972, la policía había tenido noticia de 25.679 delitos relacionados con el uso de estupefacientes. En 1978, en cambio, se detectaron 42.878 casos. BT-Drs. 8/3291, pp. 5 y 9-10. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/08/032/0803291.pdf [Consulta: 26/08/2023].

[390] BT-Drs. 8/3551, pp. 13-14. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/08/035/0803551.pdf [Consulta: 26/08/2023].

[391] Se citan, incluso, las mismas cifras. Ibid., pp. 35-37.

[392] HOYER, A.: «Die Figur des Kronzeugen: Dogmatische, verfahrensrechtliche und kriminalpolitische Aspekte», en *JZ*, n.º 5, 1994, p. 234; JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 1986, pp. 26-32.

[393] *Gesetz zur Neuordnung des Betäubungsmittelrechts* (BGBl. I, de 31 de julio de 1981, pp. 681-703).

[394] Dreiundvierzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafzumessung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe (BGBl. I, de 31 de julio de 2009, pp. 2288-2289).

[395] Sechsundvierzigstes Strafrechtsänderungsgesetz – Beschränkung der Möglichkeit zur Strafmilderung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe (BGBl. I, de 13 de junio de 2013, p. 1497).

[396] Una traducción literal de los términos *große* y *kleine* llevaría a hablar, respectivamente, de *Kronzeugenregelungen* «grandes» y «pequeñas». En la medida en que lo que diferencia a uno y otro tipo

una *Kronzeugenregelung* es limitada si sólo puede ser aplicada a los colaboradores que hayan cometido un delito perteneciente a un ámbito criminal específico. En cambio, una *Kronzeugenregelung* será amplia si no se exige que el hecho originador pertenezca a una tipología delictiva concreta para que pueda concederse el incentivo[397].

El § 31 BtMG suele citarse como el ejemplo paradigmático de una *Kronzeugenregelung* limitada, pues el hecho originador sólo puede ser un delito relacionado con la producción, posesión y distribución no autorizadas de estupefacientes[398]. No existe ningún límite adicional: el hecho originador puede ser cualquiera de los delitos previstos en dicho catálogo. Se trata de una lista realmente heterogénea, pues en ella coexisten supuestos de muy distinta gravedad. En el mencionado catálogo quedan englobados tanto los tipos básicos (§ 29 I y II BtMG) como los supuestos de máxima gravedad (§ 30a BtMG), pasando por varios supuestos de gravedad intermedia (§ 29 III, 29a y 30 BtMG). En otras palabras: pueden aspirar a la concesión del incentivo tanto el delincuente de bagatela como el miembro de una organización criminal que trafica con grandes cantidades de droga.

Similares consideraciones pueden hacerse en cuanto al hecho de referencia –esto es, el hecho *sobre el cual* el colaborador con las autoridades informa–. No obstante, aquí hay un matiz importante. Como se ha señalado en el epígrafe anterior, el § 31 BtMG admite dos modalidades de colaboración para la concesión del incentivo: la que tiene por objetivo contribuir al esclarecimiento de un delito que ya se ha cometido (apartado I) y la que pretende favorecer la evitación un delito que aún no se ha perpetrado (apartado II). Si se trata de la primera opción, entonces el hecho de referencia puede ser cualquiera de los delitos tipificados en la BtMG. En cambio, si se trata de la segunda, el hecho de referencia debe ser un supuesto de mediana o máxima gravedad de los previstos en los §§ 29 III[399], 29a I[400], 30 I[401] y 30a I[402].

Como ya se ha indicado en otras ocasiones, no es necesario que el colaborador haya intervenido en la comisión del hecho de referencia para poder obtener el incentivo[403]. Sin

---

de figuras es su mayor o menor ámbito de aplicación, se ha optado por emplear las palabras reseñadas en el texto, que, a pesar de ser menos fieles al idioma alemán, resultan algo más claras en español.

[397] Emplean estos términos, entre otros, MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung*…, *op. cit.*, 2001, pp. 42-43; JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, p. 37 (nota al pie 21), y BERNSMANN, K.: «Kronzeugenregelungen des geltenden Rechts», en *JZ*, n.º 11, 1988, p. 540.

[398] En Alemania, estos delitos están tipificados en los §§ 29 a 30a BtMG.

[399] Casos de comisión profesional del delito (*gewerbsmäßig*) o de un modo tal que ponga en peligro la salud de una pluralidad de personas.

[400] Casos en los que las drogas se suministren por una persona mayor de 21 años a otra menor de 18.

[401] Casos en los que el hecho se cometa en el seno de un grupo criminal (*Bande*) que se dedique de manera continuada a la perpetración de delitos relacionados con los estupefacientes.

[402] Casos en los que el hecho se cometa en un grupo criminal de los previstos en el § 30 I BtMG y en los que, además, la cantidad de droga involucrada no sea insignificante (*nicht geringe Menge*).

[403] WEBER, K.: «§ 31 Strafmilderung oder Absehen von Strafe», en WEBER, K.; KORNPROBST, H., y MAIER, S.: *Betäubungsmittelgesetz*. C.H. Beck: Múnich, 6ª ed., 2021, p. 1162.

embargo, a medida que se pronunciaba sobre la aplicación del § 31 BtMG, la jurisprudencia fue demandando que uno y otro hecho se encontraran en relación entre sí para que fuera procedente la renuncia a la imposición de todo o parte de la pena. A este requisito se le denomina «exigencia de conexión» (*Konnexitätserfordernis*)[404]. El BGH concibió este mandato de manera flexible, permitiendo que el hecho de referencia pudiera ser un hecho ajeno a aquellos que se estuvieran enjuiciando en el proceso contra el colaborador[405]. Lo determinante es que el hecho originador y el hecho de referencia puedan concebirse como partes integrantes de un «hecho conjunto» (*Gesamtgeschehen*)[406].

Si, como se acaba de decir, la exigencia de conexión es una creación jurisprudencial, surge la duda de por qué el legislador la hizo explícita en el año 2013. Pues bien, en el año 2009 se introdujo en el § 46b StGB una *Kronzeugenregelung* que, pese a no estar constreñida a un ámbito delictivo específico (se trata, entonces, de una *Kronzeugenregelung* «amplia»), tiene un supuesto de hecho prácticamente equivalente al del § 31 BtMG. El § 46b StGB, en su redacción original, tampoco contemplaba la exigencia de conexión. En el año 2013, el legislador decidió corregir esta situación para el § 46b StGB aduciendo que la desconexión entre el hecho originador y el hecho de referencia podría dar lugar a rebajas de pena contrarias al principio de culpabilidad y que, incluso, podría llevar a que la población perdiera su confianza en la «inquebrantabilidad del Derecho» (*Unverbrüchlichkeit des Rechts*). También se señaló que los colaboradores que tuvieran alguna relación con el hecho de referencia probablemente dispondrían de una información de mejor calidad que la de aquellos que no la tuvieran. Además, para las autoridades resultaría más fácil comprobar la veracidad de las declaraciones de los colaboradores que pertenecen al primer grupo[407]. Ahora bien, exigir el cumplimiento de este requisito sólo para el § 46b StGB podía interpretarse como que el legislador deseaba excluirlo para la aplicación del § 31 BtMG. Para evitar esta exégesis, se optó por prever la exigencia de conexión en los dos preceptos[408].

---

[404] PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung oder Absehen von Strafe», en PATZAK, J.; VOLKMER, M., y FABRICIUS, J: *Betäubungsmittelgesetz*. C.H. Beck: Múnich, 10ª ed., 2022, p. 984; WEBER, K.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 6ª ed., 2021, pp. 1166-1167.

[405] WEBER, K.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 6ª. ed., 2021, p. 1165; BECKER, P.: «§ 31 Strafmilderung oder Absehen von Strafe», en BOHNEN, W., y SCHMIDT, D.: *Betäubungsmittelgesetz. Mit BtMVV und NpSG*. C.H. Beck: Múnich, 2020, pp. 382-383.

[406] AMBOS, K.: «Die Kronzeugenregelung…, *op. cit.*, 2020, pp. 32-33. En ese mismo lugar, este autor incide en la idea de que un colaborador que informe sobre un hecho que, por casualidad, aconteció en el mismo sitio y al mismo tiempo que el delito que él cometió, no cumpliría con este requisito. También hacen esta observación WEBER (quien, además, expone una relación de supuestos en los que el BGH lo estimó cumplido) y PEGLAU. WEBER, K.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 6ª ed., 2021, p. 1166; PEGLAU, J.: «Neues zur „Kronzeugenregelung" – Beschränkung auf Zusammenhangstaten», en *NJW*, 2013, p. 1912.

[407] BT-Drs. 17/9695, pp. 6-7. Disponible en https://dserver.bundestag.de/btd/17/096/1709695.pdf [Consulta: 26/08/2023]. Estos argumentos han sido criticados, a mi juicio con acierto, por CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 86-90, y JEßBERGER, F.: «*Nulla poena* quamvis *in culpa*: Anmerkungen zur Kronzeugenregelung in § 46b StGB», en FAHL, C., *et al.*: *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag: ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe*. C.F. Müller: Heidelberg, 2015, p. 1164.

[408] Ibid., p. 7. En el mismo sentido, PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 10ª ed., 2022, p. 975.

3.4. Requisitos de aplicación del § 31 BtMG

La ley exige el cumplimiento de requisitos distintos en función de si el colaborador presta su ayuda para esclarecer un delito ya cometido o para evitar un delito aún no perpetrado. Esto justifica que la exposición se vaya a hacer diferenciando entre una y otra modalidad.

3.4.1. Modalidad de ayuda al esclarecimiento (apartado I del § 31 BtMG)

El § 31 I BtMG exige, en su redacción actual, la observancia de tres requisitos para la concesión de la recompensa: que se ofrezca voluntariamente información sobre el hecho de referencia (a), que esa información mejore de forma efectiva la investigación (b) y que el citado ofrecimiento se lleve a cabo antes del dictado del auto del juicio oral en el proceso sobre el hecho originador (c).

a) Ofrecimiento voluntario de información

La tarea fundamental del colaborador consiste en ofrecer información sobre el hecho de referencia. En la modalidad ahora comentada, esta información debe ser apta para favorecer el esclarecimiento del hecho en cuestión. Esto implica que, en principio, la información proporcionada deba contener datos novedosos. No obstante, también se considera suficiente para optar a la concesión del incentivo aquella información que, aunque era conocida, no había sido suficientemente corroborada. En este último caso se requiere, eso sí, que la información proporcionada por el colaborador sea lo bastante sólida como para confirmar las sospechas con las que se contaba en la investigación[409].

Una cuestión importante es la propia participación del colaborador en el hecho de referencia. En la medida en que no es necesario que eso suceda, se colige que la información que éste proporciona no tiene por qué contener detalles autoincriminatorios. Esto no quiere decir que, si el colaborador ha participado en el hecho de referencia, no pueda ser recompensado si accede a cooperar con las autoridades. En esos casos, el § 31 BtMG *in fine* exige que la información proporcionada se refiera a extremos que vayan *más allá de la propia intervención al hecho delictivo*; por ejemplo, mediante la delación de otros intervinientes. La confesión de la propia responsabilidad no es, en definitiva, algo exigible para la concesión del incentivo[410].

El § 31 BtMG no establece ningún requisito en cuanto a la forma en la que ha de llevarse a cabo el ofrecimiento de información. Tampoco prevé un elenco cerrado de autoridades a las que proporcionarla. En consecuencia, el ofrecimiento podrá hacerse con libertad de forma a cualquier

[409] PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 10ª ed., 2022, p. 975; WEBER, K.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 6ª ed., 2021, p. 1164.
[410] PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 10ª ed., 2022, p. 984; WEBER, K.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 6ª ed., p. 1167. También WEIDER, H.J.: «Die Strafmilderung für den Aufklärungsgehilfen nach § 31 Nr.1 BtMG», en *NStZ*, 1984, p. 397.

autoridad que, de un modo u otro, tenga competencia en la tarea de perseguir y enjuiciar el delito. Esto incluye, por ejemplo, a la Policía, la Fiscalía y los jueces[411].

Lo que sí exige este precepto es que el ofrecimiento de información sea voluntario. De nuevo, la jurisprudencia ha interpretado este requisito de manera amplia. Por un lado, para poder optar a la obtención de la recompensa basta con que la información no se facilite bajo coacción. Circunstancias como el temor a la pena o, incluso, el hecho de ser llamado como testigo en el procedimiento cuyo objeto sea el hecho de referencia, con la consiguiente obligación de declarar en él, no excluyen la voluntariedad. Por otro lado, los motivos en virtud de los cuales el colaborador decide cooperar con las autoridades son irrelevantes: da igual que lo haga por arrepentimiento o, simplemente, por la esperanza de conseguir un resultado procesal más favorable[412].

b) Mejora efectiva de la investigación (Aufklärungserfolg)

Para poder optar a la consecución del incentivo, no basta con que la información aportada por el colaborador sea apta para favorecer el esclarecimiento del hecho de referencia: es preciso que la investigación del hecho delictivo *mejore efectivamente* gracias a su contribución[413]. Esto no quiere decir que al colaborador sólo se le vaya a recompensar en caso de que la investigación del hecho de referencia resulte exitosa, como ocurriría, por ejemplo, si sus perpetradores son detenidos, juzgados y condenados. Más bien, este requisito impone que la aportación del colaborador sea de tal calidad que, *si no se hubiera llevado a cabo*, probablemente nunca se habría esclarecido el hecho de referencia, ya sea porque nunca se habría tenido noticia de su comisión, porque jamás se habría identificado a sus responsables o porque las sospechas que las autoridades tenían sobre aspectos como éstos no habrían sido confirmadas de otra manera[414].

---

411 WEBER, K.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 6ª ed., 2021, p. 1164. En cualquier caso, al colaborador le interesará que, de un modo u otro, se le pueda atribuir la aportación de información de cara a conseguir el incentivo. Esto determina que, normalmente, se levante un acta escrita de su interrogatorio. En este sentido, PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 10ª ed., 2022, p. 978.

412 PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 10ª ed., 2022, pp. 981-982; WEBER, K.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 6ª ed., 2021, pp. 1169-1170; BECKER, P.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 2020, p. 382; AMBOS, K.: «Die Kronzeugenregelung…, *op. cit.*, 2020, p. 35. WEIDER considera que el requisito de voluntariedad del § 31 BtMG no ha de interpretarse en el mismo sentido que el del desistimiento. WEIDER, H.J.: «Die Strafmilderung…, *op. cit.*, 1984, pp. 398-399. HOYER, por el contrario, es partidario de esta asimilación y vincula los efectos eximentes (en el caso del § 31 BtMG, también atenuantes) de ambas figuras al cumplimiento de los fines (preventivos) de la pena. HOYER, A.: «Die Figur…, *op. cit.*, 1994, pp. 238-239.

413 El tenor literal del precepto así lo requiere: «…durch freiwilliges Offenbaren seines Wissens wesentlich dazu beigetragen hat, daß eine Straftat (…) aufgedeckt werden konnte» (el subrayado es mío).

414 PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 10ª ed., 2022, pp. 984-988; WEBER, K.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 6ª ed., 2021, pp. 1172-1175; BECKER, P.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 2020, pp. 383-384; JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit*., 1999, pp. 55-58. La postura de HOYER al respecto es interesante, pues considera que debe existir una relación entre la aptitud de la información aportada por el colaborador y la mejora del estado de la investigación similar a la imputación objetiva en la teoría jurídica del delito. HOYER, A.: «Die Figur…, *op. cit.*, 1994, p. 238.

c) Respeto al límite preclusivo: el dictado del auto de apertura del juicio oral en el proceso sobre el hecho originador

Desde el 1 de septiembre de 2009, los colaboradores que pretendan obtener la rebaja o atenuación de pena del § 31 BtMG deben ofrecer la información de que dispongan antes de que se dicte el auto de apertura del juicio oral en el proceso en el que se enjuicia el hecho originador. El momento relevante es el del dictado del auto; cuándo se le notifique al colaborador o conozca del mismo por otros medios no afectan en nada al efecto preclusivo[415].

Este requisito no aparece explícitamente en el tenor literal del § 31 BtMG, sino que surge de la remisión que el inciso final de este precepto realiza al § 46b III StGB. Como se ha indicado más arriba, el 1 de septiembre de 2009 fue la fecha de entrada en vigor de la ley que creó la *Kronzeugenregelung* del § 46b StGB. El legislador previó este límite preclusivo para evitar dos cosas. Por un lado, posibles maniobras dilatorias de los intervinientes en el delito dispuestos a colaborar. La exigencia de respeto a este límite, unida a los requisitos concernientes a la calidad de la información y su incidencia en la mejora de la investigación habría de impulsar a los potenciales colaboradores a hacer sus aportaciones tan pronto como les fuera posible –cuanto antes se comparta la información a las autoridades, más probabilidades hay de que les resulte novedosa–. Por otro, con la introducción del límite se pretende impedir el acceso de información falsa al juicio oral. Ello porque, si las aportaciones sólo pueden hacerse hasta el dictado del auto de apertura de esta fase procesal, se concede el suficiente margen a las autoridades como para comprobar su veracidad. En la medida en que, como también se ha dicho, el § 46b StGB y el § 31 BtMG son figuras muy semejantes, con la mencionada ley también se aprovechó para hacer extensible este límite al último de los preceptos citados[416].

3.4.2. Modalidad de ayuda a la prevención (apartado II del § 31 BtMG)

En este caso, el § 31 II BtMG exige al colaborador llevar a cabo un ofrecimiento voluntario de información a una «autoridad» cualquiera (*Dienststelle*) (a) que, además de practicarse con anterioridad al dictado del auto de apertura del juicio oral, se efectúe con tal prontitud que el hecho de referencia aún pueda ser evitado (b).

---

[415] PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 10ª ed., 2022, p. 982; BECKER, P.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, p. 2021, p. 382.

[416] BT-Drs. 16/6268, p. 14. Disponible en: https://webarchiv.bundestag.de/archive/2010/0203/bundestag/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/48_Kronzeugenregelung/01_Gesetzentwurf.pdf [Consulta: 27/08/2023].

a) Ofrecimiento voluntario de información a una «autoridad» cualquiera (Dienststelle)

Este requisito es común a la modalidad de ayuda al esclarecimiento. No obstante, en la opción ahora analizada, la ley exige que el ofrecimiento de información se haga, en general, a cualquier «autoridad». Esto se ha entendido en el sentido de que, para obtener el incentivo, el ofrecimiento no sólo puede hacerse a las autoridades encargadas específicamente de la persecución y enjuiciamiento del delito, como la Policía, la Fiscalía o los jueces, sino también a cualquier otro cargo público que pueda remitir la información a las anteriores, como, por ejemplo, algún órgano municipal[417]. La potencial víctima del delito no es, en cambio, uno de los posibles receptores[418].

Por lo demás, las cuestiones relativas a la calidad de la información y a la forma y voluntariedad de su ofrecimiento no tienen ninguna peculiaridad en esta modalidad, por lo que me remito a lo dicho al respecto el análisis de la opción de ayuda al esclarecimiento.

b) Respeto a los límites temporales: evitabilidad del hecho de referencia y dictado del auto de apertura del juicio oral

Al igual que en la modalidad de ayuda al esclarecimiento, el ofrecimiento debe hacerse antes del dictado del auto de apertura de juicio oral para que el colaborador pueda optar a la concesión del incentivo. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en aquella otra modalidad, en la de ayuda a la prevención se exige, además, que el ofrecimiento se lleve a cabo con tal prontitud que el hecho de referencia aún pueda ser evitado. Esto implica, por un lado, que, si el hecho de referencia ya se ha cometido, el colaborador no podrá beneficiarse a través de esta modalidad, sino, en su caso, a través de la de ayuda al esclarecimiento, si el hecho de referencia ya se ha cometido[419]. Por otro lado, el colaborador tampoco podrá obtener la recompensa si el hecho de referencia, pese a no haber tenido lugar, ya era de imposible realización en el momento en el que llevó a cabo el ofrecimiento de información a las autoridades; es lo que sucede, por ejemplo, si, cuando el

[417] Es interesante la cuestión relativa a los posibles retrasos en la actuación de las autoridades como consecuencia de la remisión de la denuncia a una autoridad incompetente para la persecución del delito. Para PATZAK, estos retrasos juegan en contra del colaborador, por lo que sería recomendable que éste acudiera, directamente, a los órganos encargados de realizar esta tarea. PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 10ª ed., 2022, p. 989. Entienden, por el contrario, que, como la ley no precisa qué autoridad es la preferida, estos retrasos no pueden tomarse en consideración en contra del colaborador, WEBER, K.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 6ª ed., 2021, p. 1192, y FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, p. 72.

[418] Pese a que sus reflexiones se hacen en torno al § 46b StGB (cuyo tenor literal es idéntico al del § 31 BtMG en este punto), han criticado esta exclusión CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, p. 92 y KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2011, pp. 91-92.

[419] Algunos autores consideran que la frontera entre las dos modalidades se ubica en la consumación del delito. De este modo, si el hecho de referencia se encuentra en grado de tentativa, el colaborador también podría beneficiarse de la recompensa a través de la modalidad de ayuda a la prevención. En este sentido, WEBER, K.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 6ª ed., 2021, p. 1192; CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit*., 2019, pp. 105-106; FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, p. 77, y KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2011, pp. 92-93.

ofrecimiento se practica, los encargados de perpetrar el delito sobre el que se informa ya han sido detenidos[420].

El § 31 II BtMG, en cualquier caso, no exige que la comisión del hecho de referencia sea efectivamente evitada: sólo se requiere que esto aún sea posible[421].

3.5. Consecuencias jurídicas de la aplicación del § 31 BtMG

Cumplidos los requisitos de cualquiera de las modalidades antes vistas, el órgano de enjuiciamiento podrá renunciar a la imposición de toda o parte de la pena que el colaborador merece por la comisión del hecho originador. En la adopción de su decisión los jueces están obligados a tomar en consideración una serie de criterios.

3.5.1. La renuncia a la imposición de toda la pena

Para que el órgano de enjuiciamiento pueda renunciar a la imposición de la pena en su totalidad, es preciso que la pena que le hubiera correspondido al colaborador no sea superior a los tres años de prisión. A la hora de valorar el cumplimiento de este requisito, hay que dejar fuera de consideración, como es lógico, la posible atenuación que hubiera correspondido en caso de aplicar el § 31 BtMG. Es decir, que el § 31 BtMG *sólo se puede aplicar una vez*: bien para renunciar a la imposición de toda la pena, bien para renunciar a la imposición de sólo una parte de ella. No se puede aplicar para, primero, atenuar la pena y, si ésta queda por debajo de los tres años de prisión, volverlo a aplicar para renunciar a su imposición[422].

Por otra parte, el límite de los tres años de prisión tampoco se ha de valorar tomando como referencia la pena en abstracto. Para tomar la decisión relativa a la renuncia a la imposición de toda la pena, el órgano jurisdiccional debe, en primer lugar, determinar la que le hubiera correspondido al colaborador siguiendo los criterios generales establecidos para ello. En Alemania, estos criterios se encuentran en el § 46 II StGB. Sólo si el resultado de esa determinación no supera la franja antes mencionada será procedente la renuncia a la imposición de la pena[423]. En otras palabras: la operación de renuncia a la pena requiere que el órgano jurisdiccional tome dos decisiones. En la primera, éste deberá determinar la pena que eventualmente le hubiera correspondido al colaborador aplicando los criterios del § 46 II StGB. Si la pena así determinada no supera los tres años de prisión, entonces el órgano jurisdiccional podrá tomar la segunda decisión, que es la que concierne a si renuncia o no a la imposición de la

[420] PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 10ª ed., 2022, p. 989; FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, p. 76; KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2011, pp. 92-93.
[421] PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 10ª ed., 2022, p. 989; WEBER, K.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 6ª ed., 2021, p. 1192; BECKER, P.: «§ Strafmilderung…, *op. cit.*, 2020, p. 385.
[422] WEBER, K.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 6ª ed., 2021, p. 1187.
[423] PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 10ª ed., 2022, pp. 996-997; WEBER, K.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 6ª ed., 2021, p. 1187; BECKER, P.: «§ Strafmilderung…, *op. cit.*, 2020, p. 385.

sanción[424]. A la hora de adoptar esta segunda decisión, el órgano jurisdiccional deberá sujetarse a los criterios establecidos en el § 46b II StGB, a los que, desde 2009, se remite el § 31 BtMG (y que se analizarán más adelante).

Recuérdese que, en caso de que se estime procedente la renuncia a la imposición de la totalidad de la pena, podrá aplicarse el § 153b StPO. De ser el caso, el procedimiento será archivado para el colaborador sin que se celebre el juicio contra él. Me remito a lo dicho más arriba en cuanto al procedimiento de adopción y los efectos de la decisión de archivo (apartado 2.2).

3.5.2. La renuncia a la imposición de parte de la pena: las posibilidades de atenuación

El § 31 BtMG no sólo permite al órgano jurisdiccional renunciar a la imposición de toda la pena, sino que también le permite dejar de imponer sólo una parte de la sanción. En lo que atañe a esta posibilidad, el § 31 BtMG remite al § 49 I StGB[425]. Este último precepto proporciona a los jueces marcos penales abstractos más benignos que aquellos que hubiera correspondido aplicar en cualquier otra circunstancia. La solución que ofrece el § 49 I StGB es distinta en función del tipo de pena que tenga asignada cada delito. Así, si el delito estuviera castigado con pena de prisión perpetua –lo que no sucede en la BtMG–, el nuevo marco iría desde los tres años de prisión hasta el máximo legal previsto para esta pena –quince años de conformidad con el § 38 II StGB– . Si se trata de un delito castigado con una pena de prisión de duración determinada, el nuevo límite máximo quedará fijado en las tres cuartas partes del límite máximo que la ley prevé para la infracción en cuestión. Lo mismo se aplica en el caso de tratarse de un delito castigado con pena de multa, aunque, en este caso, el límite de las tres cuartas partes se refiere a la nueva cuantía máxima del día-multa. Por su parte, el nuevo límite mínimo dependerá del que establezca la ley para cada delito: si éste es de diez o de cinco años, el nuevo límite mínimo será de dos años; si éste es de dos o de tres años, el nuevo límite mínimo será de seis meses; si éste es de un año, será de tres meses, y si se trata de un caso no previsto en los anteriores supuestos, entonces el nuevo límite mínimo será el mínimo legal permitido por el StGB para la pena de prisión –un mes de conformidad con el § 38 II StGB–.

---

[424] El § 46 II StGB constituye un catálogo no exhaustivo en el que se mencionan, entre otras circunstancias, el comportamiento posterior al delito. Surge la duda de si, a la hora de efectuar esta «determinación provisional de la pena», debe tomarse en consideración la colaboración con las autoridades en el esclarecimiento o la evitación del hecho de referencia como comportamiento postdelictivo positivo. CHRISTOPH y FRAHM, trayendo a colación los argumentos sobre una discusión semejante con ocasión de la aplicación de los §§ 46a y 60 StGB, se inclinan por una respuesta afirmativa. CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 110-114, y FRAHM, N.L.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 85-86.

[425] Al menos, así es desde el 1 de septiembre de 2009. Hasta entonces, el § 31 BtMG remitía al apartado II del § 49 StGB. De conformidad con éste, los órganos jurisdiccionales podían atenuar la pena de prisión hasta el mínimo legal (es decir, de conformidad con el § 38 II StGB, hasta un mes) o, en su caso, en lugar de imponer una pena de prisión, castigar los hechos con una pena de multa. Sobre la cuestión, PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 10ª ed., 2022, pp. 991-992.

Con todo, esta remisión expresa al § 49 I StGB no agota las posibilidades de mitigar la pena a disposición de los órganos jurisdiccionales. A pesar de que ni el § 31 BtMG ni el § 49 I StGB así lo indiquen, la jurisprudencia ha desarrollado otra vía de atenuación, como es la de inaplicar el subtipo agravado en el que la acción del colaborador podría subsumirse (*besonders schwerer Fall*) o, en su caso, aplicar un subtipo atenuado (*minder schwerer Fall*)[426]. Esta vía, de hecho, permite llegar a marcos penales aún más benignos que los resultantes de aplicar el § 49 I StGB[427]. En cualquier caso, se opte por una u otra vía de atenuación, los jueces deben observar, a la hora de adoptar su decisión, los criterios establecidos en el § 46b II StGB.

3.5.3. Criterios de ponderación

El hecho de que se cumplan los requisitos examinados más arriba no garantiza que el colaborador vaya a obtener el incentivo. No hay que olvidar que el § 31 BtMG simplemente *faculta* al órgano jurisdiccional a renunciar a la imposición de todo o parte de la pena. A la hora de decidir sobre el «si» y el «cómo» de esta renuncia, los jueces deben realizar una ponderación entre todas las circunstancias que pongan de manifiesto su mayor o menor conveniencia.

Desde el 1 de enero de 2009, el § 46b II StGB, al cual se remite el inciso final del § 31 BtMG, guía a los órganos jurisdiccionales sobre el modo en el que debe llevarse a cabo esta reflexión. Así, el subapartado 1 del § 46b II establece un catálogo no exhaustivo en el que se mencionan los siguientes extremos: el tipo y cantidad de información ofrecida por el colaborador y su relevancia para el esclarecimiento o la evitación del hecho de referencia, el momento en el que se lleva a cabo el ofrecimiento de información, el apoyo que el colaborador ha prestado a las autoridades encargadas de la persecución del delito y la gravedad del hecho de referencia. Por su parte, el subapartado 2 establece que todas estas circunstancias habrán de ponerse en relación con la gravedad del hecho originador y la culpabilidad del colaborador en su comisión.

Los elementos mencionados en el § 46b II StGB no eran, sin embargo, desconocidos para los tribunales alemanes antes de la reforma de 2009. La jurisprudencia anterior ya exigía que los jueces atendieran a criterios similares a la hora de adoptar su decisión. En palabras de PATZAK, esta reforma no habría modificado sustancialmente el modo en que los órganos jurisdiccionales hacen uso de las facultades contenidas en el § 31 BtMG[428].

---

[426] PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 10ª ed., 2022, pp. 993-995; WEBER, K.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 6ª ed., 2021, pp. 1188-1190; BECKER, P.: «§ Strafmilderung…, *op. cit.*, 2020, p. 385.

[427] Es muy ilustrativa la clasificación que al respecto realiza PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 10ª ed., 2022, pp. 991.

[428] PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 10ª ed., 2022, p. 990. También WEBER, K.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 6ª ed., 2021, p. 1186.

Tampoco ha cambiado la reforma el hecho de que la decisión del órgano de enjuiciamiento debe ser motivada. Así, si el órgano jurisdiccional omite expresar en la sentencia los motivos que le llevan (o no) a renunciar a la imposición de todo o parte de la pena, la resolución será recurrible[429].

4. LOS §§ 129 VII Y 129A VII STGB Y LOS ARTS. 4 Y 5 KRONZG: LOS INCENTIVOS PARA LA COLABORACIÓN EN LOS DELITOS DE INTEGRACIÓN EN ORGANIZACIONES CRIMINALES Y TERRORISTAS

4.1. Observaciones preliminares: *Kronzeugenregelungen* y casos de arrepentimiento activo

Pese a que las figuras que se tratarán en este apartado se refieren a ámbitos de criminalidad distintos –por un lado, la delincuencia organizada en general y, por otro, el terrorismo–, su análisis conjunto se debe a que las conductas exigidas para su aplicación son muy parecidas. La doctrina, en ocasiones, dispensa un tratamiento diferenciado, por un lado, a las figuras contenidas en el StGB –§§ 129 VII y 129a VII– y, por otro, a las contenidas en leyes penales especiales –los arts. 4 y 5 KronzG–. Esta diferencia de trato no tiene que ver con el distinto ámbito de aplicación antes advertido, sino que se debería a una supuesta diferencia de naturaleza jurídica. Así, mientras que a las figuras del primer grupo a menudo se las considera ejemplos de «arrepentimiento activo» (*tätige Reue*), a las del segundo se las denomina, sin más, *Kronzeugenregelungen*[430].

La distinción entre una y otra etiqueta, sin embargo, no está muy clara. Como se ha visto, con la denominación *Kronzeugenregelung* se hace referencia a aquellas disposiciones a través de las cuales se pretende incentivar a los intervinientes en el hecho delictivo a colaborar con las autoridades en la consecución de objetivos como el esclarecimiento o la evitación de otros delitos. Bajo la denominación de arrepentimiento activo, por su parte, se engloban varios supuestos de comportamiento postdelictivo que la ley penal valora positivamente[431]. A menudo, éstos se consideran casos especiales de desistimiento en delitos consumados de peligro o de resultado cortado. Una de las características distintivas de este tipo de delitos es la anticipación de la

[429] PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung…, *op. cit.*, 10ª ed., 2022, pp. 992-993.
[430] SCHÄFER, J., y ANSTÖTZ, S.: «§ 129 Bildung krimineller Vereinigungen», en SCHÄFER, J., *et al.*: *Münchener Kommentar. Strafgesetzbuch*. *Band III: §§80-184k*. C.H. Beck: Múnich, 4ª ed., 2021, pp. 699 y 703; KRAUß, M.: «§ 129 Bildung krimineller Vereinigungen», en STEINSIEK, M., *et al.*: *Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch. 7. Band, §§80 bis 121*. De Gruyter: Berlín, 12ª ed., 2009, pp. 372 y 381.
[431] Esta valoración positiva no es homogénea: unas veces se concreta en una exención obligatoria; otras, en la autorización a los jueces para atenuar la pena, y otras, en la autorización para renunciar a su imposición. Sobre la cuestión, MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregeleung…*, *op. cit.*, 2001, p. 34.

consumación a un momento previo a la lesión del bien jurídico protegido[432]. El ejemplo paradigmático de arrepentimiento activo es el contenido en el § 306e StGB, que prevé diversas posibilidades de atenuación y exención penal para el sujeto que, habiendo iniciado un incendio, lo extingue a tiempo de evitar un daño aún mayor. Junto a éste, también se suelen traer a colación supuestos como los previstos en los §§ 83a (delitos de alta traición); 87 III (sabotaje); 98 II (revelación de secretos de Estado a una potencia extranjera); 149 II (preparación de un delito de falsificación de moneda y sellos); 264 VI (fraude de subvenciones); 265b II (estafa de crédito); 314a y 320 (delitos contra la seguridad colectiva) o 330b (delitos contra el medio ambiente)[433].

Es cierto que figuras como la del § 306e StGB son bastante diferentes, en cuanto al tipo de conducta exigida para su aplicación, a, por ejemplo, la del § 31 BtMG. Sin embargo, hay muchos otros casos en los que la «evitación de un daño mayor», idea que parece subyacer a los ejemplos de arrepentimiento activo, no podrá conseguirse sólo con la intervención del autor, sino que será preciso compartir información con las autoridades para que actúen. Preceptos como el § 87 III o el § 98 II StGB, de hecho, así lo exigen de modo explícito. También lo hacen los §§ 129 VII y 129a VII que, como se verá, prevén atenuaciones y exenciones de pena no sólo para los sujetos que se esfuerzan en conseguir la disolución de las organizaciones criminales o terroristas en las que se hallaban integrados, sino también para aquellos que ofrecen su conocimiento *a una autoridad con tal prontitud que un delito que fuera a ser perpetrado por estas organizaciones aún pueda ser evitado*. Ésa es la misma conducta que el § 31 II BtMG exige en lo que se ha llamado más arriba modalidad de ayuda a la prevención. Tomando en consideración que las figuras de los arts. 4 y 5 KronzG también prevén la concesión de incentivos a los sujetos que ofrezcan a las autoridades información apta para evitar la comisión de ciertos delitos, no parece que la distancia entre estas figuras y los §§ 129 VII y 129a VII StGB sea demasiado grande.

Es cierto que algunos casos considerados de arrepentimiento activo tienen una estructura que recuerda, hasta cierto punto, a la de otros institutos más «familiares» del Derecho penal, como el desistimiento en la tentativa. Sin embargo, esto no me parece una razón suficiente para considerar que algunas de estas figuras, como las contenidas en los §§ 129 VII y 129a VII StGB, persigan un objetivo distinto al de aquellas a las que se llama, sin más, *Kronzeugenregelungen*: motivar a los intervinientes en determinados delitos, considerados especialmente difíciles de perseguir, a colaborar con las autoridades. Por todo ello, se ha considerado conveniente incluir a todas estas

---

[432] RUCKDÄSCHEL, M.P.: *Das Verhältnis…*, *op. cit.*, 2006, pp. 42-47; MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, p. 34; FABEL, T.: *Geldwäsche und tätige Reue*. N.G. Elbert: Marburgo, 1997, p. 63.

[433] La traducción de los tipos delictivos citados es libre. Citan ejemplos similares RUCKDÄSCHEL, M.P.: *Das Verhältnis…*, *op. cit.*, 2006, pp. 49-50; MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregeleung…*, *op. cit.*, 2001, p. 34, y JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T.: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. Duncker & Humblot: Berlín, 5ª ed., 1996, pp. 547-548. En España, POZUELO PÉREZ, L.: *El desistimiento…*, *op. cit.*, 2003, p. 307 (nota al pie 68).

figuras en el objeto de estudio y tratarlas en el mismo apartado. Pese a estas reflexiones, no deja de ser llamativo lo siguiente: en los análisis de las figuras de los arts. 4 y 5 KronzG siempre se destaca su posible contraposición con determinados principios básicos del Derecho penal, cuando no con preceptos constitucionales. Esto, en cambio, no se produce con las figuras contenidas en los §§ 129 VII y 129a VII StGB[434].

4.2. Surgimiento histórico: un largo y acalorado debate de casi 30 años

La historia de la previsión de incentivos para la colaboración con las autoridades en el sector de criminalidad organizada y el terrorismo es confusa y prolongada. Aun así, merece la pena narrarla para dar cuenta del contexto en el que se introdujeron y la cantidad de esfuerzo que ello requirió. La exposición se va a dividir en cuatro períodos: desde 1968 hasta 1976, desde 1976 hasta la primera mitad de los ochenta, desde 1986 hasta 1989 y desde 1989 hasta el 31 de diciembre de 1999.

[434] Hay varios autores que, pese a considerar que las figuras de los §§ 129 VII y 129a VII StGB son fenómenos de arrepentimiento activo, no tienen problema en denominarlas, a renglón seguido, *Kronzeugenregelungen* limitadas. Es el caso de KINDHÄUSER, U. y HILGENDORF, E.: *Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar*. Nomos: Baden-Baden, 9ª ed., 2022, pp. 642 y 646; SCHÄFER, J., y ANSTÖTZ, S.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 699; LOS MISMOS: «§ 129a Bildung terroristischer Vereinigungen», en SCHÄFER, J., *et al.*: *Münchener Kommentar…*, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 727, y KRAUß, M.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 12ª ed., 2009, p. 372. En España, también considera que las figuras actualmente contenidas en los §§ 129 VII y 129a VII StGB son *Kronzeugenregelungen* limitadas CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op.* cit., 1995, pp. 232-238. Otros autores, en cambio, consideran que las *Kronzeugenregelungen* y el arrepentimiento activo son cosas distintas. Es, por ejemplo, el caso de SCHROEDER, F.C.: «Absehen von der Strafe und Absehen von der Strafverfolgung», en WEßLAU, E. (ed.), *et al.*: *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008*. De Gruyter: Berlín, 2008, p. 551, y JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 1986, p. 10. MEHRENS, por su parte, se muestra algo más conciliadora. Tras sentar la que, a su juicio, sería la distinción conceptual entre el arrepentimiento activo y la *Kronzeugenregelung*, termina afirmando que no hay ningún impedimento para considerar que, en los delitos de integración en organizaciones criminales y terroristas, los comportamientos recompensados por las *Kronzeugenregelungen* constituyen, *también*, casos de arrepentimiento activo. MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, pp. 32-35. En un sentido similar parece ir JUNG. Este autor afirma, por un lado, que la primera *Kronzeugenregelung* del Derecho alemán fue la figura del § 31 BtMG y no la del § 129 VI (hoy VII) StGB. Más adelante, sin embargo, concede que tanto la figura del § 129 VI (hoy VII) StGB como la del § 31 BtMG constituyen supuestos especiales de arrepentimiento activo. JUNG, H.: «Der Kronzeuge…, *op. cit*., 1986, pp. 38-39 (en esta última página, ver nota al pie 16). Merece destacarse la posición de BERNSMANN, quien, en el debate sobre la aprobación de la KronzG, llamó la atención sobre el carácter de «*Kronzeugenregelungen* ocultas» que tendrían figuras a veces consideradas como de arrepentimiento activo. Entre estas figuras se encontrarían las que hoy se contienen en los §§ 129 VII y 129a VII StGB. A su juicio, no era necesario prever ninguna recompensa adicional, pues el StGB ya ofrecía, a través de disposiciones como las citadas, incentivos suficientes para motivar a los miembros de las organizaciones criminales y terroristas a colaborar con las autoridades. BERNSMANN, K.: «Kronzeugenregelungen…, *op. cit.*, 1988, pp. 540-543.

4.2.1. Los supuestos de arrepentimiento activo: desde 1968 hasta la «Ley Antiterror» de 1976

En Alemania, el delito de integración en organización criminal se tipificó con la Ley de Reforma del Derecho penal de 30 de agosto de 1951[435]. Desde entonces ocupa su actual ubicación sistemática: el § 129 StGB. Esta primera versión del tipo, sin embargo, no contaba con los incentivos vinculados al arrepentimiento activo hoy contenidos en el § 129 VII StGB. La 8ª Ley de Reforma del Derecho penal, de 25 de junio de 1968[436], los creó, aunque los ubicó en el apartado VI del mismo parágrafo. Debe reconocerse, con todo, que, en sentido estricto, lo que se llevó a cabo a través de este último texto legal no fue una *creación*. La 8ª Ley de Reforma del Derecho penal modificó en profundidad los delitos contra la Constitución. Algunos de ellos ya contaban con incentivos prácticamente idénticos a los que hoy se contienen en el § 129 VII StGB. Lo único que hizo la ley recién mencionada fue tomar el diseño de esos otros incentivos e introducirlos en el ámbito de las organizaciones criminales[437].

Por su parte, el vigente § 129a VII StGB prevé los mismos incentivos que el § 129 VII StGB, aunque para los delitos de terrorismo. En Alemania, los delitos de terrorismo están concebidos como un tipo especial del delito de integración en organización criminal; de hecho, más que uno o varios delitos de terrorismo, lo que existe en este país es un delito de «integración en organización terrorista», inserto en el § 129a StGB[438]. Este último precepto fue creado el 18 de agosto de 1976 con la aprobación de la conocida como «Ley Antiterror» (*Anti-Terror-Gesetz*)[439]. Dicha ley fue el culmen de un tortuoso proceso legislativo con el que se buscaba dar respuesta a los atentados perpetrados por la RAF durante la primera mitad de la década de los setenta. Miembros de esta organización fueron responsables del asesinato del juez Günther von Drenkmann en noviembre de 1974, del secuestro del político berlinés Peter Lorenz entre febrero y marzo de 1975 y del ataque, con toma de rehenes, a la embajada alemana en Estocolmo en abril

---

[435] Curiosamente, se trata de la misma ley que creó la facultad de archivo del § 153b StPO. Según KRAUß, en realidad, la punición de estas organizaciones se remonta al edicto prusiano de «prevención y represión de las asociaciones secretas» de 20 de octubre de 1798. KRAUß, M.: «§ 129 Bildung krimineller Vereinigungen»…, *op. cit.*, 12ª ed., 2009, p. 309.

[436] *Achtes Strafrechtsänderungsgesetz* (BGBl. I, de 29 de junio de 1968, pp. 741-755).

[437] Ver, en este sentido, el informe de la comisión especial para la reforma del Derecho penal, de 9 de mayo de 1968 (BT-Drs. 5/2860, p. 27. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/05/028/0502860.pdf [Consulta: 01/09/2023]).

[438] En el Código Penal español, la cuestión es algo distinta. En efecto, mientras que en Alemania los delitos de terrorismo sólo pueden cometerse si se integra o se apoya a una organización terrorista, en España esto no es un requisito *sine qua non*. El Código Penal español define a las organizaciones y grupos terroristas por remisión a las organizaciones y grupos criminales en su art. 571. Por su parte, el art. 572 CP castiga la integración en alguna de estas agrupaciones. A partir de aquí, los arts. 573 a 579 CP sancionan diferentes tipos de conductas que pueden cometerse tanto de manera individual como en el seno de una organización o grupo terrorista.

[439] Su nombre completo fue Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Bundesrechtsanwaltsordnung und des Strafvollzugsgesetzes (BGBl. I, de 18 de agosto de 1976, pp. 2181-2185).

de 1975[440]. La Ley Antiterror, que modificó varios cuerpos legales[441], introdujo el § 129a en el StGB. Desde sus orígenes, el § 129a StGB contiene una remisión al § 129 StGB por medio de la cual los incentivos concebidos en este último precepto como supuestos de arrepentimiento activo también son aplicables al primero.

4.2.2. Los frustrados intentos de prever incentivos adicionales al arrepentimiento activo: desde la Ley Antiterror de 1976 hasta la primera mitad de la década de los ochenta

Las iniciativas de las que surgió la Ley Antiterror ambicionaban más que la mera extensión de los supuestos de arrepentimiento activo a los delitos de terrorismo. En efecto, en todas ellas, además de mantenerse esta extensión –con o sin creación del § 129a StGB como tipo autónomo–, también se proponía conceder un incentivo a los miembros de la organización que contribuyeran *efectivamente*, o bien al esclarecimiento de los hechos *más allá de su propia intervención en ellos*, o bien a la detención de sus líderes (*Rädelsführer*) u «hombres de atrás» (*Hintermänner*). En este sentido iban tanto la proposición de ley del Estado de Renania del Norte-Westfalia, presentada al Bundesrat el 13 de marzo de 1975[442], como la de los grupos parlamentarios del SPD y el FDP, partidos integrantes del gobierno de la República Federal tras las elecciones de 1972, que se presentó al Bundestag el 4 de junio de ese mismo año[443]. Lo mismo puede decirse de la iniciativa legislativa que se acabaría convirtiendo en la Ley Antiterror: el proyecto de ley que se presentó al Bundestag el 1 de septiembre de 1975[444]. Sin embargo, ninguno de estos incentivos adicionales terminó convirtiéndose en Derecho vigente. El proyecto de ley fue transferido a la comisión de

---

[440] JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 1986, p. 4. En España también menciona estos antecedentes CUERDA ARNAU, M.ª L.: *Atenuación…*, *op. cit.*, 1995, pp. 233-234.

[441] Para un análisis global de estas modificaciones, ver CANO PAÑOS, M.A.: «Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania. Análisis de la legislación penal y procesal en las décadas de 1970-1980», en *RECPC*, n.º 10-14, 2008, pp. 5-24. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-14.pdf [Consulta: 01/09/2023].

[442] El borrador remitido por el Estado de Renania del Norte-Westfalia pretendía la creación de un nuevo § 153f StPO. Esta disposición había de habilitar a la Fiscalía a archivar el procedimiento contra los autores de un delito de integración en organización criminal que tuviera como finalidad la comisión de algunos delitos considerados de especial gravedad que hubieran colaborado con las autoridades en el sentido descrito en el texto. La comisión de asuntos jurídicos del Bundesrat propuso crear una facultad de atenuación o de renuncia a la imposición de la pena para los mismos casos en un nuevo § 129 VII StGB. El Bundesrat acordó remitir esta modificación al Bundestag el 25 de abril de 1975 (BR-Dr. 7/3734, pp. 113-115. Disponible en: https://www.bundesrat.de/SharedDocs/downloads/DE/plenarprotokolle/1975/Plenarprotokoll-419.pdf?__blob=publicationFile&v=2 [Consulta: 01/09/2023]). Sobre el particular, también JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 1986, pp. 6-10.

[443]En dicha proposición ya se contemplaba la creación de un tipo autónomo de terrorismo al que le era igualmente aplicable la figura del arrepentimiento activo. Para este tipo se contemplaba, además, la creación de unas facultades de atenuación y renuncia a la pena similares a las sugeridas por el Bundesrat en el borrador que remitió al Bundestag sobre la proposición del Estado de Renania del Norte-Westfalia (BT-Drs. 7/3729, pp. 3-4. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/07/037/0703729.pdf [Consulta: 01/09/2023]).

[444] BT-Drs. 7/4005, p. 3. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/07/040/0704005.pdf [Consulta: 01/09/2023]. El proyecto de ley sólo se diferenciaba de la proposición que presentaron los partidos integrantes de la coalición gubernamental en la fundamentación, no así en el texto de la norma propuesta.

asuntos jurídicos del Bundestag. Allí, fue objeto de debate en una sesión pública en la que participaron múltiples expertos. La mayoría de ellos se posicionaron en contra alegando, entre otros argumentos, la vulneración del principio de legalidad procesal, la pérdida de confianza de la ciudadanía en la eficacia de las leyes penales y la escasa probabilidad de que los incentivos consiguieran sus objetivos al no poder realizar la Fiscalía promesas vinculantes a los potenciales colaboradores[445].

La violencia terrorista aumentó en los años inmediatamente posteriores a la aprobación de la Ley Antiterror, alcanzando su punto álgido en 1977. Así, el 7 de abril, el Fiscal General de Alemania Occidental, Sigfried Buback, fue asesinado por miembros de la RAF. El 30 de julio, miembros de la misma organización asesinaron al presidente del Banco de Dresde, Jürgen Ponto. Y, entre septiembre y octubre, se desencadenaron los hechos del llamado «otoño alemán» (*deutscher Herbst*), que comenzó con el secuestro, por parte de la RAF, del presidente de la patronal alemana Hanns-Martin Schleyer y el asesinato de cuatro de sus acompañantes el 5 de septiembre. El 13 de octubre de 1977, miembros del Frente Popular para la Liberación de Palestina secuestraron el avión de Lufthansa «Landshut», lo hicieron aterrizar en Mogadiscio y exigieron la liberación de los miembros de la RAF en prisión. En caso de no atender a este requerimiento, Schleyer sería asesinado. El 18 de octubre, miembros del grupo especial de operaciones alemán GSG-9 asaltaron el avión, abatieron a tres de los cuatro secuestradores y detuvieron a la restante. Los dirigentes históricos de la RAF Andreas Baader, Gudrun Ensslin y Jan-Carl Raspe fueron hallados muertos en sus celdas. La hipótesis más extendida es que se habían suicidado tras conocer lo acontecido en Mogadiscio. Pese al rescate del «Landshut», Schleyer fue hallado muerto en Alsacia el 19 de octubre de 1977[446].

De nuevo, estos hechos no quedaron sin reacción institucional. Entre otras iniciativas[447], debe mencionarse la proposición de ley del grupo parlamentario CDU/CSU, presentada al Bundestag

---

[445] Sobre los pormenores de la discusión, ver JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, 1986, pp. 13-20.
[446] Ibid., pp. 20-21; CANO PAÑOS, M.A.: «Los inicios…, *op. cit*., 2008, p. 20 (nota al pie 53).
[447] Dentro de las cuales habría que citar la aprobación de la popularmente conocida como «Ley de Interrupción de Contactos» (*Kontaktsperregesetz*), cuyo título completo fue *Gesetz zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz* (BGBl. I, de 1 de octubre de 1977, pp. 1877-1879). Esta ley fue aprobada el 30 de septiembre de 1977; es decir, menos de un mes después del secuestro de Schleyer. Es el procedimiento legislativo más rápido de la historia de Alemania hasta la fecha. Con esta ley, que reformó la GVG, se pretendía evitar que los sujetos condenados por la comisión de un delito de integración en organizaciones terroristas (*i.e.*, del recientemente creado §129a StGB) o que estuvieran en prisión preventiva por su supuesta comisión pudieran comunicarse tanto con otros internos que se encontraran en la misma situación, como con otros miembros de la agrupación que se hallaran en el exterior. Lo mismo se aplicaba para los sujetos condenados por o sospechosos de haber cometido un delito que se encontrara en relación con otro de integración en organizaciones terroristas. Para lograr ese objetivo, la Ley de Interrupción de Contactos preveía la posibilidad de decretar, por vía administrativa, una incomunicación total de estos reclusos cuando, de no hacerlo, la vida, la integridad física o la libertad de una persona se encontrasen en peligro. Sobre la cuestión, ver CANO PAÑOS, M.A.: «Los inicios…, *op. cit.*, 2008, pp. 20-22.

el 5 de octubre de 1977. Tal propuesta estaba dirigida a reformar, entre otros preceptos, el § 129a StGB. El objetivo de esa reforma era, nuevamente, introducir recompensas adicionales al arrepentimiento activo para los intervinientes en un delito de integración en organizaciones terroristas. La fórmula que trató de emplearse fue la misma que la de algunos de los antecedentes parlamentarios de la Ley Antiterror de 1976[448]. La iniciativa fue transferida a la comisión de asuntos jurídicos, donde volvió a encontrarse con la oposición de la mayoría de sus miembros[449]. El procedimiento legislativo caducó, de modo que, de nuevo, los incentivos proyectados no se convirtieron en ley.

4.2.3. La KronzG y su art. 4: los atentados de la segunda mitad de la década de los ochenta y la implicación de la academia

La cuestión quedó en un *impasse* hasta la segunda mitad de la década de los ochenta[450]. Entonces, una nueva oleada de atentados sacudió Alemania. Un número muy importante de ellos tuvo como objetivo, exclusivamente, infraestructuras públicas, como líneas ferroviarias o postes de corriente eléctrica[451]. Otros, sin embargo, también se cobraron vidas humanas[452]. La reacción institucional a estos actos se produjo el 31 de octubre de 1986, fecha en la que los grupos parlamentarios de CDU/CSU y FDP, cuyos partidos integraban el gobierno desde 1983, presentaron al Bundestag una proposición de «Ley para la lucha contra el terrorismo» en cuyo art. 3 se contenía una *Kronzeugenregelung* que había de añadirse, como incentivo adicional, a los supuestos de arrepentimiento activo[453].

---

[448] BT-Drs. 8/996, p. 3. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/08/009/0800996.pdf [Consulta: 01/09/2023].

[449] BT-Drs., 8/1845, p. 18. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/08/018/0801845.pdf [Consulta: 01/09/2023].

[450] Al menos, en lo que tiene que ver con el terrorismo. Recuérdese que el procedimiento que terminó con la introducción de la *Kronzeugenregelung* del § 31 BtMG se inició en octubre de 1979 y terminó en julio de 1981. No deja de ser llamativo lo fácil que fue la creación de esa figura en comparación con sus parientes en el ámbito del terrorismo. Me remito al apartado 3.2. *supra* para una lectura en paralelo de las fechas de tramitación de las distintas iniciativas.

[451] En el informe final de la comisión de asuntos jurídicos del Bundestag, de 3 de diciembre de 1986, elaborado con ocasión de la tramitación de la proposición de «Ley para la lucha contra el terrorismo» de los grupos parlamentarios de CDU/CSU y FDP, se indica que, entre febrero y diciembre de 1986, se produjeron, al menos, 101 ataques contra instalaciones energéticas. De ellos, 92 tuvieron como objetivo postes eléctricos. BT-Drs. 10/6635, p. 9. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/10/066/1006635.pdf [Consulta: 04/09/2023].

[452] Ejemplos de estos últimos fueron el asesinato del empresario Ernst Zimmermann (febrero de 1985), el ataque a la base aérea de los Estados Unidos de América en Frankfurt del Meno, en el que murieron dos personas (agosto de 1985); el atentado con bomba contra el profesor de Física y miembro del consejo de administración de Siemens, Karl Heinz Beckurts, en el que fallecieron tanto él como su chófer, Eckhard Groppler (julio de 1986), y el asesinato del diplomático Gerold von Braunmühl (octubre de 1986). Menciona estos hechos, también, BREUCKER, M.: *Die Bewährung der Kronzeugenregelung in der gerichtlichen Praxis*. Tesis doctoral: Universidad de Turingia, 1997, p. 12.

[453] BT-Drs. 10/6286, p. 4. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/10/062/1006286.pdf [Consulta: 04/09/2023].

Hay varios motivos que hicieron de la figura propuesta un elemento llamativo. Para empezar, se trataba de una gran *Kronzeugenregelung*. Es decir, que, a diferencia de lo que ocurría con los supuestos de arrepentimiento activo y con los incentivos adicionales que, hasta la fecha, no habían llegado a introducirse en el ordenamiento vigente, no se preveía como requisito que el colaborador hubiera cometido un delito de integración en organizaciones terroristas; bastaba con que el hecho que hubiera perpetrado se encontrara en relación con un delito del § 129a StGB. Las posibles contraprestaciones al colaborador, además, no sólo consistirían en que los jueces pudieran minorar la sanción penal o renunciar por completo a su imposición. Antes al contrario, también se preveía que la Fiscalía General Federal (*Generalbundesanwalt*), el órgano competente para investigar los delitos de integración en organizaciones terroristas, pudiera archivar el proceso contra el colaborador antes de la celebración del juicio oral. Por otro lado, esta nueva figura no estaba destinada a insertarse en el StGB, sino que se regularía en una ley independiente. Finalmente, se trataría de una disposición con una vigencia limitada en el tiempo: sólo podría ser aplicable a los colaboradores que hubieran ofrecido su información a las autoridades hasta el 31 de diciembre de 1988.

Una prueba de la intensidad del debate generado con esta nueva proposición es la implicación directa de importantes representantes de la comunidad académica. El 6 de noviembre de 1986 la proposición fue remitida a las comisiones de asuntos jurídicos y de interior del Bundestag. El 14 de noviembre de 1986 se celebró una sesión pública de la comisión de asuntos jurídicos en la que participaron veinte especialistas, entre ellos jueces, fiscales y penalistas académicos. En dicha sesión, Winfried HASSEMER presentó un manifiesto en contra de la creación de la *Kronzeugenregelung* firmado por más de noventa profesores de Derecho penal[454]. En las sesiones celebradas en el seno de la comisión de interior, las fuerzas proponentes optaron por retirar del texto a debatir la *Kronzeugenregelung* del art. 3[455]. La Ley para la lucha contra el terrorismo fue aprobada el 19 de diciembre de ese mismo año, aunque sin la peculiar *Kronzeugenregelung* que se contenía en aquel precepto[456].

No hubo que esperar mucho, sin embargo, para que se produjera un nuevo intento. En esta ocasión, el gobierno, que, tras las elecciones de 1987, siguió estando conformado por la coalición

---

[454] Tal manifiesto puede leerse en BREUCKER, M., y ENGBERDING, R.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 1999, p. 159. Según MEHRENS, el texto fue redactado por Claus ROXIN y Arthur KAUFMANN. Sin embargo, en la versión del manifiesto que se acaba de citar (y a la que MEHRENS también se refiere) no hay atribución de autoría. MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, p. 27 (nota al pie 44).

[455] Ver, en este sentido, el informe final de la comisión de asuntos jurídicos, de 3 de diciembre de 1986. BT-Drs. 10/6635, p. 9. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/10/066/1006635.pdf [Consulta: 04/09/2023].

[456] *Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus* (BGBl. I, de 30 de diciembre de 1986, pp. 2566-2567). Sobre las modificaciones introducidas por esta ley, ver KÜHL, K.: «Neue Gesetze gegen terroristische Straftaten», en *NJW*, n.º 13, 1987, pp. 745-747. Para un análisis en español, ver CANO PAÑOS, M.A.: «Los inicios…, *op. cit.*, pp. 24-26.

entre CDU/CSU y FDP, presentó al Bundestag, el 26 de agosto de 1988, un proyecto de ley en cuyo art. 4 se contemplaba la creación de una *Kronzeugenregelung* para los delitos de terrorismo. Tanto su justificación como su diseño fueron muy similares a los que tuvo su frustrada predecesora, aunque con una diferencia importante: la figura ahora propuesta preveía ciertos límites a la concesión de incentivos cuando los colaboradores hubieran cometido delitos con resultado de muerte[457]. Esta propuesta también fue remitida a las comisiones de asuntos jurídicos y de interior del Bundestag en cuyas reuniones participaron, de nuevo, expertos de la práctica forense y de la academia[458]. En esta ocasión, sin embargo, las opiniones favorables al mantenimiento de la *Kronzeugenregelung* fueron mayoritarias[459]. Así fue como el 9 de junio de 1989 se aprobó la popularmente conocida como «Ley del testigo de la corona» (*Kronzeugengesetz* o KronzG)[460]. De manera similar a como se pretendió hacer con la iniciativa de 1986, esta figura tuvo un ámbito de aplicación temporal limitado. En efecto, el § 5 del art. 4 KronzG preveía que sus disposiciones sólo serían aplicables a los intervinientes en el hecho delictivo que hubieran ofrecido su información a las autoridades hasta, como máximo, el 31 de diciembre de 1992.

4.2.4. El art. 5 KronzG: el temor a la criminalidad organizada y la sucesión de reformas en la década de los noventa

Con la reunificación del país se produjeron varias detenciones de antiguos miembros de la RAF que habían iniciado una nueva vida en Alemania del Este. En los procesos seguidos en su contra se produjeron las primeras aplicaciones del art. 4 KronzG. Pese a que fueron escasas en número, a través de ellas se alcanzaron ciertos éxitos tanto frente a la RAF como frente a otras organizaciones terroristas de origen extranjero (fundamentalmente, el PKK)[461]. Ello motivó que,

---

[457] BT-Drs. 11/2834, p. 6. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/11/028/1102834.pdf [Consulta: 04/09/2023].

[458] Los profesores AMELUNG, HASSEMER, GREVEN y RUDOLPHI fueron algunos de los representantes de la academia que participaron en el debate. Puede verse una relación de los especialistas que intervinieron en el informe final de la comisión de asuntos jurídicos del Bundestag, fechado a 18 de abril de 1989 (BT-Drs. 11/4359, p. 12. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/11/043/1104359.pdf [Consulta: 04/09/2023]).

[459] No es fácil encontrar un motivo que explique, de manera decisiva, el cambio de parecer. BREUCKER y ENGBERDING aluden, por un lado, a los límites previstos para los delitos con resultado de muerte. Por otro, al asesinato del presidente de la junta directiva del Deutsche Bank, Alfred Herrhausen, acontecido el 30 de noviembre de 1989 y que aún hoy en día continúa sin resolver. En la medida en que la KronzG fue aprobada el 9 de junio de 1989 y que el asesinato de Herrhausen tuvo lugar el 30 de noviembre de ese mismo año –es decir, casi seis meses después–, este segundo argumento no es convincente (al menos en lo que tiene que ver con la aprobación de esta ley, no así en cuanto a las prórrogas de su ámbito de aplicación temporal, sobre las que se hablará en el epígrafe siguiente). BREUCKER, M., y ENGBERDING, R.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 1999, p. 13.

[460] Su nombre completo fue Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten (BGBl. I, de 15 de junio de 1989, pp. 1059-1061). Esta ley entró en vigor el día 16 de junio de 1989; es decir, al día siguiente al de su publicación en el BGBl.

[461] Pese a que, como se verá en su momento, no es posible afirmar con exactitud en cuántos procedimientos en total se hizo uso del art. 4 KronzG (tampoco de su art. 5), el gobierno alemán admitió, a petición de la diputada de PDS/Linke Liste Ulla Jelpke, tener noticia de cinco casos de aplicación del art. 4 a 18 de mayo

en los inicios de la nueva década, se planteara una ampliación del ámbito de aplicación de la *Kronzeugenregelung* en dos direcciones. Primero, *ad intra*, a través de la prórroga de la vigencia temporal del art. 4 KronzG. Segundo, *ad extra*, mediante la creación de figuras similares a la que se contenía en aquel precepto para hacer frente a la nueva amenaza que, a juicio de los parlamentarios, se cernía sobre la población alemana: la criminalidad organizada.

Las iniciativas legislativas se sucedieron nuevamente. Así, el 25 de julio de 1991 se presentó en el Bundestag, a iniciativa del Bundesrat, un proyecto de «Ley para el combate del tráfico ilegal de estupefacientes y otras formas de criminalidad organizada»[462]. La iniciativa en cuestión fue aprobada el 26 de junio de 1992[463]. Por otra parte, el 10 de noviembre de 1992, los grupos parlamentarios CDU/CSU y FDP, que volvieron a integrar la coalición gubernamental tras las elecciones de 1990, propusieron la primera extensión del ámbito de aplicación temporal del art. 4 KronzG[464]. La iniciativa fue aprobada el 14 de enero de 1993 y, con ella, el plazo para cooperar con las autoridades se amplió hasta el 31 de diciembre de 1995[465].

El 18 de febrero de 1994, con ocasión de una gran reforma del StGB, la StPO y otras leyes, los mismos grupos parlamentarios propusieron crear una figura casi idéntica a la del art. 4 KronzG, pero para los delitos de integración en organización criminal[466]. El 23 de septiembre de ese mismo año se aprobó la conocida como «Ley para combatir la delincuencia» (*Verbrechenbekämpfungsgesetz*), que introdujo un art. 5 en la KronzG y entró en vigor el 1 de diciembre. En esta nueva disposición se contenía una figura prácticamente igual a su antecesora

---

de 1992. En la respuesta a esa consulta también se indica que, gracias a la información aportada por los beneficiados con el art. 4 KronzG, se incoaron dieciocho procedimientos y se reanudaron otros cuatro. En este sentido, ver BT-Drs. 12/2610, pp. 1-4. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/12/026/1202610.pdf [Consulta: 03/06/2024].

[462] En la fundamentación general del proyecto, se hace referencia tanto al alarmante aumento de los delitos contra la salud pública a lo largo de la década de los ochenta, como a la aparición de otras formas de delincuencia asociativa igualmente difíciles de investigar. BT-Drs. 12/989, pp. 20-21. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/12/009/1200989.pdf [Consulta: 05/09/2023]. Sobre lo impreciso del concepto «criminalidad organizada» que se manejaba en aquel entonces y, en consecuencia, lo poco convincente de las estadísticas oficiales como guía para adoptar políticas públicas para hacerle frente, ver MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, pp. 46-49 y 55-58.

[463] *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG)* (BGBl. I, de 15 de julio de 1992, pp. 1302-1312). Entre otras novedades, esta ley tipificó por primera vez el delito de blanqueo de capitales en el § 261 StGB. Con él, se creó la figura que hoy se encuentra en el apartado VIII de ese parágrafo y que también integra el objeto de esta investigación. De ella, sin embargo, se hablará más adelante (apartado 5. *infra*).

[464] BT-Drs. 12/3685. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/12/036/1203685.pdf [Consulta: 05/09/2023].

[465] Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten (BGBl. I, de 16 de febrero de 1993, p. 238).

[466] BT-Drs. 12/6853, p. 12. Las razones justificativas de la introducción de esta nueva *Kronzeugenregelung* obran en las pp. 39-40. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/12/068/1206853.pdf [Consulta: 05/09/2023].

para los delitos de terrorismo[467]. Tal fue su semejanza que, de hecho, el ámbito de aplicación temporal de aquel precepto era el mismo que el del art. 4; es decir, la colaboración con las autoridades podía prestarse hasta el 31 de diciembre de 1995. La coalición CDU/CSU y FDP, que, una vez más, integró el ejecutivo tras las elecciones de 1994, propuso una extensión del plazo previsto en ambas figuras. Ello, por dos motivos: para permitir nuevos casos de aplicación del art. 4 y para dejar un poco más de margen al art. 5 con el fin de que pudiera probar su eficacia frente a la criminalidad organizada[468]. La propuesta se aprobó el 15 de diciembre de 1995 y, en consecuencia, el ámbito de aplicación temporal de ambas figuras fue prolongado hasta el 31 de diciembre de 1999[469].

Hubo un intento adicional de prórroga del plazo de los arts. 4 y 5 KronzG. La iniciativa corrió, nuevamente, a cargo de la coalición CDU/CSU y FDP. No obstante, estos partidos ya no conformaban el gobierno tras las elecciones de 1998, sino que lo compusieron miembros de la coalición entre el SPD y B'90/Die Grünen. La proposición de ley entró en el Bundestag el 1 de junio de 1999 y la fecha pretendida como nuevo límite fue el 31 de diciembre de 2002[470]. En esta ocasión, sin embargo, la iniciativa fue rechazada, por lo que el plazo para colaborar expiró el 31 de diciembre de 1999[471].

4.3. Los §§ 129 VII y 129a VII StGB: Ámbito, requisitos y consecuencias

Visto el surgimiento histórico de los incentivos previstos para fomentar la colaboración con las autoridades en la persecución del terrorismo y la criminalidad organizada, en lo que sigue se van a describir el ámbito, los requisitos y las consecuencias de aplicación de cada uno de ellos. En primer lugar, se hablará de las disposiciones contenidas en los §§ 129 VII y 129a VII StGB –esto es, las que a menudo se consideran supuestos de arrepentimiento activo–. Después se hará lo mismo con las figuras contenidas en los arts. 4 y 5 KronzG.

4.3.1. Ámbito y requisitos de aplicación de los §§ 129 VII y 129a VII StGB

El ámbito de aplicación de los §§ 129 VII y 129a VII StGB es muy restringido: tan sólo pueden aplicarse, de modo respectivo, a los sujetos que hayan cometido un delito de integración en

[467] Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz) (BGBl. I, de 28 de octubre de 1994, pp. 3186-3196).
[468] BT-Drs. 13/2575, p. 3. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/13/025/1302575.pdf [Consulta: 05/09/2023].
[469] Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten (BGBl. I, de 19 de enero de 1996, p. 58).
[470] BT-Drs. 14/1107. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/14/011/1401107.pdf [Consulta: 05/09/2023].
[471] Esto no quiere decir, exactamente, que los arts. 4 y 5 KronzG ya no sean Derecho vigente. Si aún existieran procesos en curso en los cuales alguno de los acusados hubiera ofrecido su información antes de la fecha señalada (algo poco probable, pero posible), los incentivos podrían concederse. En este sentido, MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung*…, *op. cit.*, 2001, p. 27 (nota al pie 46).

organización criminal (§ 129 StGB) o terrorista (§ 129a StGB)[472]. El reproche correspondiente por los delitos que, en el seno de la organización, haya cometido su potencial beneficiario, no se ve afectado por ninguna de estas disposiciones[473]. Por otra parte, el radio de acción de los §§ 129 VII y 129a VII StGB alcanza a todas las conductas típicas de los delitos de integración en organización criminal o terrorista. Esto quiere decir que están incluidos en su ámbito de aplicación los tipos básicos (§§ 129 I y 129a I, II, III y V), los tipos agravados (§§ 129 V y 129a IV) y los tipos atenuados (§§ 129 VI y 129a VI) de ambos delitos.

En las disposiciones que ahora se analizan se regulan diversas modalidades de arrepentimiento activo. Como el § 129a VII StGB simplemente declara que lo que se disponga en el § 129 VII StGB también vale para el delito de integración en organizaciones terroristas, en lo que sigue se van a explicar las diferentes opciones de arrepentimiento activo contenidas en el § 129 VII StGB. En función de las conductas exigidas y de la contraprestación ofrecida al colaborador, se pueden distinguir tres modalidades: el esfuerzo (infructuoso) para la disolución de la organización (a), el esfuerzo (infructuoso o no) para la evitación de un delito que fuera a ser perpetrado por la organización (b) y el supuesto de éxito, imputable o no al esfuerzo del colaborador, en la disolución de la organización (c).

a) Modalidad de esfuerzo (infructuoso) para la disolución de la organización criminal o terrorista (primera frase del subapartado 1 del § 129 VII StGB)

El subapartado 1 del § 129 VII exige, para su aplicación, que el sujeto que pretenda la obtención del incentivo se esfuerce «voluntaria y seriamente» (*freiwillig und ernsthaft zu bemühen*), o bien para conseguir la disolución de la organización en la que está integrado (primera frase), o bien para evitar la comisión de uno de los delitos que esta organización fuera a perpetrar (segunda frase). En este epígrafe se analizará la primera opción; esto es, la referente a la disolución de la organización.

La primera condición para poder aplicar esta modalidad es que la organización aún exista en el momento en el que el colaborador inicie sus esfuerzos[474]. Constatado esto, los requisitos de «voluntariedad» y «seriedad» del esfuerzo se interpretan en términos análogos a los casos de desistimiento con varios intervinientes en el hecho delictivo. De hecho, el § 24 II StGB, que regula este supuesto de desistimiento, emplea exactamente los mismos términos que los preceptos ahora

[472] KINDHÄUSER, U., y HILGENDORF, E.: *Strafgesetzbuch*…, *op. cit.*, 9ª ed., 2022, pp. 642 y 646; SCHÄFER, J., y ANSTÖTZ, S.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 699; LOS MISMOS: «§ 129a Bildung…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 727; KRAUß, M.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 12ª ed., 2009, p. 372. Recuérdese que estos autores, citados más arriba, consideran que estas figuras constituyen *Kronzeugenregelungen* (limitadas).
[473] KRAUß, M.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.* 12ª ed., 2009, p. 372.
[474] KINDHÄUSER, U., y HILGENDORF, E.: *Strafgesetzbuch*…, *op. cit.*, 9ª ed., 2022, p. 642; SCHÄFER, J., y ANSTÖTZ, S.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 699; KRAUß, M.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 12ª ed., 2009, p. 372.

analizados[475]. A juicio de OSTENDORF, faltará el requisito de voluntariedad cuando los intervinientes en la organización reconozcan la imposibilidad de conseguir sus objetivos y que su continuidad carece de sentido[476]. Por lo demás, la seriedad parece interpretarse en clave subjetiva: el esfuerzo será serio cuando el colaborador haga, de acuerdo con su representación, todo cuanto resulte necesario para que la organización deje de existir[477]. Esto requerirá, normalmente, que ponga a disposición de las autoridades toda la información que posea sobre ésta[478].

Un detalle interesante es el relativo al éxito en la disolución de la organización. Para que la modalidad tratada en este epígrafe resulte aplicable, el esfuerzo del colaborador debe resultar infructuoso. De lo contrario, ya no será aplicable esta opción, sino la regulada en el inciso final del § 129 VII StGB[479].

b) Modalidades de esfuerzo (infructuoso o no) para la evitación de un delito que fuera a ser cometido por la organización (segunda frase del subapartado 1 y subapartado 2 del § 129 VII StGB)

Otra de las posibilidades de arrepentimiento activo reguladas en el § 129 VII StGB es la tendente a evitar que los integrantes de la organización cometan un delito que tuvieran previsto perpetrar[480]. Esta opción admite, a su vez, dos variantes: una prevista en la segunda frase del subapartado 1 del § 129 VII StGB, y otra prevista en el subapartado 2 del mismo precepto. Para que la primera variante sea apreciada, es preciso que el colaborador se esfuerce «voluntaria y seriamente» para evitar que tenga lugar un delito que la agrupación en la que está integrado vaya a cometer. La segunda variante, por su parte, tan sólo exige que el colaborador ofrezca a una «autoridad» cualquiera la información que posea sobre la futura comisión de un delito por parte de los integrantes de la organización con tal prontitud que su evitación aún sea posible.

Como puede apreciarse, la segunda variante es coincidente con la modalidad de ayuda a la prevención del § 31 BtMG. Me remito a lo allí dicho sobre la interpretación de sus términos

[475] Recuérdese que los supuestos de arrepentimiento activo a menudo son considerados casos cercanos al desistimiento, aunque estén previstos para delitos consumados. Ver apartado 3.1 *supra*.
[476] OSTENDORF, H.: «§ 129 Bildung krimineller Vereinigungen», en KINDHÄUSER, U.; NEUMANN, U., y PAEFFGEN, H.U.: *Strafgesetzbuch. Band 2.* Nomos: Baden-Baden, 5ª ed., 2017, p. 772.
[477] KRAUß, M.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 12ª ed., 2009, p. 372. En un sentido similar van KINDHÄUSER, U. y HILGENDORF, E.: *Strafgesetzbuch*…, *op. cit.*, 9ª ed., 2022, p. 642, y SCHÄFER, J., y ANSTÖTZ, S.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 699.
[478] KRAUß, M.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 12ª ed., 2009, p. 372.
[479] Así lo entienden también SCHÄFER, J., y ANSTÖTZ, S.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 700, y KRAUß, M.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 12ª ed., 2009, p. 372.
[480] También aquí ciertos autores consideran aplicable esta modalidad si el delito aún no se ha *consumado* para el momento en el que el colaborador decide actuar. De acuerdo con esta opinión, aunque ya se haya alcanzado el estadio de la tentativa, esta modalidad, en cualquiera de sus dos variantes, aún resultaría aplicable. En este sentido, SCHÄFER, J., y ANSTÖTZ, S.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 700. KRAUß, M.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 12ª ed., 2009, p. 373.

(apartado 3.4.2. *supra*). En la medida en que la primera no requiere la intervención de las autoridades, un supuesto imaginable se daría cuando el colaborador omite la contribución que tenía que llevar a cabo para cometer el delito en cuestión[481]. Por lo demás, puede reiterarse aquí lo dicho en el epígrafe anterior sobre la exigencia de que el colaborador se esfuerce «voluntaria y seriamente» en la evitación del delito.

A diferencia de lo que ocurre en la modalidad del esfuerzo para la disolución de la organización, en esta modalidad es indiferente que el delito se evite efectivamente o no. Esto es una cuestión común a cualquiera de las dos variantes analizadas[482].

c) Éxito, imputable o no a los esfuerzos del colaborador, en la disolución de la organización (inciso final del § 129 VII StGB)

En el último inciso del § 129 VII StGB se regula un supuesto especial de la modalidad de esfuerzo para la disolución (tratado en la letra a) de este epígrafe). Para apreciar el caso que ahora se comenta, es preciso, por un lado, que se cumplan los requisitos de aquella modalidad. Por otro, que la organización quede, efectivamente, disuelta. Lo que no se exige, en cambio, es que la desaparición de la organización sea imputable al esfuerzo del colaborador. Así, quedan equiparados, en cuanto a su tratamiento penológico, los casos en los que ese esfuerzo es causal del resultado (o, como mínimo, concomitante), con aquellos en los que no lo es: esta modalidad será la aplicable cuando la organización deje de existir –y siempre que el colaborador se haya esforzado en conseguirlo–[483].

4.3.2. Consecuencias jurídicas de la aplicación de los §§ 129 VII y 129a VII StGB

Los supuestos de esfuerzo (infructuoso) para la disolución de la organización (a) y para la evitación (infructuosa o no) de delitos, en cualquiera de sus dos variantes (b), tienen el mismo tratamiento jurídico-penal: los jueces están autorizados para atenuar la pena de conformidad con el § 49 II StGB[484] o renunciar por completo a su imposición.

De conformidad con lo dispuesto en el § 49 II StGB, cuando un precepto legal se remita a él, los jueces podrán minorar el reproche penal «a su parecer» (*nach seinem Ermessen*) hasta el mínimo que la ley permita para el tipo de sanción de que se trate o, en su caso, sustituir la pena

[481] SCHÄFER, J., y ANSTÖTZ, S.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 700. En el mismo sentido, KRAUß, quien considera que esta variante tiene, más bien, una función de recogida. KRAUß, M.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 12ª ed., 2009, p. 373.

[482] SCHÄFER, J., y ANSTÖTZ, S.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 700; KRAUß, M.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 12ª ed., 2009, p. 373

[483] SCHÄFER, J., y ANSTÖTZ, S.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 701; KRAUß, M.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 12ª ed., 2009, p. 374.

[484] No debe confundirse este precepto con el § 49 I. El primero, al que, como se vio, remite el § 31 BtMG desde el 1 de septiembre de 2009, establece una serie de reglas para configurar marcos abstractos más benignos que aquellos que la ley asigna a cada delito de la parte especial del StGB.

de prisión por pena de multa. El § 40 I StGB dispone que, como mínimo, la pena de multa tendrá una duración de cinco días-multa. Por su parte, el § 38 II StGB dispone que la pena de prisión tendrá una duración mínima de un mes. Tomando en consideración los marcos penales contenidos en los §§ 129 y 129a StGB, que prevén penas de prisión de hasta diez años de duración, la rebaja que puede alcanzarse es considerable. Por su parte, los §§ 129 VII y 129a VII StGB también permiten a los jueces renunciar a la imposición de la pena si se da alguno de los dos supuestos ahora comentados. Cuando se estime procedente una renuncia a la imposición de pena, también será posible el archivo del procedimiento de conformidad con lo dispuesto por el § 153b StPO[485].

Si se da el supuesto del éxito en la disolución de la organización (c), la consecuencia es distinta. En efecto, el último inciso del § 129 VII, aplicable, también, a los delitos de integración en organización terrorista, dispone que, si se cumple el supuesto de hecho, la consecuencia es que el acusado «no será castigado». Este último inciso no es un supuesto equiparable a los casos en los que se *faculta* a los jueces a renunciar a la imposición de la pena, sino que constituye una causa de levantamiento de la pena (*Strafaufhebungsgrund*)[486]. Este tipo de figuras se caracterizan por eliminar retroactivamente la punibilidad surgida con la comisión del delito. En consecuencia, si concurren sus requisitos, el órgano jurisdiccional *deberá* dictar una sentencia absolutoria[487].

Como lo que acontece en este último supuesto no es un caso en el que los jueces puedan renunciar a la pena, no le es aplicable el § 153b StPO. Sin embargo, esto no quiere decir que el colaborador que se encuentre en esta situación deba pasar por el juicio oral y esperar hasta la sentencia absolutoria para que el proceso concluya para él. Antes al contrario, cuando concurre una causa de levantamiento de la pena, como la prevista en el § 129 VII StGB, el archivo también es procedente, aunque, en este caso, no se aplicará el § 153b, sino el § 170 II StPO. Este precepto impone a la Fiscalía el *deber* de poner fin al procedimiento cuando de la investigación no resulten motivos suficientes, fácticos o jurídicos, para proceder al ejercicio de la acusación[488].

---

[485] Sobre el procedimiento de adopción y los efectos de una decisión semejante, ver apartado 2.2. *supra*.

[486] KRAUß, M.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 12ª ed., 2009, pp. 374-375. KINDHÄUSER y HILGENDORF, por el contrario, consideran que este supuesto no es una causa de levantamiento, sino de exclusión de la pena (*Strafausschließungsgrund*). Por lo demás, derivan también la consecuencia de que, si la organización desaparece, lo que procede es el dictado de una sentencia absolutoria. KINDHÄUSER, U. y HILGENDORF, E.: *Strafgesetzbuch*…, *op. cit.*, 9ª ed., 2022, p. 642. Creo que, en atención al modo en que uno y otro instituto están configurados, la solución correcta es la de considerar que es una causa de levantamiento de la pena. Sobre la cuestión, por todos, JESCHECK, H.H., y WEIGEND, T.: *Lehrbuch…*, *op. cit.*, 5ª ed., 1996, pp. 552-553. Ver también RUCKDÄSCHEL M.P.: *Das Verhältnis*…, *op. cit.*, 2006, pp. 65-67, quien, a diferencia de JESCHECK y WEIGEND, no sólo diferencia entre causas de exclusión y de levantamiento de la pena, sino entre estos dos tipos de figuras y los supuestos de renuncia a la imposición de la pena (*Absehen von Strafe*).

[487] Recuérdese que, cuando se trata de un supuesto de renuncia a la imposición de la pena, el pronunciamiento es condenatorio, sólo que no se impone ninguna sanción. Sobre la cuestión, ver apartado 2.1. *supra*.

[488] En la medida en que esta decisión de archivo no tiene fuerza de cosa juzgada, el § 170 II StPO se asemeja, hasta cierto punto, al art. 643 LECrim, norma reguladora en España del sobreseimiento provisional. Sobre la aplicabilidad del § 170 II StPO a las causas de levantamiento de la pena, ver WEßLAU, E., y DEITERS,

4.4. Los arts. 4 y 5 KronzG: ámbito, requisitos y consecuencias de aplicación

4.4.1. Ámbito de aplicación de los arts. 4 y 5 KronzG

Las figuras contenidas en los arts. 4 y 5 KronzG se consideran *Kronzeugenregelungen* amplias; esto es, para que resulten aplicables, no es preciso que el colaborador haya cometido un delito de un ámbito criminal concreto. En este caso, el hecho originador no tiene por qué ser un delito de integración en organizaciones criminales (para la aplicación del art. 5 KronzG) o terroristas (para la aplicación del art. 4).

Dicho esto, por la manera en que están configuradas, las figuras de los arts. 4 y 5 KronzG no admiten *cualquier* delito como hecho originador. Recuérdese que, en la versión de la KronzG que finalmente se aprobó, se incluyeron determinados límites para evitar que los colaboradores que hubieran cometido delitos con resultado de muerte pudieran obtener todos los incentivos previstos en la ley. Estos límites constan en el § 3 del art. 4 KronzG, aunque también son aplicables al art. 5 KronzG, pues éste se remite a aquel parágrafo sin añadir ninguna observación en este punto.

Así, si se trata de un potencial colaborador que hubiera cometido un delito de genocidio (*Völkermord*), que, cuando se aprobó la KronzG, estaba tipificado en el § 220a StGB[489], éste no podrá obtener ninguno de los incentivos de los arts. 4 y 5 KronzG. Este delito constituye, pues, un límite infranqueable[490]. Al margen de ello, hay ciertos delitos que, en lugar de excluir la posibilidad de conceder *cualquier* incentivo, sólo permiten a los potenciales colaboradores obtener *algunas* ventajas. Es el caso de los delitos de asesinato (*Mord*) y homicidio (*Totschlag*), tipificados, respectivamente, en los §§ 211 y 212 StGB. En estos casos, el potencial colaborador sólo puede aspirar a la obtención de una atenuación de pena, que, además, sólo puede llegar, como mínimo, hasta los tres años de prisión. Esta limitación, sin embargo, cuenta con una excepción: si el colaborador ha cometido alguno de estos dos delitos en grado de tentativa, o si ha participado en ellos a título de inducción (*Anstiftung*) o complicidad (*Beihilfe*), en ese caso todos los incentivos, no sólo la atenuación, vuelven a estar disponibles para él[491].

M.: «§ 153b Absehen von der Verfolgung bei möglichem Absehen von Strafe»..., *op. cit.*, 5ª ed., 2016, p. 419. En el mismo sentido, RUCKDÄSCHEL, M.P.: *Das Verhältnis…*, *op. cit.*, 2006, p. 96. En cuanto a los efectos de la decisión de archivo acordada de conformidad con el § 170 II StPO, ROXIN, C., y SCHÜNEMANN, B.: *Strafverfahrensrecht*…, *op. cit.*, 30ª ed., 2022, p. 358. En particular, sobre la aplicación del § 170 II StPO a la figura del § 129 VII StGB, KRAUß, M.: «§ 129 Bildung…, *op. cit.*, 12ª ed., 2009, pp. 374-375.

[489] Actualmente, este delito está tipificado en el § 6 del VStGB.

[490] MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung*…, 2001, *op. cit.*, p. 82.

[491] Criticaron este peculiar diseño de exclusiones y excepciones JEßBERGER, F.: *Kooperation*…, *op. cit.*, 1999, p. 42, y KUNERT, K.H., y BERNSMANN, K.: «Neue Sicherheitsgesetze – mehr Rechtssicherheit? – Zu dem Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten vom 9.6.1989 (BGBl I, 1059)», en *NStZ*, 1989, p. 460.

Por su parte, el art. 5 KronzG cuenta con una exigencia adicional. Para que esta disposición resulte aplicable, es preciso que la organización criminal en la que el potencial colaborador esté integrado –o en relación con la cual haya cometido un delito– tenga por objetivo la comisión de determinados delitos. De conformidad con este precepto, es necesario que la finalidad de la agrupación sea la perpetración de alguno de los hechos para los cuales estuviera prevista la «confiscación ampliada» (*erweiterter Verfall*)[492]. Esta figura estaba regulada en el § 73d StGB y permitía al Estado privar al condenado de bienes que, aunque no estuvieran relacionados con el delito por el que se le hubiera declarado responsable, tuvieran, presumiblemente, una procedencia ilícita a la luz de las circunstancias concurrentes[493]. Era, por tanto, una figura parecida al decomiso ampliado, el cual, en España, se regula, actualmente, en el art. 127 bis CP[494].

Más allá de estos límites, los arts. 4 y 5 KronzG contienen dos previsiones específicas para poder abrir su ámbito de aplicación en caso de que el potencial colaborador haya cometido un delito distinto de los previstos en los §§ 129 y 129a StGB. Una de ellas es común para la aplicabilidad tanto del art. 4 como del art. 5 KronzG. Otra, por el contrario, sólo afecta al último de estos dos preceptos.

El requisito común a las dos figuras consiste en que el hecho originador debe encontrarse «en relación» con un delito de integración en organización criminal o terrorista. A diferencia de lo que ocurre con la exigencia de conexión del § 31 BtMG y el § 46b StGB, este requisito no parece haber sido objeto de una especial atención por la jurisprudencia. Los autores que han estudiado estas figuras han acudido a las iniciativas legislativas de las que surgieron ambos preceptos para interpretar este requisito. Así, esta relación se ha entendido en un sentido aún más amplio que en la exigencia antes mencionada. La idea de su previsión es permitir que el incentivo no sólo fuera concedido a los integrantes de las organizaciones en cuestión, sino también a los que hubieran cometido alguno de los delitos que, normalmente, acompañan a estas formas de criminalidad,

---

[492] La traducción se extrae de JESCHECK, H.H., y WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Comares: Granada, 5ª ed., 2002, p. 854 (trad. OLMEDO CARDENETE).

[493] JESCHECK, H.H., y WEIGEND, T.: *Lehrbuch…*, *op. cit.*, 5ª ed., 1995, pp. 793-794. Para la versión en español, ver LOS MISMOS: *Tratado…*, *op. cit.*, pp. 5ª ed., 1995, pp. 854-855.

[494] De hecho, la figura de la «confiscación ampliada» fue modificada en profundidad cuando, en 2017, Alemania aprobó la ley por la que se transpuso la Directiva 2014/42/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Esta modificación obligó, a su vez, a reformar el art. 5 KronzG. En efecto, hoy en día el art. 5 ya no remite al § 73d StGB, sino al § 100a II StPO. Este último precepto no tiene nada que ver con el decomiso, sino que establece aquellos delitos para los cuales las medidas de intervención de las telecomunicaciones están permitidas. La ley en cuestión es la *Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung* (BGBl I, de 13 de abril de 2017, pp. 872-894). El apartado en el que se contiene la modificación comentada es el número 18 del art. 6 (p. 891 del BGBl). Las razones aducidas en el proyecto de ley del que la modificación trae causa son, simplemente, de coherencia sistemática. Ver, en este sentido, BT-Drs. 18/9525, p. 101 https://dserver.bundestag.de/btd/18/095/1809525.pdf [Consulta: 08/09/2023]. Curiosamente, el § 46b StGB también remite al § 100a II StPO, aunque, como se verá, lo hace para determinar el ámbito de aplicación de la figura en lo que al hecho de referencia concierne.

como falsedades documentales, tenencia y tráfico ilícito de armas, robos de bancos y/o de vehículos, etc[495].

Si el potencial colaborador ha cometido un delito distinto del tipificado en el § 129 StGB, no basta con observar este requisito para pretender la aplicación del art. 5 KronzG. Es preciso cumplir, además, con una condición adicional. Tal es que el delito cometido por el potencial colaborador esté castigado, en abstracto, con una pena de prisión de duración determinada y que esa duración, sea, como mínimo, de un año[496].

4.4.2. Requisitos de aplicación de los arts. 4 y 5 KronzG

Tanto el art. 4 como el art. 5 KronzG exigen, para que el colaborador pueda obtener el incentivo, que éste ofrezca información a las autoridades encargadas de perseguir el delito, por sí mismo o a través de un tercero (a); que esa información sea idónea para la consecución de determinados fines (b), y que el ofrecimiento de información se lleve a cabo antes de un plazo determinado (c).

a) Ofrecimiento de información, por sí mismo o a través de un tercero, a las autoridades encargadas de perseguir el delito

Al igual que otras figuras analizadas hasta el momento, los arts. 4 y 5 KronzG requieren, fundamentalmente, que el colaborador aporte información. Así lo exige el § 1 del art. 4 KronzG. Este precepto, además, puntualiza que el destinatario sólo pueden serlo las autoridades encargadas de la persecución del delito (*Strafverfolgungsbehörden*). Este concepto engloba, al menos, a la Policía y a la Fiscalía, aunque, en opinión de determinados autores, incorpora también a los jueces[497].

Por otra parte, y a diferencia de otras figuras estudiadas en este capítulo, el art. 4 KronzG menciona, de manera expresa, que la información no tiene por qué prestarse directamente por el colaborador. En efecto, el § 1 de este precepto permite explícitamente que los datos de los que disponga pueden ser transmitidos a las autoridades a través de un tercero. El § 1 del art. 4 KronzG

---

[495] MEHRENS, S.: *Die Kronzeugengregelung…*, *op. cit.*, 2001, p. 66; BREUCKER, M. y ENGBERDING, R.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 1999, pp. 58-59; JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, p. 39.

[496] El art. 5 KronzG no es aplicable, por tanto, a los delitos castigados con pena de prisión perpetua. Uno de ellos es el asesinato y, en los casos especialmente graves, también el homicidio (§ 212 II StGB). A la postre, esto conlleva que el ámbito de aplicación del art. 5 sea más reducido que el del art. 4 KronzG. Así lo indican también MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, p. 105, y JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit*., 1999, p. 42.

[497] En este sentido, JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, p. 43 (nota al pie 49). Así se interpreta también este término en la modalidad de ayuda al esclarecimiento del § 31 I BtMG (ver apartado 3.4.1., a) *supra*).

no prevé ningún requisito adicional al respecto; cualquier persona puede asumir el rol de intermediario[498], aunque lo más habitual es que sea un pariente o un abogado del colaborador[499].

Debe precisarse que, en la medida en que el art. 5 KronzG se remite al § 1 del art. 4 sin hacer ninguna observación en este punto, cuanto se ha comentado aquí también le es extensible.

b) Que la información sea idónea para la consecución de determinados fines

Ni el art. 4 ni el art. 5 establecen distinción alguna entre el hecho originador y el hecho de referencia. Esto quiere decir que la información que tiene que ofrecer el colaborador debe versar, o bien sobre un delito del § 129 o 129a StGB, o bien sobre un delito que esté en relación con ellos. Lo que, en cambio, sí establece el § 1 del art. 4 KronzG –y, de nuevo por vía de remisión, también el art. 5–, son determinadas exigencias en cuanto a la calidad de esa información. Así, para poder aspirar a la concesión de los incentivos, el colaborador debe ofrecer información que resulte «idónea» (*geeignet*) para alguno de los siguientes fines: evitar la comisión del hecho de referencia (apartado 1), permitir su esclarecimiento (apartado 2) o facilitar la captura de otros intervinientes en el mismo (apartado 3).

Al igual que en la modalidad de ayuda al esclarecimiento del § 31 I BtMG, no es un requisito necesario para la obtención de los incentivos que el colaborador haya participado en la comisión del hecho de referencia. No obstante, en caso de haberlo hecho, si el colaborador presta su ayuda para esclarecerlo (apartado 2 del §1 del art. 4 KronzG), entonces es preciso que la información que aporte verse sobre extremos que vayan *más allá de su propia contribución al mismo*. En otras

[498] En este sentido, de nuevo, JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, p. 43. En opinión de MEHRENS, en cambio, el § 1 del art. 4 KronzG debe interpretarse, en este punto, en el sentido de que un tercero no puede ser otro miembro de la organización. A su juicio, sólo de ese modo podría garantizarse la credibilidad de la información compartida. MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, p. 74. Desde mi punto de vista, esto no es correcto: no sólo no lo establece la ley, sino que un límite así tampoco es garantía, necesariamente, de una mayor o menor credibilidad. Creo que la valoración de la credibilidad de la información compartida encaja mejor a la hora de tomar la decisión sobre el tipo de incentivo a conceder que a la hora de abrir o no el ámbito de aplicación de la figura.

[499] Aun así, la pretensión del legislador fue abrir el círculo de sujetos lo máximo posible. Tan es así, que el § 4 del art. 4 KronzG prevé que los terceros que actúen como intermediarios no están sujetos al deber de denunciar los delitos de los que tengan noticia en el desempeño de su cometido. En Alemania, la omisión del deber de denunciar determinados delitos aún no ejecutados y de cuya planificación se conozca constituye un delito de conformidad con el § 138 StGB. Entre esos delitos están el genocidio, el homicidio y el asesinato. Personas como ciertos parientes y los abogados ya estaban (y están) exentos de ese deber de conformidad con lo previsto en el § 139 III StGB. Este último precepto, sin embargo, impone a estos sujetos el deber de esforzarse «seriamente» (*ernsthaft*) en disuadir al autor del delito en su empresa o en evitar el resultado delictivo para obtener la exención. Surge la duda, por tanto, de si el § 4 del art. 4 KronzG libera, en general, a cualquier ciudadano del deber de denunciar los delitos previstos en el § 138 StGB y, en particular, a los parientes y/o abogados de acometer esos esfuerzos para no incurrir en responsabilidad penal. Máxime si se toma en consideración que, como se ha visto, algunos de esos delitos no pueden constituir el hecho originador de las *Kronzeugenregelungen* ahora estudiadas. Sobre la cuestión, MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, pp. 74-76, y KUNERT, K.H. y BERNSMANN, K.: «Neue…, *op. cit.*, 1989, p. 461.

palabras: a semejanza de lo que ocurre en el § 31 I BtMG, para la concesión de los incentivos no es preciso que el colaborador confiese su propia responsabilidad en los hechos[500].

A partir de aquí, el parecido con el § 31 BtMG es cada vez menor. El § 1 del art. 4 KronzG no exige la consecución de ningún resultado. Es decir, que, para poder conceder el incentivo al colaborador, no es necesario que el hecho de referencia sea efectivamente evitado, quede completamente esclarecido o sus perpetradores sean capturados. Tampoco es exigible que la investigación *mejore efectivamente* gracias a la aportación del colaborador. Cuanto requiere este precepto es que la información proporcionada sea «idónea» para la consecución de tales fines. No sin polémica, la jurisprudencia ha interpretado este requisito en un sentido muy amplio. Para empezar, se considera información idónea para la consecución de los fines previstos en el § 1 del art. 4 KronzG no sólo aquella que resulte novedosa a las autoridades, sino también aquella que les sirva para confirmar sospechas. Para seguir, no es preciso que la información se refiera a ningún hecho en concreto. Así, la aportación del colaborador se reputará idónea cuando, en abstracto, pueda ser útil para evitar delitos, ayudar a esclarecerlos o contribuir a detener a sus perpetradores. Y, para concluir, la aportación también será idónea cuando, a través de ella, simplemente, *no quede excluida* la consecución de alguno de esos fines[501].

c) Que la información se ofrezca a las autoridades antes de un plazo determinado

Como se expuso en su momento, las figuras contenidas en los arts. 4 y 5 KronzG tienen una vigencia temporal limitada. Así, el § 5 del art. 4 KronzG (al que también se remite el art. 5), dispone, tras sus dos prórrogas, que, para poder aspirar a la consecución de sus incentivos, es preciso que el ofrecimiento de información se haya hecho, como máximo, hasta el 31 de diciembre de 1999.

4.4.3. Consecuencias de aplicación de los arts. 4 y 5 KronzG

Los arts. 4 y 5 KronzG cuentan con tres tipos de incentivos: las posibilidades de archivo del procedimiento (a); la posibilidad de que el órgano jurisdiccional renuncie a la imposición de una parte de la sanción (b), y la posibilidad de que este último renuncie por completo a la imposición de la pena (c).

---

[500] JEßBERGER, F.: *Kooperation…, op. cit.*, 1999, p. 46.

[501] BREUCKER, M, y ENGBERDING, R.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 1999, p. 37; JEßBERGER, F.: *Kooperation…, op. cit.*, 1999, p. 46. Tal interpretación ha sido criticada por MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, pp. 71-73; BREUCKER, M.: *Die Bewährung…*, *op. cit.*, 1997, pp. 84-86, y LAMMER, D.: «Kronzeugenregelung und Strafzumessung», en *JZ*, n.º 10, 1992, pp. 512-513. BREUCKER y ENGBERDING, con todo, explican esta interpretación tomando en consideración la finalidad de la norma y el particular contexto sociopolítico de la Alemania de finales de los ochenta. BREUCKER, M., y ENGBERDING, R.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 1999, pp. 44-45.

a) Las posibilidades de archivo del procedimiento

El régimen de las posibilidades de archivo de la KronzG es similar al que resulta aplicable a los casos de renuncia a la imposición de la pena regulados en el § 153b StPO. No obstante, en los preceptos que ahora se comentan hay algunas especialidades importantes. Al margen de esta consideración, aquí hay que distinguir, de nuevo, entre los casos de integración en organización terrorista y los de integración en organización criminal.

En lo que se refiere a los supuestos de organizaciones terroristas, el régimen aplicable viene establecido en los §§ 1 y 2 del art. 4 KronzG. Al igual que lo que sucede en el § 153b I StPO, si todavía no se ha formulado la acusación, el órgano competente para acordar el archivo del procedimiento es la Fiscalía. Como se ha mencionado en su momento, en Alemania la investigación de los delitos de terrorismo corresponde a la Fiscalía General Federal. Por lo tanto, éste será el órgano capacitado para poner fin al proceso penal, aunque aquí también es necesario el consentimiento de un órgano jurisdiccional para proceder al archivo. En este caso, el órgano que debe manifestar su conformidad con la decisión de la Fiscalía no es el órgano competente para conocer del juicio oral, que, en los casos de terrorismo, sería el OLG[502]. Como preceptúa el § 1 del art. 4 KronzG, quien debe consentir el archivo es la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (*Strafsenat des Bundesgerichtshofes*)[503].

El inciso final de este parágrafo contiene la llamada «cláusula de ponderación» (*Abwägungsklausel*). Ésta dispone que la decisión de archivo sólo podrá adoptarse por la Fiscalía *si el significado de lo que el autor o partícipe ofrezca, puesto en relación con el hecho cometido por éste, así lo justifica, especialmente en atención a la evitación de futuros delitos*[504]. El tenor literal de la cláusula ha sido criticado por su poca claridad, pues sólo menciona la finalidad de prevención de delitos y, como se ha visto más arriba, en el § 1 del art. 4 KronzG también se pretende incentivar la colaboración al esclarecimiento del hecho de referencia o a la detención de sus perpetradores[505]. Aun así, los autores que han estudiado esta figura inciden en la necesidad de poner en relación la gravedad del hecho originador con la relevancia de las aportaciones del colaborador: cuanto mayor sea lo primero, más importante para la consecución de los fines deberá ser lo segundo[506].

---

[502] Así lo dispone el § 120 I.6 GVG.
[503] MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, pp. 76-77.
[504] La traducción es libre. El inciso en cuestión reza así: «(…) wenn die Bedeutung dessen, was der Täter oder Teilnehmer offenbart hat, insbesondere im Hinblick auf die Verhinderung künftiger Straftaten, dies im Verhältnis zu der eigenen Tat rechtfertigt».
[505] MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, pp. 81-82; LAMMER, D.: «Kronzeugenregelung…, *op. cit.*, 1992, p. 516; KUNERT, K.H., y BERNSMANN, K.: «Neue…, *op. cit.*, 1989, p. 461.
[506] En este sentido, MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, p. 81, y JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, p. 73.

Por su parte, el § 2 del art. 4 KronzG se remite al § 153b II StPO para los casos en los que la acusación ya ha sido formulada. Esto implica que, a partir de ese momento, la Fiscalía deja de estar capacitada para adoptar la decisión de archivo. El órgano competente para conocer del juicio oral es quien pasa a ostentar ese poder. Recuérdese que, en los casos de renuncia a la imposición de pena, cuando la acusación ya se ha formulado, los jueces deben recabar el consentimiento del acusado y de la Fiscalía. Pues bien, el § 2 del art. 4 KronzG puntualiza que, en los casos de terrorismo, además del consentimiento del acusado, el órgano jurisdiccional debe obtener el consentimiento de la Fiscalía General Federal para proceder al archivo.

La regulación de las posibilidades de archivo del procedimiento para los casos de integración en organización criminal se contiene en el art. 5 KronzG. De nuevo aquí, el art. 5 se remite al art. 4, aunque añade una puntualización. Tal es que, para los supuestos que quedan dentro de su ámbito de aplicación, en lugar de intervenir la Fiscalía General Federal y el Tribunal Supremo, intervienen el órgano de la Fiscalía que, de conformidad con las normas generales, resulte competente para la investigación del delito y el órgano judicial que deba conocer del juicio oral. En cuanto a las posibilidades de archivo, el art. 5 KronzG contiene, pues, una reglamentación muy similar a la del § 153b StPO.

En todo caso, debe recordarse en este punto la cuestión relativa a los delitos excluidos como posibles hechos antecedentes y aquellos para los que sólo se permite la concesión de ciertos incentivos. Estos supuestos se regulan en el § 2 del art. 4 KronzG, aunque son comunes tanto para los casos de terrorismo como para los de criminalidad organizada. En lo que ahora interesa, no se podrá archivar el proceso frente al colaborador, en ningún caso, si ha cometido un delito de genocidio (§ 6 VStGB). En caso de que hubiera cometido un delito de asesinato (§ 211 StGB) u homicidio (§ 212 StGB), el archivo sólo será posible cuando su responsabilidad en esos hechos lo sea por tentativa o a título de inductor o cómplice.

b) Las posibilidades de renuncia a la imposición de una parte de la pena: la atenuación del reproche penal

La regulación de las posibilidades de atenuación de la pena para los delitos de terrorismo se contiene en el § 2 del art. 4 KronzG. Por su parte, el art. 5 se remite a este parágrafo sin añadir ninguna matización. La regulación es, por tanto, idéntica en los dos ámbitos.

Así las cosas, el § 2 del art. 4 KronzG indica que el órgano jurisdiccional podrá moderar la pena «a su parecer». Esto se ha entendido, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, como una remisión al § 49 II StGB, que emplea esa misma expresión[507]. Se trata de la misma posibilidad

[507] MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, pp. 87-88; JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, p. 48;

de atenuación ofrecida por los §§ 129 y 129a StGB. Como se ha visto en su momento, el § 49 II StGB permite a los jueces rebajar la pena hasta el mínimo legal o, en su caso, sustituir la pena de prisión que pudiera ser impuesta por una pena de multa. Me remito a lo dicho más arriba sobre la extensión de estos límites (apartado 4.3.2. *supra*).

Vuelve a ser pertinente recordar las especificidades previstas por el § 2 del art. 4 KronzG para el caso de que el colaborador hubiera cometido ciertos delitos. Así, en caso de que el colaborador hubiera cometido un delito de genocidio, no se le podrá atenuar la pena. Si hubiera cometido un delito de asesinato u homicidio, sólo se le podrá aplicar el § 49 II StGB cuando su responsabilidad lo sea en grado de tentativa o como inductor o cómplice. Por el contrario, si el colaborador fuera responsable de la comisión de un delito de asesinato u homicidio consumados *y* a título de autor o cooperador necesario, en ese caso sólo se le podrá rebajar la pena hasta un mínimo de tres años.

c) Las posibilidades de renuncia total a la imposición de la pena

El régimen de este incentivo se regula, al igual que las posibilidades de atenuación, en el § 2 del art. 4 KronzG. Aquí, el art. 5 KronzG tampoco contiene ninguna precisión para los casos de criminalidad organizada. Por lo tanto, una vez más, la cuestión es común para ambos preceptos.

Una cuestión llamativa es que la ley no establece en este punto ningún criterio que guíe a los jueces sobre cuándo es procedente una renuncia parcial a la imposición de la pena y cuándo es procedente una renuncia total. Ante la ausencia de criterios, la jurisprudencia se ha remitido a la cláusula de ponderación del § 1 del art. 4 KronzG. Dicha cláusula se ha interpretado, además, en un sentido amplio, próximo al que la doctrina ha mantenido a la hora de reflexionar las posibilidades de archivo: cuanto más grave haya sido el hecho cometido por el colaborador, más relevante habrá tenido que ser su cooperación para que le sea concedida una renuncia total a la imposición de la pena[508].

En cualquier caso, deben tenerse presentes los supuestos excluidos del § 2 del art. 4 KronzG. Así, si el colaborador hubiera cometido un delito de genocidio, los jueces nunca podrán renunciar a la imposición de pena (ni total ni parcialmente). En cambio, si hubiera cometido un delito de asesinato u homicidio, la renuncia total será posible, aunque sólo en los casos en los que el colaborador deba responder en grado de tentativa o, en su caso, como cómplice o inductor del delito.

[508] MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, pp. 86-87; JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, p. 49.

5. EL § 261 VIII STGB: LOS INCENTIVOS PARA LA COLABORACIÓN CON LAS AUTORIDADES EN EL BLANQUEO DE CAPITALES

5.1. Surgimiento histórico: la tipificación del blanqueo de capitales como herramienta contra la criminalidad organizada

La figura que se contiene en el actual § 261 VIII StGB procede de la Ley para el combate del tráfico ilegal de estupefacientes y otras formas de criminalidad organizada, de 15 de julio de 1992[509]. Esta ley introdujo en el StGB el delito de blanqueo de capitales en el § 261, ubicación que sigue ocupando hoy en día. En su redacción original, el § 261 StGB contenía la figura que ahora se va a estudiar en el apartado IX. El parágrafo también se diseñó con una figura adicional en el apartado X, en virtud de la cual se permitía a los jueces renunciar a la imposición de todo o parte de la pena cuando el condenado por el delito de blanqueo hubiera colaborado con las autoridades para esclarecer los hechos *más allá de su propia contribución* o para descubrir el hecho del que proceden los bienes cuando el blanqueo lo hubiera cometido otra persona. Esta última figura, muy parecida a la modalidad de ayuda al esclarecimiento del § 31 I BtMG, fue derogada por la 43ª Ley de reforma del StGB, de 29 de julio de 2009. Esta ley introdujo la *Kronzeugenregelung* amplia del § 46b StGB con un tenor literal muy similar tanto al del § 31 BtMG como, en lo que interesa, al antiguo § 261 X StGB. En la medida en que el §46b StGB también es aplicable al delito de blanqueo de capitales, se optó por suprimir aquella disposición con la finalidad de evitar posibles problemas concursales y resoluciones contradictorias[510].

En lo que sigue, se va a tratar sólo la figura que ha perdurado; es decir, la que hoy se contiene en el § 261 VIII StGB. En cualquier caso, tanto el delito de blanqueo como las disposiciones contenidas en sus apartados IX –hoy VIII– y X del § 261 StGB compartían una misma finalidad: facilitar el descubrimiento y persecución de la criminalidad organizada[511].

5.2. Ámbito y requisitos de aplicación del § 261 VIII StGB

La figura que hoy se contiene en el § 261 VIII StGB sólo resulta aplicable a quienes hayan cometido un delito de blanqueo de capitales. La exención de pena que se contiene en ese precepto no alcanza ni a los hechos delictivos de los que procedan los bienes objeto de blanqueo ni a otros delitos con los que el blanqueo pudiera entrar en concurso[512]. Esto implica que, en el caso de

[509] Sobre la génesis de esta ley, ver apartado 4.2.4. *supra*.
[510] BT-Drs. 16/6268, p. 16. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/16/062/1606268.pdf [Consulta: 12/09/2023].
[511] BT-Drs. 12/989, pp. 26-28. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/12/009/1200989.pdf [Consulta: 12/09/2023].
[512] KRAUSE, J.: «§ 261 Geldwäsche», en VOGEL, J., *et al.*: *Leipziger Kommentar*. *Strafgesetzbuch*. *Band 13, §§ 242-262*. De Gruyter, Berlín, 13ª ed., 2022, p. 701; NEUHEUSER, S.: «§ 261 Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte», en ALTENHAIN, K., *et al.*: *Münchener Kommentar. Strafgesetzbuch. Band. 4: §§ 185-262*. C.H. Beck: Múnich, 4ª ed., 2021, p. 2175; ALTENHAIN, K.: «§ 261

considerarla una *Kronzeugenregelung*, sería limitada. Sin embargo, tal y como ocurre con los §§ 129 VII y 129a VII StGB, a menudo se considera la figura del § 261 VIII como otro ejemplo de arrepentimiento activo[513]. De conformidad con el enfoque que se asume en este trabajo[514], la distinción entre uno y otro tipo de figuras no resulta convincente, por lo que no se le va a conceder ninguna importancia más allá de esta mención[515].

Entrando a la cuestión relativa a los requisitos de aplicación, hay que señalar que el § 261 VIII StGB distingue dos modalidades: una aplicable a los supuestos de comisión dolosa del delito de blanqueo y otra aplicable a los supuestos de comisión imprudente.

5.2.1. Supuestos de comisión dolosa (apartado 2 del § 261 VIII)

La modalidad prevista para los supuestos de blanqueo doloso exige que el culpable denuncie voluntariamente los hechos ante la autoridad competente o, en su caso, impulse, también voluntariamente, una denuncia ante dichas autoridades (a); que la denuncia (o su impulso) se efectúen antes de que el hecho haya sido descubierto y antes de que el culpable debiera contar con ese descubrimiento (b), y que, además, asegure los bienes objeto del delito de blanqueo de capitales (c).

a) Que, voluntariamente, se denuncien los hechos o se impulse su denuncia ante las autoridades competentes

A diferencia de lo que sucede con otras figuras estudiadas en este capítulo, en este caso se exige al culpable que, de un modo u otro, ponga los hechos de los que deriva *su propia responsabilidad* en conocimiento de las autoridades competentes para investigarlos.

Una de las opciones imaginables es a través de la formulación de una (auto)denuncia. En Alemania, la denuncia (*Strafanzeige*) cuenta con una somera regulación en el § 158 I StPO. Este precepto no impone ningún requisito de forma, sino que permite, de modo expreso, que se formule tanto por escrito como de manera oral. En este último caso, eso sí, la denuncia se recogerá por escrito una vez formulada. El § 158 I StPO también indica, en general, cuáles son las autoridades

---

Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte», en KINDHÄUSER, U.; NEUMANN, U., y PAEFFGEN, H.U.: *Strafgesetzbuch. Band 3.* Nomos: Baden-Baden, 5ª ed., 2017, p. 583.

[513] KINDHÄUSER, U., y HILGENDORF, E.: *Strafgesetzbuch*…, *op. cit.*, 9ª ed., 2022, p. 1112; KRAUSE, J.: «§ 261 Geldwäsche…, *op. cit.*, 13ª ed., 2022, p. 700; NEUHEUSER, S.: «§ 261 Geldwäsche…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 2174, y ALTENHAIN, K.: «§ 261 Geldwäsche… *op. cit.*, 5ª ed., 2017, p. 583. En cambio, a la figura que antes se contenía en el § 261 X StGB sí se la solía denominar *Kronzeugenregelung* limitada. En este sentido, KRAUSE, J.: «§ 261 Geldwäsche…, *op. cit.*, 13ª ed., 2022, p. 701; NEUHEUSER, S.: «§ 261 Geldwäsche…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, pp. 2175-2176, y ALTENHAIN, K.: «§ 261 Geldwäsche… *op. cit*, 5ª ed., 2017, pp. 585-586.

[514] Ver apartado 4.1. *supra.*

[515] También señala la escasa distancia entre las figuras del actual apartado VIII y el antiguo apartado X del § 261 StGB FABEL, T.: *Geldwäsche…*, *op. cit.*, 1997, pp. 79-80.

frente a las cuales se puede formular la denuncia: la Fiscalía, la Policía y los jueces municipales (*Amtsgerichten*). Todas ellas se admiten como autoridades competentes en el sentido exigido por el § 261 VIII StGB[516]. Fuera de ese círculo, también se admite la presentación de la denuncia ante la «Oficina central para las investigaciones de transacciones financieras» (*Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen*)[517]. De conformidad con la normativa administrativa de prevención de blanqueo de capitales de Alemania, este órgano es la unidad de inteligencia financiera para este país[518], constituida de conformidad con lo exigido por el art. 32.1 de la Directiva 2015/849[519].

El § 261 VIII StGB no sólo exime de pena a quien, habiendo intervenido en el delito de blanqueo, interpone la denuncia. También puede beneficiarse de este efecto quien, sin llegar a interponerla, impulsa su formulación a través de un tercero ante las autoridades competentes[520]. El sentido de admitir esta posibilidad es el de incrementar al máximo el círculo de sujetos dispuestos a denunciar. Piénsese en los empleados de una empresa del sector financiero que tienen la sospecha de que en su seno se están llevando a cabo actividades de blanqueo de capitales, pero no tienen competencia para interponer una denuncia. En ese caso, podrán quedar exentos de las eventuales responsabilidades si solicitan al órgano de la empresa investido de esta capacidad la comunicación de la *notitia criminis* a las autoridades[521]. Es una cuestión discutida, sin embargo, la necesidad de que la denuncia llegue a ser efectivamente interpuesta; la opinión mayoritaria, apoyándose en el tenor literal y la finalidad de la norma, parece favorable a esta exigencia[522].

En cualquier caso, tanto si el interviniente en el delito decide denunciar por sí mismo como impulsar a un tercero a hacerlo, debe actuar de forma voluntaria. En este punto, es habitual encontrar una remisión al concepto de voluntariedad del desistimiento, regulado en el § 24 StGB,

---

[516] NEUHEUSER, S.: «§ 261 Geldwäsche…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 2174; ALTENHAIN, K.: «§ 261 Geldwäsche… *op. cit.*, 5ª ed., 2017, p. 584; FABEL, T.: *Geldwäsche…*, *op. cit.*, 1997, p. 90.

[517] KRAUSE, J.: «§ 261 Geldwäsche…, *op. cit.*, 13ª ed., 2022, p. 700.

[518] Sus competencias se regulan en los §§ 27 a 42 de la «Ley de detección de las ganancias procedentes de delitos graves» (*Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten – Geldwäschegesetz* – aquí referenciada como GwG–; BGBl. I, de 23 de junio de 2017, pp. 1822-1873). En España, la unidad de inteligencia financiera es el SEPBLAC.

[519] Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (DOUE núm. 141, de 5 de junio de 2015, pp. 73-117).

[520] En este terreno juega un papel importante la exención de la responsabilidad derivada de la infracción del deber de secreto profesional contenida en el § 48 GwG. Advierte también de esta circunstancia, FABEL, T.: *Geldwäsche…*, 1997, pp. 108-109.

[521] En este sentido, FABEL, T.: *Geldwäsche…*, *op. cit.*, 1997, pp. 112-113, quien extrae este ejemplo del proyecto de ley del que la disposición ahora estudiada trae causa. Ver, así, BT-Drs. 12/989, p. 28. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/12/009/1200989.pdf [Consulta: 12/09/2023].

[522] NEUHEUSER, S.: «§ 261 Geldwäsche…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 2175; ALTENHAIN, K.: «§ 261 Geldwäsche… *op. cit.*, 5ª ed., 2017, p. 584; FABEL, T.: *Geldwäsche…*, *op. cit.*, 1997, pp. 157-167. En contra, en cambio, KRAUSE, J.: «§ 261 Geldwäsche…, *op. cit.*, 13ª ed., 2022, p. 700.

aunque con dos matices. Uno de ellos es que la normativa de prevención del blanqueo de capitales impone a algunos sujetos deberes de denuncia si concurren determinados indicios de haberse cometido este delito. Surge la cuestión de si la existencia de ese deber excluye la voluntariedad en caso de que el obligado haya intervenido en el blanqueo de capitales. La respuesta ha de ser negativa, pues el § 43 IV GwG así lo determina expresamente. El otro matiz tiene que ver con la exigencia de que, para dar lugar a la exención, la interposición de la denuncia (o el impulso a su interposición) no sólo debe hacerse antes de que el delito haya sido descubierto, sino, también, antes de que el interviniente en el hecho *debiera contar con* que el delito ha sido descubierto. De la exigencia cumulativa de estos dos requisitos se deduce que el hecho de que el interviniente en el delito interponga la denuncia (o impulse su interposición) en la errónea suposición de que se ha producido ese descubrimiento tampoco excluye la voluntariedad[523].

b) Que la denuncia (o su impulso) se efectúen antes de que el hecho haya sido descubierto y antes de que el interviniente en el delito debiera contar con ese descubrimiento

Como se acaba de exponer, estos dos requisitos tienen que observarse de manera cumulativa. Juntos, establecen un límite preclusivo a partir del cual la interposición de la denuncia (o el impulso a su interposición) ya no tiene efectos eximentes.

El hecho de que el delito aún no haya sido descubierto es un requisito objetivo. El momento a partir del cual puede considerarse que el delito «ha sido descubierto» es discutido. Aun así, parece existir cierto consenso en que este requisito no se cumple, por ejemplo, si las autoridades sólo tienen una sospecha inicial que, a lo sumo, justificaría la interposición de una denuncia. Es preciso que exista una valoración provisional de los indicios con los que se cuente, de tal modo que, con ellos, una condena resulte más probable que una absolución. Es habitual, en este punto, encontrar una remisión al § 170 I StPO, que exige ese mismo grado de certeza a la Fiscalía para ejercer la acusación[524].

[523] KRAUSE, J.: «§ 261 Geldwäsche…, *op. cit.*, 13ª ed., 2022, p. 700; NEUHEUSER, S.: «§ 261 Geldwäsche…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 2175; ALTENHAIN, K.: «§ 261 Geldwäsche… *op. cit.*, 5ª ed., 2017, p. 584; FABEL, T.: *Geldwäsche…*, *op. cit.*, 1997, pp. 119-121.

[524] KRAUSE, J.: «§ 261 Geldwäsche…, *op. cit.*, 13ª ed., 2022, p. 701; NEUHEUSER, S.: «§ 261 Geldwäsche…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 2175; ALTENHAIN, K.: «§ 261 Geldwäsche… *op. cit.*, 5ª ed., 2017, p. 584; FABEL, T.: *Geldwäsche…*, *op. cit.*, 1997, pp. 132-133. Este último autor va un poco más allá. Así, afirma que no habrá preclusión incluso aunque ya haya un proceso penal en marcha (Ibid., p. 133). Lo único relevante para él, pues, es el grado de sospecha que tengan los descubridores del hecho. Tan es así que considera que este requisito objetivo se cumple incluso si esos «descubridores» no son las autoridades, sino un tercero. Lo cierto es que el § 261 VIII StGB no determina quién es el sujeto que tiene que haber descubierto el hecho para que la exención deje de ser posible. Por lo tanto, su interpretación me parece admisible (Ibid., p. 134).

Por su parte, el hecho de que el culpable (des)conozca que el delito ha sido descubierto es un requisito subjetivo. El § 261 VIII StGB no exige que este conocimiento proceda de una fuente en concreto. Es decir, que da igual si el culpable ha tenido noticia de este descubrimiento a través de un canal oficial, como puede ser una notificación judicial, o si, simplemente, le ha informado otro interviniente en el hecho delictivo[525]. Por otra parte, el precepto no exige, en este punto, que el culpable tenga una certeza absoluta, sino que impide la exención de pena cuando, en atención a una valoración razonable de la situación, el culpable *podía esperar* que el delito había sido descubierto. Dicho con otras palabras: la exención aún será posible cuando, en atención a una tal valoración de las circunstancias, el culpable no tenga motivos para pensar que el delito ha sido descubierto[526]. Sería el caso, por ejemplo, de la investigación que se está llevando a cabo a través de una medida de intervención de las telecomunicaciones acordadas sin consentimiento del interesado. Algo que es posible en los delitos de blanqueo de capitales de conformidad con lo previsto en el § 100a II StPO (apartado 1, letra m)).

c) Que el culpable asegure los bienes que constituyen el objeto del blanqueo de capitales

Para que el culpable de un delito doloso de blanqueo de capitales quede exento en aplicación del § 261 VIII StGB no basta con que interponga (o impulse) la denuncia en los términos antes vistos. También es necesario que asegure los bienes que constituyen el objeto material del delito. A tal efecto, es habitual encontrar aquí una remisión a los §§ 111b y ss. StPO, que regulan el modo en el que se practica la confiscación de los efectos procedentes del delito[527].

Este requisito se ha interpretado en el sentido de que el culpable debe evitar que estos bienes, procedentes de actividades ilícitas, ingresen efectivamente en el mercado. Se trata, en definitiva, de que el autor evite el perjuicio que ese ingreso podría causar a la economía legal[528]. En la medida en que el § 261 VIII StGB exige que este aseguramiento *se lleve a cabo*, el mero esfuerzo en su consecución no será suficiente para eximir[529].

---

[525] FABEL, T.: *Geldwäsche…*, *op. cit.*, 1997, p. 142.

[526] Así lo formula también FABEL, T.: *Geldwäsche…*, *op. cit.*, 1997, p. 142. En opinión de este autor, el canon que debe emplearse para medir la «razonabilidad» en la valoración de las circunstancias es subjetivo: deben tomarse en consideración las experiencias y conocimientos previos que éste tuviera a la hora de concluir si podía o no esperar que el delito hubiera sido descubierto.

[527] KRAUSE, J.: «§ 261 Geldwäsche…, *op. cit.*, 13ª ed., 2022, p. 701; NEUHEUSER, S.: «§ 261 Geldwäsche…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 2175; ALTENHAIN, K.: «§ 261 Geldwäsche… *op. cit.*, 5ª ed., 2017, p. 585; FABEL, T.: *Geldwäsche…*, *op. cit.*, 1997, p. 146.

[528] FABEL, T.: *Geldwäsche…*, *op. cit.*, 1997, pp. 145-146.

[529] Es interesante la crítica que realiza FABEL a esta exigencia. Por un lado, considera que sólo de este modo es posible equiparar esta figura, a la que considera un ejemplo de arrepentimiento activo, con el desistimiento de la tentativa; de un modo u otro, este aseguramiento es una especie de evitación del resultado. Sin embargo, por otro lado, requerir del culpable un esfuerzo semejante puede hacer poco atractiva la figura del § 261 VIII StGB. De este modo, es posible que las autoridades no tengan acceso a

5.2.2. Supuestos de comisión imprudente (apartado 1 del § 261 VIII)

Para apreciar la eximente del § 261 VIII StGB en un supuesto de comisión imprudente del delito de blanqueo de capitales, es preciso que el culpable observe todos los requisitos que le son exigibles al interviniente en el delito doloso menos uno: no es necesario que asegure los bienes.

Con esta exclusión, el legislador estaba pensando en el caso de los trabajadores de las entidades de crédito. Es posible que estos trabajadores sólo tengan una sospecha suficientemente fundada como para denunciar tras una relación de negocios prolongada en el tiempo. En ese escenario puede resultar muy difícil recuperar los bienes. Si se exigiera su aseguramiento, es probable que estos empleados no tuvieran motivos para poner los hechos en conocimiento de las autoridades, pues podría derivarse para ellos responsabilidad penal[530].

5.3. Consecuencias jurídicas de la aplicación del § 261 VIII StGB

El § 261 VIII StGB sólo prevé una consecuencia jurídica en caso de que se cumplan sus requisitos de aplicación: la exención de pena. Ello, tanto para la modalidad aplicable a los delitos dolosos como la que afecta a los delitos imprudentes. Se trata, pues, de un supuesto análogo al contemplado en el inciso final del § 129 VII StGB, que, como se vio en su momento, es una causa de levantamiento de la pena[531].

Recuérdese que estos supuestos son distintos a aquellos en los que los jueces están autorizados a renunciar a la pena, para los que el archivo del procedimiento es posible en aplicación del § 153b StPO. Cuando concurre una causa de levantamiento de la pena, el archivo también es posible, aunque, en este caso, la disposición aplicable es el § 170 II StPO. Me remito a lo dicho más arriba sobre la diferencia entre ambos institutos y los efectos de las decisiones de archivo acordadas al amparo del último precepto citado[532].

---

mucha información que podría ser de utilidad para la investigación de la criminalidad organizada (y con la que, a la postre, podría llegarse a más bienes). FABEL, T.: *Geldwäsche…*, *op. cit.*, 1997, pp. 150-153.

[530] BT-Drs. 12/989, p. 28. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/12/009/1200989.pdf [Consulta: 13/09/2023].

[531] Consideran que el § 261 VIII StGB es una causa de levantamiento de la pena KRAUSE, J.: «§ 261. Geldwäsche…, *op. cit.*, 13ª ed., 2022, p. 700; NEUHEUSER, S.: «§ 261 Geldwäsche…, *op. cit.*, 4ª ed., 2021, p. 2174; ALTENHAIN, K.: «§ 261 Geldwäsche… *op. cit.*, 5ª ed., 2017, p. 583, y FABEL, T.: *Geldwäsche…*, *op. cit.*, 1997, pp. 64-65. El legislador también denominó a esta figura causa de levantamiento de la pena en el proyecto de ley que la terminó creando. Así, BT-Drs. 12/989, p. 28.

[532] Ver apartado 4.3.2. *supra*.

6. EL § 46B STGB: LA INTRODUCCIÓN DE LOS INCENTIVOS PARA LA COLABORACIÓN CON LAS AUTORIDADES EN LA PARTE GENERAL DEL STGB

6.1. Surgimiento histórico: la influencia del estudio del Instituto de Investigaciones Criminológicas del Estado de Baja Sajonia

En octubre de 1998, el Ministerio de Asuntos Interiores de la República Federal de Alemania encargó al Instituto de Investigaciones Criminológicas del Estado de Baja Sajonia la realización de un estudio empírico sobre la aplicación y los efectos de los arts. 4 y 5 KronzG. El estudio fue desarrollado por los profesores Stefanie MEHRENS y Uwe MÜHLHOFF, entonces doctorandos en el Instituto en cuestión. Los resultados de la investigación fueron publicados en agosto de 1999; es decir, unos meses antes de que expirara el plazo para colaborar al amparo de los preceptos constitutivos del objeto de estudio. Estos resultados se acompañaron de una serie de propuestas al legislador para el caso de que decidiera crear otra norma similar una vez que el mencionado plazo llegara a su fin.

Sin perjuicio de lo que sobre este estudio se dirá, es preciso destacar que la gran mayoría de los policías, fiscales y jueces penales que participaron en él abogaron por la continuidad de estas figuras, aunque también advertieron de la necesidad de reformarlos en profundidad[533]. Entre el año 2000 y el año 2007 se presentaron varias iniciativas con las que se pretendió introducir en el StGB alguna disposición que pudiera servir de incentivo para fomentar la colaboración con la justicia en sectores como la criminalidad organizada, el terrorismo y, como novedad, la criminalidad económica más grave. En todos ellos se hizo mención al estudio de MEHRENS y MÜHLHOFF. En algunos casos, incluso, se asumió alguna de sus propuestas.

Los borradores en cuestión podrían agruparse en dos modelos. Por un lado, aquellos en los que se pretendían introducir varias disposiciones específicas para incentivar la colaboración con las autoridades en sectores criminales específicos que, a menudo, se consideraban propios de la criminalidad organizada. En este sentido fueron las proposiciones de ley presentadas por el Bundesrat al Bundestag el 28 de junio del año 2000[534] y el 24 de marzo de 2004[535], y las remitidas

[533] MÜHLHOFF, U. y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz im Urteil der Praxis*. Nomos: Baden-Baden, 1999. Las conclusiones del estudio obran en las pp. 96-102. Una presentación sintetizada de los principales puntos del estudio se encuentra en MÜHLHOFF, U, y PFEIFFER, C.: «Der Kronzeuge – Sündenfall des Rechtsstaats oder unverzichtbares Mittel der Strafverfolgung?», en *ZRP*, H.4, 2000, pp. 121-127.

[534] BT-Drs. 14/5938, p. 10. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/14/059/1405938.pdf [Consulta: 15/09/2023]. Esta iniciativa procede, a su vez, de una proposición al Bundesrat presentada, el 28 de junio de 2000, por el Estado libre de Baviera. Ver BR-Drs. 395/00, pp. 13-14. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/brd/2000/D395+00.pdf [Consulta: 14/09/2023].

[535] BT-Drs, 15/2771, p. 10. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/15/027/1502771.pdf [Consulta: 15/09/2023]. Esta iniciativa procede, a su vez, de una proposición al Bundesrat presentada, el 18 de enero de 2003, por los Estados de Baviera y Baja Sajonia. Ver BR-Drs.958/03, p. 18. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/brd/2003/0958-03.pdf [Consulta: 15/09/2023].

a esta última cámara por el grupo parlamentario CDU/CSU, de 29 de agosto de 2001[536] y de 13 de enero de 2004[537]. Por otro lado, también tuvieron entrada en el parlamento ciertas iniciativas que propusieron, en lugar de crear incentivos para delitos concretos, prever una disposición en la parte general del StGB con la que promover, como causa de atenuación o de renuncia a la imposición de la pena, la colaboración con las autoridades. Su ámbito de aplicación, con todo, quedaría limitado a aquellos delitos para cuya investigación estaban permitidas ciertas medidas especialmente limitativas de derechos fundamentales[538]. En este sentido fueron la proposición que el Estado de Baja Sajonia presentó al Bundesrat el 6 de diciembre de 2002[539] y el proyecto de ley que el gobierno remitió al Bundestag el 24 de agosto de 2007[540].

Este último proyecto es el que acabaría convirtiéndose en la 43ª Ley de reforma del StGB, de 29 de julio de 2009; con ella, se introdujo en el StGB la *Kronzeugenregelung* amplia del § 46b. Hasta la fecha, ésta es la más reciente de las disposiciones jurídico-penales destinadas a incentivar a la colaboración con las autoridades en Alemania. Este precepto sólo ha sido modificado en una ocasión: a través de la 46ª Ley de reforma del StGB, de 10 de junio de 2013. Algunas de las consecuencias de esa reforma ya han sido comentadas más arriba en la medida en que también afectaron a una disposición que se le asemeja mucho: el § 31 BtMG[541].

6.2. Ámbito de aplicación: hecho originador, hecho de referencia y exigencia de conexión

Para que la figura contenida en el § 46b StGB pueda resultar de aplicación, es preciso que el colaborador haya cometido un delito castigado o bien con pena de prisión perpetua, o bien con una «pena de prisión agravada en su mínimo» (*im Mindestmaß erhöhten Freiheitstrafe*)[542]. Así lo exige el apartado I de este precepto en su primer inciso. La mención a la pena de prisión agravada en su mínimo se ha entendido en el sentido de que, para que la figura pueda ser aplicada, es preciso que el colaborador haya cometido un delito castigado con una pena de prisión cuyo límite mínimo sea superior a la duración mínima que el § 38 II StGB prevé para este tipo de pena; es decir, que tiene que tratarse de un delito castigado con pena de prisión de más de un mes. Hay dos consecuencias que se derivan de esta configuración del hecho originador. La primera es que el ámbito de aplicación de la figura es muy amplio. Y la segunda, que se aplicará tan sólo a los

[536] BT-Drs. 14/6834, p. 10. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/14/068/1406834.pdf [Consulta: 14/09/2023].
[537] BT-Drs. 15/2333, p. 8. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/15/023/1502333.pdf [Consulta: 15/09/2023].
[538] MÜHLHOFF, U. y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz*…, *op. cit.*, 1999, pp. 100-101.
[539] BR-Drs. 896/02, pp. 6-7. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/brd/2002/0896-02.pdf [Consulta: 15/09/2023].
[540] BT-Drs. 16/6268, pp. 11-12. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/16/062/1606268.pdf [Consulta: 15/09/2023].
[541] Sobre la cuestión, ver apartado 3.2. *supra*.
[542] Traducción libre.

supuestos de gravedad media y alta. Los casos de pequeña delincuencia, por el contrario, quedan excluidos[543].

El § 46b I StGB añade dos precisiones a la hora de determinar cuándo un delito está castigado con una pena de prisión agravada en su mínimo. Por un lado, dicho inciso dispone que en esta categoría no sólo se comprenden los tipos básicos en los que la pena mínima supere el umbral del § 38 II, sino también aquellos subtipos agravados que en la parte especial del StGB se denominan «casos de especial gravedad» (*besonders schwere Fälle*). Por otro lado, el § 46b I también indica que, a la hora de determinar si un delito entra o no en esa categoría, no se han de tomar en consideración las eventuales atenuaciones. Esto se ha entendido en el sentido de que, a la hora de valorar si el delito está o no castigado con una pena de prisión cuyo límite mínimo sea superior a un mes, no se tomarán en consideración ni la posible aplicación de subtipos atenuados (por ejemplo, de los considerados como de «menor gravedad» o *minder schwere Fälle*) ni la posible aplicación de atenuaciones vinculadas a la parte general del StGB (por ejemplo, la que procede para los cómplices *ex* § 27 II StGB). Con esta exclusión se pretende que el ámbito de aplicación de la figura englobe a tantos intervinientes en el hecho delictivo como sea posible[544].

La determinación del hecho de referencia es algo más sencilla: el colaborador debe aportar información sobre un hecho de los mencionados en el § 100a II StPO. En este precepto se contienen todos aquellos delitos para los cuales está permitida la aplicación de la medida de investigación de intervención de las comunicaciones. Se trata de un catálogo muy amplio y heterogéneo que, en opinión del legislador, contiene los delitos típicos de la criminalidad organizada, el terrorismo y la criminalidad económica más grave. Todas ellas constituirían formas delictivas caracterizadas por un alto grado de hermetismo, el cual justificaría el recurso a medidas de investigación excepcionales, como la limitación de ciertos derechos fundamentales o, en lo que ahora interesa, el empleo de incentivos para fomentar la colaboración con las autoridades[545].

---

[543] MAIER, S.: «§ 46b Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten», en VON HEINTSCHEL-HEINEGG, B.: *Münchener Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 2: §§ 38-79b.* C.H. Beck: Múnich, 4ª ed., 2020, p. 397; SCHNEIDER, U.: «§ 46b Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten», en GRUBE, A., *et al.*: *Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 4: §§ 38-55*. De Gruyter: Berlín, 13ª ed., 2020, p. 457.

[544] MAIER, S.: «§ 46b Hilfe …, *op. cit.*, 4ª ed., 2020, p. 397; SCHNEIDER, U.: «§ 46b Hilfe…, *op. cit.*, 13ª ed., 2020, p. 457; STRENG, F.: «§ 46b Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten», en KINDHÄUSER, U.; NEUMANN, U., y PAEFFGEN, H.U.: *Strafgesetzbuch. Band 1.* Nomos: Baden-Baden, 5ª ed., 2017, pp. 2043-2044.

[545] BT-Drs. 16/6268, p. 11. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/16/062/1606268.pdf [Consulta: 15/09/2023]. Estos argumentos del legislador resultan, en opinión de autores como CHRISTOPH, cuestionables. Ya no es sólo que los conceptos de «criminalidad organizada», «terrorismo» y «criminalidad económica» sean vagos y no definan con toda la precisión que resultaría deseable aquello que, se supone, designan. Es que, muchas veces, la presencia de un «mayor o menor grado de hermetismo» dependerá de la concreta forma de comisión del delito de que se trate, no del delito en sí mismo. CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge*…, *op. cit.*, 2019, pp. 75-77.

Desde el 1 de agosto de 2013 es preciso que el hecho originador y el hecho de referencia se encuentren *en relación entre sí*. Este requisito constituye la llamada «exigencia de conexión», de la que se habló más arriba, cuando se analizó el § 31 BtMG. Para evitar reiteraciones, me remito a lo dicho en aquel momento (apartado 3.3).

6.3. Requisitos de aplicación del § 46b StGB

El § 46b I StGB prevé dos modalidades para conceder el incentivo al colaborador con las autoridades: la modalidad de ayuda al esclarecimiento de un delito ya cometido (apartado 1) y la modalidad de ayuda a la prevención de un delito que todavía no se ha cometido, pero cuya planificación se conozca (apartado 2). Estas modalidades tienen los mismos requisitos de aplicación que las previstas en el § 31 BtMG. De nuevo, con la finalidad de evitar reiteraciones, me remito a lo dicho más arriba sobre ellas (apartado 3.4.).

6.4. Consecuencias de la aplicación del § 46b StGB

Por el lado de las consecuencias jurídicas, el § 46b StGB también es prácticamente igual al § 31 BtMG (ver, en este sentido, el apartado 3.5.). Sólo hay una especialidad importante: la que concierne a los supuestos en los que el hecho originador esté castigado con pena de prisión perpetua (algo que, como ya se ha dicho, no sucede con ninguno de los delitos previstos en la BtMG). Cuando el hecho cometido por el colaborador tenga prevista esa pena, la pena sólo podrá atenuarse hasta, como mínimo, los diez años de duración.

Para todos los demás casos, las consecuencias son las mismas que las previstas en el § 31 BtMG: si el colaborador cumple con los requisitos previstos por el § 46b StGB, los órganos jurisdiccionales podrán, o bien atenuar la pena de conformidad con lo preceptuado por el § 49 I StGB, o bien renunciar a su imposición por completo. Recuérdese que esto último sólo será posible si la pena que se le hubiere de imponer al colaborador, una vez determinada con arreglo a lo dispuesto por el § 46 II StGB, no fuera superior a los tres años de duración. Téngase en cuenta, además, que, para tomar su decisión, los órganos jurisdiccionales han de ajustarse a los criterios de ponderación establecidos en el § 46b II StGB.

Finalmente, es preciso volver a mencionar que, cuando se haya acordado renunciar a la imposición de la pena, el proceso podrá archivarse en aplicación del § 153b StPO (sobre la cuestión, ver apartado 2.2.).

7. RECAPITULACIÓN

En la medida en que en el próximo capítulo se van a exponer las críticas a las figuras que se han estudiado hasta ahora, se considera oportuno cerrar este con una breve recapitulación de sus

rasgos fundamentales. A los incentivos para la colaboración con las autoridades que existen en el ordenamiento jurídico alemán se las suele denominar *Kronzeugenregelungen*, aunque, como se ha visto, a veces el empleo de esta etiqueta resulta un poco confuso. Sobre todo, si se confronta a las figuras que normalmente son denominadas así con los supuestos llamados de arrepentimiento activo; ambos grupos de figuras exigen para su aplicación conductas similares y prevén consecuencias jurídicas prácticamente idénticas.

Pese a que los antecedentes más remotos de todas las figuras aquí estudiadas se remontan a la Edad Media, su consolidación en el ordenamiento jurídico se produjo, fundamentalmente, con la irrupción del terrorismo en los años setenta del pasado siglo. La primera figura a la que se denominó *Kronzeugenregelung* sin ambages fue la contenida en el § 31 BtMG. Esta figura, creada en 1981, está diseñada para incentivar la colaboración con las autoridades de los intervinientes en un hecho delictivo relacionado con la posesión, uso o distribución no autorizadas de estupefacientes, pues permite a los jueces atenuar o, incluso, renunciar por completo a la imposición de la sanción que los colaboradores merecieran por los delitos contra la salud pública que hubieran cometido.

A diferencia de lo acontecido en la gestación de la figura anterior, a la que no se le prestó apenas atención en sede parlamentaria, la historia de la introducción de figuras similares en el ámbito del terrorismo fue mucho más compleja.

Así, con la ley Antiterror de 1976 se creó el instituto que hoy se contiene en el § 129a VII StGB. Este precepto regula una serie de supuestos, considerados de arrepentimiento activo, que permiten atenuar o, incluso, eximir de pena a los intervinientes en el delito de integración en organizaciones terroristas que se esfuercen «seria y decididamente», o bien en disolver la agrupación, o bien en evitar alguno de los delitos que se fuera a cometer en su seno. Este precepto se inspiró, a su vez, en la figura que hoy se contiene en el § 129 VII StGB. Esta última, creada en 1968, regula, para el delito de integración en organizaciones criminales, supuestos de arrepentimiento activo idénticos a los que se acaban de mencionar para el terrorismo.

El recrudecimiento de la violencia terrorista durante la segunda mitad de la década de los setenta hizo que proliferaran los intentos por ampliar los incentivos más allá de los supuestos de arrepentimiento activo que se acaban de citar. Pese a que muchos de esos intentos cristalizaron en normas que, a la postre, implicaron un endurecimiento de la legislación penal y procesal en este ámbito, la previsión de nuevos incentivos se encontró con una fuerte oposición dentro y fuera del parlamento. Tan es así que el 6 de noviembre de 1986 más de noventa profesores de Derecho penal firmaron un manifiesto contra la creación de más incentivos para la colaboración con las autoridades (ver apartado 4.2.3. *supra*).

Hubo que esperar hasta 1989 para que se creara una nueva figura para el terrorismo. Ésta se ubicó en el art. 4 KronzG y fue denominada, incluso por la propia ley que la introdujo, *Kronzeugenregelung*. Sus principales rasgos son que no sólo permitía a los jueces recompensar con la atenuación o la renuncia a la imposición de pena a sus potenciales beneficiarios: también era posible archivar el procedimiento frente a éstos y liberarles, en tal caso, del paso por el juicio oral. Por otra parte, no sólo podía aplicarse a quienes hubieran cometido un delito de integración en organizaciones terroristas, sino también a quien hubiera cometido cualquier otro delito relacionado con este último. Además, era una disposición que tenía un ámbito de aplicación temporal concreto: inicialmente sólo podía aplicarse a quienes prestaran su colaboración hasta el 31 de diciembre de 1992. Este límite fue prorrogado en dos ocasiones: primero hasta el 31 de diciembre de 1995 y después hasta el 31 de diciembre de 1999.

Con la reunificación del país llegaron ciertos éxitos en la lucha antiterrorista. Éstos fueron aprovechados por los grupos con mayoría parlamentaria para continuar introduciendo más incentivos para la colaboración con las autoridades en el ordenamiento jurídico alemán, aunque para ámbitos delictivos distintos. Así, en 1992 llegarían los incentivos para la colaboración para el delito de blanqueo de capitales. El que ha subsistido hasta la actualidad es el § 261 VIII StGB: una disposición, denominada a veces de arrepentimiento activo, que exime de pena a quienes interpongan o apoyen una denuncia contra sí mismos antes de que el delito de blanqueo haya sido descubierto o antes de que deban contar razonablemente con esa posibilidad. Un poco después, en 1995, llegaría el art. 5 KronzG: una disposición muy similar al art. 4 KronzG aunque diseñada para hacer frente a la criminalidad organizada en general. Además de su dilatado ámbito de aplicación material y las posibilidades de recurrir al archivo del procedimiento como incentivo, esta última figura también contó con el mismo ámbito de aplicación temporal que su pariente para el terrorismo.

En el año 2009 se creó la última de las figuras analizadas en este capítulo: el § 46b StGB. Esta figura, diseñada a imagen y semejanza del § 31 BtMG, permite a los jueces atenuar o renunciar por completo a la imposición de la pena que correspondiera imponer a los colaboradores. Estas consecuencias constituyen el medio para incentivar a los intervinientes en cualquier hecho delictivo castigado con prisión perpetua o prisión agravada en su mínimo al esclarecimiento o la evitación de cualquier delito de los previstos en el § 100a II StPO. Se trata, por tanto, de una figura con un ámbito de aplicación muy amplio.

Muchas de estas disposiciones deben ponerse en relación con el § 153b StPO: un precepto creado en 1951 que se considera una manifestación del principio de oportunidad. El § 153b StPO permite a la Fiscalía o, en su caso, los jueces archivar el procedimiento cuando concurran los requisitos en virtud de los cuales sea procedente la renuncia a la imposición de la pena. Esta

posibilidad está abierta en los §§ 31 BtMG, y 129 VII, 129a VII y 46b StGB. Si a ello se le añaden las posibilidades de archivo de los arts. 4 y 5 KronzG, resulta que, en muchas ocasiones, el incentivo no sólo puede consistir en la imposición de un reproche penal atenuado o en el dictado de una sentencia que, pese a ser condenatoria, no imponga ningún reproche penal: también puede suceder que los colaboradores sean liberados, a cambio de su ayuda, del paso por el acto del juicio oral.

CAPÍTULO IV: LAS CRÍTICAS A LOS INCENTIVOS PARA LA COLABORACIÓN CON LAS AUTORIDADES EN ALEMANIA

1. PLANTEAMIENTO

Como ha quedado expuesto en el capítulo anterior, los incentivos para la colaboración con las autoridades con los que cuenta el ordenamiento jurídico alemán son –excepción hecha de los supuestos de arrepentimiento activo– figuras polémicas.

Al igual que la española, la doctrina alemana a menudo ha señalado que la renuncia a la imposición de una pena merecida como moneda de cambio para la consecución de determinados objetivos político-criminales contraviene algunos principios fundamentales del Derecho penal cuando no, directamente, preceptos constitucionales. Ahora bien, en Alemania estas reflexiones se han sometido a ciertos «test de estrés». En efecto, en este país se han realizado diferentes estudios empíricos destinados a valorar los efectos derivados de la introducción y aplicación de los incentivos que se analizaron en el capítulo anterior. Aun con sus limitaciones –de las que se dará cuenta a lo largo de esta sección–, estos estudios ofrecen unos resultados que una crítica razonable, en mi opinión, no debería soslayar.

En lo que sigue, por tanto, se van a exponer los principales argumentos que se han esgrimido contra la previsión de los incentivos analizados en el capítulo anterior. En la medida en que muchos de esos argumentos requieren constatar si determinadas afirmaciones de hecho son verdaderas o falsas, se ha considerado que lo mejor es exponer, al propio tiempo, las reflexiones que se han llevado a cabo tanto en el plano de los principios generales del Derecho penal, como con ocasión del análisis de los datos obtenidos en los estudios empíricos.

2. BOSQUEJO HISTÓRICO DE LOS ESTUDIOS EMPÍRICOS SOBRE LA COLABORACIÓN CON LAS AUTORIDADES EN ALEMANIA

Lo primero que hay que señalar es una limitación (como las que se advertían más arriba): no todas las figuras que se han tratado en el Cap. III han sido objeto de estudios empíricos. Hasta donde alcanzo, no se ha llevado a cabo ningún estudio centrado, en particular, en las figuras de los §§ 129 VII (organizaciones criminales), 129a VII (organizaciones terroristas) y 261 VIII StGB (blanqueo de capitales). Es decir, que, curiosamente, no parece haberse considerado necesario llevar a cabo estudios empíricos de las figuras que normalmente se consideran casos de arrepentimiento activo (y que, como se ha visto, no han recibido una valoración especialmente negativa por la doctrina).

El interés por conocer la aplicación y los efectos de las figuras denominadas *Kronzeugenregelungen* ha sido, en cambio, mayor. Ya en los años ochenta del siglo pasado se realizaron estudios relativos al § 31 BtMG. Recuérdese que esta figura vino al mundo con la aprobación de una nueva Ley de estupefacientes el 28 de julio de 1981. Pues bien, si tal reforma entró en vigor el 1 de enero de 1982, el 29 de diciembre de 1983 el gobierno de la República Federal ya remitió al Bundestag un primer informe con algunos datos relacionados con la aplicación práctica de esta disposición[546]. A este informe le siguieron otros dos con un contenido similar: uno de 16 de julio de 1986[547] y otro de 11 de abril de 1989[548].

Debe advertirse que estos trabajos no daban una información demasiado significativa: tan sólo constaba en ellos el número de veces que la figura se había aplicado desde la entrada en vigor de la nueva BtMG, así como algunas opiniones sobre su utilidad por parte de representantes de asociaciones de apoyo a los consumidores de drogas, policías y fiscales. Algo más completo resulta, en cambio, el estudio de Michael JAEGER, elaborado en 1986. En él se estudiaron, por un lado, los expedientes de 87 procesos penales, desarrollados en el Estado de Baden-Württemberg entre 1981 y 1984, en los que se aplicó el § 31 BtMG[549]. Por otro, también se llevó a cabo un análisis cuantitativo de las respuestas a un cuestionario escrito enviado a policías, jueces, fiscales y abogados. En total, la muestra quedó compuesta por 312 profesionales, de los cuales 83 eran policías, 71 abogados, 96 jueces y 62 fiscales[550]

El último trabajo que contiene información empírica sobre el § 31 BtMG es el elaborado por Jürgen STOCK y Arthur KREUZER en 1996. En él, los autores estudiaron el modo en que los agentes policiales de varios *Länder* priorizaban, ante la escasez de recursos materiales y temporales, la investigación de unos u otros hechos delictivos relacionados con las drogas[551]. Para averiguar el proceso de toma de decisiones de los agentes, se distribuyó un cuestionario al que respondieron 465 participantes[552], se practicaron 78 entrevistas[553] y se llevaron a cabo cuatro grupos de discusión[554]. Tanto en el cuestionario escrito como en las entrevistas se preguntó a los agentes sobre su experiencia con el § 31 BtMG, así como su opinión sobre dicha figura.

---

[546] BT-Drs. 10/843. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/10/008/1000843.pdf [Consulta: 25/09/2023].
[547] BT-Drs. 10/5856. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/10/058/1005856.pdf [Consulta: 25/09/2023].
[548] BT-Drs. 11/4329. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/11/043/1104329.pdf [Consulta: 25/09/2023].
[549] JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 1986, pp. 106-107.
[550] Ibid., pp. 114-115.
[551] Se trata, en concreto, de los Estados de Hesse, Baviera, Baden-Württemberg, Renania del Norte-Westfalia y Hamburgo.
[552] STOCK, J., y KREUZER, A.: *Drogen und Polizei*. Forum Verlag Godesberg: Bonn, 1996, p. 53.
[553] Ibid., p. 64.
[554] Ibid., p. 70.

En los años siguientes, el foco de atención estuvo centrado, principalmente, en las figuras contenidas en los arts. 4 y 5 KronzG, diseñadas para incentivar la colaboración con las autoridades en los delitos de integración en organizaciones criminales y terroristas, respectivamente. En este terreno se encuadran los estudios elaborados por BREUCKER y ENGBERDING entre 1997 y 1999. En ellos se analizó el razonamiento judicial en cuatro procesos seguidos contra antiguos integrantes del PKK y de la RAF en los que se aplicó el art. 4 KronzG[555].

Mención especial merecen, por su influencia posterior, los estudios elaborados por MÜHLHOFF y MEHRENS entre 1999 y 2001. En ellos se condensaron los resultados de la investigación desarrollada entre 1998 y 1999 en el seno del Instituto de Investigaciones Criminológicas del Estado de Baja Sajonia cuyo objeto fueron, como se vio en su momento, los arts. 4 y 5 KronzG. Dicha investigación se desarrolló en tres fases. En primer lugar, se realizó un análisis cuantitativo de las respuestas obtenidas a un cuestionario remitido a policías, jueces, fiscales y abogados. A este cuestionario respondieron 466 personas en total. De ellas, 235 fueron policías, 156 fiscales, 66 jueces y (sólo) 9 abogados[556]. En segundo lugar, se llevaron a cabo veinte entrevistas a representantes de estos grupos profesionales con la finalidad de conocer su opinión sobre las figuras objeto de estudio. En este caso, se procuró que la representación de cada grupo fuera más o menos la misma. Así, cinco de los entrevistados fueron policías, otros cinco fiscales, cuatro jueces y seis abogados[557]. Por último, el 17 de junio de 1999 se celebró un simposio en el que se presentaron los resultados del análisis de las respuestas a los cuestionarios y las entrevistas. En este simposio, además de participar representantes de cada uno de los grupos profesionales anteriormente mencionados, también intervinieron profesores e investigadores de Derecho penal[558].

Los últimos estudios empíricos dirigidos a analizar la colaboración con las autoridades han tomado a la *Kronzeugenregelung* amplia del § 46b StGB como objeto de investigación. En este grupo se encuadra el estudio de Lorenz Nicolai FRAHM, llevado a cabo en 2014 y que también consistió en un análisis cuantitativo de un cuestionario al que respondieron 170 profesionales: 112 fiscales, 37 jueces y 21 abogados[559]. En 2019 se publicó el trabajo de esta naturaleza más reciente sobre el particular: el elaborado por Stephan CHRISTOPH. Dicho trabajo está compuesto,

---

[555] Se trata de la tesis doctoral de Matthias BREUCKER, de 1997, y el libro que posteriormente él y Rainer O.M. ENGBERDING, jefe de sección de la Oficina Criminal Federal (*Bundeskriminalamt*) publicaron en 1999 (BREUCKER, M.: *Die Bewährung…*, *op. cit.*, 1997; BREUCKER, M., y ENGBERDING, R.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 1999).

[556] MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz…*, *op. cit.*, 1999, p. 17. Como posibles motivos explicativos de la baja participación de los abogados, los autores aluden a la elevada carga de trabajo y a la posibilidad de que muchos de ellos no tuvieran experiencia en la aplicación de las figuras constitutivas del objeto de estudio. Ver, en este sentido, ibid.., pp. 12-13.

[557] Ibid., p. 50.

[558] Ibid., p. 66. Puede verse el listado de los participantes en el simposio en ibid., pp. 121-122.

[559] FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, p. 287.

en lo que al análisis empírico se refiere, de tres partes: dos cuestionarios y un estudio de sentencias en las que se aplicó el § 46b StGB. De los dos cuestionarios, uno se remitió, como ya se hiciera en otros estudios, a policías, jueces, fiscales y abogados. La muestra quedó integrada por 387 personas: 73 policías, 106 abogados, 106 fiscales y 102 jueces[560]. El otro, en cambio, se remitió a estudiantes del Grado en Derecho con la finalidad de conocer su opinión sobre la figura estudiada y, en general, sobre la pena estatal y el funcionamiento del sistema de justicia penal. Aquí la muestra estuvo constituida por 901 estudiantes procedentes de las Universidades de Augsburgo, Leipzig y Gotinga[561]. El análisis de sentencias, por su parte, se proyectó sobre 153 resoluciones dictadas en todo el territorio de la República Federal entre 2009 y 2014[562].

3. RENUNCIAR A MUCHO A CAMBIO DE MUY POCO: LA CRÍTICA DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

3.1. El sacrificio del principio de legalidad procesal: las ideas de JUNG y JEßBERGER

Uno de los primeros autores que criticó la introducción de incentivos para la colaboración con las autoridades en el ordenamiento jurídico alemán fue Heike JUNG. En su monografía de 1974, titulada *Straffreiheit für den Kronzeugen?*, JUNG parte de la premisa de que estos incentivos suponen una excepción –otra más– al principio de legalidad procesal. Para que esta excepción resultase acorde con ciertos principios constitucionales, como los de igualdad (art. 3 I GG) y de Estado de Derecho (art. 20 III GG), era preciso que las figuras en las que se concretase se ajustasen a ciertas condiciones que convirtieran al sacrificio en proporcional.

A la hora de exponer su punto de vista, JUNG tomó como modelo figuras como la contenida en el § 154c StPO. Esta disposición está prevista para determinados supuestos de delitos de coacción (*Nötigung*) o chantaje (*Erpressung*). Cuando, en estos casos, el mal con el que se conmina a la víctima es la revelación de un delito cometido por ésta, la Fiscalía puede poner fin a la persecución de ese último delito. Con ello se pretende fomentar que la víctima denuncie la coacción o el chantaje sin temor a que se inicie un proceso penal en su contra. En opinión de JUNG, en estos casos hay un «muro de silencio» (*Mauer des Schweigens*) que no puede salvarse satisfactoriamente a través de los medios de investigación regulados en la StPO. La renuncia a la persecución del delito cometido por la víctima es, pues, un medio a través del cual se pretende evitar que los preceptos penales que castigan la coacción o el chantaje queden vacíos de contenido. Con todo, la Fiscalía sólo podrá hacer uso de su facultad de archivo si el delito cometido por la víctima no es de una gravedad considerable. Algo similar sucedería, a juicio del

[560] CHRISTOPH, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2019, pp. 286-287.
[561] Ibid., pp. 465-466.
[562] Ibid., pp. 405-407.

mismo autor, con los delitos contra la Constitución. En este caso, es el § 153d[563] StPO el que permite a la Fiscalía poner fin al proceso penal si de su continuidad pudiera derivarse un grave inconveniente para la República Federal o la pérdida de un interés público de importancia superior[564].

Para que los incentivos para la colaboración con las autoridades fueran acordes con los principios constitucionales arriba mencionados, JUNG consideraba preciso que tuvieran características similares a los de las figuras contenidas en los §§ 153d y 154c StPO. Esto, para él, implicaba tres condiciones.

La primera, que tales incentivos sólo se previeran para delitos con respecto a los cuales existiera un «estado de necesidad en la investigación» (*Ermittlungsnotstand*). Para él, los incentivos en cuestión sólo serían legítimos cuando estuvieran destinados a facilitar la persecución de delitos cuyo descubrimiento, esclarecimiento o prevención fuera tan difícil que *no hubiera ninguna otra manera* de hacerles frente más que consiguiendo información de los propios intervinientes en el hecho[565].

En segundo lugar, era necesario que el legislador permitiera que la decisión sobre el «si» y el «cómo» de la concesión del incentivo pudiera graduarse en función de una comparación entre el delito cometido por el colaborador (lo que aquí se ha llamado hecho originador) y la gravedad de aquél sobre el cual prestaba información (lo que aquí se ha llamado hecho de referencia). JUNG hablaba, en este punto, de la necesidad de establecer una «relación de antijuridicidad» (*Unrechtsgefälle*) entre uno y otro hecho.

Por último, JUNG también exigía que el legislador vedara la concesión de incentivos a los potenciales colaboradores que hubieran cometido delitos especialmente graves. Aquí, el autor ahora comentado hablaba de la necesidad de establecer «límites de intolerabilidad» (*Unerträglichkeitsgrenzen*). A título de ejemplo, JUNG mencionaba los delitos contenidos en el

[563] Cuando JUNG escribió su monografía, este supuesto estaba contenido en el § 153c StPO.
[564] JUNG, H.: *Straffreiheit…*, *op. cit.*, 1974, pp. 64-65.
[565] Ibid., pp. 66-68. El concepto de estado de necesidad en la investigación cayó en gracia, pues su existencia se invocó, como justificación, en algunos de los procedimientos legislativos tendentes a la introducción de estos incentivos en el Derecho penal y procesal penal alemán. Ver, en este sentido, el debate mantenido en el Bundesrat el 25 de abril de 1975 sobre la proposición de ley del Estado de Renania del Norte-Westfalia para crear un nuevo § 153f StPO que ampliara las facultades de archivo de la Fiscalía frente a determinados delitos de integración en organizaciones criminales (BT-Drs. 7/3734, p. 113. Disponible en: https://www.bundesrat.de/SharedDocs/downloads/DE/plenarprotokolle/1975/Plenarprotokoll-419.pdf?__blob=publicationFile&v=2 [Consulta: 25/09/2023]). O, también, el proyecto de ley que, el 1 de septiembre de 1975, remitió al Bundestag el gobierno de la República Federal y que se acabaría convirtiendo en la Ley Antiterror de 1976 (BT-Drs. 7/4005, pp. 8-9. Disponible en: https://dserver.bundestag.de/btd/07/040/0704005.pdf [Consulta: 25/09/2023]).

catálogo del § 138 StGB, que tipifica el delito de omisión de denunciar ciertos delitos aún no cometidos, pero de cuya planificación se conozca[566].

JUNG cierra su monografía posicionándose contra la previsión de incentivos para la colaboración con las autoridades. Ello porque, a su juicio, en aquel momento faltaba uno de los elementos que, eventualmente, podría haber justificado su introducción: el estado de necesidad en la investigación. En efecto, en su tesis número 5 indicó que no había ningún sector criminal, ni siquiera el terrorismo o el tráfico de drogas, para el cual se cumpliera este requisito[567].

La apelación al principio de proporcionalidad a la hora de criticar los incentivos para la colaboración con las autoridades no es patrimonio exclusivo de JUNG. Este principio ha aparecido de modo recurrente en los trabajos centrados en los diferentes incentivos del ordenamiento jurídico alemán[568]. Tomando en consideración la frecuencia con la que se menciona, uno de los desarrollos más influyentes de las ideas de JUNG fue el llevado a cabo por Florian JEßBERGER. En su monografía de 1999, este autor trató de precisar con algo más de exactitud el concepto de estado de necesidad en la investigación –noción que, como se acaba de ver, sirvió a JUNG para posicionarse en contra de la introducción de los incentivos aquí estudiados–.

En opinión de JEßBERGER, habrá un estado de necesidad en la investigación cuando concurran dos circunstancias: un déficit en el esclarecimiento del tipo de delito de que se trate (*Aufklärungsdefizit*) y una presión criminal suficientemente intensa que justifique que el Estado deba adoptar medidas para ponerle remedio (*Kriminalitätsdruck*).

Para JEßBERGER se dará la primera circunstancia cuando los esfuerzos de las autoridades resulten infructuosos si no se cuenta con información de los propios intervinientes en el hecho delictivo. Esto sucederá, por ejemplo, cuando los delitos en cuestión se cometan en el seno de estructuras que involucran a varios sujetos o cuando se trate de delitos en los que no haya una víctima concreta dispuesta a denunciar. La corrupción o los delitos contra la salud pública serían sectores en los que, en opinión de JEßBERGER, existiría este déficit en el esclarecimiento.

---

[566] JUNG, H.: *Straffreiheit…*, *op. cit.*, 1974, p. 70.
[567] Ibid., p. 102.
[568] En 1986, el propio JUNG tuvo ocasión de reafirmarse en sus argumentos. JUNG, H.: «Der Kronzeuge…, *op. cit.*, 1986, pp. 39-42. Recuérdese que, en ese mismo año, se presentó al parlamento el manifiesto firmado por más de 90 profesores de Derecho penal contra la introducción de incentivos a la colaboración con las autoridades para los delitos de terrorismo. En el primer punto de ese manifiesto se expresa que incentivos de esas características atentan contra los principios constitucionales de igualdad y Estado de Derecho; principios de los que JUNG deriva, a su vez, las exigencias propias del principio de proporcionalidad que trata en su monografía de 1974. BREUCKER, M, y ENGBERDING, R.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 1999, p. 159. Además de lo que se dirá en el texto a continuación, otros autores posteriores que llevaron a cabo reflexiones similares a las de JUNG fueron KUNERT, K.H., y BERNSMANN, K.: «Neue…, *op. cit.*, 1989, pp. 457-459, y HOYER, A.: «Die Figur…, *op. cit.*, 1994, pp. 235-236.

Ahora bien, por sí sola, esta circunstancia no legitimaría, según JEßBERGER, el recurso a incentivos como los estudiados en el Cap. III. Es preciso que exista, además, una presión criminal que haga que el déficit en el esclarecimiento no pueda verse como algo aceptable. Por ejemplo, una alta cifra negra en delitos de bagatela no constituiría, a juicio de este autor, un estado de necesidad en la investigación; es necesario que los delitos de que se trate sean de cierta gravedad. A diferencia de lo que opinaba JUNG EN 1974, para JEßBERGER, esta exigencia sí se cumplía en los delitos de terrorismo o contra la Constitución. Sin embargo, a este último autor le resulta más discutible que esa presión existiera en delitos como el blanqueo de capitales y en *todas las modalidades* de delitos contra la salud pública abarcadas por el § 31 BtMG. Lo mismo podría decirse en cuanto a *todos* los delitos que el legislador consideró «típicos» de la criminalidad organizada y que entraron dentro del ámbito de aplicación del art. 5 KronzG[569].

3.2. El desarrollo posterior: la incorporación de los resultados de los estudios empíricos

3.2.1. Planteamiento: el esquema tripartito del principio de proporcionalidad

CHRISTOPH, a mi juicio con buen criterio, incide en la conveniencia de interpretar a JUNG en el contexto histórico en el que escribió su obra. En 1974, el debate sobre la introducción en el ordenamiento jurídico de incentivos para la colaboración con las autoridades acababa de abrirse. La concesión de atenuaciones y exenciones de pena o, incluso, la posibilidad de poner fin al procedimiento sin celebración de juicio oral, podían percibirse como recompensas desmesuradas si no se les ponía coto de algún modo[570]. Ahora bien, en el momento en el que estos incentivos acceden al ordenamiento jurídico, la reflexión debe ser algo diferente. Para expresarlo en pocas palabras: el principio de proporcionalidad implica una relación de medio a fin. Si uno apela a este principio como argumento contra una determinada medida, debe estar abierto a realizar una evaluación sobre sus costes y beneficios.

Los autores que han estudiado los incentivos para la colaboración con posterioridad a JUNG han integrado esta evaluación a sus reflexiones. Para ello, se han valido del esquema tripartito del principio de proporcionalidad que, desarrollado por Robert ALEXY y asumido por el BVerfG y por el TC, hoy se emplea por doctrina y jurisprudencia de manera habitual a la hora de discutir la proporcionalidad de una determinada medida. En virtud de este esquema, el juicio sobre la posible quiebra del principio de proporcionalidad requiere verificar, a su vez, el respeto a tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto[571].

---

[569] JEßBERGER, F.: *Kooperation und Strafzumessung…*, *op. cit.*, 1999, pp. 101-107.
[570] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 184-185.
[571] Sobre los elementos aludidos y su integración en el principio de proporcionalidad, ver, sin perjuicio de lo que se dirá en los epígrafes subsiguientes, RODRÍGUEZ, J.L.: *Teoría analítica del Derecho.* Marcial Pons: Madrid, 2021, pp. 414-416; COVARRUBIAS CUEVAS, I.: «El principio de proporcionalidad en la

3.2.2. La idoneidad de los incentivos: sobre su frecuencia de aplicación y su contribución al esclarecimiento o evitación de hechos delictivos

a) La valoración global: ninguna de las disposiciones estudiadas puede descartarse en este nivel

Podría decirse que el juicio de idoneidad requiere comprobar que el medio empleado es apto para conseguir el objetivo propuesto. En lo que tiene que ver con el debate sobre los incentivos para la colaboración con las autoridades, el respeto a este subprincipio exige comprobar que el sacrificio del principio de legalidad procesal es una manera de proceder adecuada para lograr el esclarecimiento o la evitación de los delitos para los cuales se pretenden introducir.

Es en este punto cuando se recurre a la investigación empírica: la pregunta sobre si los incentivos son un medio adecuado para solucionar el problema que, se supone, están llamados a resolver, sólo puede responderse si se analiza cómo han funcionado (o podrían funcionar) en la práctica. Aquí suele haber cierto consenso: a la luz de los resultados de los estudios realizados hasta la fecha, no puede decirse que los incentivos no sean un medio idóneo para alcanzar el objetivo que tenían previsto. Cuestión distinta es que hayan cumplido con todas las expectativas que el legislador tenía: sus resultados son bastante más humildes de lo que se esperaba. Con todo, eso no ha sido suficiente para descartar, o al menos no en este nivel, el recurso a estas figuras por constituir un medio desproporcionado.

b) Sobre la frecuencia de aplicación

En general, habría que comenzar señalando que las figuras sobre las que se han hecho estudios empíricos parecen haber tenido, más bien, poca aplicación. Se dice que «parece» porque la cuantificación de la frecuencia de aplicación no es tarea fácil. Como han puesto de relieve varios autores, no hay un deber de notificar la aplicación de ninguno de los incentivos a ningún registro. Esto hace que, con la salvedad del § 31 BtMG, que, como se ha visto más arriba, fue objeto de varios informes gubernamentales durante los años ochenta, no existan cifras oficiales sobre la frecuencia de aplicación de las disposiciones estudiadas en el Cap. III[572].

---

jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy», en *Ius et Praxis*, Año 24, n.º 3, 2018, pp. 481-482. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n3/0718-0012-iusetp-24-03-00477.pdf [Consulta: 05/06/2024]; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta: Madrid, 2ª ed., 2013, pp. 127-130, y DE LA MATA BARRANCO, N.: *El principio de proporcionalidad penal*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2007, pp. 138-140.

[572] En su trabajo de 1999, MÜHLHOFF y MEHRENS sugirieron que los casos de aplicación de figuras como las constitutivas de su objeto de estudio fueran notificados al Registro Central Federal (*Bundeszentralregister* o BZR). Sus peticiones, sin embargo, no fueron atendidas. MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz…*, *op. cit.*, 1999, p. 103. También advierten de esta necesidad CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 405-406 y FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, p. 285.

La principal fuente de conocimiento sobre la frecuencia de aplicación de estas figuras –con la excepción que se acaba de hacer– son, por tanto, los estudios realizados por los académicos. Son éstos los que sugieren que los incentivos se aplican relativamente poco. Con todo, es importante realizar ciertos matices a algunas de las conclusiones que se han extraído.

Las figuras que parecen haber gozado de menor aplicación son los arts. 4 y 5 KronzG. Así, en lo que atañe a la primera de estas dos disposiciones, MÜHLHOFF y MEHRENS indican que, al tiempo de realizar su estudio –entre octubre de 1998 y agosto de 1999–, el art. 4 KronzG, vigente desde el 16 de junio de 1989, se habría aplicado, como mucho, en 20 ocasiones. De nuevo, los términos empleados no son casuales: se dice «como mucho» porque, tal y como indican estos autores, esta cifra fue la que se dio por el Fiscal Federal Peter Pöpperl en su intervención en el simposio de 17 de junio de 1999. Los autores del estudio avisan de que, si se toman en consideración las respuestas al cuestionario, sólo se podría hablar de ocho casos de aplicación[573]. En los trabajos posteriores, sin embargo, sólo se encuentra una mención a que el art. 4 KronzG se habría aplicado «entre 20 y 25 veces», sin hacerse mención expresa al lugar del que procede ese dato[574].

El único soporte oficial de la aparentemente escasa aplicación del art. 4 KronzG es la respuesta que el gobierno de la República Federal dio a una consulta escrita realizada a petición de la diputada Ulla Jelpke, de la coalición formada por los partidos PDS y Linke Liste. De conformidad con lo que se indica en ese documento, fechado a 18 de mayo de 1992, el ejecutivo habría tenido noticia de cinco casos de aplicación de esta disposición desde su entrada en vigor[575]. Tomando en consideración que esto último sucedió el 16 de junio de 1989 y que el plazo para colaborar finalizó el 31 de diciembre de 1999, este dato es compatible tanto con los ocho como los «entre 20 y 25» casos de aplicación.

---

[573] MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz*…, *op. cit.*, 1999, pp. 19-20 (nota al pie 16) y p. 67.

[574] Hasta donde alcanzo, la referencia sin más a estos «entre 20 y 25» casos de aplicación para el art. 4 KronzG procede de un artículo del año 2000 en el que participa Uwe MÜHLHOFF, uno de los autores del estudio de 1999. En dicho artículo se contiene una nota al pie que remite a la sección del estudio elaborado entre el propio MÜHLHOFF y Stefanie MEHRENS en el que se aclara que, si sólo se toman en consideración las respuestas al cuestionario, únicamente habría ocho supuestos confirmados. Ver, en este sentido, MÜHLHOFF, U. y PFEIFFER, C.: «Der Kronzeuge…, *op. cit.*, 2000, p. 123. Sin embargo, la mayoría de quienes han escrito sobre la aplicación práctica del art. 4 KronzG en adelante, lo han hecho citando en exclusiva, en lo que atañe a la mención de esta cifra, el artículo del año 2000. Así KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung*…, *op. cit.*, 2011, p. 40 (nota al pie 41); FRAHM, L.N.: *Die allgemeine*…, *op. cit.*, 2014, p. 172 (nota al pie 41), y AMBOS, K.: «Die Kronzeugenregelung…, *op. cit.*, 2020, p. 43 (nota al pie 142). CHRISTOPH, en cambio, sí hace referencia a esta circunstancia. CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, p. 279 (nota al pie 996).

[575] BT-Drs. 12/2610, pp. 1-2.

Los datos de aplicación del art. 5 KronzG son menos optimistas aún. Es cierto que, en su estudio de 1999, MÜHLHOFF y MEHRENS indican que, si se toman en consideración los datos del cuestionario, desde la entrada en vigor de esta disposición –el 1 de diciembre de 1994–, el art. 5 KronzG se habría aplicado en 54 ocasiones[576]. Los autores, sin embargo, no permiten que la euforia dure mucho y a renglón seguido indican que esa cifra no es demasiado fiable.

Como principal factor de distorsión se alude a las respuestas dadas desde el lado de los policías. En efecto, en algunos *Länder* la información estadística relativa a los casos de criminalidad organizada no cuenta con un apartado específico destinado a los delitos contra la salud pública. Para estos últimos delitos es posible que la disposición efectivamente aplicada no haya sido el art. 5 KronzG, sino el § 31 BtMG. Se menciona como ejemplo el caso particular de un agente que alegó haber intervenido en 20 casos en los que fue aplicado el art. 5 KronzG. No obstante, ese dato no fue corroborado ni por otros policías ni por ningún fiscal procedente de su mismo *Land*[577].

Ello lleva a los autores a estimar que, «como máximo», pueda hablarse de 25 casos de aplicación[578]. La cifra resultante de los cuestionarios queda, pues, reducida a menos del 50%. Es un descenso considerable, pero, si se tienen en cuenta los números del art. 4 KronzG y el hecho de que el ámbito de aplicación temporal del art. 5 KronzG fue mucho más breve que el de su pariente para el terrorismo –recuérdese que la ley que introdujo el art. 5 KronzG en el ordenamiento alemán entró en vigor el 1 de diciembre de 1994–, podría decirse que, proporcionalmente, el incentivo para la criminalidad organizada tuvo una aplicación mucho mayor. Sin embargo, los autores efectúan una importante observación adicional: de esos «25 casos como máximo», sólo fueron capaces de encontrar las sentencias de tres de ellos[579]. Por tanto, la cifra de 25 casos tampoco parece especialmente fiable. Aun así, con ella ha sucedido algo parecido a los «entre 20 y 25 casos» vinculados al art. 4 KronzG: quienes han escrito sobre el art. 5 KronzG con posterioridad al estudio de 1999, se han hecho eco de los «25 casos como máximo» y no de los (únicos) tres cuyas sentencias fueron encontradas[580].

También es un lugar común afirmar que la *Kronzeugenregelung* amplia del § 46b StGB se aplica en muy poca medida. Tan es así, que, en su artículo de 2020, Kai AMBOS utiliza la expresión

---

[576] MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz…*, *op. cit.*, 1999, p. 21.
[577] Ibid, pp. 21-22. El ejemplo del policía mencionado en el texto se contiene en la nota al pie 21.
[578] Ibid., p. 21.
[579] El relato fáctico y el fallo judicial de estos tres casos se expone en ibid.., pp. 53-54. También en MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, pp. 127-129.
[580] En el artículo de MÜHLHOFF y PFEIFFER del año 2000 se habla de esos «25 como máximo», aunque en una nota al pie se advierte de que sólo se encontraron las sentencias de tres de ellos. MÜHLHOFF, U. y PFEIFFER, C.: «Der Kronzeuge…, *op. cit.*, 2000, p. 123 (nota al pie 13). En cambio, esta precisión no es realizada por KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2011, p. 40 (nota al pie 41); FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, p. 172; CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, p. 212, ni AMBOS, K.: «Die Kronzeugenregelung…, *op. cit.*, 2020, p. 43.

ein Schattendasein zu fristen para hablar de cuán frecuentemente se utiliza esta figura en la práctica[581], expresión que podría traducirse al español como «llevar una existencia sombría» o «miserable». Creo, con todo, que una afirmación tan contundente debe matizarse. En su estudio de 2019 (tomado en consideración por el propio AMBOS), Stephan CHRISTOPH afirma que, de los 387 profesionales que participaron en su cuestionario, 154 (es decir, algo menos del 40%) afirmaron haber intervenido en algún procedimiento en el que el § 46b StGB fue efectivamente aplicado[582]. En un apartado ulterior, CHRISTOPH indica que, a la pregunta de en cuántos procedimientos intervinieron en los que el § 46b StGB fue efectivamente aplicado, la respuesta mayoritaria fue «1 o 2 procesos»[583]. Como puede verse, a pesar de que a menudo se hable de que la frecuencia de aplicación del § 46b StGB es más bien escasa –el propio CHRISTOPH hace esta afirmación[584]–, ésta es, al menos aparentemente, mucho mayor que la de las figuras contenidas en los arts. 4 y 5 KronzG.

En realidad, podría afirmarse que la figura del § 46b StGB se aplica poco sólo *si se la compara* con otra figura que se aplica (mucho) más. Este es el caso de la *Kronzeugenregelung* del § 31 BtMG. En efecto, tanto en los informes gubernamentales elaborados entre 1983 y 1989[585], como en el estudio de JAEGER de 1986[586], se pone de manifiesto que este precepto se convirtió, prácticamente desde su origen, en un habitual de la práctica forense. Esto, de todos modos, no

[581] AMBOS, K.: «Die Kronzeugenregelung…, *op. cit.*, 2020, pp. 43-44.
[582] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 286-289.
[583] Debe precisarse que la pregunta relativa al número de procesos en los que el § 46b StGB se aplicó efectivamente no se dirige a los 154 prácticos con experiencia, sino al total de la muestra (que, en este caso, además, no está constituida por 387 individuos, sino por 378 debido a defectos en las respuestas de nueve intervinientes en la encuesta). CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 330-333. La precisión sobre el tamaño muestral que se acaba de mencionar obra en la nota al pie 1041 (p. 332).
[584] Ibid., p. 331. También lo afirma FRAHM en su trabajo de 2014. Sin embargo, creo que su manera de llegar a esta conclusión es mejorable desde el punto de vista del método. En efecto, la idea sobre la escasa aplicación práctica surge de dos preguntas dirigidas a su muestra (constituida, además, por 170 personas, menos de la mitad de las encuestadas por CHRISTOPH). En la primera, se pregunta a sus integrantes si tienen «experiencia propia» con el § 46b StGB. Esta pregunta no permite diferenciar entre los supuestos en los que el § 46b StGB se ha aplicado efectivamente y aquellos en los que sólo se ha invocado. En la segunda, se pide a los intervinientes en el cuestionario que indiquen en qué porcentaje de procesos en los que hayan tomado parte, cuyo objeto sea un hecho originador compatible con el § 46b StGB, se ha aplicado la *Kronzeugenegrelung*. Si esta pregunta no se complementa con otra relativa a en cuántos procesos con un objeto tal se ha intervenido, puede haber distorsiones. Sobre la cuestión, ver FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 286-294. El tratamiento que hace CHRISTOPH sobre esta cuestión me parece, pues, preferible. Este último autor, de hecho, formula al estudio de FRAHM críticas similares a las expuestas en esta nota al pie. CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 59-60.
[585] BT-Drs. 10/843, p. 25; BT-Drs. 10/5856, p. 26. En el último informe –el más completo– se indica que, en una muestra de 81.858 personas inculpadas entre 1985 y 1987 por un delito de los previstos en la BtMG, el § 31 BtMG fue aplicado a 2.377 de ellas. En la gran mayoría de casos (2.327), el incentivo concedido fue la atenuación de pena. Hubo 45 supuestos de renuncia total a la imposición de pena y sólo 5 supuestos de archivo *ex* § 153b StPO. Ver los datos de la Tabla 19 del informe contenido en BT-Drs. 11/4329, p. 19 (para la composición de la muestra, ver p. 4).
[586] En su análisis de 87 procesos, JAEGER indica que hubo 97 personas de un total de 123 inculpados a los que se aplicó el § 31 BtMG. JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 1986, pp. 110-111.

deja de ser un tópico más o menos fundado[587], pero faltan cifras actuales y claras. El dato más reciente con el que se cuenta es el aportado por MÜHLHOFF y PFEIFFER. En su artículo del año 2000, estos autores indican que, entre 1982 y 1998, tanto el § 31 como el § 31a BtMG, que prevé posibilidades de archivo para los *Vergehen* tipificados en la BtMG, se habrían aplicado en más de 6.100 ocasiones[588]. Esta cifra, que, atendiendo a la literatura posterior, parece gozar de cierta popularidad[589], no permite deducir, sin más, que se concedan incentivos por colaboración con las autoridades de manera sistemática en los procedimientos seguidos por delitos contra la salud pública, pues no se distingue entre los casos del § 31 y los del § 31a BtMG.

c) El mayor o menor grado de consecución de los objetivos

Debe tenerse presente que de la mayor o menor aplicación de las figuras no puede colegirse, sin realizar ninguna reflexión ulterior, un mayor o menor grado de consecución de sus objetivos. Para poder saber si esas metas se han cumplido, hay que intentar valorar otra serie de indicadores. Sobre esta cuestión hay un primer consenso: si el objetivo de las figuras estudiadas era, sencillamente, acabar con las formas de criminalidad para las cuales estaban previstas, éste no se ha cumplido. Esto, sin embargo, no quiere decir que con los incentivos no se haya conseguido ningún avance en la persecución del delito.

Esta «moderada satisfacción» se percibe especialmente en lo que concierne al § 31 BtMG. En los estudios impulsados por el gobierno alemán en los ochenta se afirma que, en opinión de la Policía y la Fiscalía, este precepto había contribuido a reducir la cifra negra en el sector de los delitos contra la salud pública. Inmediatamente después se matiza, en cambio, que estos progresos sólo fueron posibles en referencia a hechos de escasa o mediana gravedad. La incidencia del precepto en lo que a las grandes organizaciones criminales se refiere habría sido mucho más discreta[590]. En algunos de esos informes se admite, además, que no está del todo claro qué incidencia pudo tener la colaboración en el dictado de sentencias condenatorias de otros intervinientes en los hechos[591].

Los estudios de JAEGER (1986) y STOCK y KREUZER (1996) apuntan en una dirección similar. En el primero de estos trabajos se preguntó a los encuestados si creían que el § 31 BtMG era un instrumento eficaz frente a la criminalidad organizada en lo que a los delitos contra la salud

---

[587] Consideran que el § 31 BtMG es un elemento cotidiano en los tribunales alemanes, AMBOS, K.: *Die Kronzeugenregelung*…, *op. cit.*, 2020, p. 43, y CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge*…, *op. cit.*, 2019, p. 212. STOCK y KREUZER llaman a esta disposición «el pan de cada día» (*tägliches Brot*) de la praxis forense en los delitos contra la salud púbica STOCK, J., y KREUZER, A.: *Drogen*..., *op. cit.*, 1996, p. 374.

[588] MÜHLHOFF, U, y PFEIFFER, C.: «Der Kronzeuge… *op. cit.*, 2000, p. 123.

[589] Esta cifra también es mencionada por PEGLAU, J.: «Überlegungen zur Schaffung neuer „Kronzeugenregelungen"», en *ZRP*, 2001, H.3, 2001, p. 104; CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge*..., *op. cit.*, 2019, p. 279 (nota al pie 996), y AMBOS, K.: «Die Kronzeugenregelung…, *op. cit.*, 2020, p. 44.

[590] BT-Drs. 10/843, p. 25; BT-Drs. 1/4329, p. 19.

[591] BT-Drs. 10/5856, p. 26.

pública se refiere. La muestra, como se ha dicho más arriba, estaba compuesta por 312 profesionales, de los cuales 83 eran policías, 71 abogados, 96 jueces y 62 fiscales[592]. Pues bien, la respuesta mayoritaria, sostenida por 136 de los 312 integrantes de la muestra (es decir, aproximadamente un 43,6%) fue que sí[593]. El grupo en el que esa tendencia resultó más acusada fue el de los policías: 61 de los 83 encuestados respondieron afirmativamente (es decir, aproximadamente un 73,5% de la muestra)[594].

Es el propio autor quien, a la luz de los resultados de su análisis de 87 sentencias en las que fue aplicado el § 31 BtMG, matiza sus hallazgos en el cuestionario. Uno de los indicadores con los que JAEGER trabaja en este análisis es si los hechos se han cometido en el seno de una organización. Para poder responder a esa pregunta, emplea un concepto propio de «organización criminal» y afirma que, para tener por acreditada su existencia, es preciso que concurran simultáneamente, al menos, tres elementos, a saber: una pluralidad de personas agrupadas de modo permanente, la existencia de una jerarquía en esa agrupación y que la agrupación en cuestión se dedique a la comisión planificada de delitos[595]. Pues bien, en su opinión, estos requisitos sólo se cumplieron en siete de los 87 procesos estudiados (un 8,6% del total). En otros 73 procesos (un 90,1% del total) los hechos no encajaban en ese esquema. Sólo hubo un proceso (un 1,3% del total) en el cual no pudo llevarse a cabo el análisis sobre la existencia o no de una organización criminal[596].

Diez años después del estudio de JAEGER, STOCK y KREUZER volvieron a realizar un cuestionario con la misma pregunta. En esta ocasión, en cambio, la totalidad de los encuestados fueron policías. Por su parte, el cuestionario permitía más matices en las respuestas. Así, a la cuestión de si, en opinión de los participantes en el estudio, el § 31 BtMG era un instrumento eficaz frente a la criminalidad organizada, éstos podían responder, fundamentalmente, que sí o

---

[592] JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 1986, pp. 114-115.

[593] Por su parte, 100 respondieron que no (32,1%) y 76 no hicieron ninguna declaración al respecto (24,4%). Ibid., p. 171.

[594] También en los jueces el «sí» fue mayoritario: un 42,7% lo seleccionó como respuesta. Por su parte, el 29,2% de estos profesionales no hizo ninguna declaración al respecto. El 28,1% restante respondió que no. En los abogados y fiscales, en cambio, el «no» fue la opción escogida mayoritariamente, acumulando, de modo respectivo, el 42,3% y el 56,5% de las respuestas. En el caso de los abogados, de hecho, el «sí» fue la respuesta minoritaria, pues sólo la escogió el 22,5% de la muestra. Ibid., p. 172.

[595] Ibid., pp. 107-109.

[596] Ibid., p. 169. Lo que pasa con los seis supuestos restantes es algo confuso. Así, JAEGER indica que en esos seis casos se procedió contra alguna de las siete organizaciones que fueron investigadas en los otros siete casos positivos. Es decir, que, para JAEGER, sólo habrían contado como casos positivos los casos en los que las actuaciones se dirigieron contra organizaciones criminales *distintas*. Esta forma de proceder no está, en mi opinión, suficientemente justificada. No termina de comprenderse, en definitiva, por qué habla sólo de siete casos positivos y no de trece, con independencia de la concreta organización criminal sobre la cual verse el procedimiento. En cualquier caso, en su estudio de 1996, STOCK y KREUZER citan a JAEGER en este punto y también hablan de siete positivos en lugar de trece. STOCK, J., y KREUZER, A.: *Drogen…*, *op cit.*, 1996, p. 356. Hechas estas observaciones, sean siete o sean trece, las cifras siguen siendo bastante reducidas: de manejar el último dato, se trataría de un 11,3 % de la muestra.

que no. Sin embargo, el «no» contaba con dos opciones: una en la que se concedía que el § 31 BtMG sólo era efectivo frente a formas medianas de criminalidad y otra en la que se sostenía que el precepto únicamente resultaba eficaz frente a los pequeños traficantes[597].

La muestra, como se dijo más arriba, estuvo compuesta por 465 agentes de diferentes *Länder*. La respuesta mayoritaria, escogida por 283 participantes (un 60,9% aproximadamente), fue que el § 31 BtMG sólo era eficaz frente a formas medianas de criminalidad. Hubo 21 agentes (un 4,5% aproximadamente) que se decantaron por la opción relativa a que la disposición estudiada sólo era efectiva frente a pequeños traficantes. Tan sólo hubo un agente que no hizo ninguna declaración al respecto (un 0,2% aproximadamente). Los 160 policías restantes (un 34,4% aproximadamente) respondieron que, en su opinión, el § 31 BtMG era un instrumento eficaz contra la criminalidad organizada en materia de delitos contra la salud pública[598].

En cuanto al art. 4 KronzG, habría que comenzar diciendo que, pese a su polémica introducción en el ordenamiento jurídico alemán, en las investigaciones empíricas sobre este precepto se estimó que trajo consigo algunos avances frente al terrorismo dignos de ser tenidos en cuenta. Su (más bien) escasa aplicación no resultó un argumento suficientemente convincente como para que los prácticos tuvieran una visión general negativa de él. Como puso de manifiesto el propio Peter Pöpperl en el simposio que cierra el estudio de MÜHLHOFF y MEHRENS, no debe olvidarse que se trata de una disposición excepcional creada para hacer frente a un fenómeno también excepcional. Una aplicación escasa no debería ser, pues, algo sorprendente[599].

Además de la mención a los pocos casos de aplicación, otro argumento que se ha empleado en contra de esta figura es que quienes pretendieron la consecución de sus beneficios no estaban en disposición de prestar información útil a las autoridades. Así, a menudo suele destacarse que los (pocos) beneficiarios de los incentivos previstos por el art. 4 KronzG eran antiguos terroristas que habían abandonado las organizaciones en las que se encontraban integrados desde hacía tiempo: había, pues, una alta probabilidad de que la información de la que disponían estuviera obsoleta[600]. A pesar de ello, BREUCKER y ENGBERDING, en su estudio de sentencias de 1999, señalan que, gracias a la información proporcionada por algunos de estos beneficiarios, no sólo se obtuvieron

[597] STOCK, J., y KREUZER, A.: *Drogen…*, *op cit.*, 1996, p. 355.
[598] Ibid. Se echa en falta que los autores formularan un concepto de «organización criminal» a la manera de JAEGER en la elaboración del cuestionario. Con ello se habrían asegurado de que todo el mundo entendiera más o menos lo mismo al hablar de algo tan etéreo como la «criminalidad organizada».
[599] MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz…*, *op. cit.*, 1999, p. 67.
[600] En este sentido, BREUCKER, M.: *Die Bewährung…*, *op. cit.*, 1997, pp. 164-167; WEIGEND, T.: «Das „Opportunintätsprinzip" zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz», en *ZStW*, n.º 109(1), 1997, p. 116; HOYER, A.: «Die Figur…», *op. cit.*, 1994, p. 234; LAMMER, D.: «Kronzeugenregelung…, *op. cit.*, 1992, p. 511, y WIDMAIER, G.: «Das Dilemma der Kronzeugenregelung», en *ZRP*, H.4, 1991, p. 149.

datos hasta entonces desconocidos sobre la RAF[601], sino que, además, pudieron incoarse o reabrirse un total de 23 procesos penales[602].

Los resultados del estudio de MÜHLHOFF y MEHRENS proporcionan información interesante en cuanto a la opinión general de los prácticos sobre el art. 4 KronzG. Así, tanto en las entrevistas como en el simposio, los policías y los fiscales mostraron, a grandes rasgos, una visión positiva del instrumento. En la primera de estas dos fases no sólo se destacó que hubiera contribuido a desestabilizar las organizaciones terroristas, sino que, además, se afirmó que figuras como el art. 4 KronzG o el § 31 BtMG constituyen herramientas útiles para aligerar la tramitación de los procesos penales[603]. En el simposio, por su parte, representantes de estos dos grupos profesionales llegaron a afirmar, incluso, que el art. 4 KronzG fue un instrumento irrenunciable para la investigación penal y que era dudoso que, sin ella, se hubieran conseguido los mismos resultados frente al terrorismo[604].

---

[601] Los autores aluden, en este punto, a cuestiones como el modo en el que se construía la voluntad del grupo, su régimen disciplinario, las conexiones de la RAF con otras organizaciones terroristas, el empleo de pisos francos y depósitos ocultos, el sistema a través del cual se proporcionaban alias a los distintos integrantes, la formación que éstos recibían en campamentos de Palestina o los protocolos de actuación en caso de detención de algún miembro de la organización. BREUCKER, M., y ENGBERDING, R.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 1999, p. 117.

[602] Ibid., p. 116. Una observación: a la hora de contar estos procesos, los autores se remiten a la consulta impulsada por la diputada Ulla Jelpke en 1992, a la que se hizo mención más arriba (letra «b)» de este mismo apartado del capítulo). En la respuesta a esa consulta se habla de 22 procesos (18 incoados *ex novo* y 4 reabiertos), no 23. En este sentido, ver BT-Drs. 12/2610, pp. 1-2. En el simposio que cierra el estudio de MÜHLHOFF y MEHRENS, sin embargo, un interviniente de la Oficina Federal de Investigación Criminal (*Bundeskriminalamt*) también habló de 23 procesos. MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz*…, *op. cit*. 1999, p. 69. Ni en la consulta ni en ninguno de los trabajos aquí citados se narra, sin embargo, cómo concluyeron esos procedimientos.

[603] MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz*…, *op. cit*. 1999, pp. 51-52.

[604] Ibid., pp. 67-71. La interpretación de los datos del cuestionario es, en cambio, algo más complicada. La opinión general de los profesionales sobre el mayor o menor grado de cumplimiento de los objetivos del art. 4 KronzG pretende medirse, fundamentalmente, a través de la siguiente pregunta: «¿Han cumplido las *Kronzeugenregelungen* de los arts. 4 y 5 KronzG su objetivo?». A esa pregunta se podía responder con «sí», «no» o «no lo sé». Recuérdese que la muestra estaba conformada por 466 participantes, de los cuales 235 eran policías, 156 fiscales, 66 jueces y (sólo) 9 abogados. Si uno se centra en los grupos profesionales mencionados en el texto (es decir, policías y fiscales), verá que sólo el 23,2% de los policías y el 14,9% de los fiscales encuestados respondieron que sí a esa pregunta. Los porcentajes del «no» fueron superiores: un 28,8% de los policías y un 18,8% de los fiscales escogió esa opción. Hay, sin embargo, dos elementos que hacen que estos porcentajes no sean, en mi opinión, del todo representativos. El primero es que la pregunta no distingue entre el art. 4 y el art. 5 KronzG. Por lo tanto, estos resultados no son válidos para conocer con exactitud la opinión que, en concreto, tiene que ver con la figura prevista para el terrorismo. De hecho, como se verá más adelante, la figura del art. 5 KronzG fue muy criticada por los prácticos por su (mal) diseño; teniendo en cuenta cómo está planteada la pregunta, es posible que esa mala opinión sobre el art. 5 KronzG haya influido en la dirección de las respuestas. El segundo elemento es que esta pregunta se formula al total de los integrantes de la muestra. Es decir, que la cuestión va dirigida tanto a quienes intervinieron en un proceso en el que el art. 4 KronzG fue invocado o efectivamente aplicado como a aquellos que no lo hicieron. No es extraño, por tanto, que la respuesta mayoritaria a esta pregunta haya sido «no lo sé»: un 48,1% de los policías y un 66,2% de los fiscales escogió esta opción. Los resultados del cuestionario obran en MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz…*, *op. cit.*, 1999, p. 23.

Esta valoración positiva también es patente, según CHRISTOPH, en lo que tiene que ver con el § 46b StGB. Es llamativa, aquí, la diferencia entre los profesionales que tienen experiencia en la aplicación de esta figura y aquellos que no la tienen. Este autor pretende medir esta valoración a través de la pregunta relativa a si, en su opinión, el § 46b StGB ha cumplido sus objetivos. A esa pregunta podía responderse con «sí», «no» o «no lo sé».

Si se analizan las respuestas del total de la muestra en su conjunto (N=387), se cumple que la opción escogida mayoritariamente por policías, jueces y fiscales fue «no lo sé». En el caso de los abogados, la respuesta mayoritaria fue «no» (seleccionada por el 49,1% de los participantes). En los tres primeros grupos, la siguiente respuesta más popular fue el «sí», siendo especialmente acusada entre los policías (un 28,8% marcó «sí» y un 5,5% «no») y los fiscales (un 28,3% marcó «sí» y un 16% marcó «no»). En cambio, en los abogados la siguiente respuesta más frecuente fue el «no lo sé» (seleccionada por un 33% de la muestra, frente al 17,9% del «sí»).

Los porcentajes varían sensiblemente si, en lugar de preguntar al total de la muestra, se pregunta sólo a los profesionales que han intervenido en procesos en los que el § 46b StGB fue efectivamente aplicado (N=154). Aquí la respuesta mayoritaria entre policías, fiscales y jueces es el sí (acumulando, de modo respectivo, el 69,6%, el 63,4% y el 36,6% de las selecciones). La segunda respuesta más popular entre esos tres grupos fue el «no lo sé» (nuevamente de modo respectivo, esta respuesta acumuló el 30,4%, el 24,4% y el 34,1% de las selecciones). Por lo tanto, entre policías, fiscales y jueces la opción menos común fue el «no», que aglutinó las respuestas del 12,2% de los fiscales y el 29,3% de los jueces. Ningún policía con experiencia en la aplicación del § 46b StGB consideró que esta disposición no había cumplido sus objetivos. Los abogados volvieron a ser un grupo no reconducible a la tendencia general: la respuesta más popular fue, de nuevo, el «no» (53,1% de la muestra), seguida, esta vez, por el «sí» (24,5%) y, en última posición, el «no lo sé» (22,4%)[605].

La opinión general también fue mayormente positiva cuando se preguntó a los profesionales que habían intervenido en procesos en los que el § 46b StGB fue efectivamente aplicado por la importancia de la aportación del colaborador. Aquí, con todo, hay que hacer algún matiz. Así, CHRISTOPH formuló a estos prácticos varias preguntas en las que les pedía que dieran su parecer sobre si, gracias a la ayuda prestada por los colaboradores, el hecho de referencia se había esclarecido más fácilmente, su imputación a una persona concreta había sido más sencilla o, incluso, si la condena de su perpetrador había resultado posible.

La mayoría de la muestra (N=154) se inclinó por respuestas afirmativas, en todo o en parte, en lo que tenía que ver con la investigación del hecho de referencia y su imputación a uno o varios

[605] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, 2019, pp. 289-292.

sujetos. Es decir, que la mayoría de los encuestados opinaron que, según su experiencia, los beneficiarios de alguno de los incentivos del § 46b StGB habían proporcionado información útil tanto para la investigación del hecho de referencia como para su atribución a sujetos concretos. Algo más discutido fue, en cambio, su utilidad a la hora de fundar la sentencia condenatoria. El 46,1% de la muestra respondió que, en su opinión, la aportación de los colaboradores «nunca» había sido la prueba fundamental. Tan sólo un 2,6% respondió que, de acuerdo con su experiencia, la aportación del colaborador «siempre» había tenido esa importancia. Por su parte, un 40,3% afirmó que sólo «a veces» esa aportación había sido la prueba determinante de la condena. Por tanto, si se suman los porcentajes de los que respondieron «siempre» y los que respondieron «a veces», resulta que, más o menos, un 43% de la muestra le concedió alguna relevancia a la aportación de los colaboradores a la hora de fundar la sentencia condenatoria, frente al 46% que no le concedió ninguna[606].

Se ha dejado para el final la reflexión sobre el art. 5 KronzG porque su consideración general tiene ciertas aristas importantes. Esta figura fue muy criticada por los prácticos. Sin embargo, esta toma de posición no parece correlacionar con una opinión desfavorable a la colaboración con las autoridades como estrategia político-criminal frente a la delincuencia organizada. Lo que los intervinientes en el estudio de MÜHLHOFF y MEHRENS destacaron con mayor vehemencia fueron los graves problemas de diseño de la figura.

Recuérdese lo que se dijo más arriba sobre su ámbito de aplicación (Cap. III, apartado 4.4.1.). El art. 5 KronzG exige como hecho originador un delito del § 129 StGB o un delito relacionado con este último. Esto implica que, para la aplicación del precepto criticado, tarde o temprano es preciso acreditar el cumplimiento de los elementos típicos del delito de integración en organizaciones criminales del § 129 StGB. No sólo es que dichos elementos resulten, de por sí, difíciles de acreditar[607], sino que, si se recuerda nuevamente, para poder abrir el ámbito de

[606] Para un análisis en detalle de estas respuestas, ibid., pp. 337-339. Se echa en falta que estos datos no se pongan en relación con el resultado del proceso en el que estos prácticos intervinieron. Es decir, habría sido interesante saber cuántos de esos 154 profesionales intervinieron en un proceso en el que se condenó a los inculpados por las declaraciones de los colaboradores y cuántos de ellos lo hicieron en uno que terminó en sentencia absolutoria. Realizar esta medición, sin embargo, parece muy difícil: téngase en cuenta que, en cada procedimiento, ha podido haber varios colaboradores que, a su vez, hayan incriminado a otras tantas personas.

[607] El § 129 II StGB exige una concurrencia organizada de más de dos personas, constituida para la consecución de un fin común con vocación de perdurar en el tiempo y que resulte, como entidad, independiente de la concreta configuración de roles y la continuidad de sus miembros. Esta definición ya resulta exigente. A ello hay que sumarle que, hasta el 22 de agosto de 2002, la jurisprudencia entendía que, para que el § 129 StGB fuera aplicable, era preciso, además, que la organización en cuestión o, al menos, una parte de ella operara dentro del territorio de la República Federal. La fecha que se acaba de indicar es la de entrada en vigor de la 34ª Ley de Reforma del StGB. Esta ley añadió al StGB el actual § 129b, el cual indica, expresamente, que tanto el § 129 como 129a StGB son aplicables aun cuando la organización criminal (o terrorista) esté radicada en el extranjero. Téngase en cuenta que el plazo para colaborar al amparo del art. 5 KronzG expiró el 31 de diciembre de 1999. Por lo tanto, este precepto no pudo beneficiarse de la ampliación del ámbito de aplicación del § 129 StGB. Sobre la cuestión, ver MEHRENS, S.: *Die*

aplicación del art. 5 KronzG es necesario, además, que la organización en cuestión tuviera por objetivo la comisión de delitos para los cuales estuviera prevista la confiscación ampliada (§ 73d StGB). Esto, en la práctica, convirtió a la figura en una disposición casi inaplicable.

Estas ideas son coherentes con la constatación de que la gran mayoría de los intervinientes en el estudio se posicionaran en contra de su derogación sin más, aunque defendieran, al propio tiempo, una reforma en profundidad del precepto. En todo caso, aquí hay otro tópico que obliga a llevar a cabo ciertas observaciones.

En las conclusiones de su estudio de 1999, MÜHLHOFF y MEHRENS afirman que *más del 90%* de los policías, fiscales y jueces encuestados se posicionaron a favor del mantenimiento de los arts. 4 y 5 KronzG, si bien muchos de ellos también resaltaron la necesidad de modificar sustancialmente ambos preceptos[608]. Si uno acude a la parte del trabajo donde se analizan los resultados del cuestionario, verá cómo no hay ningún dato que encaje exactamente con esa afirmación. Es cierto que en el cuestionario se preguntó a los participantes cómo creían que el legislador debía proceder con los arts. 4 y 5 KronzG una vez finalizado el plazo para colaborar. También es cierto que sólo una minoría muy pequeña de policías, fiscales y jueces propuso la supresión de una, otra o ambas figuras[609]. Sin embargo, no es cierto que *más del 90%* de cada grupo propugnara la necesidad de mantener esos artículos, aun cuando debieran modificarse sustancialmente[610].

El origen de este dato podría hallarse en la sección en la que se analiza la popularidad entre los prácticos de ciertos argumentos a favor y en contra de la existencia de las disposiciones

---

Kronzeugenregelung…, *op. cit.*, 2001, pp. 99-101. La ley a la que se ha hecho mención es la *Vierunddreißigstes Strafrechtsänderungsgesetz* (BGBl. I, de 22 de agosto de 2002, pp. 3390-3392).

[608] MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz…*, *op. cit.*,1999, p. 96. Este dato también consta en MÜHLHOFF, U., y PFEIFFER, C.: «Der Kronzeuge…, *op. cit.*, 2000, p. 122.

[609] Sólo los abogados se posicionaron mayoritariamente a favor de la derogación sin más de estos preceptos. No debe olvidarse, en cualquier caso, que eran un grupo muy reducido: se trataba sólo de nueve encuestados. En palabras de MÜHLHOFF y MEHRENS (pues esta distribución no aparece gráficamente representada), ocho de esos nueve se posicionaron a favor de la derogación sin más de los arts. 4 y 5 KronzG. MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz…*, *op. cit.*, p. 45.

[610] La interpretación de los datos en este punto es un poco compleja, pero, como se verá de inmediato, ello no afecta a lo que ahora se está exponiendo; aun así, es necesario mencionarlo. Tal y como indican los autores, en la sección del cuestionario en la que se contienen las preguntas relativas a cómo debería proceder el legislador con los arts. 4 y 5 KronzG una vez que finalizara el plazo para colaborar, se permitió que los encuestados seleccionaran múltiples respuestas, a pesar de que varias de ellas eran lógicamente excluyentes entre sí. Así, era posible marcar a la vez las casillas relativas a la derogación y la reforma de ambas cláusulas. MÜHLHOFF y MEHRENS representan los resultados en dos tablas distintas: una en la que se incluyen todas las respuestas (tabla 16) y otra en la que se excluyen las combinaciones «imposibles» (tabla 17). En esta última tabla faltarían, por tanto, las respuestas de, aproximadamente, un tercio de la muestra. MÜHLHOFF, U, y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz…*, *op. cit.*, 1999, pp. 45-47 (especialmente, ver la nota al pie 52 en la p. 45). En lo que ahora interesa, ni en la tabla 16 (la que contiene las respuestas de la totalidad de la muestra) ni en la tabla 17 (la que contiene las respuestas de la muestra excluyendo las combinaciones «imposibles») hay ningún porcentaje que llegue al 70% para ninguno de los tres grupos considerados (es decir, policías, fiscales y jueces). Ibid., pp. 46-47.

estudiadas. En efecto, en este lugar del cuestionario se presentaron a los participantes una serie de afirmaciones y se les pidió que indicasen si estaban total o parcialmente de acuerdo con ellas o si las rechazaban total o parcialmente. Estas afirmaciones estaban divididas en dos grupos en función de si constituían argumentos a favor o en contra de la existencia de los arts. 4 y 5 KronzG. Los participantes podían responder a cuantas preguntas desearan; es decir, que el hecho de contestar que se estaba totalmente de acuerdo con algunos de los argumentos a favor (o con todos) no impedía hacer lo mismo, también, con los argumentos en contra. La frecuencia de respuestas se analiza en dos diagramas de barras en los que se representan, de modo conjunto, los casos en los que los participantes marcaron las opciones correspondientes a estar total y parcialmente de acuerdo[611].

De los datos resulta que los argumentos a favor de la existencia de las dos disposiciones estudiadas acumularon porcentajes mucho más altos que los argumentos en contra. Así, el argumento en contra que mayores porcentajes alcanzó para los tres grupos profesionales considerados es el que sostiene que los arts. 4 y 5 KronzG son inefectivos. Algo más del 40% de los policías, fiscales y jueces declararon estar de acuerdo, total o parcialmente, con esta afirmación. En cambio, para ninguna de las afirmaciones restantes hubo una proporción superior al 40%, en ninguno de los tres grupos profesionales considerados.

En el caso de los argumentos a favor sucede lo siguiente. Como mínimo, el 80% de los tres grupos en cuestión marcó las opciones correspondientes a estar total o parcialmente de acuerdo en todas las afirmaciones que lo constituyen. Sin embargo, sólo hubo una afirmación con la que *más del 90% de los policías, fiscales o jueces* eligieron alguna de esas dos opciones: la que sostenía que, sin la colaboración de los intervinientes en los hechos delictivos, su persecución resultaba apenas posible.

Como puede comprobarse, esto es algo (bastante) distinto a sostener que más del 90% de estos tres grupos de profesionales estuviera de acuerdo con la necesidad de contar con incentivos para fomentar la colaboración con las autoridades en el terrorismo o la criminalidad organizada. Sin embargo, esta última idea es la que ha pasado a la historia. Y ya no sólo es que, como sucedía con algunos de los datos vistos en las páginas anteriores, haya algunos autores que se hayan hecho eco de ella sin mayores matices[612]; este dato obra en una de las proposiciones de ley que se

[611] Ibid., pp. 43-44, tablas 13 y 14.
[612] Este porcentaje es citado, por ejemplo, por PEGLAU, J.: «Überlegungen…, *op. cit.*, 2001, p. 103; FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, p. 31, y AMBOS, K., «Die Kronzeugenregelung…, *op. cit.*, 2020, pp. 41-42.

formularon una vez que terminó el plazo para colaborar al amparo de los arts. 4 y 5 KronzG y en la que se pretendía crear una figura similar a la del § 46b StGB[613].

d) Recapitulación de las ideas más importantes sobre el juicio de idoneidad

En atención a los datos estadísticos disponibles, no puede concluirse que las disposiciones estudiadas no sean un medio idóneo para hacer frente a las formas de criminalidad para las cuales están previstas. Pese a que, con la salvedad del § 31 BtMG, su aplicación no ha sido especialmente frecuente, los prácticos parecen haber coincidido en afirmar que, gracias a su previsión, se han conseguido ciertos avances en la persecución del delito que, de no haber existido estas disposiciones, muy dudosamente se habrían alcanzado. Esto es algo que resulta especialmente claro en atención a los resultados de los estudios que han tomado al art. 4 KronzG y el § 46b StGB como objeto de investigación.

Ahora bien, también debe tenerse presente que el grado de consecución de los objetivos pretendidos por el legislador parece ser mucho más humilde de lo que se esperaba. Desde luego, las formas de criminalidad a cuya detección, enjuiciamiento y represión debían contribuir estas disposiciones siguen existiendo. Por otro lado, su campo de aplicación habitual no parecen ser los supuestos de mayor gravedad, que son los que, precisamente, el legislador deseaba afrontar recurriendo a los incentivos para la colaboración con las autoridades. Esto se ve con especial claridad en los estudios llevados cabo sobre la figura del § 31 BtMG: aunque este precepto es, supuestamente, un habitual en los tribunales alemanes, sus principales beneficiarios parecen haber sido intervinientes en hechos delictivos de mediana y escasa gravedad.

Aun así, los datos deben tomarse con cautela. Los estudios oficiales disponibles, además de ofrecer una información no muy significativa, son muy antiguos. Por su parte, algunos de los llevados a cabo por investigadores independientes con posterioridad, aun siendo más completos que los oficiales, cuentan con algunos déficits en el método que generan ciertas distorsiones. A ello hay que sumarle la influencia de los problemas de diseño de algunas figuras, como el art. 5 KronzG: el hecho de que una figura sea poco manejable por los prácticos es un factor que puede haber incidido notablemente en que su aplicación sea escasa y no demasiado efectiva. Ello no supone, sin embargo, que incentivar la colaboración con las autoridades sea una estrategia político-criminal desproporcionada por no resultar idónea para la consecución de sus fines.

[613] Se trata, curiosamente, de la iniciativa remitida al Bundesrat el 6 de diciembre de 2002 por el Estado de Baja Sajonia: el mismo *Land* en el que está enclavado el Instituto de Investigaciones Criminológicas en el que MÜHLHOFF y MEHRENS desarrollaron su estudio. BR-Drs. 896/02, p. 6.

3.2.3. La necesidad de los incentivos: la inconveniencia de las posibles alternativas

La idea que subyace al juicio de necesidad podría explicarse del siguiente modo: una vez que se considera que un determinado medio es idóneo para la consecución de un fin, sólo podrá considerarse que es *necesario* si, de entre todas las demás posibilidades que también hayan pasado el primer filtro, es la que menor sacrificio conlleva de otros intereses valiosos.

La opinión de la doctrina en este punto es prácticamente unánime: admitida la idoneidad de los incentivos, es muy difícil encontrar otro medio menos lesivo que permita la consecución de sus objetivos. Se traen a colación, a menudo, el empleo de agentes infiltrados (*V-Leute*) o el establecimiento de ciertas presunciones para facilitar la prueba de los hechos delictivos. En todos estos casos, se dice, el coste, representado por la limitación de diversos derechos fundamentales, es mayor que en el caso de las *Kronzeugenregelungen*[614].

Las posturas de FRAHM y KNEBA añaden matices interesantes a esta cuestión. En efecto, en sus trabajos, que toman al § 46b StGB como objeto de estudio, estos autores reflexionan sobre la posibilidad de encontrar disposiciones legales que, siendo menos controvertidas, actúen como sustitutivos de las *Kronzeugenregelungen*. A su juicio, sin embargo, ni las facultades de archivo contenidas en los §§ 153 y ss. StPO ni la posibilidad de tomar en consideración el comportamiento colaborador en sede de determinación de la pena *ex* § 46 II StGB tienen el mismo poder de incentivo que la figura sobre la que investigan[615].

Lo cierto es que los prácticos que han participado en las investigaciones empíricas sobre el particular parecen tener una opinión similar a las de los autores recién mencionados. En efecto, cuando se les ha preguntado si consideran que el efecto de incentivo puede conseguirse a través de figuras diferentes a las *Kronzeugenregelungen*, la respuesta mayoritaria ha solido ser negativa.

Esto se ve con cierta claridad en lo que al § 31 BtMG se refiere. Así, JAEGER preguntó a los participantes en su cuestionario si consideraban que esta disposición legal constituía una figura superflua. Un 64,4% de la muestra (es decir, 201 de los 312 encuestados) respondió que no. El 32,7%, en cambio, respondió afirmativamente (102 encuestados). Hubo un 2,9% (9 encuestados) que no hizo ninguna declaración al respecto. Los grupos profesionales en los que el «no» fue mayoritario de forma más acentuada fueron el de los policías (un 90,4% de la muestra se inclinó por esta opción) y los jueces (un 71,9% de la muestra respondió de este modo). En los fiscales el «no» también fue mayoritario, aunque de manera menos pronunciada: el 51,6% consideró que el

[614] JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit*., 1999, pp. 99-100; JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 1986, pp. 43-45.
[615] FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 176-183; KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2011, pp. 45-50.

§ 31 BtMG no era una disposición superflua, mientras que el 45,2% marcó la casilla del «sí»[616]. En su estudio de 1996, STOCK y KREUZER llegaron a resultados parecidos a los de JAEGER: una gran mayoría de los policías encuestados (407 de 465, lo que constituye un 87,5% de la muestra) consideró que las posibilidades de determinación de la pena que ofrece el § 46 II StGB no constituyen un estímulo suficiente para mover a los investigados a colaborar con las autoridades[617].

Por su parte, el trabajo de CHRISTOPH permite extraer conclusiones parecidas en lo que se refiere al § 46b StGB. En una sección de su cuestionario se pregunta a los prácticos, de manera semejante a como se ha visto en el estudio de MÜHLHOFF y MEHRENS, si están o no de acuerdo con determinadas afirmaciones. Una de ellas sostiene que las reglas generales de determinación de la pena ya son suficientes para mover a los intervinientes en el hecho delictivo a colaborar. Pues bien, tanto en la muestra total de intervinientes en el cuestionario (N=387) como en la compuesta sólo por profesionales que intervinieron en procedimientos en los que el § 46b StGB se aplicó efectivamente (N=154), fueron mayoría quienes alegaron estar en desacuerdo, bien en todo, bien en parte, con esa afirmación. Así, en lo que hace a la muestra global, el 68% escogió alguna de esas opciones (es decir, «estoy totalmente en desacuerdo» o «estoy parcialmente en desacuerdo»). En la muestra relativa a prácticos con experiencia, este porcentaje se elevó hasta el 68,8%. El grupo profesional en el que el rechazo a esa tesis fue más acentuado resultó ser el de los policías, que, en esta ocasión, fueron seguidos por los fiscales y, después, por los jueces[618].

El análisis de las respuestas relacionadas con los arts. 4 y, sobre todo, 5 KronzG ofrece, de nuevo, un perfil interesante. En el estudio de 1999, MÜHLHOFF y MEHRENS preguntaron a sus encuestados qué razones eran las que, en su opinión, estaban detrás de la escasa aplicación de estos dos preceptos legales. Entre los policías, fiscales y jueces fue abrumadora la mayoría que aludió al hecho de que, al menos en lo que a la criminalidad organizada se refiere, el § 31 BtMG goza de una aplicación mucho mayor. Si bien no es posible indicar con exactitud el porcentaje, pues MÜHLHOFF y MEHRENS exponen sus respuestas a través de un gráfico de barras en lugar de proporcionar el dato numérico concreto, sí puede afirmarse que más del 90% de los encuestados de estos tres grupos escogió esa opción. Considero razonable pensar que los problemas de diseño

---

616 JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 1986, pp. 155-159.
617 STOCK, J., y KREUZER, A.: *Drogen…*, *op. cit.*, 1996, p. 361.
618 CHRISTOPH, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2019, pp. 313-320. Los hallazgos de FRAHM resultan algo distintos. Este autor también propone a los participantes en el cuestionario que indiquen si están o no de acuerdo con la siguiente afirmación: «El § 46b StGB es superfluo, pues su objetivo también puede alcanzarse con otras instituciones jurídicas». Recuérdese que en su cuestionario sólo participaron fiscales (112), jueces (37) y abogados (21), no policías. Sólo en el grupo de los fiscales (el más numeroso, por otra parte) se cumple que las opciones mayoritariamente seleccionadas fueron las correspondientes a las respuestas «estoy totalmente en desacuerdo» o «estoy parcialmente en desacuerdo». En los dos grupos restantes (sobre todo en el de los abogados) fue mayoritaria la visión que consideraba superfluo al § 46b StGB. FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 307-308.

del art. 5 KronzG han podido pesar en esta distribución de respuestas, sobre todo si se tiene en cuenta que la segunda opción más seleccionada –y en la que, de nuevo, se supera el 90% en los tres grupos aludidos– es, precisamente, la que afirma que la remisión a los §§ 129 y 129a StGB dificulta en buena medida la aplicación de los arts. 4 y 5 KronzG[619].

En suma, no parece que los prácticos participantes en el estudio considerasen superfluo el recurso a un incentivo para colaborar con las autoridades en los ámbitos delictivos del terrorismo y la criminalidad organizada. Se trata, más bien, de que el modo en el que los arts. 4 y 5 KronzG están diseñados hace que otros incentivos semejantes y con requisitos más fáciles de cumplir –como el § 31 BtMG– se apliquen con preferencia. Esta hipótesis puede venir corroborada por el siguiente dato. Otra de las afirmaciones que MÜHLHOFF y MEHRENS emplean como argumento contra la previsión de incentivos en estos ámbitos es la posibilidad de recurrir a disposiciones como las facultades de archivo de los §§ 153 y ss. StPO o las reglas de determinación de la pena del § 46 StGB. En este caso, las opciones «estoy totalmente de acuerdo» y «estoy parcialmente de acuerdo» fueron minoritarias. El grupo profesional en el que más predicamento hallaron fue el de los jueces (N=66), en el que menos del 25% de la muestra marcó alguna de esas casillas. En el caso de los fiscales (N=156), un poco más del 15% seleccionó alguna de esas respuestas. Finalmente, en los abogados (N=235) se dio que menos del 10% de la muestra escogió alguna de esas dos opciones[620].

3.2.4. La proporcionalidad en sentido estricto: «estado de necesidad en la investigación», relaciones de antijuridicidad y límites de intolerabilidad

El último escalón del esquema tripartito propuesto es el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. En líneas generales, éste requiere comparar los inconvenientes asociados al medio con el grado de consecución del objetivo que se consigue: cuanto mayor sea lo primero, en mayor medida deberá el medio contribuir a lo segundo. Aquí es donde, quienes han estudiado los incentivos para la colaboración con las autoridades reflexionan sobre extremos semejantes a aquellos a los que se refería JUNG; es decir, la necesidad (o no) de restringir la previsión de estos incentivos sólo a los delitos para cuya persecución exista un estado de necesidad en la investigación, el establecimiento de relaciones de antijuridicidad entre el hecho originador y el de referencia o la obligación de excluir determinados delitos de las posibilidades de atenuación o renuncia a la imposición de pena o de archivo de las actuaciones.

En lo que tiene que ver con la primera cuestión, hay que decir que, en los últimos años, varios autores han propuesto, si no una despedida del «estado de necesidad en la investigación» como

[619] MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz…*, *op. cit.*, 1999, p. 28 (tabla 7). Ver también MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregeleung…*, *op. cit.*, 2001, pp. 134-135.
[620] MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz…*, 1999, *op. cit.*, p. 44 (tabla 15).

elemento legitimador, al menos sí un cambio profundo de significado. Aun con los criterios propuestos por JEßBERGER, los perfiles de esta noción son demasiado ambiguos como para definir la situación que, se supone, este concepto está llamado a describir. Esto encierra dentro de sí un efecto algo paradójico. Lo que se pretende a través de la exigencia de que se dé un estado de necesidad en la investigación es que los incentivos sean unas figuras aplicables sólo de forma excepcional. Sin embargo, este concepto ofrece contornos tan difusos que difícilmente podría cumplir con esa función limitadora, permitiendo la previsión de más incentivos en más sectores criminales lugar de, precisamente, impedirlo[621].

De nuevo, merecen ser expuestos, a mi juicio, los argumentos de FRAHM y KNEBA. Estos dos autores sostienen que exigir la concurrencia de un estado de necesidad en la investigación no sólo es complicado, sino también contraproducente. Para ilustrarlo, traen a colación el caso de los delitos de homicidio o asesinato. Estos delitos son muy graves, pero ninguno cuenta, en Alemania, con una cifra negra demasiado elevada. Si se asociara la concurrencia del estado de necesidad en la investigación, como se ha pretendido hacer en muchas otras ocasiones, a la existencia de un déficit en el esclarecimiento, habría que denegar los incentivos a los potenciales colaboradores que pudieran contribuir a facilitar la investigación o, incluso, evitar la comisión de delitos como éstos[622]. Ésta, sin embargo, no parece ser una solución muy razonable.

Ha existido un mayor consenso histórico, en cambio, en lo que tiene que ver con la necesidad de establecer una relación entre el hecho originador y el hecho de referencia, de modo que cuanto más grave sea el primero, mayor tenga que ser la contribución del colaborador para obtener algún tipo de incentivo. JUNG[623], JAEGER[624] y JEßBERGER[625] se mostraban partidarios de su exigencia. KNEBA[626], FRAHM[627] y CHRISTOPH[628] han continuado en esta línea. Debe recordarse que, desde su previsión en el año 2009, el § 46b II StGB somete la decisión sobre el «si» y el «cómo» de la contraprestación al colaborador al empleo de determinados criterios de ponderación. Entre éstos se encuentran la gravedad del hecho originador, la del hecho de referencia y la importancia de la prestación del colaborador. Téngase en cuenta, además, que esos criterios ya los manejaba la jurisprudencia anterior al año 2009 a la hora de conceder o no los incentivos del § 31 BtMG; precepto este último que fue reformado en ese año para, entre otras cosas, que los criterios del § 46b II StGB le fueran aplicables, ahora de modo explícito (Cap. III, apartados 3.5.3. y 6.4. *supra*).

---

[621] Esto es algo que admite el propio JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, p. 313 (nota al pie 81). Por lo demás, también utiliza este argumento CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, p. 83.
[622] FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 187-188; KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2011, p. 56.
[623] JUNG, H.: *Straffreiheit…*, *op. cit.*, 1974, p. 70.
[624] JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit*., 1986, p. 46, 191 y 282 (tesis n.º 4).
[625] JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, pp. 107-108 y 323-325.
[626] KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2011, pp. 57-59.
[627] FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 188-189.
[628] CHRISTOPH, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2019, pp. 187-189.

Salvaguardas similares existieron, desde su creación, en los arts. 4 y 5 KronzG (Cap. III, apartado 4.4.3, a) *supra*). Por lo tanto, parece que el legislador ha cumplido con esta exigencia a lo largo del tiempo.

La investigación empírica también parece apuntar a que los jueces conceden los incentivos que tienen a su disposición con bastante moderación. Recuérdese, en primer lugar, que los casos de aplicación son más bien escasos. Súmesele a ello que la consecuencia jurídica más frecuente es la atenuación de la pena. Los supuestos de renuncia a la imposición de (toda) la pena son ínfimos y los de archivo del procedimiento resultan casi inexistentes. Podría decirse, pues, que los temores de JUNG han sido conjurados con éxito.

Vamos con unos cuantos botones de muestra. Los más llamativos provienen de los informes oficiales sobre el § 31 BtMG. Así, en el informe de 10 de julio de 1986 (el segundo en elaborarse) se indica que, en una muestra de 16.500 personas inculpadas por delitos contra la salud pública frente a las cuales se dictó sentencia a lo largo del año 1984, hubo 417 casos de aplicación del § 31 BtMG (aproximadamente, un 2,53% de la muestra). La totalidad de esos 417 casos fueron supuestos de atenuación de la pena; es decir, no hubo ningún caso de renuncia a la imposición de la totalidad de la pena ni, consecuentemente, ningún supuesto de archivo al amparo del § 153b StPO[629]. Esta tendencia parece mantenerse en los años siguientes. Así, en el último de los informes elaborados por el gobierno de la República Federal, fechado a 11 de abril de 1989, se indica que, en una muestra de 81.158 inculpados por delitos contra la salud pública frente a los que se dictó sentencia entre 1985 y 1987, hubo 2.327 casos de atenuación (2,87%), 45 casos de renuncia a la imposición de pena (0,06%) y 5 supuestos de archivo (0,006%)[630].

En su estudio de 1986, JAEGER llega a conclusiones similares a las que se muestran en los informes oficiales. Recuérdese que este autor llevó a cabo un análisis de 87 sentencias dictadas entre 1981 y 1984 en el Estado de Baden-Württemberg. En todas esas sentencias se aplicó el § 31 BtMG. En total hubo 97 beneficiarios. Pues bien, de esas 97 personas sólo hubo una frente a la que se renunció por completo a la imposición de la pena. En este caso se acordó, además, el archivo del procedimiento *ex* § 153b StPO[631]. Los resultados del cuestionario también parecen apuntar en esta dirección: sólo un 11,2% de la muestra (35 personas) alegaron haberse encontrado, en su desempeño profesional, con un caso en el que la aplicación del § 31 BtMG hubiera conducido, o bien a la renuncia a la imposición de (toda) la pena, o bien al archivo del procedimiento a favor del colaborador[632].

[629] BT-Drs. 10/5856, p. 26.
[630] BT-Drs. 11/4329, pp. 4 y 19.
[631] JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 1986, pp. 110-111.
[632] Ibid., pp. 111-112.

En lo que se refiere al § 46b StGB, hay que comenzar diciendo que CHRISTOPH no encontró ningún caso de renuncia a la imposición de la pena en su muestra de 153 sentencias: en todos los supuestos de aplicación de la disposición estudiada (126 en total), el incentivo consistió en una atenuación del reproche penal[633]. La ínfima cantidad de casos de renuncia a la imposición de la pena y de archivo del procedimiento parece venir corroborada por los resultados del cuestionario. Así, en una de sus secciones, CHRISTOPH pregunta a los profesionales con experiencia en la aplicación del § 46b StGB (N=154) cómo concluyó el proceso para el colaborador. En lo que hace a los supuestos de renuncia a la imposición de (toda) la pena, sólo hubo 3 personas que indicaron que eso les había sucedido «siempre» (un 1,9% de la muestra). Otras 8 (un 5,2% de la muestra) marcaron que eso les había pasado «a veces». En cambio, 111 (un 72,1% de la muestra) indicaron que eso no les había sucedido «nunca». En lo que se refiere a los casos de archivo del procedimiento, los resultados son análogos: 3 dijeron que «siempre» (1,9%), 18 dijeron que «a veces» (11,7%) y 102 (66,2%) dijeron que eso «nunca» les había pasado[634].

Hay que volver a ser cautelosos al hablar de los arts. 4 y 5 KronzG. La verdad es que no hay demasiados datos estadísticos en lo que se refiere a la magnitud de los incentivos concedidos por los jueces o la Fiscalía al amparo de estos preceptos. Desde luego, no hay ningún supuesto de renuncia a la imposición de la pena o de archivo en aplicación del art. 4 KronzG entre los casos citados en la respuesta a la consulta escrita llevada a cabo por la diputada Ulla Jelpke en 1992: todos los casos allí mencionados se saldaron con una atenuación del reproche penal[635]. Lo mismo ocurre en los casos estudiados por BREUCKER y ENGBERDING[636]. La anomalía estadística la podría representar el art. 5 KronzG, pues, de los tres casos de aplicación confirmados por MÜHLHOFF y MEHRENS, resulta que uno de ellos es de archivo del procedimiento[637]. Tomando en consideración tanto la poca manejabilidad del precepto como los escasos números con los que, como máximo, se especula en cuanto a su frecuencia de aplicación, creo que este supuesto no debe tomarse en consideración como demostrativo de una mayor proporción de archivos del art. 5 KronzG frente a las otras figuras aquí estudiadas.

---

633 CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 407-408 y 440-441.

634 Ibid., p. 334. En su cuestionario, FRAHM llega a conclusiones similares, aunque, desde mi punto de vista, la pregunta que plantea resulta, de nuevo, mejorable desde el punto de vista del método. La cuestión que plantea FRAHM a los intervinientes en la encuesta es la siguiente: «¿En qué porcentaje de casos de aplicación se ha renunciado por completo a la imposición de pena?». Esta pregunta no permite diferenciar entre los profesionales con experiencia en la aplicación del § 46b StGB y aquellos que no la tienen. Por lo tanto, el elevado número de profesionales que se decantó por un porcentaje cercano al 0% no es, necesariamente, descriptivo de que, cuando los jueces han hecho uso de la disposición estudiada, lo hayan hecho decantándose sólo por una atenuación: puede ocurrir que no se haya hecho uso de ésta en absoluto o, incluso, que ni siquiera se haya invocado en el proceso el § 46b StGB. FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, pp. 295-296.

635 BT-Drs. 12/2610, pp. 2-3.

636 BREUCKER, M., y ENGBERDING, R.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 1999, pp. 17-95.

637 MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, 2001, pp. 127-129; MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz…*, 1999, pp. 20-22.

Queda por analizar una última cuestión en lo que atañe al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: el establecimiento de límites de intolerabilidad. Como se ha visto en su momento, JUNG propuso que determinados delitos especialmente graves quedaran, en todo caso, fuera de las posibilidades de aplicación de los incentivos para la colaboración. Autores posteriores, como JAEGER, también propugnaron la necesidad de establecer estos límites[638]. Sin embargo, parece que la mayoría de quienes han escrito sobre el tema después de JUNG han defendido lo contrario. JEßBERGER, por ejemplo, advierte de los posibles inconvenientes de manejar un punto de vista abstracto y negar, *sic et simpliciter*, la concesión de incentivos a quienes hayan cometido determinados delitos; puede ocurrir que, pese a que el hecho originador sea muy grave, también lo sea el hecho de referencia y la contribución del colaborador resulte muy relevante[639]. Por lo demás, el establecimiento de criterios de ponderación, así como la configuración de muchas de estas disposiciones como facultativas, resultan, para CHRISTOPH, salvaguardias adecuadas[640].

3.3. Conclusiones sobre el principio de proporcionalidad

En atención a lo expuesto en páginas anteriores, no es de extrañar que la mayoría de los autores posteriores a JUNG hayan considerado que los incentivos para la colaboración no deban rechazarse por resultar contrarios al principio de proporcionalidad. Por justificados que estuvieran sus temores –recuérdese que su contribución fundamental sobre el tema es de 1974, en pleno debate sobre cómo hacer frente a los atentados de la RAF–, en los trabajos de quienes escribieron después de JUNG hay argumentos convincentes contra el rechazo de figuras como las aquí estudiadas. Así, manejando el popular esquema tripartito del principio de proporcionalidad, resulta que no hay razones de peso para considerar que los incentivos sean un medio desproporcionado por no resultar idóneo, necesario o proporcional en sentido estricto para la consecución de los objetivos que tienen asignados.

En primer lugar, no puede concluirse que los incentivos no sean un medio idóneo frente a las formas de criminalidad para las cuales están previstos. Ello en la medida en que, pese a que han sido aplicados de manera más o menos escasa –con la notable excepción del § 31 BtMG–, han permitido, en la opinión de los prácticos que han trabajado con ellos, avances dignos de ser tenidos en cuenta en la detección, enjuiciamiento y represión del delito.

En segundo lugar, tampoco puede considerarse que no constituyan un medio necesario para alcanzar la meta prevista. Si se piensa en las otras posibilidades para mover a la cooperación que ofrece la legislación vigente, como el recurso a las facultades de archivo de los §§ 153 y ss. StPO o las reglas de determinación de la pena del § 46 II StGB, la opinión mayoritaria es que éstas no

[638] JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 1986, pp. 47-48, y 282 (tesis n.º 5).
[639] JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, pp. 108-110.
[640] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 189-191.

permiten motivar con la misma intensidad a los intervinientes en el hecho delictivo a colaborar. A ello hay que sumarle que otras vías imaginables para mejorar la capacidad de las autoridades en la persecución del delito, como la alteración de las reglas de prueba o la flexibilización de las medidas invasivas de derechos fundamentales, traen consigo mayores costes que los que acarrea el recurso a los incentivos para la colaboración.

Por último, las figuras estudiadas no constituyen un medio desproporcionado en sentido estricto, pues cuentan con diferentes cautelas para posibilitar una ponderación entre el costo que representan –la renuncia a la imposición de un castigo merecido– y el beneficio que pueden traer consigo –la mejora de la posición de las autoridades en la persecución del delito–. Para que puedan aplicarse, todos los incentivos aquí estudiados exigen que, de un modo u otro, se tomen en consideración, entre otros criterios, la gravedad del hecho originador, la del hecho de referencia y la importancia de la contribución del colaborador. Además, pese a que muchas de estas figuras no cuentan con «límites de intolerabilidad» como los exigidos por JUNG, se prevén como disposiciones facultativas. Esto permite a los órganos competentes no conceder los incentivos si creen que, de esa concesión, pueden derivarse más consecuencias dañosas que ventajas. Los datos de los estudios empíricos sugieren, además, que estos incentivos se conceden de forma bastante moderada.

Con todo, de lo dicho hasta aquí no cabe concluir que los incentivos no puedan mejorarse. Pese a que, como se acaba de apuntar, estas figuras habrían permitido ciertos avances en la persecución de las formas delictivas para las cuales están previstas, no hay que olvidar que eso sólo ha sido posible en supuestos de escasa y mediana gravedad. A ello hay que añadirle que algunas de estas disposiciones, como señaladamente ocurre con el art. 5 KronzG, son muy difíciles de aplicar. Ello les resta atractivo como estrategia procesal a emplear por parte de sus potenciales beneficiarios, lo que, a la postre, contribuye a mermar su eficacia.

4. CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN: LA CRÍTICA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS FINES DE LA PENA

4.1. Planteamiento: el significado del principio de culpabilidad

Al igual que en España, otra crítica que se ha dirigido a los incentivos para la colaboración con las autoridades es la que toma como referencia los fines de la pena. Su punto de partida es el § 46 I StGB. Este precepto dispone que el fundamento para la determinación de la pena es la culpabilidad del infractor por el hecho cometido. Los efectos que tanto para el culpable como para

la sociedad hayan de esperarse de la imposición de la pena son algo que, según el mismo parágrafo, simplemente deberán tomarse en consideración[641].

A partir de este diseño del sistema de determinación de la pena, una primera objeción frente a los incentivos para la colaboración con las autoridades es la siguiente: si la culpa por el hecho cometido es el fundamento de la determinación de la sanción, un comportamiento posterior al hecho, como la colaboración con las autoridades, no debería tomarse en consideración para atenuarla o, incluso, excluirla por completo[642].

Este argumento, sin embargo, se ha contrarrestado con frecuencia. Así, suele argüirse que el § 46 I StGB es, ante todo, un mandato a los jueces. Es cierto, pues, que este precepto impide a los integrantes del poder judicial imponer una sanción por encima o –en lo que ahora interesa– por debajo de la medida de la culpabilidad por el hecho cometido. No obstante, el § 46 I StGB no impide al legislador crear normas que habiliten a los jueces a imponer, en determinadas ocasiones, una pena inferior a la que debería corresponder en atención a la medida de la culpabilidad[643].

Ahora bien, esto tampoco implica que el legislador tenga una libertad absoluta para diseñar este tipo de normas. Es preciso que su diseño se adecue a los fines de la pena compatibles con el modelo de Estado de que se trate. La mayoría de los autores que han estudiado los incentivos alude, en este punto, a las teorías preventivas de la pena. Con esta reflexión, se llega al siguiente punto de tensión de estas figuras: para ser legítimos, los incentivos deben ser compatibles con los fines de prevención, general y especial, que la pena tendría asociados[644].

4.2. Colaboración con las autoridades y prevención especial

La crítica desde el punto de vista de la prevención especial se ha llevado a cabo desde sus dos vertientes: prevención especial negativa y prevención especial positiva.

En cuanto a la primera, la idea fundamental es la siguiente: si al culpable de haber cometido un hecho delictivo se le rebaja la pena, o incluso se excluye por completo el reproche penal frente a él por el hecho de colaborar con las autoridades, se corre el riesgo de que en el futuro vuelva a delinquir al no haber recibido suficiente escarmiento. Incluso, se dice, obtener esas ventajas no sólo podría no disuadirle de cometer más delitos, sino que podría impulsarle a ello al saber que,

---

641 Sobre el significado de este precepto, ver FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 207-209.
642 CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 194-195; FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 209-211; KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2011, pp. 124-127; JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, 1999, *op. cit.*, pp. 87-88.
643 CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 198; JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, p. 86.
644 CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 199-200; FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, 2014, *op. cit.*, pp. 218-219; KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2011, pp. 131-133.

en caso de ser descubierto, bastará con que colabore para no tener que hacer frente a la sanción que, en principio, merecería por sus actos[645].

Por su parte, la crítica desde la prevención especial positiva parte de la idea de que quien ha cometido un delito y, además, colabora con las autoridades, está sometido a un doble estigma: no sólo es un delincuente, sino que también, al menos en algunos círculos sociales, es un traidor. Su reincorporación a la sociedad como «un ciudadano más» resultará, pues, especialmente difícil[646].

Tal y como han puesto de relieve varios autores, ninguna de ellas es demasiado convincente por su alto grado de abstracción. Si se discute a este nivel, es posible esgrimir otros argumentos igual de abstractos que vayan en sentido contrario a los hasta ahora expuestos.

Así, a la crítica realizada desde la prevención especial negativa se le han realizado dos objeciones. La primera, que dicha crítica olvida que la concesión de estos incentivos no es algo con lo que el colaborador cuente desde el primer momento. Muchos de los incentivos analizados están configurados como disposiciones de aplicación facultativa, de modo que, aunque el culpable colabore efectivamente con las autoridades, su concesión podría denegarse si el juez o tribunal considera que dicha colaboración no ha sido suficientemente relevante o si, como se ha indicado más arriba, ha cometido un delito demasiado grave[647].

Esta objeción puede intentar rebatirse señalando que también hay otros incentivos en los que la consecuencia es imperativa, como sucede con el inciso final del § 129 VII StGB, aplicable también al § 129a, o con el § 261 VIII StGB. Esta consecuencia es, además, la absolución. Aun cuando esto es cierto, no lo es menos que los requisitos que han de cumplirse para obtener semejantes incentivos son especialmente exigentes.

Recuérdese que en el caso de los §§ 129 VII y 129a VII StGB no basta con que el culpable del delito de integración en organizaciones criminales o terroristas se esfuerce «seria y voluntariamente» para disolver la agrupación: es preciso que la organización en cuestión se disuelva efectivamente (ver Cap. III, apartado 4.3.1., c) *supra*). Por su parte, para que el § 261 VIII StGB despliegue su eficacia eximente hay que interponer una denuncia auto-incriminatoria o, en su caso, impulsar su interposición. Además, tanto la denuncia como su impulso son conductas que deben llevarse a cabo no sólo antes de que el delito haya sido descubierto, sino

---

645 CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 200-201; FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, p. 221; KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2011, p. 133; JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, p. 90.

646 CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 200-201; FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, p. 219; KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit*., 2011, pp. 133-134; JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, pp. 89-90.

647 CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, p. 202. Una cuestión distinta es que este carácter pueda emplearse para criticar a estas figuras desde otro punto de vista: el de su atractivo para los colaboradores.

antes de que el culpable *deba razonablemente contar* con su descubrimiento. Y aún más: si el delito se ha cometido dolosamente, no bastará con eso para quedar exento. En ese caso, el culpable deberá asegurase de que los bienes procedentes de la actividad ilícita que da lugar al blanqueo no ingresan al mercado legal (ver Cap. III, apartado 5.2.1, c) *supra*). La crítica que considera que el hecho de obtener una ventaja por la colaboración con las autoridades puede llegar a constituir un incentivo para cometer más delitos en el futuro banaliza demasiado, en mi opinión, el tipo de conductas que se exigen para ello.

La segunda objeción es que esta crítica también toma muy a la ligera las consecuencias que pueden derivarse para el colaborador por el hecho de prestar su ayuda a las autoridades. Revelar detalles incriminatorios de sus antiguos compañeros o, incluso, ponerse del lado de la Policía para desbaratar sus planes, son conductas que, muy probablemente, constituyan un punto de no retorno entre éstos y aquél. A ello hay que sumarle, además, que al colaborador le podrían resultar de aplicación medidas estatales de protección, algunas de las cuales pueden consistir, incluso, en la concesión de una nueva identidad[648]. Medidas como esta podrían acentuar aún más (de hecho, deberían hacerlo) la brecha entre el colaborador y el entorno criminal en el que llevaba a cabo sus actividades[649].

A la crítica desde la prevención especial positiva también se le ha realizado una objeción. Así, para empezar, habría que decir que el hecho de que el colaborador no pueda reintegrarse por su pasado «criminal y traidor» implica que el entorno en el que habría de reinsertarse conozca no sólo las actividades ilícitas que previamente ha cometido, sino, además, su condición de colaborador. Esto, sin embargo, es algo que no tiene por qué suceder. Es más, incluso aunque estos extremos resulten conocidos, también puede discutirse que su nuevo grupo social vaya, necesariamente, a rechazarle: el hecho de que haya contribuido al esclarecimiento o la evitación de delitos podría ser visto con buenos ojos por sus conciudadanos[650].

Las críticas desde el punto de vista de la prevención especial resultarían mucho más convincentes si vinieran acompañadas de un estudio empírico sobre la reincidencia entre los beneficiarios de los incentivos. Hasta donde alcanzo, sin embargo, un estudio como ése aún no se ha llevado a cabo. Si lo único que queda de esta crítica son los argumentos generales expuestos

---

[648] Así lo permite el § 5 de la ley para la armonización de la protección de testigos (*Zeugenschutz-Harmonisierungsgesetz*). De conformidad con el § 1 de este texto legal, para ser beneficiario de las medidas de protección que prevé basta con ser una persona sin cuya intervención en el proceso penal se dificulte sensiblemente la investigación (y siempre y cuando, además, se encuentre en peligro por su disposición a declarar). Poseer la condición de testigo o de investigado en el procedimiento es algo indiferente a los efectos de poder acogerse a esta normativa. En este mismo sentido, FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, p. 150.

[649] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, p. 200; JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, p. 89.

[650] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 200-201.

hasta aquí, ésta no parece proporcionar motivos suficientes como para considerar que tales incentivos resultan incompatibles con los fines preventivo-especiales de la pena.

4.3. Colaboración con las autoridades y prevención general

La razón de ser de los incentivos para la colaboración con las autoridades es incrementar las posibilidades de actuación de las autoridades encargadas de perseguir el delito. Ofreciendo a los intervinientes en el hecho delictivo que decidan cooperar con ellas un trato penal más favorable se pretende sembrar la desconfianza entre ellos. Ello podría contribuir, en definitiva, a que quienes se hubieran planteado delinquir no lo hagan por temor a ser denunciados por sus compañeros. Esta clase de reflexiones son comunes entre los autores que han estudiado la compatibilidad de los incentivos con los fines preventivo-generales de la pena. Existe, pues, un cierto consenso en afirmar que estas figuras encajan más o menos fácilmente en el esquema de la prevención general negativa[651].

Aun así, también hay autores que, pese a defender en líneas generales la construcción que se acaba de exponer, resaltan una posible debilidad. Incentivar la colaboración podría verse como una «perfidia» por parte del Estado. Esta estrategia podría derivar, sobre todo en casos de delincuencia por convicción, en que los (potenciales) infractores «cierren filas» y establezcan controles internos más exigentes y sanciones más duras contra los «traidores». Paradójicamente, por tanto, en lugar de fomentar la colaboración con las autoridades, las figuras aquí estudiadas podrían acabar generando organizaciones más herméticas y delincuentes más convencidos[652].

A este argumento se le puede objetar lo siguiente. Si lo que quiere decir es que, por la irrupción de estas figuras ciertas agrupaciones criminales pueden endurecer sus medidas disciplinarias, también puede ocurrir que éstas se recrudezcan tanto que la sanción penal se considere el mal menor. Esto, eventualmente, podría mover a ciertos integrantes de la organización a entregarse a las autoridades. Con ello, se habría cumplido la finalidad de prevención general negativa, aunque el medio disuasorio haya sido, en este caso, la disciplina interna de la propia organización y no tanto la pena. Si, en cambio, lo que quiere decir es que habrá determinados infractores, potenciales o actuales, a los que estos incentivos no pueden hacer efecto, puede argüirse que esto no es un problema al que tales incentivos deban hacer frente. En efecto, puede haber sujetos a los que no se pueda desmotivar de cometer el delito aun cuando puedan contar con que otros compañeros les delaten. Si es así, lo que sucede es que, en general, la pena no puede desmotivarles. Por lo tanto,

[651] Con todo, autores como JAEGER consideran que la rebaja o exención de pena puede mermar el potencial intimidatorio de la sanción penal en abstracto. JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 1986, pp. 142-145. Por el contrario, asume la compatibilidad de los incentivos con la prevención general negativa JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, pp. 94-95.

[652] En este sentido, CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 202-203 y FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 227-228.

ya no estamos ante una objeción frente a los incentivos para la colaboración, sino, en general, frente al entendimiento de que la pena estatal se justifique en el cumplimiento de funciones intimidatorias.

Se ha discutido más el encaje en la prevención general positiva. La crítica que, de manera recurrente, se efectúa en este punto podría exponerse del modo que sigue. Cada delito es, ante todo, la vulneración de una norma. A esa vulneración normativa le sigue, en la generalidad de los casos, una reacción estatal como consecuencia. Esa reacción no es otra que la pena. Con la imposición de la pena se restablece la «vigencia de la norma», en cuyo respeto generalizado la población puede seguir confiando (*Normgeltungsvertrauen*) a pesar de que se ha cometido un delito[653]. Ahora bien, cuando el Estado renuncia voluntariamente a la imposición de una pena que resulta merecida por el hecho cometido, como ocurriría en el caso de los incentivos para la colaboración con las autoridades, la población podría llegar a perder su confianza en la «inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico» (*unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung*)[654].

Como puede verse, esta construcción es muy similar a la que, en España, emplean varios autores de la que se llamó «concepción esencialista» sobre la relación entre los incentivos para la colaboración con las autoridades y los fines de la pena en el Cap. II. Llama la atención que, mientras que en España estos predicamentos hayan gozado de bastante popularidad, en Alemania apenas se hayan tomado en consideración como una crítica fructífera frente a los incentivos.

En efecto, más allá del hecho de que no termina de comprenderse qué es exactamente la «inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico», en qué sentido se utiliza aquí la palabra «vigencia» o si, en general, aún estamos hablando de prevención, hay una objeción recurrente a esta crítica. Tal es que, de nuevo, un argumento como el expuesto más arriba banaliza los efectos que puede tener una conducta colaboradora. Recuérdese que estas figuras se introdujeron en el Derecho alemán para evitar que delitos muy difíciles de perseguir –algunos de ellos, además, muy graves, como el terrorismo– quedaran impunes. Es discutible que la población pierda la confianza en la «vigencia» o «inquebrantabilidad del Derecho» por el hecho de que se renuncie a la punición de algún colaborador si, a cambio, se ha conseguido esclarecer o, incluso, evitar, alguno de esos hechos[655]. Es más: podría argüirse que lo que sí que haría perder la confianza a los ciudadanos es que el Estado no agote todas las posibilidades disponibles para perseguir semejantes crímenes.

[653] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, p. 204.
[654] Ibid. También FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 221-223; KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2011, pp. 133-134, y JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, pp. 91-92.
[655] KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2011, pp. 134-135; JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, 1999, *op. cit.*, pp. 93-94.

Una de estas posibilidades bien podría ser el recurso a los incentivos para la colaboración con las autoridades[656].

De nuevo, puede decirse aquí lo mismo que se dijo cuando se estudiaron las críticas desde el punto de vista de la prevención especial: si hubiera algún tipo de respaldo empírico a las afirmaciones de hecho en las que se basa, esta crítica sería mucho más convincente. Esto, sin embargo, no es habitual[657]. Con todo, merece ser destacado el intento de CHRISTOPH de arrojar algo de luz a la relación entre la percepción de la población de los incentivos para la colaboración con las autoridades y la mayor o menor propensión a delinquir.

En la última parte de su trabajo sobre el § 46b StGB, el autor al que se acaba de hacer mención muestra los resultados de un cuestionario enviado a 904 estudiantes del Grado en Derecho de las universidades de Augsburgo, Leipzig y Gotinga. Este cuestionario estaba dividido en tres partes. La primera se destinó a la medición de variables sociodemográficas tales como edad, sexo y curso académico de los participantes. En la segunda se contenían una serie de preguntas de opinión sobre los incentivos para la colaboración con las autoridades, los fines de la pena y la confianza en las instituciones. En la última parte se planteaban a los participantes cinco casos breves en los que un interviniente en los hechos delictivos presta su ayuda a las autoridades. En esta tercera sección se solicitaba a los estudiantes que determinaran la pena que, a su juicio, debería imponerse al colaborador[658].

A través de este cuestionario, CHRISTOPH pretendía poner a prueba ocho hipótesis que correlacionaban una mayor generosidad en la rebaja de pena al colaborador con distintas variables, como el grado de ayuda prestada, el hecho de si la ayuda era para la prevención o el esclarecimiento de delitos, el grado de confianza de los estudiantes en las instituciones o la concepción que cada uno de ellos tuviera sobre los fines de la pena[659]. En atención a los resultados del cuestionario, al que respondieron 901 de los 904 estudiantes encuestados[660], CHRISTOPH concluyó que no puede afirmarse una correlación significativa entre una determinada concepción de los fines de la pena y un mayor o menor grado de rebaja concedida al colaborador (hipótesis 8). Lo mismo puede decirse del grado de confianza que los estudiantes tenían en las instituciones

[656] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 204-205; FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, p. 224.
[657] CHRISTOPH es especialmente duro a la hora de formular sus objeciones contra el recurso a estas teorías como crítica los incentivos sin añadirles ningún respaldo empírico: en su opinión, esto no es una forma seria de proceder. CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, p. 206.
[658] Ibid., pp. 465-466. Los casos y la determinación de la pena efectuada por los estudiantes obran en las pp. 477-497.
[659] Ibid., pp. 460-462.
[660] Ibid., p. 466.

(hipótesis 7) y la mayor o menor gravedad del delito que el colaborador hubiera cometido (hipótesis 4)[661].

En mi opinión, los datos recién expuestos pueden entenderse, hasta cierto punto, como una puesta en entredicho de la crítica relacionada con la prevención general positiva. Por ejemplo, si dispensar un trato penal más favorable a los colaboradores es algo que puede debilitar la confianza de los ciudadanos en la «inquebrantabilidad del Derecho», cabría esperar que el grado de rebaja de pena tuviera una correlación fuerte con el grado de confianza en las instituciones. Concretamente, se supone que estarían en una relación de proporcionalidad inversa. Sin embargo, ello no es así. Tampoco existe esta correlación entre la ventaja concedida al colaborador y un entendimiento concreto de los fines de la pena, lo cual es algo que también podría esperarse que fuera distinto. Así, alguien que cree que la función de la pena es reafirmar la «vigencia» de la norma podría mostrarse más averso a conceder incentivos a los colaboradores con las autoridades. Sin embargo, ello tampoco parece suceder.

En cualquier caso, estos resultados deben tomarse *cum grano salis*: no debe olvidarse que la muestra está constituida sólo por estudiantes del Grado en Derecho y que la gran mayoría de ellos (712 de los 901) proceden de la universidad en la que el propio artífice del cuestionario imparte clase (la Universidad de Augsburgo). En atención al modo en el que se ha seleccionado a la muestra, es discutible que ésta pueda ser representativa de algo así como el «sentir general respecto de la pena»[662]. Aun así, y hasta donde alcanzo, el trabajo de CHRISTOPH constituye uno de los pocos intentos –por no decir el único– que ha pretendido poner a prueba la solidez de los argumentos consistentes en la apelación a la teoría de la pena a través de la investigación empírica. Por eso, su contribución me parece una referencia muy útil para replantear los términos del debate en España, donde argumentos como esos han sido empleados con bastante frecuencia para criticar los incentivos (al respecto, ver Cap. II, apartado 4 *supra*).

[661] Sí que habría una correlación fuerte, en cambio, entre el grado de la rebaja concedida al colaborador con las autoridades y la mayor o menor importancia de su contribución (hipótesis 1), el hecho de que su ayuda fuera dirigida a la prevención en lugar de al esclarecimiento de otros delitos (hipótesis 2), la mayor «nobleza» de los motivos del colaborador a la hora de decidirse a cooperar con las autoridades (hipótesis 3) y la valoración positiva que se tuviera de los incentivos a la colaboración con las autoridades en general (hipótesis 6). Ibid., p. 510.

[662] El autor también es consciente de las limitaciones de su investigación y así lo hace constar. CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 465 y 513.

5. DIFERENCIAS DE TRATO Y ARBITRARIEDAD: LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

5.1. El contenido del principio de igualdad

Otra objeción recurrente entre los autores que han escrito sobre los incentivos en Alemania es que éstos pueden vulnerar el principio de igualdad (*Gleichheitssatz*), consagrado en el art. 3 I GG. La crítica parte de la constatación de que los incentivos generan una serie de diferencias de trato entre los justiciables. Parece haber consenso en que la mera existencia de estas diferencias de trato no convierte a los incentivos en inconstitucionales por atentar contra el mencionado principio. Se trata, más bien, de evaluar si existe algún motivo capaz de justificar estas distinciones. Así, los autores que han estudiado la adecuación de los incentivos al art. 3 I GG lo han hecho asumiendo que lo que el precepto prohíbe al legislador no es crear distinciones de trato, sino que éstas sean arbitrarias por carecer de una justificación razonable[663]. Como se verá de inmediato, el criterio empleado como justificación ha sido el fin que los incentivos persiguen: facilitar la persecución de determinados delitos cuya detección e investigación se considera especialmente difícil[664].

De un modo similar a como ha sucedido en España, en Alemania los autores críticos con los incentivos han resaltado varias distinciones. No obstante, si en España se ha prestado atención (sólo) a dos diferencias de trato, en Alemania éstas han sido muchas más. Hasta donde alcanzo, el análisis más exhaustivo (también el más reciente) ha sido el de CHRISTOPH, que ha identificado seis diferencias de trato necesitadas de justificación a la luz del art. 3 I GG. En adelante, por tanto, seguiré su construcción, si bien me remitiré a los trabajos de otros autores que también han escrito sobre el particular cuando sea preciso.

5.2. Las diferencias de trato creadas por los incentivos y su mayor o menor justificación

En opinión de CHRISTOPH, los incentivos para la colaboración con las autoridades tratan de distinta manera a los infractores en función de los siguientes criterios: si colaboran con las autoridades (1), si han conseguido que el estado de la investigación mejore efectivamente (2), si han cometido un delito de los tomados en consideración como «hecho originador» por el precepto de que se trate (3), si han aportado información sobre uno de los delitos previstos como «hecho de referencia» (4), si el «hecho originador» y el «hecho de referencia» se encuentran en conexión

[663] En este sentido, CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, p. 159; FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 193-194; KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2011, pp. 111-113; JEßBERGER, F.: *Kooperation*…, *op. cit.*, 1999, p. 111; HOYER, A.: «Die Figur…, *op. cit.*, 1994, p. 236; JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 1986, p. 41.

[664] El enfoque de la cuestión en España ha sido similar. Al respecto, ver Cap. II, apartado 7 *supra*.

(5) y si han aportado información antes o después del dictado del auto de apertura del juicio oral (6)[665].

Al igual que otros varios autores, CHRISTOPH afirma que hay algunos de estos criterios que, de manera más o menos clara, no pueden considerarse como arbitrarios desde el punto de vista de la finalidad perseguida por los incentivos. Esto es lo que sucede con los criterios mencionados con los números (1) y (4).

El primero de esos criterios pone el foco en el hecho de que, en virtud de los incentivos, los infractores que colaboran con las autoridades reciben un mejor trato penológico que aquellos que no colaboran. Desde luego, si lo que se pretende con estas disposiciones es estimular a los intervinientes en el hecho delictivo a que ofrezcan la información de la que disponen sobre éste a las autoridades, la diferencia de trato parece sobradamente justificada[666].

El otro, por su parte, se basa en que, para poder obtener ese trato favorable, los colaboradores no han de aportar información sobre *cualquier* delito, sino sólo sobre los seleccionados por el legislador como «hechos de referencia». Como tuvo ocasión de verse en el capítulo III, el legislador alemán recurrió a los incentivos con la pretensión de mejorar las posibilidades de detección, investigación y represión de determinadas formas de criminalidad que, al mismo tiempo, se consideraban especialmente graves y difíciles de conjurar, como, por ejemplo, el tráfico de drogas, el terrorismo, la criminalidad organizada y, desde la aparición de la figura del § 46b StGB, también ciertos tipos de criminalidad económica. Si se recuerda, autores como JUNG o JEßBERGER defendían que el legislador sólo podía recurrir a los incentivos para hacer frente a los delitos para los cuales pudiera decirse que existía un «estado de necesidad en la investigación» (ver apartado 3.1. *supra*). Puede discutirse, como también hace CHRISTOPH, que *todos* los delitos que el legislador ha considerado como hechos de referencia reúnan simultáneamente las notas de gravedad y dificultad en la investigación antes aludidas. Sin embargo, limitar el alcance de los incentivos a sólo algunos hechos de referencia, respecto de los cuales es un lugar común afirmar que son especialmente difíciles de perseguir, no parece una forma de proceder arbitraria[667].

No es tan clara, sin embargo, la justificación de los otros criterios de distinción. Comenzaré refiriéndome al que diferencia a los colaboradores en función de si la información que han

---

[665] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, p. 160.

[666] Ibid. Comparten esta opinión FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 196-197; KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2011, pp. 113-114; HOYER, A.: «Die Figur…, *op. cit.*, 1994, p. 236, y JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, p. 115. De manera muy gráfica, este último autor señala que las *Kronzeugenregelungen* del Derecho alemán se basan, precisamente, en la diferencia de trato entre los colaboradores y los no colaboradores; para él, esta distinción constituye el «motor» de la cooperación (ibid., p. 111).

[667] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, p. 164; FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 197-198; KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2011, p. 114-115; JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, pp. 115-116. HOYER, A.: «Die Figur…, *op. cit.*, 1994, p. 236.

compartido con las autoridades ha determinado o no una mejora efectiva de la investigación (2). Si se recuerda, las figuras contenidas en los §§ 31 BtMG y 46b StGB cuentan con dos modalidades diferentes de conducta que posibilitan la obtención de la rebaja o exención de pena que prevén. Una de ellas es la que aquí se ha llamado modalidad de «ayuda al esclarecimiento». De conformidad con esta opción, no basta con aportar una información que resulte apta para que la investigación concerniente al hecho de referencia mejore para poder beneficiarse del incentivo: es preciso que la investigación *mejore efectivamente* gracias a la aportación hecha por el colaborador. Esto quiere decir que sólo los colaboradores que hayan contribuido de manera sustancial a la mejora del conocimiento de las autoridades sobre el hecho de referencia podrán obtener, si aspiran a la aplicación de esta modalidad, el trato favorable que prevén los §§ 31 BtMG y 46b StGB[668].

CHRISTOPH reconoce que, *prima facie*, esta distinción parece tener sentido desde el punto de vista de la finalidad perseguida por los incentivos. Sin embargo, inmediatamente después matiza esta opinión y señala que el hecho de que la investigación mejore efectivamente, incluso aunque la información aportada por el colaborador sea idónea para ello, es algo que puede depender de muchos factores. Desde luego, cuantos más datos aporte éste, más probabilidad habrá de esclarecer el hecho de referencia o de identificar y capturar a sus perpetradores. No obstante, también puede suceder que, pese a que la información pudiera haber sido útil para hacer avanzar el proceso en este sentido, las autoridades no hayan actuado con toda la diligencia que les era exigible, de modo que nunca se produzca esa mejora. O también puede ocurrir que otros intervinientes en el hecho delictivo hayan colaborado aportando la misma información; si esto sucede, es más difícil sostener que el que haya compartido su conocimiento en último lugar de verdad haya contribuido a mejorar el estado de la investigación. Esto le lleva a considerar que esta distinción es, cuando menos, discutible desde el punto de vista de la interdicción de la arbitrariedad que, según él y los otros autores citados en este epígrafe, derivaría del principio

[668] Ver Cap. III, apartados 3.4.1. b) (para el § 31 BtMG) y 6.3. (para el § 46b StGB) *supra*. Estos preceptos cuentan con otra modalidad de aplicación, que aquí se llamó de «ayuda a la prevención». Para que resulte aplicable, es necesario que la información aportada por el colaborador pueda servir para impedir la perpetración del hecho de referencia. En este caso, sin embargo, no es necesario que éste sea evitado efectivamente: basta con que la información ofrecida por el colaborador sea apta para ello, que el delito aún pueda ser evitado y que el ofrecimiento se haga, además de antes del dictado del auto de apertura del juicio oral, a tiempo de que la comisión del delito pueda ser impedida. Algo parecido sucede con las disposiciones contenidas en los arts. 4 y 5 KronzG. Estos dos preceptos contienen sendas modalidades de ayuda al esclarecimiento y a la prevención. Sin embargo, ninguna de ellas exige la consecución de resultado alguno. Por lo tanto, ni la modalidad de ayuda a la prevención de los §§ 31 BtMG y 46b StGB, ni los arts. 4 y 5 KronzG en su totalidad forman parte del objeto de esta crítica. Así lo reconoce de modo expreso JEßBERGER, F.: *Kooperation*…, *op. cit.*, 1999, p. 119.

constitucional de igualdad[669]. JEßBERGER es más contundente y considera que esta distinción de trato es, sencillamente, injustificada[670].

Algo similar sucede con el criterio que tiene que ver con el «hecho originador» (3). Como se vio en su momento, los incentivos para la colaboración con las autoridades en Alemania no sólo exigen que su potencial beneficiario preste información sobre ciertos delitos concretos: también requieren que éste haya cometido algún delito en particular. A ese delito se le llamó aquí «hecho originador». Si se toma como referencia este último delito, la doctrina suele distinguir entre *Kronzeugenregelungen* «amplias» y «limitadas». Las primeras serían aquellas que requieren que el delito cometido por el colaborador pertenezca a un ámbito delictivo específico. Es lo que sucede, paradigmáticamente, con el § 31 BtMG, que sólo puede aplicarse cuando su potencial beneficiario haya cometido un delito contra la salud pública de los tipificados en la propia BtMG. Las segundas, en cambio, no establecen restricciones de este tipo, sino que pueden ser aplicados a colaboradores que cometan delitos de cualquier ámbito. Es lo que, por ejemplo, sucede con los arts. 4 y 5 KronzG o el § 46b StGB.

Que las *Kronzeugenregelungen* amplias no exijan que el hecho originador pertenezca a un ámbito delictivo concreto no quiere decir, sin embargo, que el colaborador pueda beneficiarse de ellas si ha cometido *cualquier* delito; los preceptos que las regulan establecen algunas condiciones que limitan su alcance. Por ejemplo, como ya se sabe, los arts. 4 y 5 KronzG están dirigidos, respectivamente, a facilitar el esclarecimiento o la prevención de los delitos de integración en organizaciones criminales y terroristas. Estos delitos están tipificados, también de modo respectivo, en los §§ 129 y 129a StGB. Ni el art. 4 ni el art. 5 KronzG requieren, para su aplicación, que el colaborador sea responsable de uno de esos delitos. Sin embargo, tanto uno como otro disponen que, cuando el potencial beneficiario de los incentivos *no* haya cometido un delito de los tipificados en los §§ 129 o 129a StGB, éste debe estar «en relación» (*im Zusammenhang*) con alguno de los castigados en esos preceptos[671]. Por su parte, el § 46b StGB exige, para su aplicación, que el hecho originador esté castigado con una pena de prisión que, como mínimo, tenga un mes de duración[672]. En la medida en que más adelante se va a hablar sobre el criterio de distinción basado en la existencia de un nexo entre el hecho originador y el hecho de referencia (5), por ahora sólo se va a estudiar la crítica dirigida al § 46b StGB y a las *Kronzeugenregelungen* limitadas.

Comenzaré refiriéndome al § 46b StGB. En este caso, la exigencia de que el hecho originador sea un delito castigado con una pena de prisión que, como mínimo, tenga una duración de más de

[669] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 162-163.
[670] JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, pp. 116-119.
[671] Sobre el ámbito de aplicación de los arts. 4 y 5 KronzG, ver Cap. III, apartado 4.4.1. *supra*.
[672] Sobre el ámbito de aplicación del § 46b StGB, ver Cap. III, apartado 6.2. *supra*.

un mes responde a la pretensión del legislador de excluir a los delincuentes de bagatela del ámbito de aplicación de la disposición. El legislador adujo dos motivos para proceder de ese modo. Por un lado, que era discutible que los delincuentes que hubieran cometido hechos de escasa gravedad estuvieran suficientemente integrados en las estructuras criminales que, se supone, el § 46b StGB estaba llamado a desmantelar. Por otro lado, que ya existían disposiciones que podían servir para motivar a los delincuentes de bagatela a colaborar con las autoridades, como el recurso a las reglas generales de determinación de la pena del § 46 II StGB o a las posibilidades de archivo del procedimiento de los §§ 153 y ss. StPO[673].

Tanto CHRISTOPH como FRAHM consideran (en mi opinión, con acierto) que ninguno de estos dos argumentos es convincente[674]. El primero de ellos parte de la asunción de determinados aspectos fácticos. En concreto, que cometer una infracción más grave implica, normalmente, estar más integrado en el entramado delictivo en el que ésta haya sido perpetrada y, por tanto, disponer de una información más útil para las autoridades. Esto, sin embargo, no tiene por qué ser siempre así[675]. Si el § 46b StGB persigue mejorar las posibilidades de investigación de algunos delitos o evitar su comisión, no parece tener mucho sentido impedir que ciertos infractores, que eventualmente podrían disponer de datos útiles para el cumplimiento de esos objetivos, puedan beneficiarse de los incentivos que prevé[676].

El segundo, por su parte, parece obviar dos cuestiones. Una es que, si bien es cierto que los §§ 153 y ss. StPO prevén posibilidades para archivar el procedimiento cuando el infractor haya cometido un delito de escasa gravedad, éstas cuentan con importantes límites para su aplicación. Las disposiciones cuyo examen ahora interesa son los §§ 153 y 153a StPO. Las dos pueden aplicarse cuando el infractor haya cometido un delito de los que el § 12 II StGB denomina *Vergehen*; es decir, una infracción castigada con pena de multa o con una pena de prisión de duración inferior a un año. Para que pueda acordarse el archivo de conformidad con el § 153 StPO, no basta con haber cometido uno de estos delitos, sino que deben darse, cumulativamente, dos circunstancias adicionales: que la culpabilidad del infractor sea escasa y que no exista un interés público en la persecución del delito. El § 153a StPO, por su parte, está previsto para aquellos casos en los cuales, pese a que existe un interés público en la persecución del delito, éste puede satisfacerse a través del recurso a vías alternativas a la continuidad del proceso penal. En concreto, este precepto permite que, si se da un supuesto como ese, se impongan al infractor

673 BT-Drs. 16/6268, p. 10.
674 En cambio, afirma que es precisamente esto lo que justifica la exclusión de los infractores de delitos leves del ámbito de aplicación del § 46b StGB, KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2011, pp. 120-121.
675 En el Cap. II, apartado 7.2.1. a) *supra*, es posible ver una argumentación similar, aunque referida a los incentivos existentes en el ordenamiento jurídico español.
676 CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 165-166; FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 199-200.

determinadas «condiciones y órdenes» (*Auflagen und Weisungen*), como la reparación del daño causado por el delito o la realización de cursos de formación, a cambio de archivar el proceso penal[677]. Ahora bien, para que esta última posibilidad pueda aplicarse, también se exige que la culpabilidad del infractor sea escasa[678]. Parece, pues, que la remisión a los §§ 153 y ss. StPO para «compensar» la exclusión de los delincuentes de bagatela del ámbito de aplicación del § 46b StGB no debería hacerse tan a la ligera[679].

La otra cuestión que obvia el argumento ahora criticado parte, precisamente, de la existencia del § 46b StGB. El argumento en cuestión afirma que, aparte del precepto en cuestión, el ordenamiento jurídico alemán ya cuenta con suficientes mecanismos como para motivar a los responsables de delitos de escasa gravedad a colaborar con las autoridades. Esta reflexión resulta llamativa si se tiene en cuenta que el propio legislador reconoció, en la fundamentación general de la ley que creó el § 46b StGB, que tanto los §§ 153 y ss. StPO como el § 46 II StGB *no* constituían un incentivo suficiente como para estimular a los infractores a cooperar con las autoridades[680]. El razonamiento del legislador resulta, pues, contradictorio[681].

Queda por ver la crítica dirigida frente a las *Kronzeugenregelungen* limitadas; esto es, aquellas que requieren que el hecho cometido por el colaborador pertenezca a un ámbito delictivo específico. El argumento que el legislador dio para crearlas es que, probablemente, sólo quienes hayan cometido alguno de los delitos cuya investigación y prevención se pretendía facilitar a través de este tipo de disposiciones cuenten con información útil a este respecto[682]. JEßBERGER ha respondido a ese argumento indicando que eso no deja de ser, de nuevo, una asunción muy general que no tiene por qué cumplirse en todos los casos. Tomando en consideración cuál es la meta perseguida por los incentivos, no parece razonable excluir sin más a posibles colaboradores que dispongan de datos aprovechables para su consecución sólo porque no hayan cometido un tipo concreto de delito[683].

Esta respuesta de JEßBERGER es muy parecida a la que ha dado CHRISTOPH para cuestionar el criterio de distinción basado en la necesidad de que exista una conexión entre el hecho originador y el hecho de referencia (5). Como se vio en su momento, ciertos incentivos requieren que el

---

[677] Traducción libre. BECKEMPER, K.: «¿Violación…, *op. cit.*, 2023, p. 329 sólo habla de «condiciones».
[678] Sobre estas facultades de archivo, ver ROXIN, C. y SCHÜNEMANN, B.: *Strafverfahrensrecht*…, *op. cit.*, 30ª ed., 2022, pp. 89-94.
[679] En este sentido, CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, p. 165, y FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, p. 200.
[680] BT-Drs. 16/6268, p. 9.
[681] En este sentido, FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, p. 200.
[682] Así lo explicitó en la fundamentación de la norma que acabaría introduciendo el § 31 BtMG en el ordenamiento jurídico alemán, considerada el caso paradigmático de *Kronzeugenregelung* limitada. Sobre la cuestión, ver BT-Drs. 12/6853, p. 40.
[683] JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, p. 116.

delito cometido por el colaborador y aquél sobre el cual éste informa a las autoridades estén relacionados entre sí. Es lo que sucede con los previstos en los §§ 31 BtMG y 46b StGB, que cuentan con lo que aquí se llamó «exigencia de conexión» (*Konnexitätserfordernis*) (sobre la cuestión, ver Cap. III, apartados 3.3. y 6.2. *supra*). También se dijo entonces que, en la reforma de 2013 que hizo expreso este requisito, el legislador adujo varios argumentos para ello, como que sólo mediante la exigencia de conexión se podía asegurar que la pena finalmente impuesta al colaborador fuera proporcionada a su culpabilidad o que, de ese modo, la atenuación o exención de pena que se le concediera no perturbara la confianza de la ciudadanía en la «inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico»[684].

Más allá de la solidez de estos dos argumentos, interesa ahora destacar el que se remite a la finalidad de la norma para justificar la introducción de la exigencia de conexión. El legislador también sostuvo que, con la previsión de este requisito, se garantizaba que sólo los conocedores de las estructuras criminales llamadas a ser desestabilizadas por las *Kronzeugenregelungen* ahora comentadas fueran sus beneficiarios[685]. CHRISTOPH ha contestado a esta afirmación indicando que la exigencia de conexión dejaría fuera, por ejemplo, a infractores que sean testigos de alguno de los delitos considerados como hechos de referencia. Algo que, teniendo en cuenta cuál es el objetivo que persiguen los §§ 31 BtMG y 46b StGB, no parece estar demasiado justificado. De ahí que el mencionado autor considere que esta limitación del ámbito de aplicación de las disposiciones estudiadas no se ajuste al principio constitucional de igualdad[686].

El último criterio tomado en consideración por CHRISTOPH es el que diferencia a los colaboradores en función de cuándo hayan compartido su información con las autoridades: antes o después del dictado del auto de apertura del juicio oral del procedimiento relativo al hecho originador (6). Sólo los que se encuentren en la primera situación podrán beneficiarse de la atenuación o exención de pena prevista por los §§ 31 BtMG y 46b StGB. Como se vio en su momento, el legislador introdujo esta exigencia en 2009 con dos objetivos en mente: conceder suficiente margen a las autoridades para comprobar la veracidad de la información compartida

[684] BT-Drs. 17/9695, p. 6. Para FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, p. 198, son precisamente estos argumentos los que justificarían la distinción desde el punto de vista del principio de igualdad. Creo que estos argumentos encajan mejor en la reflexión sobre el respeto del principio de proporcionalidad: se trata de comparar lo que se está perdiendo de no existir el mencionado requisito (la imposición de un castigo que corresponda a la medida de la culpabilidad y una cierta dosis de «confianza de la ciudadanía en la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico») con aquello que, a cambio, se está ganando (un mayor conocimiento de los hechos de referencia). Aun así, ni siquiera en esa sede me resultan convincentes, pues en el lado de los «costes» se están introduciendo ideas imposibles de mensurar. Crítico con esos argumentos, CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 86-90.

[685] BT-Drs. 17/9695, pp. 6-7.

[686] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, p. 170. En sentido similar, JEßBERGER, F.: «Nulla poena…, *op. cit.*, 2015, p. 1164.

por el colaborador y evitar que los colaboradores lleven a cabo posibles maniobras dilatorias (sobre la cuestión, ver Cap. III, apartado 3.4.1. c) *supra*).

En opinión del autor que se acaba de citar, uno y otro argumento tienen varios puntos débiles. Lo único que los §§ 31 BtMG y 46b StGB exigen que se haga antes del límite preclusivo es el ofrecimiento de información sobre el hecho de referencia. Recuérdese que la modalidad de ayuda al esclarecimiento, prevista por ambos preceptos, exige la producción de una mejora efectiva de la investigación de este hecho. Que se haya compartido la información antes del dictado del auto en cuestión no garantiza que en el juicio oral no tengan que llevarse a cabo comprobaciones sobre la veracidad de las declaraciones del colaborador. Sólo de ese modo podrá verificarse si los datos que éste puso a disposición de las autoridades contribuyeron a mejorar o no el conocimiento que se tenía sobre el hecho de referencia. Puede ponerse en entredicho, por tanto, que, aun con el límite preclusivo las autoridades no tengan que llevar a cabo comprobaciones en la fase de juicio oral que, a la postre, redunden en un desarrollo más lento del proceso[687]. A ello hay que añadirle que a la justificación que alude a la posibilidad de que el colaborador pueda llevar a cabo «maniobras dilatorias» parece subyacerle una visión peyorativa de las estrategias de defensa no cooperativas: esperar lo máximo posible antes de compartir la información que se posea sobre el hecho de referencia para hacer un cálculo realista de las posibilidades de resultar absuelto es una forma de proceder tan legítima como la de colaborar desde el mismo momento en que uno se sabe investigado[688].

Pese a estas objeciones, CHRISTOPH considera que la distinción no puede tildarse de arbitraria. Desde luego, si una de las aspiraciones del legislador era garantizar, en la medida de lo posible, que hubiera el suficiente margen como para poder comprobar la veracidad de la información aportada por el colaborador, la previsión de un límite preclusivo parece una medida razonable para conseguirlo[689]. FRAHM, en cambio, es de otra opinión y afirma que, si la finalidad de los incentivos es mejorar las capacidades de las autoridades para la investigación, enjuiciamiento y prevención de los hechos de referencia, da igual que la aportación se haga antes o después del dictado del auto de apertura del juicio oral. Esto le lleva a defender que este criterio de distinción es arbitrario[690].

Esta última postura me resulta convincente si se la pone en relación con algo que ni CHRISTOPH ni el propio FRAHM explicitan: el auto cuyo dictado marca el límite preclusivo es el del proceso que tiene por objeto *el hecho originador*. La pretensión del legislador, en cambio, es que la

[687] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 167-168. En el mismo sentido, FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 202-203.
[688] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, p. 168.
[689] Ibid., p. 169. En un sentido similar, KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2011, pp. 115-117.
[690] FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 204-205.

información *sobre el hecho de referencia* sea debidamente comprobada. Como se ha dicho en varias ocasiones, el hecho originador y el hecho de referencia pueden formar parte del mismo proceso –e incluso ser el mismo–, pero no es necesario que eso sea así para la aplicación de los incentivos ahora estudiados (*i.e.*, los §§ 31 BtMG y 46b StGB). Si se piensa en los supuestos en los que uno y otro hecho se enjuician en procedimientos distintos, los motivos dados por el legislador como justificación al establecimiento del límite preclusivo parecen, en mi opinión, difícilmente admisibles.

5.3. Conclusiones sobre el principio de igualdad

Los incentivos para la colaboración con las autoridades en Alemania crean múltiples diferencias de trato entre los infractores. Para algunos de los estudiosos de estas disposiciones, ciertos criterios están justificados de manera más o menos o clara tomando en consideración la finalidad que persiguen dichos incentivos. Es lo que sucede con el que distingue a los infractores en función de si colaboran o no colaboran (1) y el que pone el acento en el tipo de delito para cuyo esclarecimiento o prevención se ha cooperado con las autoridades; esto es, el aquí llamado hecho de referencia (4).

Otros criterios, por el contrario, son más discutibles. A este segundo grupo pertenece el criterio que diferencia a los infractores en función de si, con su colaboración, han conseguido que la investigación mejore efectivamente o no (2); el que distingue entre los que han cometido un delito de los previstos como hecho originador por el incentivo de que se trate y los que no (3); el que discrimina en función de si el hecho originador y el hecho de referencia se encuentran relacionados entre sí o no (5), y el que prevé que el trato favorable sólo se conceda a los que hayan ofrecido a las autoridades la información de la que disponen antes del dictado del auto de apertura del juicio oral en el proceso que tiene por objeto el hecho originador (6).

Esta abundancia de criterios de distinción es fruto del particular diseño que tienen los incentivos en Alemania. En particular, muchos de ellos obedecen al hecho de que éstas figuras distinguen con claridad entre el delito cometido por el colaborador (hecho originador) y aquél sobre el cual éste informa (hecho de referencia). En España esta distinción no existe. Por lo tanto, la reflexión sobre la adecuación de los incentivos al principio de igualdad no ha alcanzado el mismo grado de detalle.

Aun así, la reflexión de los autores que han estudiado los incentivos del ordenamiento jurídico español tiene un punto en común con la de aquellos que han hecho lo propio en Alemania. Si se recuerda, en España ciertos autores también advirtieron sobre la posible vulneración del principio de igualdad a la que podía dar lugar el hecho de que los incentivos sólo sean aplicables a quienes hayan *cometido* ciertos delitos en particular. En su momento, sostuve que esta distinción, aun no

pareciéndome contraria al art. 14 CE, tampoco me resultaba la mejor opción para que los incentivos cumplieran, en la medida de lo posible, con las finalidades que tienen atribuidas. De ahí que indicara que, *de lege ferenda*, tal vez sería aconsejable suprimir la necesidad de que, para que los incentivos sean aplicables, haya que ser responsable de haber cometido algún tipo concreto de delito. Lo determinante es, a mi juicio, que se aporte información sobre los delitos que el legislador considera más difíciles de detectar e investigar y que, en definitiva, justifican, en su opinión, el recurso a los incentivos (ver, al respecto, Cap. II, apartado 7.2.2. *supra*).

A lo largo de este apartado 5 se ha visto cómo varios autores han formulado esa misma crítica a los incentivos existentes en Alemania; se trata de la que toma como referencia el criterio que aquí se ha numerado con el (3). Y ello, a pesar de que el ámbito de aplicación de algunos de los incentivos del ordenamiento jurídico alemán es notablemente más extenso que el de los incentivos previstos en el Código Penal español (me estoy refiriendo, en particular, a las figuras que aquí se han llamado *Kronzeugenregelungen* amplias). Creo, pues, que las reflexiones efectuadas por los autores alemanes pueden servir para apuntalar las conclusiones que, sobre este criterio de distinción, se hicieron más arriba.

6. RIESGOS PARA TERCEROS Y RIESGOS PARA LAS AUTORIDADES: LA CREDIBILIDAD DE LAS DECLARACIONES DEL COLABORADOR

6.1. Planteamiento: los puntos de tensión

Esta es, probablemente, una de las críticas que más fácilmente vienen a la mente cuando se piensa en las figuras constitutivas del objeto de estudio: si, a cambio de prestar su información a las autoridades, sus destinatarios van a obtener un trato penal más favorable, lo que constituyen estas figuras es, en realidad, un incentivo para hacer declaraciones falsas[691].

Aquí hay una concatenación de puntos de tensión. En primer lugar, el Estado debe garantizar que no se va a condenar penalmente a nadie inocente. Esto es algo que algunos autores derivan del principio de Estado de Derecho del art. 20 III GG o, incluso, de la intangibilidad de la dignidad humana consagrada en el art. 1 I GG[692]. Por lo tanto, habrá que establecer cautelas que coarten a los potenciales beneficiarios de incriminar a terceros no culpables. Ahora bien, en segundo lugar, también hay que ser consecuente con el objetivo que tienen asignado estas figuras, como es el de facilitar la labor de las autoridades encargadas de la persecución del delito. Las declaraciones de los colaboradores deberían llenar un vacío probatorio que no se ha conseguido completar a través

[691] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 240-241; JEßBERGER, F.: «Nulla poena…, *op. cit.*, 2015, p. 1164; EL MISMO: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, p. 127.
[692] FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, p. 231. JEßBERGER, en cambio, acude al derecho a un proceso justo del art. 6 CEDH. JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, p. 120.

de otros medios de investigación. Es importante, por lo tanto, aclarar cuál es el eventual peso de la declaración de los colaboradores a la hora de fundar una sentencia condenatoria.

6.2. La evitación de declaraciones falsas: límites preclusivos y subtipos agravados de simulación de delito y de denuncia falsa

En el actual estado de cosas, la evitación de posibles declaraciones falsas pretende llevarse a cabo a través de dos mecanismos: el establecimiento de un límite preclusivo para el ofrecimiento de información y la previsión de dos subtipos agravados en los delitos de simulación de delito (§ 145d III StGB) y denuncia falsa (§ 164 III StGB).

Sobre la primera de estas dos medidas ya se ha hablado más arriba (Cap. III, apartado 3.4.1, c) *supra*). Recuérdese que, desde el 1 de septiembre de 2009, los colaboradores que deseen beneficiarse de las ventajas de los §§ 31 BtMG y 46b StGB, deben ofrecer la información de que dispongan antes del dictado del auto de apertura del juicio oral. Con esta previsión se pretende, además de impulsar a los potenciales colaboradores a prestar su ayuda lo antes posible, conceder el suficiente margen de actuación a las autoridades para comprobar la veracidad de los datos aportados por aquéllos.

De este límite preclusivo podría derivarse un efecto preventivo adicional que funcionaría del siguiente modo. La información de la que el potencial colaborador disponga debe ofrecerse a las autoridades antes del dictado del auto de apertura del juicio oral, precisamente, para que éstas puedan comprobar su veracidad. Por lo tanto, los potenciales colaboradores han de contar con que los datos que aporten serán sometidos a examen. Esto debería, en principio, disuadirles de ofrecer información falsa para obtener las ventajas previstas en los §§ 31 BtMG y 46b StGB[693].

Este efecto de prevención espera asegurarse a través del segundo mecanismo: los subtipos agravados de los §§ 145d III y 164 III StGB. En el primer precepto se castiga con una pena de prisión de tres meses a cinco años a quien, a sabiendas, simule ante una autoridad encargada de la persecución del delito o competente para recibir una denuncia la comisión de un delito o la participación de alguien en él con la finalidad de obtener las ventajas previstas en los §§ 31 BtMG o 46b StGB. El mismo parágrafo también castiga a quienes, a sabiendas, informen falsamente a estas autoridades de la inminente comisión de alguno de los delitos considerados como hechos de referencia por los §§ 31 BtMG o 46b StGB o de la participación de alguien en alguno de ellos con la finalidad de obtener alguna las ventajas previstas en tales preceptos. Por su parte, el § 164 III StGB sanciona con una pena de prisión de seis meses a diez años a quien, a sabiendas, y con la intención de que se tomen o que continúen en el tiempo medidas legales contra una persona, la

[693]Así lo ve CHRISTOPH, aunque este mismo autor también critica este argumento por sobrevalorar la capacidad de anticipación del colaborador: probablemente no tenga tantas cosas en la cabeza al decidirse a ofrecer su información a las autoridades. CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, p. 244.

acuse falsamente de modo público o ante una autoridad de haber cometido una acción u omisión ilícita para obtener alguna de las ventajas previstas en los §§ 31 BtMG o 46b StGB[694].

Uno y otro precepto accedieron al ordenamiento jurídico alemán a través de la 43ª Ley de Reforma del StGB, de 29 de julio de 2009 –es decir, la misma ley que creó la *Kronzeugenregelung* amplia del § 46b StGB–. Con ellos, el legislador zanjó un debate que había surgido al calor de los resultados del estudio de MÜHLHOFF y MEHRENS de 1999 y que se había trasladado a algunos borradores remitidos al parlamento una vez que finalizó el plazo para colaborar de los arts. 4 y 5 KronzG.

Así, uno de los puntos problemáticos que se puso de relieve en ese estudio fue la situación de aquellos colaboradores que, una vez que habían obtenido el trato favorable en el proceso sobre el hecho originador, luego no repetían su declaración en aquel en el que se juzgaba el hecho de referencia o, sencillamente, proporcionaban información falsa sobre el mismo. Para solucionar este problema, varios prácticos propusieron, en el seno de ese estudio, reformar el § 362 StPO. Este precepto establece los supuestos en los cuales puede reabrirse el proceso penal frente a una persona para la cual ya haya adquirido firmeza la resolución que le puso fin. La idea de estos prácticos –y también de los proponentes de algunas iniciativas legislativas previas a 2009– era incluir un nuevo supuesto en el § 362 StPO que permitiera reanudar las actuaciones frente a los colaboradores que se encontraran en alguna de las situaciones antes mencionadas[695].

El legislador decidió, en palabras de CHRISTOPH, «evitar el camino más difícil» y crear los subtipos agravados que ahora se comentan[696]. Lo cierto es que añadir un supuesto adicional a los casos en los que puede reanudarse el procedimiento, aunque haya una sentencia firme, es una medida controvertida[697]. Esto no quiere decir, sin embargo, que la opción escogida resulte óptima. En efecto, es discutible que alguno de esos preceptos sea suficientemente intimidatorio.

Pese a la elevada penalidad que contienen, lo cierto es que son dos tipos penales de difícil aplicación. Para empezar, exigen la concurrencia de varios elementos subjetivos específicos, que, normalmente, suelen ser difíciles de probar. No sólo es preciso que la transmisión de información a las autoridades se haga «a sabiendas» de su falsedad; esto es común a los tipos básicos de simulación de delito (§ 145d I y II StGB) y denuncia falsa (§ 164 I y II StGB). Para la aplicación

---

[694] Puede consultarse el tenor literal de estos dos preceptos en el Anexo 3.

[695] MÜHLHOFF, U. y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz…*, *op. cit.*, 1999, pp. 32-33, 98-99 y 101. También PEGLAU, J.: «Überlegungen…, *op. cit.*, 2001, pp. 104-105. Contenían alguna disposición en este sentido las proposiciones de ley presentadas al Bundestag el 28 de julio de 2000 (BT-Drs. 14/5938, pp. 9 y 12), el 29 de agosto de 2001 (BT-Drs. 14/6834, pp. 7 y 13), el 13 de enero de 2004 (BT-Drs. 15/2333, pp. 7 y 9) y el 24 de marzo de 2004 (BT-Drs. 15/2771, pp. 9 y 11). También, la iniciativa presentada por el Estado de Baja Sajonia al Bundesrat el 6 de diciembre de 2002 (BR-Drs. 896/02, pp. 3 y 10).

[696] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, p. 252.

[697] Sobre la cuestión, ver CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 262-265, y FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 258-261.

de los subtipos agravados también es necesario que la simulación o la denuncia tengan la *finalidad* de obtener alguna de las ventajas previstas en el § 31 BtMG o el § 46b StGB. La necesidad de acreditar estos requisitos reduce la probabilidad de condena. De ahí que, como destacan CHRISTOPH y FRAHM, pueda ponerse en entredicho que estos preceptos vayan a cumplir con su función de prevención[698].

A lo anterior hay que sumarle que estos tipos penales sólo se prevén para el caso de que alguien aporte información falsa con miras a obtener una ventaja de las previstas en los §§ 31 BtMG o 46b StGB. Quedan fuera, por tanto, los §§ 129 VII, 129a VII y 261 VIII StGB, así como los arts. 4 y 5 KronzG. Para las situaciones en que se pretenda obtener las rebajas o exenciones de pena de esos preceptos resultarían de aplicación, en su caso, los tipos básicos, los cuales, como se acaba de decir, también requieren la concurrencia de ciertos elementos subjetivos que dificultan la condena. Por lo demás, esta última crítica también es predicable del primer mecanismo que se ha estudiado: en efecto, el límite preclusivo del dictado del auto de apertura del juicio oral sólo afecta a los §§ 31 BtMG y 46b StGB.

Aun con cuanto se ha dicho en este epígrafe, la (falta de) credibilidad de las declaraciones de los colaboradores con las autoridades no parece ser algo que preocupe especialmente a los prácticos. O, al menos, no en la actualidad. Es cierto que en el estudio de JAEGER la mayoría de los encuestados afirmó que el riesgo de que los beneficiarios del § 31 BtMG hicieran declaraciones falsas era mayor que el de otros testigos[699]. No obstante, desde 1986 en adelante las tornas parecen haber cambiado. Ya en su trabajo de 1996, que también versaba sobre el § 31 BtMG, STOCK y KREUZER pusieron de relieve que, al menos entre los agentes de Policía participantes en su estudio, la opinión mayoritaria era que el riesgo de que los colaboradores hicieran declaraciones falsas no era mayor que el de cualquier otro testigo[700]. Por su parte, en el estudio de MÜHLHOFF y MEHRENS sólo un porcentaje menor al 5% de los 466 profesionales encuestados consideró que las declaraciones de los colaboradores con las autoridades carecen, como norma general, de credibilidad[701]. CHRISTOPH llega a conclusiones similares en lo que tiene que ver con el § 46b StGB: la mayoría de los intervinientes en el cuestionario respondieron negativamente a las preguntas de si, según su experiencia, los colaboradores, potenciales o

[698] Ibid., p. 248; FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, 2014, p. 248.
[699] A esa pregunta respondieron afirmativamente 158 de los 312 encuestados (50,6%). Por su parte, otros 121 respondieron que no (38,8%). Los 33 restantes (10,6%) no hicieron ninguna declaración al respecto. JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 1986, p. 162.
[700] STOCK, J., y KREUZER, A.: *Drogen…*, *op. cit.*, 1996, pp. 363-364.
[701] MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz…*, *op. cit.*, 1999, pp. 17 y 44-45.

actuales, habían inculpado en falso a una tercera persona alguna vez o habían intentado engañar, de algún otro modo, a las autoridades[702].

Téngase presente, en cualquier caso, que los datos que se acaban de aportar sólo reflejan las opiniones de los prácticos sobre la fiabilidad del testimonio de los colaboradores. Se trata de una opinión fundada en su experiencia profesional, pero no deja de ser una opinión. De los datos reflejados aquí no puede concluirse, en definitiva, que los testimonios en cuestión sean, por norma general, más o menos fiables, sino, sencillamente, que a un número significativo de trabajadores en el sistema de justicia penal así se lo parece.

6.3. El valor probatorio de las declaraciones de los colaboradores

En Alemania se admite la condena fundada, exclusivamente, en la declaración de un colaborador con las autoridades que haya recibido alguna ventaja a cambio de compartir su información. Ello es así en la medida en que el § 261 StPO consagra el principio de libre valoración de la prueba.

Los autores que han estudiado la cuestión señalan que cuando un colaborador incrimina a una tercera persona se está en la misma situación que la que se da cuando la única prueba de cargo es la declaración de un testigo (casos de «tu palabra contra la mía» o *Aussage gegen Aussage*). Tanto en estos últimos casos, como en el de los colaboradores que declaran contra un tercero, es preciso que los órganos jurisdiccionales tomen en consideración todos los elementos con potencial relevancia para la decisión y que expliciten las razones que los han llevado a una convicción u otra en la sentencia. En lo que interesa, esto implica que los jueces deben valorar la posible incidencia de las ventajas recibidas por el colaborador en la mayor o menor credibilidad de su testimonio. Pero, como se acaba de decir, el hecho de que el colaborador haya obtenido un trato penológico favorable por declarar contra una tercera persona no es algo que, por sí solo, invalide su declaración como prueba de cargo[703].

---

[702] Así, en una muestra de 206 personas que habían intervenido en un procedimiento en el que, al menos, se hubiera suscitado la aplicación del § 46b StGB, sólo el 15,5% de los encuestados respondieron que, según su experiencia, los potenciales beneficiarios del precepto habían incriminado falsamente a terceras personas «siempre», «muy frecuentemente» o «frecuentemente». Un 59,7%, en cambio, respondió con «nunca», «muy raramente» o «raramente» a esa misma pregunta. A la pregunta relativa a si los potenciales beneficiarios habían tratado de engañar, de algún otro modo, a las autoridades, de nuevo un 15,5% marcó la casilla de «siempre», «muy frecuentemente» o «frecuentemente», mientras que los del grupo de «nunca», «muy raramente» o «raramente» pasaron a constituir el 58,3% de las respuestas. Cuando se plantearon las mismas dos preguntas a los prácticos que habían intervenido en algún procedimiento en el que el § 46b StGB hubiera sido aplicado efectivamente (N=154), la brecha aumentó; en efecto, los que consideraban que los colaboradores no habían incriminado falsamente a terceros ni habían intentado engañar a las autoridades llegaron a representar el 68% de la muestra en ambos casos. CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 346-347.

[703] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 256-257; FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, p. 262.

No es preciso, en definitiva, que la declaración del colaborador resulte corroborada por otros elementos para fundar la sentencia de condena, como sí se requiere, por ejemplo, para los testigos de referencia. La introducción de una exigencia semejante para los colaboradores, con todo, es algo que se ha debatido en Alemania. Tanto la ley como la jurisprudencia, sin embargo, se han mantenido contrarias a esta posibilidad[704].

6.4. Conclusiones sobre los riesgos derivados de la posible falta de credibilidad de las declaraciones de los colaboradores

La posibilidad de que los colaboradores con las autoridades imputen falsamente a terceras personas la comisión de un hecho delictivo es algo que ha preocupado a quienes han tenido ocasión de investigar sobre las figuras aquí estudiadas. Máxime tomando en consideración que, como consecuencia del principio de libre valoración de la prueba del § 261 StPO, en Alemania está permitido fundar una sentencia de condena, exclusivamente, sobre la declaración de alguien que ha obtenido algún tipo de ventaja penológica a cambio de su aportación al proceso penal.

El legislador ha pretendido conjurar estos peligros estableciendo dos cautelas: la previsión de un límite preclusivo para la prestación de la colaboración –el dictado del auto de apertura del juicio oral– y la creación de dos subtipos agravados de simulación de delito (§ 145d III StGB) y de denuncia falsa (§ 164 III StGB). El diseño de estas cautelas, sin embargo, parece mejorable: ninguna de ellas incluye todos los incentivos previstos en el ordenamiento jurídico alemán, sino sólo los contenidos en el § 31 BtMG y el § 46b StGB. Por otra parte, los subtipos agravados exigen, para su apreciación, la prueba de varios elementos subjetivos. La aplicación de estos subtipos es tan difícil que resulta discutible que puedan cumplir adecuadamente con su función intimidatoria.

Aun así, la investigación empírica sugiere que los prácticos no están excesivamente preocupados por la posibilidad de que el empleo de estos incentivos pueda dar lugar a declaraciones que incriminen falsamente a terceros. Por su parte, ni el legislador ha considerado preciso reformar el § 261 StPO para prever, expresamente, que una sentencia condenatoria no

[704] Se posicionan en contra de esta exigencia CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 267-268 y JEßBERGER, F.: *Kooperation…*, *op. cit.*, 1999, pp. 129-131. Cree que sería deseable, en cambio, FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 263-268. Las respuestas de los prácticos tampoco son unánimes en lo que se refiere a esta cuestión. FRAHM trae a colación, para defender su posición, los resultados del estudio de MÜHLHOFF y MEHRENS de 1999. En dicho estudio, a la pregunta relativa a qué modificaciones sería conveniente introducir en los arts. 4 y 5 KronzG, la opción de no permitir condenas basadas únicamente en la declaración del colaborador recibió un apoyo mayoritario en los grupos de jueces, fiscales y policías. En el estudio elaborado por el propio FRAHM en 2014, en cambio, sólo los abogados apoyaron mayoritariamente esa propuesta. Algo similar sucede en el estudio de CHRISTOPH, elaborado en 2019. En su cuestionario, la propuesta de introducir una regla de corroboración sólo fue apoyada por el 35,1% de la muestra (de 387 personas). El 48,8%, en cambio, votó expresamente en contra. CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 385-388; FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 334-335; MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz…*, *op. cit.*, 1999, pp. 47-48.

pueda estar fundada exclusivamente en la declaración de un colaborador con las autoridades que haya obtenido un trato favorable a cambio de ella, ni la jurisprudencia ha hecho una interpretación de este precepto en esa línea. La posible falta de credibilidad de los colaboradores no ha constituido en Alemania, pues, un argumento suficientemente convincente como para eliminar del ordenamiento jurídico los incentivos que aquí se han estudiado, sino que sólo ha servido para introducir ciertas cautelas al respecto.

7. OTROS FACTORES INFLUYENTES EN LA APLICACIÓN DE LOS INCENTIVOS

7.1. La escasa seguridad para los colaboradores

Una observación que, de modo recurrente, suele realizarse cuando se reflexiona acerca de los posibles factores determinantes de la escasa aplicación de los incentivos, es que éstos ofrecen muy poca seguridad a los colaboradores. Esta falta de seguridad hace, por tanto, que la estrategia procesal consistente en cooperar resulte, a veces, descartada. La inseguridad para los colaboradores se predica en dos sentidos.

Por un lado, y como ya se ha dicho en otras ocasiones, se destaca que la mayoría de estas figuras están construidas como disposiciones de aplicación facultativa para el juez. Esto impide a la Policía y a la Fiscalía realizar promesas vinculantes a los potenciales colaboradores sobre posibles ventajas. Además, también impide a los colaboradores tener certeza sobre su destino en el proceso penal. Téngase en cuenta que estas disposiciones sólo podrán aplicarse, como muy pronto, al final de la fase de investigación. Esto, además, sólo sucederá cuando se acuerde el archivo del proceso; como se ha visto, eso no sucede casi nunca, por lo que, normalmente, el colaborador tendrá que esperar hasta la sentencia para conocer, exactamente, qué ventaja obtendrá, si es que obtiene alguna[705].

Los hallazgos de CHRISTOPH en este sentido resultan interesantes. En una sección de su cuestionario, este autor trata de averiguar si los jueces suelen aceptar o no las propuestas de la Fiscalía a la hora de considerar procedente la aplicación del § 46b StGB. Para ello, preguntó a los profesionales con experiencia en la aplicación de esa disposición cómo se había comportado el juez en relación con las propuestas de la Fiscalía. En concreto, se pidió a estos profesionales que indicaran si, de acuerdo con su experiencia, los jueces habían seguido esa propuesta o si, por el contrario, se habían desviado de ella. En este último caso, se diferenciaba en función de si la desviación se produjo a favor o en contra del colaborador. A cualquiera de esas tres opciones –

[705] En este sentido, FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 299-301; MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, p. 136; MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz…*, *op. cit.*, 1999, pp. 30-31 y 74-78.

seguir la propuesta, desviarse a favor del colaborador o desviarse en su contra– se podía responder marcando las opciones «siempre», «a veces» o «nunca».

La muestra quedó constituida por 142 personas (se excluyeron del cómputo a los profesionales cuya experiencia en la aplicación del § 46b StGB había consistido en defender a personas incriminadas por un beneficiario de alguno de los incentivos regulados en este precepto)[706]. En atención a los datos del cuestionario, parece que los jueces tienden a seguir las propuestas de los Fiscales y que, si se desvían de ellas, suele ser a favor de los colaboradores.

Así, si bien la respuesta mayoritaria fue que los jueces siguen las propuestas de los Fiscales «a veces», con un 52,8% de la muestra, hubo un 34,5% de los encuestados que respondió que los jueces «siempre» habían seguido esa proposición. Sólo un 2,1% respondió que eso «nunca» les había pasado. En lo que tiene que ver con las respuestas relativas a las posibles desviaciones, habría que partir de que un 5,6% dijo que, según su experiencia, los jueces «siempre» se habían desviado a favor del colaborador, un 46,5% dijo que eso les había pasado «a veces» y un 28,2% dijo que eso no les había pasado «nunca». Por su parte, sólo el 0,7% de la muestra dijo que los jueces «siempre» se habían desviado en contra del colaborador, un 24,6% dijo que eso les había pasado «a veces» y un 54,9% dijo que eso no les había pasado «nunca» [707].

En atención a lo expuesto, parece que en Alemania los colaboradores pueden confiar razonablemente en que las propuestas de la Fiscalía sobre la aplicación del § 46b StGB sean seguidas por el juez. Esto puede ser un elemento importante a la hora de incrementar la seguridad en cuanto a su destino en el proceso penal. Téngase presente que, en Alemania, quien monopoliza la tarea de investigar el hecho delictivo es la Fiscalía. Por lo tanto, será este órgano el que tenga un mayor contacto con el colaborador. Si durante el desarrollo de esta fase del proceso el acusador público comunica al inculpado que, con la intención de «recompensar» sus esfuerzos, propondrá al juez la aplicación del § 46b StGB, de acuerdo con los números anteriores, podría tenerse una expectativa más o menos fundada de que esta disposición finalmente se aplique.

Aun así, los abogados no parecen ser de esta opinión. En otra sección del cuestionario, CHRISTOPH preguntó a estos profesionales si «de modo tendencial», aconsejaban a sus clientes colaborar con las autoridades. Hubo 106 letrados que contestaron a esta pregunta. El 37,7% de la muestra respondió que sí, un 5,7% no hizo ninguna declaración al respecto y un el 56,6% restante contestó que no. Cuando, en esta misma sección del cuestionario, CHRISTOPH solicitó a los abogados que expresasen, de manera libre, las razones en virtud de las cuales desaconsejaban a

[706] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, p. 343.
[707] Ibid.

sus clientes seguir la vía de la cooperación, éstos mencionaron, entre otras, la escasa seguridad a la hora de conocer si el incentivo se concederá o no[708].

El otro sentido en el que se predica la inseguridad para los colaboradores tiene que ver con la escasez de las medidas de protección disponibles en Alemania. Es cierto que la legislación de protección de testigos de este país cuenta con varias disposiciones potencialmente aplicables a los beneficiarios de los incentivos[709]. Sin embargo, los resultados de los estudios empíricos ponen de relieve que, a ojos de los prácticos, esta protección no resulta suficiente para compensar el miedo que los colaboradores tienen a sufrir represalias por parte de otros intervinientes en el hecho delictivo.

En su estudio de 1986, JAEGER constató que los colaboradores al amparo del § 31 BtMG no sólo temían sufrir represalias, sino que las sufrían efectivamente. Así, en su estudio de sentencias encontró que, de los 97 inculpados a los que se les aplicó esta disposición, hubo 25 que, o bien sufrieron algún tipo de consecuencia por su cooperación con las autoridades personalmente, o bien alguno de sus allegados las sufrió por la misma causa. Los resultados del cuestionario también sugieren la existencia de ese peligro para los colaboradores. Así, a la pregunta de si éstos o sus allegados sufren habitualmente amenazas o agresiones por parte del mundo del hampa, hubo 143 encuestados que respondieron que sí (45,8% de la muestra) y otros 66 que respondieron que no (21,2% de la muestra). Los 103 restantes no hicieron ninguna declaración al respecto (un 33% de la muestra)[710].

Aunque los hallazgos de JAEGER son bastante antiguos, esta preocupación parece haberse mantenido a lo largo del tiempo. En sus trabajos de 1999 y 2001, MÜHLHOFF y MEHRENS también consideraron que, en atención a la valoración que de este asunto realizaban los prácticos, uno de los posibles factores determinantes de la escasa aplicación de los arts. 4 y 5 KronzG es la insuficiencia de los programas de protección de testigos[711]. En 2014, FRAHM también extrajo la misma conclusión en relación con el § 46b StGB[712].

Sobre esta cuestión vuelven a ser interesantes, a mi juicio, los hallazgos que resultan del trabajo de 2019 de Stephan CHRISTOPH. Recuérdese que la mayoría de los abogados participantes en el cuestionario declararon que no solían aconsejar a sus clientes colaborar con las autoridades. Entre

[708] Ibid., pp. 357-358.
[709] Sobre las medidas disponibles, ver FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 145-156.
[710] JAEGER, M.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 1986, pp. 173-174.
[711] MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, p. 137, 2001; MÜHLHOFF, U., y MEHRENS S.: *Das Kronzeugengesetz…*, *op. cit.*, 1999, pp. 40-43 y 59-60.
[712] FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.*, 2014, pp. 301-302.

los motivos que alegaron para ello, además de la falta de seguridad en la concesión del incentivo, también se mencionó la insuficiencia de las medidas de protección a su disposición[713].

Este dato es coherente, al menos en parte, con el que se va a comentar ahora. En otra sección de su cuestionario, el autor preguntó a los profesionales que habían intervenido en algún proceso en el que, al menos, se hubiera suscitado la aplicación del § 46b StGB, por los motivos que, en su caso, habría tenido el potencial beneficiario para no colaborar con las autoridades. La muestra quedó constituida por 206 personas. En ella estaban incluidos tanto los profesionales que habían participado en procesos en los que la disposición en cuestión se había aplicado efectivamente como aquellos otros que lo habían hecho en procedimientos en los cuales, o bien se sabía a ciencia cierta que esa figura *no* se había aplicado, o bien se desconocía si, al final, esto había sucedido[714]. De esos 206 profesionales, un 67,5% indicó que uno de los motivos para no cooperar fue el miedo a represalias fuera de prisión. Por su parte, un 50% también marcó la opción relativa al miedo a represalias, pero, esta vez, dentro de la prisión[715].

Si bien este dato parece confirmar que el miedo a las represalias es un factor que, en la actualidad, sigue pesando a la hora de decidir si colaborar o no con las autoridades, creo que hay que matizar. La pregunta, como se ha dicho, no sólo se dirige a aquellos profesionales que intervinieron en un proceso en el que, pese a haberse suscitado la aplicación del § 46b StGB, no se aplicó, sino también a aquellos que lo hicieron en procesos en los que esta disposición *se apreció por el juez* y a aquellos otros que hicieron lo propio en casos con un desenlace incierto. No parece, en fin, que estos porcentajes tan elevados demuestren que el miedo a las represalias sea un factor *decisivo* para que los potenciales beneficiarios no colaboren con las autoridades; de hecho, están más cerca de probar lo contrario, pues en la muestra se incluyen los profesionales que intervinieron procesos en los que, *pese a que el colaborador tuvo miedo de las represalias*, no sólo colaboró, sino que fue beneficiado, por la importancia de su cooperación, con la aplicación del § 46b StGB. Recuérdese, además, que los profesionales que habían intervenido en procedimientos en los cuales el § 46b StGB fue efectivamente aplicado son 154. Si la muestra que responde a esta pregunta está compuesta por 206 profesionales, el grupo al que se acaba de hacer mención representa alrededor de un 75% de ésta. Esto puede generar, en mi opinión, distorsiones. De ahí la precisión que se acaba de hacer.

En cualquier caso, lo que sí parece que acreditan los datos arriba reseñados es que los prácticos comparten, en una medida más o menos considerable, la intuición de que un factor relevante para frenar a los potenciales beneficiarios del § 46b StGB a colaborar es el miedo a posibles represalias.

---

[713] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 358-359.
[714] Sobre la composición de la muestra, ibid., pp. 288 y 375.
[715] Ibid., p. 375.

Sin embargo, para sacar conclusiones más precisas acerca de la concreta influencia de este factor a la hora de tomar la decisión de colaborar o no, la pregunta debería haberse dirigido a otro tipo de muestra.

7.2. El grado de conocimiento de las disposiciones estudiadas por parte de los prácticos

¿Y si las disposiciones constitutivas del objeto de estudio no se aplicaran porque, sencillamente, los profesionales no las conocen? Esta es, quizás, una pregunta algo incómoda de responder para quienes se dedican a la praxis. Sin embargo, nada obsta a que sea un factor potencialmente incidente en los resultados derivados de la (no) aplicación de los incentivos para la colaboración con las autoridades.

Hasta donde alcanzo, MÜHLHOFF y MEHRENS fueron los primeros en plantearla. Así, en su estudio de 1999 preguntaron a los prácticos por las razones en virtud de las cuales consideraban que los arts. 4 y 5 KronzG habían tenido, aparentemente, tan pocos casos de aplicación. A tal efecto, propusieron diferentes explicaciones a las que los encuestados podían responder con «estoy totalmente de acuerdo», «estoy parcialmente de acuerdo», «estoy parcialmente en desacuerdo», «estoy totalmente en desacuerdo». Una de las posibles explicaciones era que las disposiciones en cuestión eran muy poco conocidas. El 70% de los policías (N=235) y los fiscales (N=156) marcaron las dos primeras casillas en lo que tenía que ver con ella. Más del 50% de los jueces encuestados (N=66) hicieron lo mismo[716].

Debe hacerse un matiz importante. Estos porcentajes, relativamente elevados, no quieren decir que la mayoría de los policías, fiscales y jueces de Alemania ignorasen la existencia de estas figuras en su ordenamiento jurídico a finales de los noventa. Lo que resulta de poner estos datos en relación con otros de este mismo estudio, es que, dada la novedad que estas figuras poseían, aún no estaba claro cómo todos estos actores podían manejarse con ellas. Por eso, a la hora de conceder algún incentivo para mover a los inculpados a colaborar con las autoridades, otras figuras potencialmente aplicables y sobre las que ya había una praxis mucho más establecida –como el § 31 BtMG– constituían un recurso preferible[717].

Es interesante el tratamiento que tanto FRAHM como CHRISTOPH realizan sobre la cuestión en sus estudios sobre el § 46b StGB. A diferencia de MÜHLHOFF y MEHRENS, FRAHM no planteó, en su trabajo de 2014, un *numerus clausus* de razones potencialmente explicativas de la mayor o menor aplicación de la disposición estudiada, sino que dejó a los profesionales expresarse libremente. Según él mismo aclara, optó por este método para evitar condicionar a los encuestados

[716] MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz…*, *op. cit.*, 1999, p. 28.
[717] Ibid., p. 29. También en MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung…*, *op. cit.*, 2001, p. 135.

en sus respuestas[718]. En esta parte del estudio no se lleva a cabo, por tanto, un análisis cuantitativo de las respuestas. Sin embargo, FRAHM indica que hubo 15 participantes que afirmaron que el escaso conocimiento que, por el momento, se tenía de la figura, era un factor influyente en su escasa aplicación[719]. Este dato debe, en mi opinión, ponerse en relación con el tamaño muestral para interpretarse correctamente. Recuérdese que su muestra estaba constituida por 170 personas. Estamos hablando, por tanto, de una cantidad inferior al 9%, muy alejada de los números de MÜHLHOFF y MEHRENS.

Me parece más convincente el planteamiento lleva a cabo CHRISTOPH sobre esta misma cuestión. En una sección de su cuestionario, preguntó a los profesionales que intervinieron en algún proceso en el cual se hubiera suscitado la aplicación del § 46b StGB por los motivos en virtud de los cuales ese precepto, finalmente, no se había aplicado. En este caso, la muestra estaba constituida por 206 personas. De modo similar a como hicieron MÜHLHOFF y MEHRENS, este autor propuso una serie de hipótesis. Frente a ellas, los encuestados podían reaccionar marcando las casillas «siempre», «muy frecuentemente», «frecuentemente», «raramente», «muy raramente» o «nunca». Una de las hipótesis era que el § 46b StGB era una figura que aún resultaba extraña para la praxis. Frente a esa posible explicación, hubo un 21% de los encuestados que marcó alguna de las tres primeras opciones. Un 46,6%, sin embargo, marcó alguna de las tres últimas[720].

Si se toma en consideración la evolución de los resultados de los cuestionarios a lo largo del tiempo, parece razonable pensar que cada vez existe una sensación de inseguridad menor a la hora de trabajar con los incentivos, ya sea porque quienes responden al cuestionario están más familiarizados con ellas, ya sea porque éstos consideren que el resto de los prácticos las va conociendo mejor. Aun así, en las conclusiones de su trabajo, CHRISTOPH sugiere que la norma es tan compleja que los tribunales aún no han sentado una doctrina clara en lo que a su aplicación se refiere[721].

Esta última idea la extrae, entre otros lugares, de los resultados de su análisis de sentencias. En efecto, de entre las 153 resoluciones analizadas, hubo 63 casos en los cuales se formuló un recurso por la errónea (in)aplicación del § 46b StGB. En 51 de esos 63 casos (es decir, aproximadamente en el 82% de los supuestos) el tribunal superior corrigió el criterio de las instancias previas. La mayoría de las veces fue porque, pese a haberse solicitado la aplicación del § 46b StGB, se omitió cualquier discusión al respecto (esto se produjo en el 49,1% de los casos). En los procedimientos restantes, en cambio, el tribunal *ad quem* corrigió, o bien la apreciación

[718] FRAHM, L.N.: *Die allgemeine…*, *op. cit.,* 2014, p. 297.
[719] Ibid., pp. 298-299.
[720] CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge…*, *op. cit.*, 2019, pp. 369-371.
[721] Ibid., p. 517.

del supuesto de hecho realizada por tribunal *a quo* (25,5% de los casos), o bien la determinación que éste hizo de las consecuencias que resultarían procedentes (el otro 25,5%)[722].

8. CONCLUSIONES

A lo largo de este capítulo se han analizado las principales críticas que la doctrina alemana ha dirigido a los incentivos que se estudiaron en el capítulo III. Al igual de lo que sucede en España, muchas de estas críticas se basan en que estas figuras contravienen ciertos principios esenciales del Derecho penal o preceptos constitucionales. Sin embargo, ninguna de ellas es concluyente para hacer desaparecer a los incentivos del ordenamiento jurídico.

Una de esas críticas es la que toma como referencia el principio de proporcionalidad. Ésta se basa en la idea de que, a través de estas figuras, el Estado está renunciando a mucho a cambio de muy poco. En opinión de autores como JUNG, uno de los primeros académicos que criticó estas disposiciones, no había formas de criminalidad tan difíciles de combatir que justificaran el recurso al «mercadeo» con algo tan serio como la imposición de un castigo merecido.

A medida que estas figuras se fueron incorporando a la legislación penal, sin embargo, la perspectiva cambió. Entre otras cosas, porque, poco a poco, fueron llegando los primeros estudios empíricos sobre su aplicación y efectos. Es cierto que, salvo la figura prevista para los delitos contra la salud pública (§ 31 BtMG), muchos de los incentivos estudiados se aplican más bien con poca frecuencia. No obstante, parece haber un cierto consenso entre los prácticos a la hora de señalar que, desde su introducción en el ordenamiento jurídico, se han conseguido ciertos avances frente a las formas delictivas que pretenden conjurar que difícilmente podrían haberse alcanzado sin recurrir a ellos. Es cierto que estos éxitos han sido humildes. Desde luego, no se ha conseguido acabar con los fenómenos delictivos que tenían por objetivo; todo lo más, se ha mejorado la capacidad de las autoridades para hacer frente a los hechos de mediana y escasa gravedad. Aun

[722] Ibid., pp. 449-450. Aquí hay que hacer dos observaciones. La primera: el autor, a la hora de mostrar los porcentajes sobre los motivos que dan lugar a que el tribunal *ad quem* corrija a aquél del que procede el recurso, se refiere a 55 fallos en lugar de a 51. Ello porque, en su opinión, hay 4 procedimientos que pueden reconducirse a dos categorías en las que divide los supuestos de errónea (in)aplicación del § 46b StGB. Una de las categorías es, como se ha visto en el texto, la incongruencia omisiva (se solicita la aplicación del § 46b StGB pero el órgano de instancia omite cualquier valoración al respecto). Está claro que esos 4 procedimientos tienen que referirse, por tanto, a alguna de las otras dos categorías (o bien una errónea valoración de la concurrencia o no del supuesto de hecho, o bien una defectuosa determinación de las consecuencias procedentes). No puede ser que haya procedimientos en los que, simultáneamente, se omita toda valoración sobre el § 46b StGB y, al mismo tiempo, las valoraciones sobre su (in)aplicación resulten erróneas o defectuosas. La segunda: de entre los casos en los que se trata de una errónea valoración de la concurrencia del supuesto de hecho, CHRISTOPH no distingue entre supuestos en los cuales el tribunal *a quo* aplica erróneamente el § 46b StGB y aquellos casos en los cuales no lo aplica a pesar de que sus requisitos concurren. Esto hace que los porcentajes expuestos en el texto no sean, a mi juicio, todo lo claros que sería deseable.

así, los autores que han estudiado los incentivos en Alemania coinciden en que esto no permite concluir que atenten contra el principio de proporcionalidad. Quienes han escrito sobre el tema con posterioridad a JUNG se han valido, para llegar a esta conclusión, del recurso al esquema tripartito que distingue entre los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Así, tomando en consideración los resultados de los análisis empíricos, varios autores coinciden en que los incentivos no son un medio inidóneo para hacer frente a las formas de criminalidad para las cuales están previstos. Ello porque, pese a que no ha sido con toda la intensidad que hubiera resultado deseable, gracias al recurso a estas figuras se ha incrementado la eficacia de las autoridades en la persecución de las formas delictivas a las que van dirigidas. Por otra parte, quienes han escrito sobre los incentivos en Alemania también señalan que otras posibles medidas resultan inadecuadas desde el punto de vista del subprincipio de necesidad: o bien incurren en mayores costes en referencia a otros intereses valiosos –caso de la flexibilización del empleo de medidas de investigación invasivas de ciertos derechos fundamentales, como los agentes infiltrados, o la modificación de las reglas sobre la valoración de la prueba en los procesos frente a determinadas formas de delincuencia–, o bien tienen una capacidad mucho menor para mover a los intervinientes en el hecho delictivo a la colaboración –caso del recurso a los criterios generales de determinación de la pena del § 46 II StGB para incentivar la cooperación con las autoridades–. Por último, los estudiosos del tema también niegan que estos incentivos estén configurados de un modo que los haga incompatibles con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: muchos de ellos están diseñados como disposiciones facultativas y, además, cuentan con criterios de ponderación que los jueces han de emplear a la hora de tomar la decisión sobre si conceden el beneficio penológico que prevén y, en su caso, en qué medida lo hacen. Además, la investigación empírica muestra que los órganos competentes para conceder los incentivos lo hacen, aparentemente, con bastante reserva.

También se han formulado críticas a los incentivos desde el punto de vista del principio de culpabilidad. La doctrina coincide, sin embargo, en señalar que ninguna de ellas es especialmente convincente. Al final, estas críticas se basan en la afirmación de que los incentivos no son compatibles con los fines preventivos de la pena. Sin embargo, esa afirmación rara vez va acompañada de ningún respaldo empírico (por no decir que nunca lo hace). Entonces, si los argumentos que cimientan esta crítica sólo aspiran a constituir hipótesis generales, más o menos coherentes, es posible concebir otras hipótesis, al menos tan coherentes como las anteriores, que sostengan lo contrario. A diferencia de lo que ha sucedido en España, la apelación a los fines de la pena como crítica a los incentivos para la colaboración con las autoridades ha tenido, en Alemania, una importancia marginal.

Más matices ofrece, en cambio, la reflexión que tiene que ver con el principio constitucional de igualdad. Los autores que han analizado los incentivos desde este punto de vista han advertido que el legislador ha establecido múltiples criterios con base en los cuales puede tratarse de distinta manera a los infractores. En opinión de estos autores, algunos de esos tratos diferenciales están justificados desde el punto de vista de la finalidad que persiguen los incentivos; esto es, aumentar las posibilidades de esclarecimiento o de prevención de ciertos delitos considerados especialmente graves y difíciles de detectar e investigar. Teniendo esto en cuenta, quienes han estudiado estas disposiciones consideran, de manera más o menos pacífica, que el hecho de que se pueda tratar mejor, penológicamente hablando, a los infractores que colaboran que a los que no lo hacen no es algo contrario al principio de igualdad. Es más: en opinión de esos mismos autores, también está justificado que sólo los que ofrezcan a las autoridades una información relacionada con los delitos cuyo esclarecimiento y prevención quería mejorar el legislador (*i.e.*, los llamados «hechos de referencia») puedan beneficiarse de los incentivos.

Sin embargo, la doctrina alemana también ha resaltado que otros criterios de distinción tienen una justificación más discutible. Es lo que sucede, por ejemplo, con el criterio que diferencia entre los que hayan cometido un delito de los tomados en consideración como «hecho originador» y los que hayan cometido cualquier otro delito. Lo mismo puede decirse de aquel que exige que el «hecho originador» y el «hecho de referencia» se encuentren relacionados entre sí. También se ha cuestionado la exigencia de que el colaborador tenga que mejorar de manera efectiva, con la aportación de información sobre el hecho de referencia, la investigación concerniente a este delito. Por último, ciertos autores han puesto en duda la exigencia que ciertos preceptos establecen, en virtud de la cual sólo quienes ofrezcan su información antes del dictado del auto de apertura del juicio oral en el proceso sobre el hecho originador puedan aspirar a la concesión de los incentivos.

De todos estos criterios de distinción, es especialmente interesante para esta investigación el que alude al hecho *cometido* por el colaborador (esto es, el «hecho originador»). En el capítulo II se dijo que algunos autores han reprochado al legislador español que haya diseñado los incentivos de tal modo que sus potenciales beneficiarios tengan que haber cometido ciertos delitos. En aquel momento se dijo que esa reflexión, aunque quizás no fuera suficiente para declarar inconstitucionales los incentivos por ser contrarios al principio de igualdad del art. 14 CE, sí podía servir para proponer una reforma que ampliara su ámbito de aplicación suprimiendo la necesidad de ser responsable por tal o cual infracción. Como se ha tenido ocasión de ver a lo largo de este Capítulo IV, en Alemania hay varios autores cuya opinión va en una dirección similar pese a que los incentivos de este país tienen un ámbito de aplicación mucho más extenso que el que tienen los previstos en España. De ahí que sus argumentos sean de utilidad para este trabajo.

Otro punto de tensión que algunos autores alemanes han destacado de los incentivos para la colaboración con las autoridades es la posibilidad de que su empleo dé lugar a declaraciones falsas que, a la postre, conlleven la incriminación de terceros inocentes. Esto podría derivar en situaciones especialmente conflictivas en Alemania, ya que, a diferencia de lo que sucede en España, en aquel país se permite fundar el pronunciamiento de condena exclusivamente sobre las declaraciones heteroincriminatorias de un coimputado. Para evitar problemas como éstos, el legislador creó, en 2009, dos subtipos agravados de simulación de delito (§ 145d StGB) y de denuncia falsa (§ 164 III StGB) que vinculaban el mayor grado de reproche al hecho de que la falsa afirmación y/o imputación del delito se hubiera hecho para obtener un incentivo de los previstos en los §§ 31 BtMG y 46b StGB. Pese a que estos dos subtipos parecen de muy difícil aplicación práctica, lo cierto es que los profesionales de la justicia no se muestran especialmente preocupados por que las declaraciones de los colaboradores puedan dar lugar a la condena de terceros inocentes; los resultados de los estudios empíricos sugieren que es más bien raro que los beneficiarios de los incentivos traten de engañar a las autoridades para obtener ventajas a cambio.

En fin, no parece existir ninguna razón decisiva para eliminar estas figuras del ordenamiento jurídico alemán. Esto no quiere decir, ni mucho menos, que no haya aspectos de los incentivos que puedan y deban mejorarse. En esta dirección apuntan, precisamente, algunos estudios empíricos. Cuestiones como la dificultad de aplicación de determinadas figuras, la escasa seguridad para los colaboradores –tanto a la hora de obtener el incentivo como a la hora de estar protegidos de posibles represalias de sus antiguos compañeros en la comisión del hecho delictivo– o la ausencia de un deber de notificación al Registro Central Federal cada vez que alguna de estas figuras se aplica son obstáculos que influyen tanto en el atractivo de estas figuras como en la posibilidad de contar con un conocimiento sólido sobre ellas.

CAPÍTULO V: LA APLICACIÓN DE LOS INCENTIVOS EN ESPAÑA*

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: EL PORQUÉ DE ESTE ESTUDIO

En atención a lo visto en los dos capítulos anteriores, parece claro que la reflexión en Alemania sobre los incentivos para la colaboración con las autoridades ha sido más profunda que lo que ha sido en España. Es cierto que, en los dos países, la doctrina ha sido bastante recelosa acerca de la renuncia a castigo estatal como moneda de cambio para impulsar a los intervinientes en el hecho delictivo a colaborar con las autoridades. Sin embargo, estas críticas se han desarrollado de forma muy diferente en uno y otro lugar.

En España, el argumento estrella ha consistido en la apelación a los fines de la pena. Se ha visto cómo este argumento cuenta con dos vertientes. Una, que aquí se ha llamado «esencialista», propugna que la única manera de que los incentivos sean figuras legítimas requiere que éstos cumplan *los mismos fines* que la pena. Los autores que emplean este esquema de razonamiento rechazan la justificación de los incentivos con base en su utilidad para conseguir las metas político-criminales perseguidas por el legislador con su creación, pues ello constituye, a su juicio, una explicación «extrapenal» que, como tal, no ha de interesar a la labor dogmática.

Como tuvo ocasión de verse, esta concepción no es demasiado convincente. Para empezar, es sumamente discutible que la pena sea la única institución jurídica que cumpla con una función preventiva de conductas. Siendo esto así, no resulta muy justificado utilizar la teoría de la pena como criterio para discernir qué interpretación de una figura es o no la genuinamente «jurídico-penal». Para seguir, esta forma de abordar el problema lleva a interpretaciones de los preceptos en los que se contienen las atenuantes y eximentes por comportamientos postdelictivos –entre las cuales se ubicarían los incentivos para la colaboración con las autoridades– que resultan inconciliables con el principio de legalidad penal. Me refiero, con esto último, a la cuestión del requisito de la «voluntariedad»: pese a que no está previsto en muchos de los preceptos que contienen estas atenuantes y eximentes, los autores que se han ubicado en esta línea exigen su concurrencia en *todos ellos*, recortando, de este modo, su ámbito de aplicación en perjuicio del reo. Por último, este entendimiento «esencialista» lleva a los autores que defienden este enfoque a mantener una postura contradictoria en cuanto a la atenuante analógica de confesión. Así, por un lado, se sostiene que ésta no puede apreciarse cuando la confesión se dé con posterioridad a que el infractor conozca que el procedimiento judicial se dirige en su contra. Sin embargo, por

* En los Anexos 4 y 5 puede verse un listado con la relación de las sentencias estudiadas en este Capítulo.

otro lado, se indica que, si la aportación realizada por el culpable es suficientemente útil, debería poder atenuarse la pena que le corresponda.

Nada de esto sucedería si, simplemente, se reconociera que en el Código Penal existen ciertas figuras a través de las cuales, de un modo u otro, se trata de fomentar la realización de determinadas conductas consideradas útiles y que eso, por sí solo, no es algo que deba resultar extraño a la dogmática. De ahí que, quizás, haya que enfocar la reflexión de otra manera.

El otro entendimiento posible de la relación entre los incentivos y los fines de la pena es el que aquí se ha denominado como «matizado». Se ha considerado que quien representa esta línea es María Luisa CUERDA ARNAU. Es cierto que, en su trabajo sobre las atenuantes y eximentes previstas en el anterior Código Penal en los delitos del terrorismo, esta autora consideraba que, para resultar legítimas, estas figuras tenían que resultar acordes a los fines preventivos que, en su opinión, tiene la pena. Sin embargo, en su construcción se admite la posibilidad de que el Estado renuncie a su imposición siempre que ésta no se perciba como desproporcionada por la comunidad. Este esquema de razonamiento le lleva a poner el acento no tanto en *si* la renuncia al castigo es o no legítima, sino en *cómo* ha de ser esa renuncia para resultar legítima.

Esta concepción resulta más convincente. En efecto, una de las cuestiones que este esquema de razonamiento exige aclarar para pronunciarse acerca de la justificación o no de los incentivos es *qué se ha conseguido a cambio de no imponer la pena que correspondería haber impuesto al colaborador*. En otras palabras: para esta concepción, es necesario llevar a cabo un juicio sobre la eficacia de los incentivos a la hora de pronunciarse sobre su legitimidad. Este tipo de análisis, sin embargo, han sido muy escasos en España.

La cuestión en Alemania es, como se ha dicho, distinta. En este caso, la apelación a los fines de la pena ha sido más bien marginal. La reflexión en este país se ha basado, en cambio, en ciertos principios limitadores del *ius puniendi*, como los de proporcionalidad, igualdad y presunción de inocencia; principios que, indiscutiblemente, interesan a la dogmática penal. Además, los argumentos desarrollados con base en estos principios no han consistido únicamente en una llamada abstracta al contenido que, supuestamente, tendrían, sino que se han llevado a cabo múltiples estudios empíricos con los que se ha intentado llenar de contenido la discusión.

Con la finalidad de completar el análisis de la crítica contra los incentivos del ordenamiento jurídico español se ha considerado conveniente realizar un estudio empírico semejante a los llevados a cabo en Alemania. Se trata de un estudio más humilde que alguno de los realizados en este último país, pues, como se verá, el mismo ha consistido, exclusivamente, en un análisis de sentencias. Aun así, creo que puede ofrecer información útil para avanzar en el debate.

2. MÉTODO DEL ESTUDIO PROPUESTO

2.1. Objetivos

El objetivo fundamental del estudio es llevar a cabo un análisis de eficacia de los incentivos para la colaboración con las autoridades en los delitos económicos. En la medida en que se trata de disposiciones que sólo pueden aplicarse en una sentencia condenatoria, se ha optado por realizar un análisis cuantitativo y cualitativo de resoluciones judiciales.

Sin perjuicio de ahondar en ello más adelante, en cada una de las muestras de sentencias estudiadas se ha prestado atención, además de a si el incentivo se ha concedido o no (y, en caso afirmativo, con qué intensidad), al hecho de si alguno de los intervinientes en el proceso ha solicitado, siquiera, su aplicación; a los motivos en virtud de los cuales la concesión del incentivo, en su caso, se ha denegado; a la aplicación de otras atenuantes, como las circunstancias genéricas de confesión (arts. 21.4ª, 21.7ª en relación con la anterior y 31 quater.1 a) CP en su versión para personas jurídicas), de reparación del daño (arts. 21.5ª, 21.7ª en relación con la anterior y 31 quater. 1 c) CP en su versión para personas jurídicas) o de dilaciones indebidas (art. 21.6ª CP); a la existencia o no de algún tipo de acuerdo entre las acusaciones y la defensa, y al número de acusados y condenados en cada uno de los procedimientos concluidos con las resoluciones que componen las muestras.

2.2. Obtención de las muestras

2.2.1. Base de datos empleada y órgano judicial seleccionado

Para cada una de las figuras constitutivas del objeto de estudio de la presente investigación se ha analizado una muestra de sentencias del Tribunal Supremo (SSTS). En todos los casos, la muestra se ha obtenido a través de la explotación de la base de datos del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) adscrito al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).

Se ha seleccionado el TS en exclusiva por dos motivos: porque, salvo que el TC estime un recurso de amparo formulado contra la sentencia de que se trate[723], sus pronunciamientos son definitivos, pues es el órgano más alto de la jerarquía judicial española, y porque, si se limitan los resultados a las sentencias dictadas por este tribunal, se asegura que la muestra tenga un tamaño asumible. Hay que tener en cuenta que la inmensa mayoría de los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación de los incentivos, en cualquiera de las redacciones vigentes durante el marco temporal seleccionado –del cual se hablará a continuación– estaban castigados con penas privativas de libertad. Éstas, en algunos casos, podían alcanzar hasta los doce años de duración, como sucedía con la modalidad agravada de malversación del último inciso del art. 432.3 CP en

[723] Lo cual no ha sucedido en ninguno de los casos estudiados.

la redacción que le dio la LO 1/2015, de 30 de marzo[724]. De ahí que, cuando recaía una condena por alguno de estos delitos. era esperable que, en un gran número de casos, se agotasen los recursos disponibles y se llegara hasta el TS. En cualquier caso, también se han estudiado, siempre que ha sido posible acceder a ellas, las resoluciones de las fases procesales anteriores.

2.2.2. Marco temporal

El marco temporal manejado ha sido variable. En todos los casos, el límite máximo ha sido el 1 de enero de 2023. En cambio, el límite mínimo ha sido diferente en cada una de las figuras estudiadas. Así, tanto para las figuras del segundo inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP (delitos fiscales, contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones), como para la contenida en el art. 434 CP (malversación), el límite inferior ha sido la fecha de entrada en vigor de la reforma que introdujo cada una de las disposiciones legales que interesaban. Esto es, respectivamente, el 17 de enero de 2013 y el 1 de julio de 2015.

Con la figura contenida en el art. 426 CP (cohecho) se operó de un modo distinto. Esta figura existe en el ordenamiento jurídico español desde la aprobación del Código Penal de 1995. Si se hubiera seleccionado como marco temporal el periodo que va desde su entrada en vigor hasta el 1 de enero de 2023, la muestra habría sido demasiado grande como para resultar manejable. Por eso, se optó por seleccionar como límite mínimo el 31 de diciembre de 2010[725].

2.2.3. Criterios de búsqueda

Para obtener cada una de las muestras se han empleado diferentes criterios de búsqueda. Algunos de ellos han sido comunes. Se trata de las casillas del buscador de la base de datos referentes a la jurisdicción –«Penal»–, tipo de resolución –«Sentencia»–y tipo de órgano –«TS (Sala de lo penal)»–. Otros, en cambio, han sido distintos para cada muestra. Dentro de estos últimos se encuentran, por un lado, los referentes al marco temporal. Éste se ha delimitado seleccionando en la casilla «desde» las fechas iniciales que se han mencionado en el epígrafe anterior y en la casilla «hasta» el 1 de enero de 2023. Por otro lado, se encuentran los criterios que han permitido aislar cada uno de los preceptos incluidos dentro del ámbito de aplicación de

[724] Me estoy refiriendo a la modalidad consistente en causar un perjuicio superior a 250.000 € o apropiarse de bienes o efectos públicos por un valor que sobrepase esa cantidad. Desde el 12 de enero de 2023, fecha de entrada en vigor de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, este subtipo está contemplado en el art. 432.2 *in fine* CP. En la medida en que, como se verá a continuación, el límite superior del marco temporal empleado en la búsqueda de sentencias sólo ha llegado hasta el 1 de enero de 2023 (es decir, antes de la entrada en vigor de la ley que se acaba de mencionar), la referencia en el texto se ha hecho al apartado 3, y no 2, del art. 432 CP.

[725] La selección de esta fecha no es arbitraria. Las primeras búsquedas para esta investigación se realizaron a partir del año 2021. Por eso, se optó por estudiar la jurisprudencia de los diez años anteriores; es decir, la que abarca desde el 31 de diciembre de 2010 hasta el 1 de enero de 2021. A medida que el tiempo fue transcurriendo y se fueron añadiendo SSTS al CENDOJ, se optó por ir actualizando la muestra hasta tener la configuración que se acaba de mencionar en el texto.

cada incentivo, así como asegurar que la muestra estaba constituida, en la medida de lo posible, por casos de aplicación o, al menos, de solicitud de las figuras estudiadas.

Es necesario precisar un poco más en lo que se refiere al último tipo de criterios que se acaba de mencionar. La selección de las resoluciones judiciales concernientes a la eximente de cohecho y la atenuante de malversación no sólo se efectuó introduciendo en el cuadro de texto libre del buscador el número de cada uno de los artículos incluidos en su ámbito de aplicación, sino que se acotó añadiendo los términos «"426" O "427"» y «434» de modo respectivo. Con ello se intentó asegurar que, en la medida de lo posible, todos los casos fueran de aplicación o, al menos, de solicitud de las figuras en cuestión. De no efectuar estas limitaciones, el tamaño muestral habría sido demasiado grande como para resultar manejable. Esto, en cambio, no se llevó a cabo, en el caso de las figuras contenidas en el segundo inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP (atenuantes para los partícipes en los delitos fiscales, contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones). Es decir, que, en lo que respecta a estas últimas figuras, sólo se pretendió obtener de la base de datos el mayor número posible de resoluciones dictadas por el TS en el marco temporal seleccionado que versaran sobre alguno de los delitos incluidos en su ámbito de aplicación, con independencia de si al final fueron casos o no de solicitud y/o de aplicación.

Dos motivos explican este modo de proceder en lo que se refiere a estos últimos incentivos. El primero es la dificultad de encontrar términos que permitan individualizar aquellas sentencias en cuyo texto se contienen estas atenuantes. Tanto la eximente para el delito de cohecho como la atenuante para el de malversación están previstas en un artículo concreto del Código Penal –respectivamente, el art. 426 (hasta 2010, 427) y el art. 434 CP–. Un criterio fiable para limitar el número de resoluciones obtenidas a casos de solicitud y/o de aplicación es incluir en el texto libre el número del artículo de que se trate. En cambio, los incentivos previstos en el ámbito de los delitos fiscales, contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones no cuentan con un artículo propio dentro del Código Penal, sino que se insertan en un inciso particular de un apartado concreto de un artículo del Código Penal. De ahí que la búsqueda por palabras fuera especialmente difícil para aislar sólo casos de aplicación o de solicitud de estas figuras. El segundo motivo que explica que se haya procedido de este modo con estos últimos incentivos es que el número de sentencias así obtenidas era manejable.

Hechas estas consideraciones, los criterios de búsqueda empleados fueron los siguientes:

- Para el segundo inciso del art. 305.6 CP (delitos fiscales): su ámbito de aplicación abarcaba, cuando se realizó el estudio, los arts. 305 y 305 bis CP. Por lo tanto, se realizaron las siguientes búsquedas introduciendo los términos que figuran a continuación en el cuadro de búsqueda por texto libre:
    - «305» Y «contra la Hacienda Pública»

- «305 bis»[726]

- Para el segundo inciso del art. 307.5 (delitos contra la Seguridad Social): su ámbito de aplicación abarcaba, cuando se realizó el estudio, los arts. 307 a 307 ter CP. Por lo tanto, se realizaron las siguientes búsquedas introduciendo los términos que figuran a continuación:
  - «307» Y «contra la Seguridad Social»
  - «307 ter»[727]
- Para el segundo inciso del art. 308.8 CP (delitos de fraude de subvenciones): su ámbito de aplicación abarcaba, cuando se realizó el estudio, el art. 308 CP. Por lo tanto, se introdujeron en el cuadro de búsqueda por texto libre los términos «308» Y «fraude de subvenciones».
- Para el art. 426 CP (y su predecesor, el art. 427 CP): su ámbito de aplicación abarcaba, cuando se realizó el estudio, los arts. 419 a 427 bis CP. Por lo tanto, se realizaron las siguientes búsquedas introduciendo los términos que figuran a continuación:
  - «Cohecho» Y «419» Y («426» O «427»)
  - «Cohecho» Y «420» Y («426» O «427»)
  - «Cohecho» Y «421» Y («426» O «427»)
  - «Cohecho» Y «422» Y («426» O «427»)
  - «Cohecho» Y «423» Y («426» O «427»)
  - «Cohecho» Y «424» Y («426» O «427»)
  - «Cohecho» Y «425» Y («426» O «427»)

[726] Se optó por prescindir de los términos «contra la Hacienda Pública» en esta búsqueda porque de ese modo se conseguía llegar a una sentencia más. Si se realiza una búsqueda empleando los términos «305» y «contra la Hacienda Pública», más los criterios comunes referidos a la jurisdicción, el tipo de órgano y el tipo de resolución, así como los propios para esta figura referentes al marco temporal (desde el 17 de enero de 2013 hasta el 1 de enero de 2023), el resultado son 128 resoluciones. Si se realiza una segunda búsqueda empleando los mismos criterios, pero introduciendo los términos «305 bis» Y «contra la Hacienda Pública» en el cuadro de búsqueda por texto libre, aparecerán 35 resoluciones. Esas 35 resoluciones también aparecen en la primera búsqueda, por lo que no se deberían computar (sobre los resultados duplicados se hablará más abajo). En cambio, si en esa segunda búsqueda se prescinde de las palabras «contra la Hacienda Pública» y se utiliza sólo «305 bis», el resultado son 36 resoluciones. Esa sentencia de diferencia, además, no está incluida en la primera búsqueda (esto es, la que arroja 128 resultados). Se trata, para más señas, de la STS 310/2018, de 26 de junio (Roj.: STS 2753/2018).

[727]Aquí, sucede algo parecido a lo que ocurre con las búsquedas relativas a los delitos fiscales. En efecto, si se emplean simultáneamente los criterios «307 ter» Y «contra la Seguridad Social» (más el resto de los criterios sobre los que se ha hablado más arriba), el resultado son 4 resoluciones, de las cuales 2 son falsos positivos por no versar sobre ninguno de los delitos incluidos en el ámbito de aplicación de la atenuante del art. 307.5 II CP. En cambio, si se prescinde de «contra la Seguridad Social», el resultado son 15 resoluciones, de las cuales 6 son falsos positivos. Entre estos falsos positivos se encuentran los 2 casos que resultan de la búsqueda que añade el criterio «contra la Seguridad Social». Es decir, que, si se añaden estas últimas palabras, sólo hay 2 SSTS potencialmente aprovechables, mientras que si no se añaden hay 9 SSTS. Por lo demás, tanto si se realiza una búsqueda empleando los términos «307 bis» Y «contra la Seguridad Social», como si se lleva a cabo utilizando sólo las palabras «307 bis» no se obtiene ningún resultado que no se obtenga empleando los términos «307» Y «contra la Seguridad Social». De ahí que en el texto sólo se haya reflejado esta última (junto a la que emplea los términos «307 ter»).

- «Cohecho» Y «426» Y «427»
- «Cohecho» Y «427 bis» Y «426»

- Para el art. 434 CP: su ámbito de aplicación abarcaba, cuando se realizó el estudio, los arts. 432 a 433 bis CP. Por lo tanto, se realizaron las siguientes búsquedas introduciendo los siguientes términos en el cuadro de búsqueda por texto libre:
  - «malversación» Y «432» Y «434»
  - «malversación» Y «432 bis» Y «434»
  - «malversación» Y «433» Y «434»
  - «malversación» Y «433 bis» Y «434»

2.2.4. Resultados de las búsquedas y refinamiento de las muestras

Si se realizan las búsquedas con los criterios que se acaban de exponer, el CENDOJ arroja los siguientes resultados brutos:

- Para el segundo inciso del art. 305.6 CP (delitos fiscales): 164 SSTS.
- Para el segundo inciso del art. 307.5 (delitos contra la Seguridad Social): 37 SSTS.
- Para el segundo inciso del art. 308.8 CP (delitos de fraude de subvenciones): 40 SSTS.
- Para el art. 426 CP (cohecho): 168 SSTS.
- Para el art. 434 CP (malversación): 32 SSTS.

De cada una de estas muestras hubo que descartar varias SSTS. En primer lugar, se desecharon los resultados duplicados. Muchas de las SSTS que se acaban de mencionar se obtuvieron a partir de la realización de búsquedas sucesivas. El caso más claro es el de las resoluciones que podían tener que ver con la eximente para el delito de cohecho: hasta llegar a ellas, se realizaron nueve búsquedas. Es cierto que en cada una de ellas se emplearon criterios distintos. Sin embargo, como las variaciones no son demasiado significativas, muchas de las sentencias que cada búsqueda devolvía como resultado aparecían también en otras. Para evitar distorsiones, algunos de esos resultados duplicados deben computarse sólo una vez.

Creo que la explicación será más clara si se ilustra con un ejemplo. Si en la base de datos del CENDOJ se realiza una búsqueda utilizando los criterios comunes arriba aludidos (es decir, los relativos a la jurisdicción –«Penal»–, tipo de órgano –«TS. Sala de lo Penal»– y tipo de resolución –«Sentencia»), se limita el marco temporal del 31 de diciembre de 2010 al 31 de diciembre de 2022 y se introducen en el texto libre las palabras «Cohecho» Y «419» Y («426» O «427»), el portal devolverá 31 resultados. Si se realiza la misma búsqueda, pero en el texto libre se sustituye «419» por «420», aparecerán 27 sentencias. La primera búsqueda se ha realizado para intentar localizar, en la medida de lo posible, todas las sentencias dictadas por el TS en el marco temporal seleccionado en las que se discuta sobre el delito de cohecho pasivo para realización de un acto

constitutivo de delito del art. 419 CP y en las que, además, se discuta sobre la aplicación de la eximente del art. 426 CP (hasta 2010, art. 427 CP). La segunda, por su parte, se ha realizado con el mismo fin, pero se ha proyectado sobre el delito de cohecho pasivo para acto no constitutivo de delito, actualmente tipificado en el art. 420 CP.

Si se atiende a las resoluciones obtenidas en una y otra búsqueda, se comprobará cómo muchas de las que aparecen en la primera también aparecen en la segunda. Tan es así que, de hecho, en la segunda búsqueda sólo hay tres resultados no coincidentes con los de la primera: se trata de las SSTS 625/2015, de 22 de diciembre (Roj.: STS 5806/2015); 487/2014, de 9 de junio (Roj.: STS 2563/2014), y 394/2014, de 7 de mayo (Roj.: STS 2019/2014). Parece claro que, a los efectos de construir la muestra de resoluciones que versen sobre la aplicación de la eximente del art. 426 CP no puede hablarse, en este caso, de 58 SSTS potencialmente útiles, sino de 34 (31 de la primera búsqueda y 3 de la segunda). Los resultados duplicados, por tanto, deben eliminarse.

Ahora bien, la eliminación de los duplicados sólo resulta procedente cuando las repeticiones se dan en dos o más búsquedas relativas a varios delitos incluidos en el ámbito de aplicación *del mismo incentivo*. Eso es justo lo que sucede en el caso anterior: se han llevado a cabo dos búsquedas que pretendían aislar procedimientos en los que la acusación versara sobre el art. 419 CP o sobre el art. 420 CP. Como en cualquiera de estos dos casos podría haberse aplicado el art. 426 CP, si las resoluciones repetidas en una y otra búsqueda se contaran dos veces la muestra crecería de tamaño de manera injustificada. Sin embargo, también puede ocurrir que haya alguna resolución que aparezca en dos búsquedas que versen sobre incentivos *distintos*. En ese caso, las sentencias sí se han computado dos (o más) veces, pues forman parte de muestras diferentes. Es, por ejemplo, el caso de la STS 213/2018, de 7 de mayo (Roj.: STS 1552/2018). Esta resolución aparece tanto en la búsqueda que pretende aislar los resultados relativos al art. 305 CP[728], como la que pretende hacer lo mismo con el art. 308 CP[729]. Por lo tanto, es un resultado potencialmente útil para dos figuras distintas: la contenida en el segundo inciso del art. 305.6 CP (prevista para los delitos fiscales) y la contenida en el art. 308.8 CP (prevista para los delitos de fraude de subvenciones). Por eso, en este caso, tal resolución sí se ha contado dos veces, pues dicha sentencia forma parte de dos muestras diferentes.

Los resultados duplicados, con las precisiones que se han hecho, no fueron los únicos supuestos que se descartaron. Tampoco se han tomado en consideración aquellas SSTS para las

[728] Es decir, que se llega a esta resolución usando los criterios comunes, limitando el ámbito temporal al marco que va desde el 17 de enero de 2013 al 1 de enero de 2023 y se ha escrito en el texto libre «305» Y «contra la Hacienda Pública».

[729] Es decir, que se han usado los criterios comunes, se ha limitado el ámbito temporal al marco que va desde el 17 de enero de 2013 al 1 de enero de 2023 y se ha escrito en el texto libre «308» Y «fraude de subvenciones».

cuales la sentencia de primera instancia no estaba indexada en el CENDOJ[730]. Hay varios motivos que justifican esta forma de proceder.

Al comienzo de las sentencias de casación suele transcribirse el fallo de las dictadas en las instancias anteriores. En principio, con la información obrante en esa transcripción podría «reconstruirse» lo sucedido en la primera instancia. Sin embargo, esto no siempre es así. Para empezar, a veces no se lleva a cabo esa reproducción del fallo. Para seguir, también hay ocasiones en las que no constan en el fallo las circunstancias atenuantes que, en su caso, se han aplicado a los condenados. Y, para concluir, también hay veces en las que no se sabe a ciencia cierta cuántos acusados por cada delito hubo en la primera instancia. Desde luego, si los acusados son condenados, constarán como tales en el fallo (siempre que éste se transcriba). Si son absueltos, también deberían aparecer en tal calidad en dicho fallo. Sin embargo (y siempre que el fallo se haya transcrito) hay ocasiones en las cuales sólo se indica que tal o cual acusado ha sido «absuelto», sin especificarse por qué delitos había sido acusado. Por tanto, hay varias ocasiones en las que la información del fallo no es suficiente como para analizar todos los parámetros que se han considerado necesarios para este estudio.

A lo dicho hay que sumarle otras dos razones. La primera es que, incluso aunque el fallo sea completamente expresivo y permita conocer no sólo cuántos acusados había por cada delito en la primera instancia, sino a cuántos de ellos se les aplicó alguna de las figuras constitutivas del objeto de estudio, aún faltaría por saber si alguno de ellos solicitó la aplicación de la figura en esa fase procesal y no se le concedió. En un caso como este, además, la resolución de instancia contiene los motivos en virtud de los cuales el órgano de enjuiciamiento decidió no aceptar la solicitud del interesado. Si no se tiene acceso a esta sentencia, sólo se podrían conocer estos extremos –y en este caso, además, sólo de manera indirecta– si el sujeto al que se le denegó la concesión del incentivo recurre por la indebida inaplicación de la disposición en la que éste se contiene. La otra razón es que en los antecedentes de hecho de la sentencia de primera instancia es donde suele

[730] En total, hay 22 SSTS de la muestra cuyas resoluciones de primera instancia no están indexadas. De esos 22 casos, con mucha probabilidad se habrían descartado 8 porque, en atención a la información que consta en la sentencia de casación, no parece que hubiera acusación por ningún delito de los incluidos en el ámbito de aplicación de los incentivos estudiados; es decir, que se trataría de falsos positivos (sobre este concepto se hablará más adelante). A esos 8 probables hay que sumar otro asunto que se habría descartado, en esta ocasión con seguridad, incluso aunque constara la sentencia de primera instancia. Ello se debe a que la resolución de casación que se ha podido obtener se limita a ordenar la reposición de las actuaciones a la primera instancia. Hasta donde alcanzo, la resolución que debería haber dictado nuevamente el órgano *a quo* no está indexada. Por lo tanto, de dar por buenos todos estos descartes, en lugar de 22 resoluciones, en realidad estaríamos hablando de 13. Me parece necesario destacar que el número de estas SSTS en las que falta la resolución de primera instancia se ha ido reduciendo hasta presentar el tamaño que se acaba de exponer gracias al personal del CENDOJ que, muy amablemente, ha respondido a mis solicitudes de indexación de varias resoluciones.

constar la información relativa a los eventuales acuerdos alcanzados entre la acusación y la defensa. Esos antecedentes, en cambio, no se transcriben nunca en las sentencias de casación.

Tampoco se han computado los casos en los cuales la decisión del TS consistió en reponer las actuaciones a alguna fase procesal anterior. Ello porque, técnicamente, en estos procesos judiciales aún no hay un pronunciamiento definitivo sobre la apreciación (o no) de las atenuantes o eximentes constitutivas del objeto de estudio. Por lo tanto, no aportan información concluyente sobre la aplicación de estas figuras ni sobre el número final de condenados. Aquí, con todo, hay que hacer una precisión. Hay 8 casos en los que, pese a que el TS ha decretado esa consecuencia, el proceso ha seguido su curso, se ha vuelto a interponer recurso de casación y el Alto Tribunal ha resuelto el caso definitivamente. Cuando eso ha sucedido, sólo se ha computado como resultado potencialmente relevante la última de las SSTS, descartando la anterior o anteriores. Por el contrario, cuando la STS que aparece en la búsqueda decreta la reposición a una fase anterior, pero no se ha podido encontrar ninguna otra sentencia que resuelva el caso de manera definitiva (sea del Alto Tribunal, sea de cualquier otro órgano judicial), entonces esa STS que aparece como resultado de búsqueda no se ha computado. De nuevo, creo que la explicación será más clara si se ilustra con un ejemplo.

La STS 704/2014, de 24 de octubre (Roj.: STS 4456/2014) es una resolución que aparece como resultado de búsqueda potencialmente útil para la atenuante del segundo inciso del art. 305.6 CP. Esta STS decreta la reposición de las actuaciones a la primera instancia. No es, por lo tanto, una resolución que permita conocer el número total de condenados por delito fiscal ni a cuántos de ellos se les aplican, en su caso, atenuantes por su colaboración con las autoridades. Tras la retroacción, el órgano jurisdiccional de primera instancia dictó un nuevo pronunciamiento: la SAP Ourense (2ª) 425/2014, de 27 de noviembre (Roj.: SAP OU 991/2014). Frente a esta sentencia se interpuso recurso de casación, el cual fue resuelto en la STS 523/2015, de 5 de octubre (Roj.: STS 4369/2015). Esta última sentencia volvió a ordenar la reposición de las actuaciones a la primera instancia. Como consecuencia de ese fallo, el órgano de enjuiciamiento dictó la SAP Ourense (2ª) 401/2015, de 13 de noviembre (Roj.: SAP OU 790/2015); pronunciamiento que volvió a ser recurrido en casación y que dio lugar a la STS 665/2016, de 20 de julio (Roj.: STS 3700/2016), con la que, ya sí, el caso quedó resuelto de manera definitiva. Como puede observarse, este procedimiento dio lugar a tres SSTS que están comprendidas dentro de la misma muestra. Sin embargo, sólo hay una que ofrece información potencialmente útil: la STS 665/2016, de 20 de julio, que es la que zanja la controversia y fija el número final de condenados a los que, en su caso, se les habrán apreciado (o no) circunstancias atenuantes interesantes para la investigación. Por estas razones, sólo se ha tomado en consideración esta última sentencia.

Algo un poco distinto es, por ejemplo, lo que sucede con la STS 1024/2021, de 3 de marzo de 2022 (Roj.: STS 1026/2022). Esta sentencia, que también aparece en la búsqueda relativa a la muestra de la figura del segundo inciso del art. 305.6 CP, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la SAP Córdoba (3ª) 231/2019, de 16 de mayo (Roj.: SAP CO 1473/2019). La STS decreta que las actuaciones vuelvan a la primera instancia. Sin embargo, en el CENDOJ no está indexada ninguna sentencia, ya sea dictada por la propia AP de Córdoba, ya por el Alto Tribunal, que decida sobre los hechos objeto del proceso (al menos no actualmente). De ahí que esta STS no se haya tomado en consideración para componer la muestra, pues no contiene información definitiva ni sobre la aplicación (o no) de la atenuante objeto de estudio, ni sobre otras posibles atenuantes que se concedan por colaborar con las autoridades, ni sobre el número final de condenados.

Hubo un último grupo de SSTS que se eliminó de la composición de las muestras: las que, a los efectos de este estudio, se han considerado «falsos positivos». En dicha noción se han englobado dos tipos de SSTS que tienen en común el haberse dictado en procedimientos en los cuales jamás podría haberse aplicado la figura de que se trate. En lo que interesa, esto sucede, o bien cuando en la primera instancia no se formula acusación por ninguno de los delitos contenidos en el ámbito de aplicación del incentivo o bien cuando la resolución de primera instancia, en lugar de ser una sentencia, es un auto[731].

Tras la realización de todos estos descartes, los resultados quedaron reducidos a un total de 177 SSTS potencialmente útiles. Dichas búsquedas se completaron con una consulta de fuentes bibliográficas para tratar de localizar sentencias que, habiendo sido tratadas por la doctrina, no aparecieran entre los resultados de las consultas en la base de datos. Tan sólo se encontró una: la STS 568/2019, de 21 de noviembre (Roj.: STS 3704/2019), en la que se suscitó la aplicación del

[731] Aquí hay que hacer otra precisión. Es cierto que la gran mayoría de las figuras analizadas son atenuantes de pena, de modo que sólo se aplicarán (en su caso) en una sentencia que, además, sea condenatoria. Sin embargo, el art. 426 CP contiene una eximente. Por lo tanto, podría haberse decretado el sobreseimiento al amparo de esta disposición en la fase de instrucción. De hecho, eso es lo que sucede en el procedimiento resuelto por la STS 842/2006, de 31 de julio (Roj.: STS 6187/2006); uno de los dos casos en los que, como se ha visto, se menciona un supuesto de aplicación de esta figura (ver Cap. II, apartado 6.2.2., b) *supra*). Esto hace que el análisis de los autos sea, en principio, pertinente para el estudio de esta disposición. Sin embargo, en las búsquedas llevadas a cabo sobre este precepto sólo hay una STS que se dicta como recurso frente a un auto: es el caso de la STS 110/2020, de 11 de marzo (Roj.: STS 826/2020). Esta sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto frente al AAN (4ª) de 12 de julio de 2018 (Roj.: AAN 1038/2018); auto que, además, es de sobreseimiento. Sin embargo, esta resolución surge de un procedimiento en el que no hay acusación por delito de cohecho. Por lo tanto, encaja en el primer supuesto de «falso positivo» al que se ha hecho mención en el texto.

art. 434 CP[732]. Por eso, en lugar de 177, se ha trabajado con 178 SSTS. Éstas se distribuyen del modo que sigue:

- Para el segundo inciso del art. 305.6 CP (delitos fiscales): 84 resoluciones.
- Para el segundo inciso del art. 307.5 CP (delitos contra la Seguridad Social): 21 resoluciones.
- Para el segundo inciso del art. 308.8 CP (fraude de subvenciones): 24 resoluciones.
- Para el art. 426 CP (cohecho): 30 resoluciones.
- Para el art. 434 CP (malversación): 19 resoluciones (18 resultantes de la búsqueda en CENDOJ más la STS 568/2019, de 21 de noviembre).

2.2.5. Parámetros estudiados en cada una de las sentencias que componen la muestra

Como se ha dicho antes, en cada de una de las resoluciones incluidas en la muestra se estudiaron distintos parámetros. Lo primero a lo que se prestó atención fue al hecho de si alguno de los intervinientes en el proceso –ya fuera un acusado, ya una de las acusaciones– solicitó la aplicación de algún incentivo constitutivo del objeto de la investigación. Naturalmente, también se prestó atención al hecho de si ese incentivo se aplicaba o no. En este último caso, se han analizado los motivos aducidos por los órganos jurisdiccionales involucrados para denegar la concesión de la rebaja o exención de pena. Se han seleccionado estos parámetros para poner a prueba los argumentos relativos a la escasa eficacia de estos incentivos. En efecto, si, como se afirma, son poco atractivos, es posible que éstos no se soliciten demasiado. Analizar los motivos en virtud de los cuales los órganos jurisdiccionales han denegado su concesión podría ser útil para, precisamente, hacerlos más sugerentes a los actores implicados. De ahí que se haya considerado conveniente prestar atención a estas razones, de darse el caso.

Además de los supuestos de solicitud, denegación y concesión de los incentivos, también se ha prestado atención a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales hayan tratado de fomentar la colaboración con las autoridades por otras vías. Por ejemplo, a través de las atenuantes de confesión (art. 21.4ª CP) o de reparación del daño (art. 21.5ª CP). Como estas dos atenuantes pueden apreciarse también por analogía, se ha prestado atención, asimismo, a esta posibilidad de aplicación (art. 21.7ª CP en relación con las anteriores).

Cuando se ha aplicado alguna de estas atenuantes, también se ha analizado la rebaja de pena en la que se ha traducido. No hay que olvidar que el art. 66.1.2ª CP prevé que, cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes o una o varias muy cualificadas, los jueces han de imponer

[732] Concretamente, la STS 568/2019, de 21 de noviembre, se localizó en BARJA DE QUIROGA, J., *et al.*: *Código Penal, Comentarios, concordancias, jurisprudencia e índice analítico*. Colex: A Coruña, 18ª edición, 2021, p. 2141.

la pena inferior en uno o dos grados; una rebaja de pena parangonable a la prevista en el segundo inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP y a la que contiene el art. 434 CP. Se ha considerado de interés para la investigación observar la magnitud de la reducción de pena porque, como también se vio en su momento, otro de los argumentos que resalta la aparentemente escasa eficacia de los incentivos es que son superfluos; es decir, que éstos no añaden nada que no pueda conseguirse a través de las atenuantes genéricas (cuya aplicación sería, además, más sencilla).

El análisis de las atenuantes genéricas se ha completado con el estudio de la posible apreciación (y, en caso afirmativo, en qué grado) de la circunstancia de dilaciones indebidas (art. 21.6ª CP). En mi opinión, hay buenas razones para analizar este extremo y ponerlo en relación con los datos sobre la aplicación de los incentivos o de la atenuante de confesión. Uno de los objetivos que el legislador pretendía conseguir con los incentivos es facilitar las labores de investigación. Es razonable pensar que, si no se fomenta la colaboración con las autoridades, la investigación será más difícil y, por tanto, más duradera. Si el proceso penal es demasiado prolongado, puede que los jueces apliquen la atenuante de dilaciones indebidas. Cuando esto sucede, se corre el riesgo de llegar a una situación un poco paradójica: si el proceso es extremadamente largo, los condenados pueden recibir la misma rebaja de pena que podrían alcanzar en caso de colaborar con las autoridades (recuérdese, una vez más lo dispuesto en el art. 66.1.2ª CP). No obstante, cuando se aplica la atenuante de dilaciones indebidas y no se aplican ni los incentivos ni las atenuantes genéricas que puedan mover a la colaboración con las autoridades, como la confesión o su analógica, el Estado no habrá obtenido nada a cambio. Una elevada aplicación de la circunstancia de dilaciones indebidas, unida a otra muy escasa de los incentivos o de la atenuante de confesión o su analógica podría ser un indicativo de la poca eficacia que tiene la estrategia consistente en intentar mover a los intervinientes en el hecho delictivo a colaborar a través de la concesión de rebajas de pena.

También se ha estudiado el número de acusados y condenados por delitos incluidos en el ámbito de aplicación de cada uno de los incentivos. Si se recuerda, otro de los reproches que se ha hecho a estas figuras es que, si la colaboración de sus potenciales beneficiarios se traducía en la realización de declaraciones incriminatorias de otros implicados, esto no sería suficiente, por sí solo, para conseguir su condena; es preciso que esas declaraciones heteroincriminatorias estén acompañadas de elementos adicionales de corroboración para que la presunción de inocencia pueda ser enervada. Esta exigencia de corroboración mermaría, a la postre, su eficacia. Al margen de que, como también se dijo en su momento, una mayor eficacia no tiene por qué consistir sólo en un mayor número de condenados, parece necesario comprobar qué número de acusados y condenados hay en los casos en los que los justiciables colaboran con las autoridades y compararlos con aquellos casos en los que no hay cooperación. Si en los primeros hay un número de ellos menor o igual al que hay en los segundos, la hipótesis sobre la escasa eficacia de los

incentivos para conseguir sus fines cobraría más fuerza. Por último, también se ha estudiado en cada sentencia la posibilidad de que la acusación (o las acusaciones) y la defensa hayan llegado a algún tipo de acuerdo. Este parámetro se ha considerado de interés porque puede dar información útil acerca de cómo se manejan los diferentes actores procesales con los incentivos y las atenuantes genéricas a la hora de valorar la colaboración que los investigados hayan podido prestar a las autoridades. En concreto, se ha prestado atención a dos posibles circunstancias. Una es el recurso al instituto de la conformidad, regulado en los arts. 655 (para el procedimiento ordinario) y 787 LECrim (para el procedimiento abreviado). Otra es el hecho de que se haya celebrado un pacto *sui generis* entre los intervinientes en el proceso que, pese a darse fuera de los cauces previstos en la ley para la conformidad, también vincule a los jueces. Me estoy refiriendo al hecho de que, una vez que se haya celebrado el juicio, la acusación formule unas conclusiones definitivas más benignas que las provisionales –por ejemplo, proponiendo la estimación de alguno de los incentivos o, en su caso, de alguna atenuante genérica con la que se valore la colaboración prestada por el acusado a lo largo del proceso– y la defensa se adhiera a ellas[733].

3. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

3.1. Casos de solicitud y de aplicación de cada uno de los incentivos

De las 178 SSTS estudiadas, sólo hay una que resuelva un caso en el que se haya aplicado uno de los incentivos. Por otro lado, contando este caso, sólo hay 6 supuestos en los que se haya solicitado la aplicación de alguna de las disposiciones constitutivas del objeto de esta investigación. Parafraseando a Kai AMBOS, quien, como se vio en su momento, calificó la situación de escasa aplicación del § 46b StGB como «una existencia miserable» del precepto (*ein Schattendasein*), podría convenirse que los incentivos constitutivos del objeto de investigación han pasado por los tribunales españoles (al menos en lo que concierne a las muestras de resoluciones estudiadas) con «más pena que gloria». Analicemos esto con un poco más de detalle.

En las muestras no hay ningún caso de aplicación ni de solicitud, de los incentivos contenidos en el segundo inciso de los arts. 307.5 (delitos contra la Seguridad Social) y 308.8 CP (fraude de

[733] En su estudio sobre la conformidad en España, publicado en 2022, VARONA GÓMEZ, KEMP y BENÍTEZ I MANRIQUE se refirieron a este tipo de acuerdos como «conformidades encubiertas». VARONA GÓMEZ, D.; KEMP, S, y BENÍTEZ I MANRIQUE, O.: «La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad», en *InDret*, n.º 1, 2022, p. 313 (nota al pie 11). Disponible en: https://indret.com/wp-content/uploads/2022/01/1679.pdf [Consulta: 06/07/2024]. Pese a que la expresión es muy plástica, creo que no es del todo justa con el fenómeno que describe. Es cierto que a veces las sentencias judiciales no son todo lo claras que sería deseable sobre el hecho de si el proceso ha finalizado de manera negociada o no. Sin embargo, que en muchas ocasiones se pueda determinar, con los datos obrantes en la resolución, si existe algún tipo de pacto de estas características, sugiere que éstos, a pesar de no llevarse a cabo con arreglo a lo que la LECrim prescribe, no suelen practicarse de manera oculta (o «encubierta»). De todo ello, en cualquier caso, se hablará más adelante.

subvenciones). Tampoco los hay en lo que se refiere al art. 426 CP (cohecho). Esto último parece estar en la línea de los estudios realizados hasta el momento sobre esta eximente de responsabilidad penal[734].

Sólo hay un caso de solicitud de aplicación de la atenuante del segundo inciso del art. 305.6 CP (delitos fiscales). Éste se dio en el marco de la STS 507/2020, de 14 de octubre (caso *Gürtel*) (Roj.: STS 3191/2020). La solicitud, concretamente, se produjo en la primera instancia, que se decidió en la SAN (2ª) 20/2018, de 17 de mayo (Roj.: SAN 1915/2018). El acusado que formuló la solicitud fue condenado por la AN como cooperador necesario de tres delitos fiscales agravados por la utilización de personas interpuestas[735]. En la condena por uno de ellos se aplicó el Código Penal en su versión original de 1995 (art. 305.1 a) CP), mientras que para los dos restantes la AN empleó la redacción dada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que, pese a no estar vigente a la fecha de los hechos, se consideró más favorable por el órgano de enjuiciamiento[736]. La solicitud de aplicación de la atenuante, que se efectuó para uno de estos últimos dos delitos, fue denegada por la AN porque, en su opinión, el acusado no había prestado ningún tipo de colaboración[737]. En casación, la representación procesal de este condenado no recurrió por la indebida inaplicación de la atenuante, por lo que la cuestión quedó definitivamente zanjada en la primera instancia.

La única disposición para la que se han encontrado casos de aplicación es la contenida en el art. 434 CP. De las 19 SSTS que componen la muestra relativa a esta figura, la disposición se ha solicitado en 5 ocasiones y se ha aplicado en una de ellas.

El supuesto de aplicación es el resuelto por la STS 341/2018, de 10 de julio (Roj.: STS 2648/2018). La aplicación de la atenuante se dio en la primera instancia, fase procesal que concluyó con la SAP Madrid (15ª) 651/2016, de 1 de diciembre (Roj.: SAP M 16161/2016). Según el relato de hechos probados, la acusada adquirió dos bolsos con la tarjeta VISA Corporate Oro de la que se le hizo entrega cuando fue nombrada alcaldesa del municipio madrileño de Serranillos del Valle. La compra en cuestión se produjo el día 7 de octubre de 2010; es decir, algo menos de cinco años antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que introdujo la atenuante que ahora interesa en el art. 434 CP. Los fondos de la cuenta bancaria asociada a dicha tarjeta eran de titularidad del Ayuntamiento. Además, y siempre según el *factum*, en los diez días siguientes a la compra no se llevó a cabo la restitución del importe gastado en los bolsos. Esto determinó que la acusada fuera condenada por haber cometido un delito de malversación de uso del segundo inciso del art. 433 CP en su redacción original, de 1995. En dicho inciso, el art. 433 remitía al art.

[734] Véase al respecto Cap. II, apartado 6.2.2., b), *supra*.
[735] Se trata del acusado llamado Romeo tanto en la primera instancia como en casación.
[736] Ver SAN (2ª) 20/2018, de 17 de mayo (Roj.: SAN 1915/2018), FD 3 del apartado «Majadahonda», pp. 373-374.
[737] Ibid., p. 382.

432 CP para determinar la pena de los casos de malversación de uso sin restitución, como el ahora comentado[738]. En atención al importe empleado en la adquisición, la AP se decantó por la penalidad del art. 432.3 CP. El precepto en cuestión contenía un subtipo atenuado para los casos en los que el desfalco fuera por una cantidad inferior a los 4.000 €. Eso es justo lo que sucedía en este supuesto: la malversación había sido por un importe de 370 €, cantidad más de 10 veces inferior al límite que posibilitaba acudir al subtipo.

Justo antes del fallo, en la sentencia se discute la posible aplicación retroactiva de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por si fuera la norma penal más favorable. Para el órgano de enjuiciamiento lo era y adujo dos motivos para justificar esta decisión. El primero, que, tras la reforma, la pena de prisión prevista para este tipo de malversación de menor cuantía era de uno a dos años. Con la redacción vigente en la fecha de los hechos, en cambio, esa pena era de seis meses a tres años. El segundo, precisamente, la previsión, en el art. 434 CP, de una «atenuante muy cualificada» de «imposición obligatoria». El tribunal consideró aplicable esta última disposición porque, como se recoge en los hechos probados, cuando fue requerida para prestar fianza destinada al aseguramiento de las eventuales responsabilidades pecuniarias, la acusada ingresó ese dinero en concepto de responsabilidad civil[739]. La AP, pues, aplicó retroactivamente la LO 1/2015, de 30 de marzo y rebajó la pena en un grado al amparo del art. 434 CP. Esto hizo que la acusada fuera condenada a una pena de prisión de seis meses, multa de 45 días con una cuota diaria de 10 € e inhabilitación especial para empleo o cargo público y derecho al sufragio pasivo por tiempo de seis meses. La sentencia de primera instancia fue recurrida exclusivamente por la condenada, tanto en apelación[740] como en casación. La recurrente, sin embargo, no alegó en ninguna de estas dos fases posteriores nada que afectase a la intensidad de la aplicación de la atenuante, por lo que la cuestión quedó tal como se había decidido por la AP Madrid. De hecho, los dos recursos fueron desestimados en su integridad.

Por su parte, los cuatro supuestos en los que, pese a haberse solicitado la aplicación del art. 434 CP por alguno de los acusados, ésta se denegó, son bastante heterogéneos. Vamos a verlos por orden cronológico.

El primero es el caso resuelto por la STS 461/2017, de 21 de junio (Roj.: STS 2444/2017). Este pronunciamiento dimana de la SAP Las Palmas (1ª) 70/2016, de 19 de febrero (Roj.: SAP GC 543/2016). En él se juzga la conducta de un único acusado, un agente de la Guardia Civil que, entre otros cometidos, era el encargado de tramitar los expedientes administrativos en materia de

[738] El actual art. 432 bis II CP otorga el mismo tratamiento a estos casos.
[739] SAP Madrid (15ª) 651/2016, de 1 de diciembre (Roj.: SAP M 16161/2016), FD 4, pp. 7-8. La AP no razona, en cambio, en qué concreta modalidad de malversación encajaban los hechos probados: si en la que, con la redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, remitía al art. 252 CP (administración desleal) o al art. 253 CP (apropiación indebida).
[740] STSJ Madrid (1ª) 21/2017, de 31 de mayo (Roj.: STSJ M 3482/2017).

seguridad ciudadana por incautaciones de sustancias estupefacientes. Según se narra en el relato de hechos probados, el día 28 de abril de 2010 se detectó que el acusado había estado sustrayendo desde hacía tiempo varias dosis de las sustancias interceptadas, las cuales debieron haber sido remitidas al órgano sancionador para la tramitación del oportuno expediente. Como el valor de la droga sustraída no superaba los 4.000 €, el acusado fue condenado como autor de un delito continuado de malversación del subtipo atenuado del art. 432.3 CP en su redacción dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, vigente a la fecha de los hechos[741].

La solicitud de la aplicación del art. 434 CP no se produjo ni en la primera instancia ni en el recurso de apelación que el acusado formuló contra la SAP Las Palmas[742], sino en casación. Así, en el FD 2 de la STS 461/2017, de 21 de junio, el Alto Tribunal discute la posibilidad de aplicar la atenuante de forma retroactiva, tal y como habría pretendido el recurrente. La petición, sin embargo, es desestimada. El motivo en virtud del cual se había solicitado la aplicación del art. 434 CP radicaba en que el agente había admitido los hechos que se le imputaban durante la instrucción del proceso. El TS reconoce esta circunstancia, pero también indica que, en el juicio oral, el entonces acusado se desdijo de esa aceptación de los hechos y atribuyó la responsabilidad de la desaparición de la droga a otros funcionarios. En opinión de la Sala de lo Penal, este tipo de comportamiento no puede calificarse como una colaboración activa para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos[743].

El segundo caso de solicitud de aplicación del art. 434 CP es el resuelto por la STS 568/2019, de 21 de noviembre (Roj,: STS 3704/2019). Si se recuerda, este es el único supuesto que se encontró en la consulta bibliográfica, no en las búsquedas realizadas a través del CENDOJ. El asunto dimana de la SAP Almería (3ª) 74/2018, de 14 de febrero (Roj.: SAP AL 492/2018). En el relato de hechos probados de esta última resolución consta cómo el único acusado del procedimiento, que era funcionario de la Delegación Provincial de Almería de la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, extrajo la cantidad de 239.638,20 € de la cuenta bancaria de la que la Delegación era titular. En el periodo que va desde 1986 a 2009, el acusado aprovechó que su firma figuraba como autorizada en la cuenta. Procediendo de esta manera extrajo 134.300 € a través de 49 talones al portador. Como a partir del 22 de junio de 2010 dejó de ostentar dicha habilitación, desde esa fecha hasta noviembre de 2012 estampó una

[741] SAP Las Palmas (1ª) 70/2016, de 19 de febrero (Roj.: SAP GC 543/2016), FD 3, pp. 26 y 29. El hecho de que la AP haya considerado que la droga (una *res extra commercium*) integra los «efectos o caudales públicos» y, por tanto, es un objeto material del delito de malversación, no es, sorprendentemente, una cuestión debatida por las partes en este proceso.
[742] El recurso de apelación, desestimado en su integridad, fue resuelto en la STSJ Islas Canarias (1ª) 4/2016, de 17 de noviembre (Roj.: STSJ ICAN 3821/2016).
[743] STS 461/2017, de 21 de junio (Roj.: STS 2444/2017), FD 2, pp. 7-8.

firma irreal en otros 39 talones. En este segundo periodo el acusado se apoderó de otros 105.338,20 €.

En el FD 3 de la SAP Almería (3ª) 74/2018, de 14 de febrero, se indica que la defensa solicitó la aplicación (retroactiva) de la atenuante del art. 434 CP, pues el acusado habría colaborado con las autoridades en el esclarecimiento de los hechos poniendo de manifiesto el destino de los talones expedidos durante el periodo 1986-2009 y habiéndose ofrecido a practicar cuerpos de escritura relacionados con los talones emitidos entre el 22 de junio de 2010 y noviembre de 2012. La petición, sin embargo, fue rechazada. Ello porque, para empezar, no se tuvo por acreditado que el acusado se ofreciera a aclarar el destino de la primera tanda de talones. Y, para seguir, porque, aunque consta que el acusado sí se mostró dispuesto a realizar los cuerpos de escritura, la solicitud de llevarlos a cabo, que fue rechazada por el juez de instrucción, sólo se produjo una vez que el procedimiento ya se había iniciado. Ninguna de estas actividades se reputó por el órgano de enjuiciamiento constitutiva de una colaboración activa para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, como exigiría el art. 434 CP[744]. El acusado fue condenado en la primera instancia como autor de un delito continuado de malversación del art. 432.1 CP en la redacción dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, vigente a la fecha de los hechos. La solicitud de aplicación del art. 434 CP se reiteró en apelación y en casación, aunque los tribunales *ad quos*, rechazaron la petición esgrimiendo los mismos argumentos que los empleados por la Audiencia Provincial[745].

El tercer caso es el decidido en la STS 627/2019, de 18 de diciembre (Roj.: STS 4342/2019). Esta sentencia pone fin al recurso de casación dirigido contra la SAP Almería (3ª) 116/2018, de 5 de marzo (Roj.: SAP AL 1042/2018). En esta última sentencia se enjuician múltiples delitos, atribuidos a varios acusados. Todos ellos tienen en común el haberse cometido en relación con el desvío de los fondos públicos del Patronato Provincial de Turismo de la Diputación Provincial de Almería a fines que les eran ajenos. Los hechos se produjeron entre 2007 y 2011; es decir, antes

[744] No deja de ser llamativo lo siguiente. El asunto se decidió ante el Tribunal del Jurado. Los hechos que habrían dado soporte fáctico a la colaboración del acusado eran los hechos favorables noveno y décimo. En los dos se añade, respectivamente, la coletilla de que tanto el ofrecimiento para aclarar el destino de los talones como el de practicar los cuerpos de escritura se produjeron *antes de que el procedimiento se dirigiera contra el acusado*. Como se vio en el Cap. I (apartado 4.2, c) *supra*), el art. 434 CP no ha requerido en ningún momento de su vigencia que la colaboración activa se preste antes de ningún límite preclusivo. Añadir esta exigencia en los hechos favorables no hace sino mermar las posibilidades de aplicación de la atenuante. De hecho, como se ha dicho en el texto, en el FD 3 de la SAP se indica que no está acreditado que la solicitud de práctica de los cuerpos de escritura se llevara a cabo antes de que el procedimiento se dirigiera contra el acusado, lo cual es una de las razones en virtud de las que se rechaza la aplicación del art. 434 CP. Tomando en consideración cuáles son los requisitos de aplicación de la atenuante (y cuáles no lo son), creo que esta forma de proceder no es correcta. Sobre la cuestión, SAP Almería (3ª) 74/2018, de 14 de febrero (Roj.: SAP AL 492/2018), FD 3, pp. 5-6.

[745] Para la reiteración en la segunda instancia, ver STSJ Andalucía (1ª) 41/2018, de 22 de mayo (Roj.: STSJ AND 18121/2018), FD 4, p. 6. En cuanto a la casación, STS 568/2019, de 21 de noviembre (Roj.: 3704/2019), FD 3, pp. 6-7.

de la entrada en vigor de la norma que introdujo la atenuante del art. 434 CP en el ordenamiento jurídico español. La acusación por malversación se dirigió frente a 16 acusados, siendo condenados 14. De estos últimos, uno de ellos se adhirió a las calificaciones definitivas de las acusaciones tras la celebración del juicio oral[746].

En la primera instancia, 8 acusados (y condenados) solicitaron la aplicación (retroactiva) del art. 434 CP. La AP rechazó la apreciación de la atenuante distinguiendo entre tres grupos de solicitantes. Por un lado, un grupo de 3 acusados que no abonaron nada en concepto de responsabilidad civil y que, en opinión del órgano de enjuiciamiento, tampoco prestaron ninguna colaboración con las autoridades para facilitar las tareas de investigación[747]. Por otro lado, un acusado que sólo reparó parcialmente el perjuicio en que consistió la malversación. Tampoco cooperó con las autoridades para cumplir con ninguna de las otras finalidades establecidas en el precepto. Pese a haber abonado algo en concepto de responsabilidad civil, a diferencia del grupo de encausados que se ha mencionado antes, a este sujeto tampoco se le aplicó la atenuante; ello porque el art. 434 CP exige que la reparación del perjuicio se lleve a cabo, además de modo efectivo, en su integridad[748]. Por último, otros 4 acusados que sí repararon en su integridad el perjuicio causado al patrimonio público. Sin embargo, el órgano de primera instancia tampoco les concedió la aplicación del art. 434 CP porque, en su opinión, como la malversación entraba en concurso con otros delitos, la LO 1/2015, de 30 de marzo, no sería la norma penal más favorable[749]. Esto no quiere decir, con todo, que el órgano *a quo* no fuera sensible al hecho de que

[746] SAP Almería (3ª) 116/2018, de 5 de marzo (Roj.: SAP AL 1042/2018), FD 35, p. 173.
[747] Ibid., FD 36, pp. 176-177.
[748] Ibid., FD 36, pp. 175-176.
[749] El razonamiento que la AP desarrolla para denegar la aplicación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, me parece discutible. A grandes rasgos, es el siguiente. Los 4 intervinientes sobre los que ahora se reflexiona fueron condenados, además de por el delito de malversación, por un delito de fraude a las Administraciones Públicas del art. 436 CP. La malversación estaba en una relación de concurso medial con este delito. Con independencia de la redacción que se aplique, la determinación de la pena en el concurso medial exige tomar como referencia la pena que corresponda a la infracción más grave. La AP consideró que, si se atendía a la legislación vigente a la fecha del enjuiciamiento –*i.e.*, la dada por la LO 1/2015–, la infracción más grave era el delito de fraude a las Administraciones Públicas. Ello porque, tras dicha reforma, este delito pasó a estar castigado con una pena de prisión de dos a seis años. Es cierto que, tras la reforma de 2015, el marco abstracto del delito de malversación imputado a todos los acusados (malversación del tipo básico de los apartados 1 y 2 del art. 432 CP) estaba castigado con una pena de prisión de tres a seis años, lo que, a priori, parece un marco penal más grave. Sin embargo, la AP descartó la consideración del delito de malversación como el más grave de los concurrentes porque, en su opinión, en la determinación de la pena por esta infracción habría que aplicar el art. 434 CP, el cual habría permitido rebajar la pena en uno o dos grados. Esto llevó al órgano de instancia a considerar al fraude a las Administraciones Públicas como el delito más grave en la resolución del concurso medial. Sin embargo, a la hora de determinar la pena, en lugar de partir del marco que tenía el delito de fraude en la redacción de 2015, que fue la empleada para seleccionar ese delito como el más grave, la AP empleó como referencia el marco penal que este delito tenía en el momento en que se cometieron los hechos; o sea, el de la redacción original de 1995. Ello porque, a juicio del órgano de instancia, al proceder de ese modo se llegaba a una situación penológica más benigna. Según la redacción de 1995, el delito de fraude del art. 436 CP estaba castigado con una pena de prisión de 1 a 3 años. Además, como, en aquel entonces, el tipo no asignaba una pena concreta al interviniente en el delito que *no* fuera funcionario público (algo que cambió en 2010) era posible aplicar el art. 65.3 CP a los particulares que hubieran cometido el delito, rasgo que compartían los 4 intervinientes ahora considerados.

este último grupo de intervinientes en el hecho delictivo reparó por completo el perjuicio causado al patrimonio público; a todos ellos se les concedió una atenuante simple de reparación del daño, aplicándose a 3 de ellos como analógica[750]. La sentencia de instancia fue recurrida ante el TS tanto por los 3 intervinientes que no llevaron a cabo ningún tipo de reparación como por el que satisfizo la responsabilidad civil sólo parcialmente (es decir, los dos primeros grupos antes mencionados). En ningún momento de la sentencia de casación se debate sobre la indebida inaplicación del art. 434 CP, por lo que la cuestión queda tal y como se decidió en la primera instancia[751].

El último caso de solicitud de aplicación del art. 434 CP es el decidido en la STS 482/2020, de 30 de septiembre (caso *Emarsa*) (Roj.: STS 3893/2020). En la sentencia de primera instancia, la SAP Valencia (1ª) 349/2018, de 19 de junio (Roj.: SAP V 1960/2018), se enjuician los hechos relativos a la desviación de los fondos públicos de la Empresa Metropolitana de Aguas Residuales de Valencia, S.A. («Emarsa»). De los 24 acusados por malversación, 23 fueron condenados[752], 9 tras llegar a un acuerdo con las acusaciones (8 fueron acuerdos de conformidad en sentido estricto, el otro se adhirió a la calificación definitiva de las acusaciones tras las sesiones del juicio oral)[753]. Una vez más, los hechos sucedieron bajo la vigencia de una ley anterior a la LO 1/2015, de 30 de marzo. En concreto, la redacción que el órgano de enjuiciamiento consideró aplicable a los hechos fue la dada al Código Penal por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

Sólo hubo un acusado (y condenado) que llevó a cabo la solicitud de aplicación de la atenuante del art. 434 CP[754]. La AP lo condenó por haber cometido, entre otros, un delito continuado de malversación, en la modalidad de apropiación, de especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento del servicio público (arts. 432.1 y 2 CP en la redacción dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre). Dicho inculpado no estaba entre los que llegaron a un acuerdo con las acusaciones. Es más, como se indica en el FD 9 de la sentencia de

---

Por tanto, se tomó como referencia ese marco del art. 436 CP en la redacción de 1995, con su pena de prisión de uno a tres años, y, sobre él, se aplicaron las reglas del concurso medial del art. 77.2 CP. Creo que esta forma de proceder no es correcta: la AP debería haber determinado la pena por completo siguiendo las reglas de cada redacción potencialmente aplicable y, sólo después, haberse decantado por la que considerara más favorable. Ver SAP Almería (3ª) 116/2018, de 5 de marzo (Roj.: SAP AL 1042/2018), FD 36, pp. 177-179.

[750] Ibid.

[751] En una parte del recurso del interviniente que reparó el perjuicio de modo parcial se menciona el art. 434 CP como uno de los preceptos supuestamente vulnerados por la AP de Almería. Sin embargo, no hay ningún desarrollo sobre en qué habría consistido esa infracción. El Alto Tribunal, por su parte, tampoco entra en la cuestión. No parece, por lo tanto, que la inaplicación de la atenuante del art. 434 CP haya sido un verdadero motivo fundante del recurso de casación. Ver STS 627/2019, de 18 de diciembre (Roj.: STS 4342/2019), FD 28, pp. 92-93.

[752] La AP declara que el acusado restante, llamado Alexis en la primera instancia, sea juzgado por separado en otro procedimiento. Se desconoce, no obstante, de qué procedimiento se trata. Ver SAP Valencia (1ª) 349/2018, de 19 de junio (Roj.: SAP V 1960/2018), FD 1, pp. 437-438.

[753] Ibid., Antecedente de Hecho 22, pp. 28-31.

[754] El llamado Juan María en la primera instancia.

instancia, la petición de aplicación de la atenuante del art. 434 CP sólo se planteó por su representación procesal en el momento del informe final[755]. Cuando el órgano *a quo* se pronunció sobre las circunstancias modificativas aplicables a este acusado, omitió todo razonamiento sobre la aplicación de esta figura. De hecho, no consideró concurrente ninguna otra atenuante[756].

La representación procesal del condenado reiteró la solicitud en casación[757]. En el FD 26, el Alto Tribunal indica que no sólo no había reconocido los hechos que se le imputaban en ningún momento, sino que tampoco había colaborado con las autoridades para facilitar la investigación de otros hechos distintos. A ello hay que añadirle que, si bien había abonado una cantidad en concepto de responsabilidad civil, ésta aún estaba muy lejos de constituir una reparación íntegra del perjuicio causado al patrimonio público, como exigiría el art. 434 CP. Por eso, la petición acaba siendo rechazada[758].

3.2. Aplicación de otras atenuantes

El hecho de que apenas se hayan aplicado las figuras constitutivas del objeto de estudio no quiere decir, al menos en lo que a las muestras estudiadas se refiere, que los tribunales españoles no hayan respondido a través de la imposición de una pena menor a quienes hayan prestado algún tipo de ayuda a las autoridades o hayan reparado el perjuicio causado con el delito. Por el contrario, en las SSTS estudiadas hay varios casos en los que los órganos judiciales han aplicado alguna atenuante cuando ha habido actuaciones de ese tipo. Es cierto que los procedimientos en los que se han producido esas aplicaciones son pocos. Sin embargo, cuando se han apreciado esas atenuantes, sus efectos se han extendido a un número considerable de condenados. Del análisis de estos casos puede extraerse, por tanto, información interesante.

3.2.1. Atenuantes relacionadas con la reparación del daño

a) La STS 740/2018, de 6 de febrero de 2019: aplicación de la atenuante del primer inciso del art. 305.6 CP

En las muestras relativas a los delitos fiscales, contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones, hay un caso de aplicación de una atenuante estrechamente emparentada con la que constituye el objeto de estudio: la contenida en el primer inciso del art. 305.6 CP.

Si se recuerda, la LO 7/2012, de 27 de diciembre, no sólo añadió al régimen de los delitos fiscales, contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones las atenuantes dirigidas a fomentar la colaboración con las autoridades para la consecución de fines como la identificación

[755] Ibid., p. 1055.
[756] Ibid., pp. 1142-1143.
[757] Fase procesal en la que se le llama Ginés.
[758] Ver STS 482/2020, de 30 de septiembre (caso *Emarsa*) (Roj.: STS 3893/2020), p. 596.

o captura de otros responsables, el completo esclarecimiento de los hechos o la localización del patrimonio del obligado al pago. Amén de muchas otras modificaciones, esta ley también creó, en el primer inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8[759] CP una atenuante parecida a las eximentes de regularización y de reintegro. Esta atenuante del primer inciso exige que el autor del delito o el obligado al pago, además de reconocer los hechos en sede judicial, satisfaga la deuda con la Administración Pública o devuelva la subvención indebidamente percibida (incrementada, en este último caso, en el interés de demora aplicable desde su percepción). Todo ello lo deberá hacer, además, en el plazo de dos meses desde que haya sido citado por el juez instructor para declarar como investigado. De ahí que a estas figuras se las haya conocido como atenuantes de regularización o reintegro «tardíos».

El supuesto de aplicación de la figura del art. 305.6 I CP es el decidido por la STS 740/2018, de 6 de febrero de 2019 (Roj.: STS 274/2019). En la primera instancia, resuelta por la SAP Madrid (2ª) 591/2017, de 29 de septiembre (Roj.: SAP M 12282/2017), se enjuicia el caso de un conocido exentrenador del Real Madrid C.F. que dejó de pagar al erario, en concepto de ingresos por derechos de imagen que debían integrarse en la base imponible del IRPF, la cantidad de 171.290,58 € en el ejercicio de 2011 y la de 374.690,45 € en el de 2012. Tal y como se narra en el relato de hechos probados, el técnico fue citado para declarar como investigado el 29 de noviembre de 2016. En esa declaración reconoció los hechos que se le atribuían[760]. Apenas dos semanas después, el 12 de diciembre de 2016, ingresó en la cuenta de consignaciones del Juzgado de Instrucción la cantidad de 638.771,64 €. Más adelante, el 15 de febrero de 2017, depositó otros 167,82 € más, lo que, con la suma anterior, hizo un total de 638.939,46 €.

Pese a que en la resolución de primera instancia no se indique a cuánto ascendía exactamente la cantidad dejada de pagar al Fisco –ni, consecuentemente, si la totalidad de su importe fue abonado en el plazo de dos meses exigido por el art. 305.6 I CP–, el órgano de enjuiciamiento concedió la atenuante y rebajó la pena en dos grados. Este mismo órgano consideró que los hechos constituían dos delitos del tipo básico del art. 305.1 CP[761]. El acusado fue condenado, en esta fase procesal, a la pena de tres meses y un día de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, multa de 42.822,64 € y pérdida del derecho a obtener incentivos o ayudas fiscales o de la Seguridad Social durante nueve meses y un día por el delito correspondiente al ejercicio de 2011, y a la pena de cuatro meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, multa de

[759] Hasta la reforma operada por la LO 1/2019, de 20 de febrero, tanto la atenuante de la que se habla en el texto como la que se refiere a los partícipes del delito de fraude de subvenciones estaban ubicadas en el art. 308.7 CP.
[760] Esto último no consta en el *factum*, sino en el FD 1 de la resolución de primera instancia. Ver SAP Madrid (2ª) 591/2017, de 29 de septiembre (Roj.: SAP M 12282/2017), p. 4.
[761] Ibid., FD 1, pp. 4-6.

100.000 € y pérdida del derecho a obtener incentivos o ayudas fiscales o de la Seguridad Social durante nueve meses y un día por el de 2012.

La sentencia de instancia fue recurrida en casación por el Abogado del Estado, que sólo esgrimió un motivo ante el Alto Tribunal: en su opinión, los hechos relativos al ejercicio de 2012 no debían castigarse conforme al tipo básico del art. 305.1 CP, sino a la modalidad agravada prevista en la letra c) del art. 305 bis.1 CP. Este subtipo se introdujo por la LO 7/2012, de 27 de diciembre. A través del mismo se sanciona, con la pena de prisión de dos a seis años, multa del doble al séxtuplo de la cantidad defraudada y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de cuatro a ocho años, la conducta consistente en emplear, para la comisión de la defraudación, «personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación». El precepto exige, además, que la utilización de estos elementos «oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito».

La Sala Segunda estimó el recurso y para justificar su decisión, el Alto Tribunal se remitió al relato de hechos probados de la sentencia de primera instancia. En él se narra que la defraudación se cometió simulando, el 15 de septiembre de 2004, la cesión de los derechos de imagen del recurrido a favor de una sociedad radicada en las Islas Vírgenes británicas –territorio considerado como paraíso fiscal– y participada al 100% por otra sociedad cuyo domicilio se asentaba en Panamá. Dos días después, el 17 de septiembre de 2004, se celebró un nuevo contrato de cesión de derechos de imagen entre la sociedad de Islas Vírgenes y otra sociedad domiciliada en Irlanda. Esta aparente cesión se mantuvo a pesar de que, desde 2010, el acusado residía en España al estar entrenando al equipo de fútbol arriba mencionado. Por eso el TS considera que los hechos tienen un mejor encaje legal en el art. 305 bis.1 c) CP[762]. Ahora bien, como este tipo aún no estaba en vigor cuando se cometió la defraudación correspondiente al ejercicio de 2011, la estimación del recurso de la Abogacía del Estado sólo tuvo efectos en lo atinente al ejercicio de 2012, para el cual ya sí estaba vigente la reforma que creó el subtipo agravado. Esto hace que, por este último delito, con la misma apreciación de la atenuante del art. 305.6 I CP que hizo la AP de Madrid, se imponga al acusado una pena de siete meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 380.000 € y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un año.

[762] STS 740/2018, de 6 de febrero de 2019 (Roj.: STS 274/2019), FD 2, pp. 5-6.

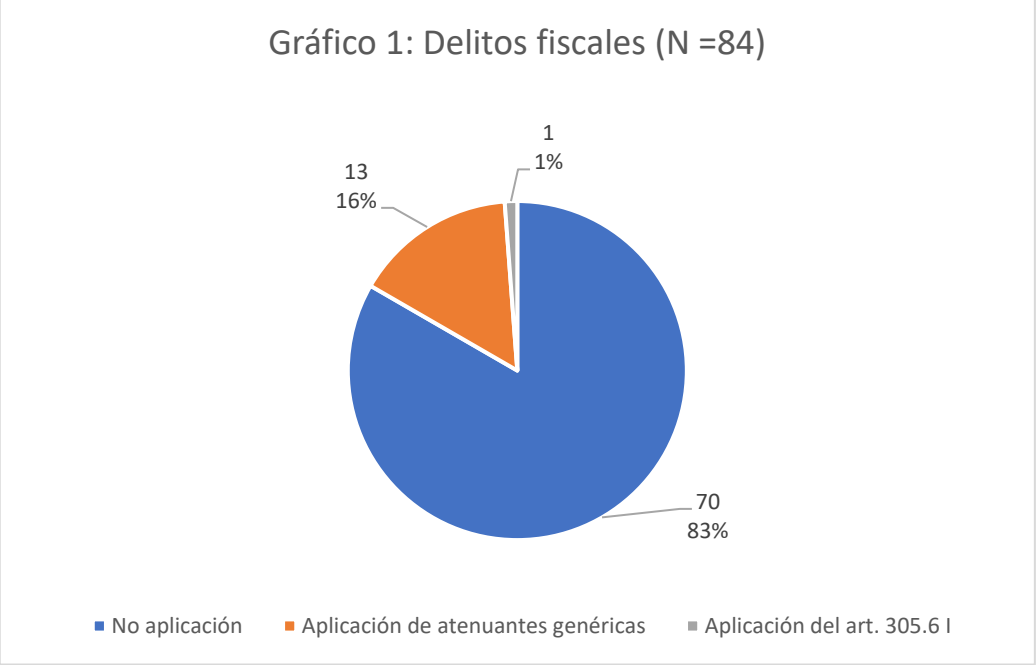
b) Las atenuantes genéricas de los arts. 21.5ª, 21.7ª y 31 quater.1 c) CP

El caso que se acaba de comentar no es el único en el que los tribunales españoles han rebajado la pena a alguno de los condenados por haber reparado el daño ocasionado por el delito. Dentro de las muestras también hay varios procesos en los que los jueces han aplicado atenuantes genéricas de reparación del daño a alguno de los condenados. Me estoy refiriendo por tales a las atenuantes contenidas en los arts. 21.5ª –a la que también se la va a llamar atenuante «pura» de reparación del daño, por contraposición a la siguiente que se va a mencionar–, 21.7ª –atenuante analógica de reparación del daño– y 31 quater.1 c) CP –atenuante de reparación del daño para personas jurídicas–.

En lo que sigue, se va a mostrar cómo se ha hecho uso de esas atenuantes en los procesos incluidos en la muestra. El esquema que va a emplearse es el siguiente. En primer lugar, va a indicarse en qué número de procedimientos de cada muestra se ha aplicado alguna de estas atenuantes a *algún* condenado. Después, va a llevarse a cabo un desglose del número de condenados a los que se ha concedido cada atenuante. En ese desglose se especificará qué precepto del Código Penal ha sido el aplicado a cada beneficiario; esto es, si el art. 21.5ª, el art. 21.7ª o el art. 31 quater.1 c) CP. Posteriormente, se analizará con qué intensidad se ha concedido, en su caso, cada una de esas atenuantes; es decir, si se han apreciado como simples o muy cualificadas. Seguidamente, se analizará si estas circunstancias se han aplicado de forma aislada o si, por el contrario, han concurrido con las otras atenuantes estudiadas: las de confesión (arts. 21.4ª, 21.7ª o 31 quater.1 a) CP) o dilaciones indebidas (art. 21.6ª CP). Finalmente, se indicará qué grado de rebaja de pena se ha concedido a cada beneficiario, si es que se ha concedido alguno.

Hechas estas consideraciones, en los gráficos 1 a 5 se encuentra la proporción de procedimientos, con respecto al total incluido en cada una de las muestras, en los cuales se ha aplicado alguna de esas atenuantes a *alguno* de los condenados.

GRÁFICOS 1 A 5: ATENUANTES GENÉRICAS DE REPARACIÓN (POR PROCESOS)[763]





[763] Salvo que se indique otra cosa, la referencia a preceptos sin ulterior determinación lo es a artículos del Código Penal.

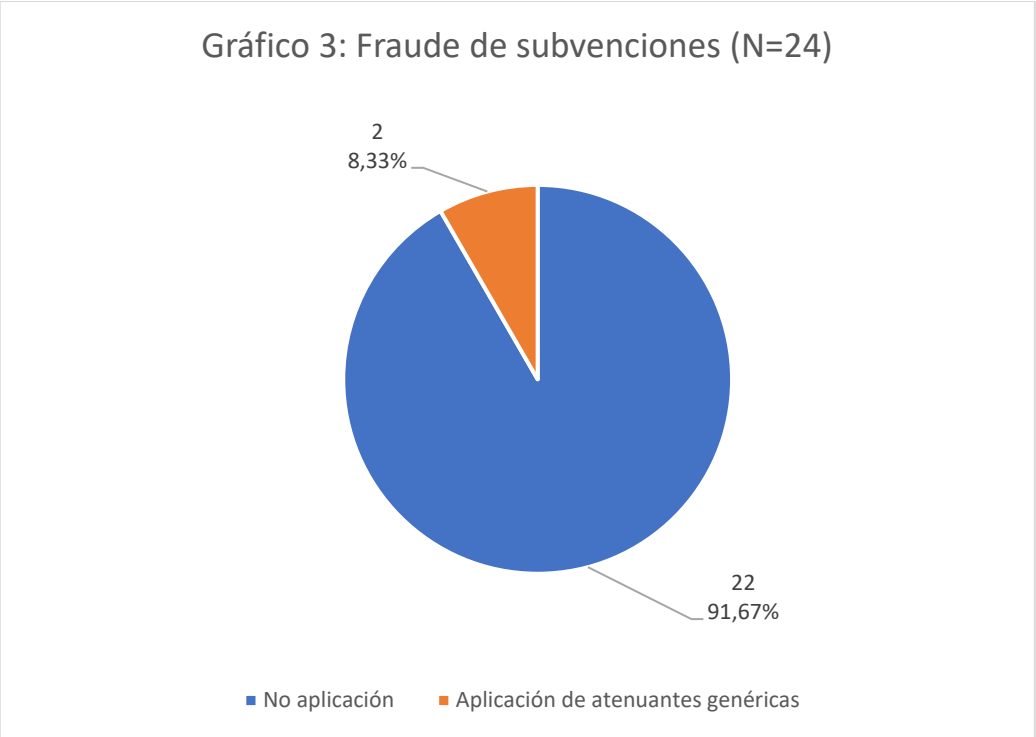


Gráfico 3: Fraude de subvenciones (N=24)
2
8,33%
22
91,67%
No aplicación
Aplicación de atenuantes genéricas

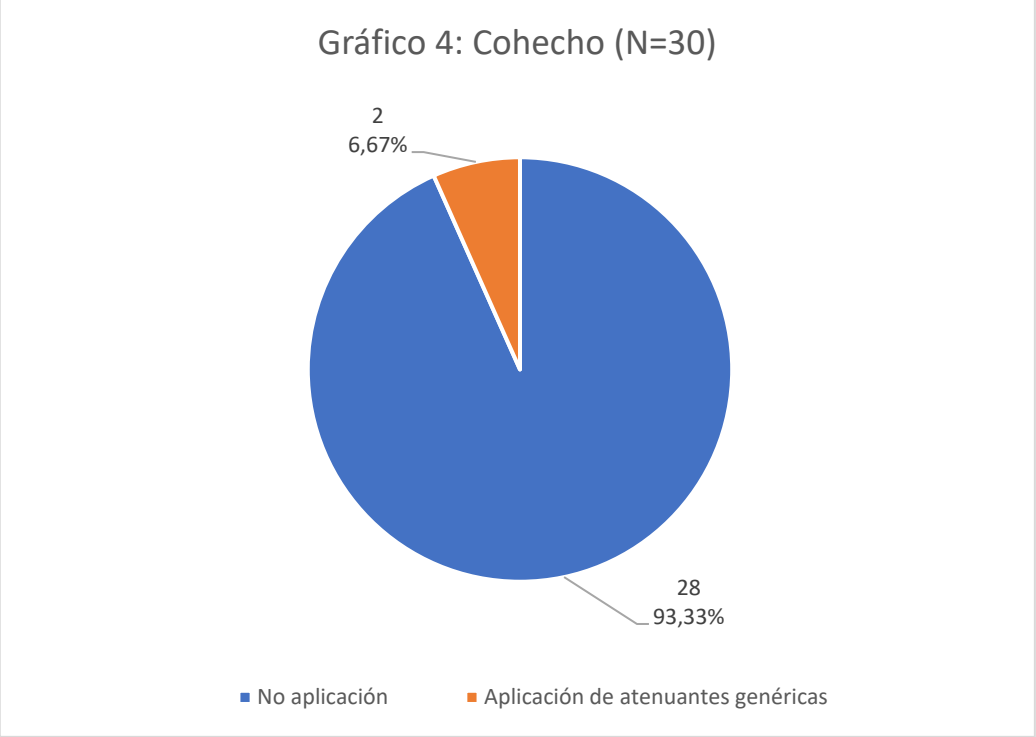
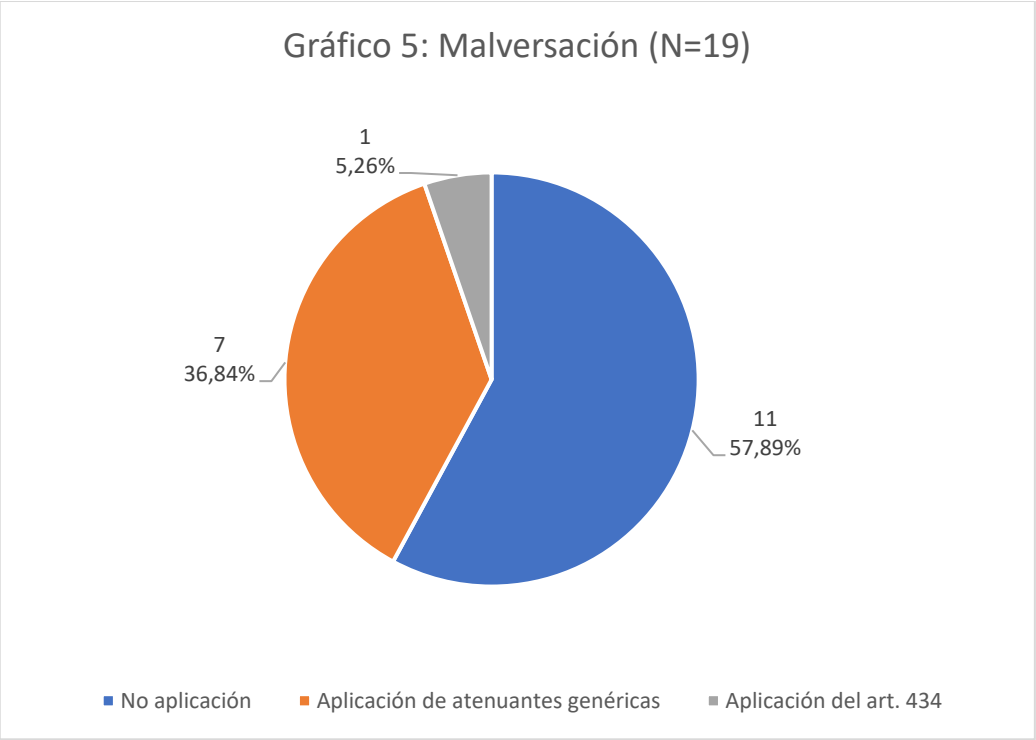


Gráfico 4: Cohecho (N=30)
2
6,67%
28
93,33%
No aplicación
Aplicación de atenuantes genéricas



En la medida en que, como se ha comentado en los epígrafes anteriores, tanto la atenuante del primer inciso del art. 305.6 CP, como la figura del art. 434 CP son supuestos en los que los intervinientes en el hecho delictivo han reparado el daño causado, se ha optado por reflejarlos en los gráficos 1 y 5 respectivamente, aunque en un sector circular separado.

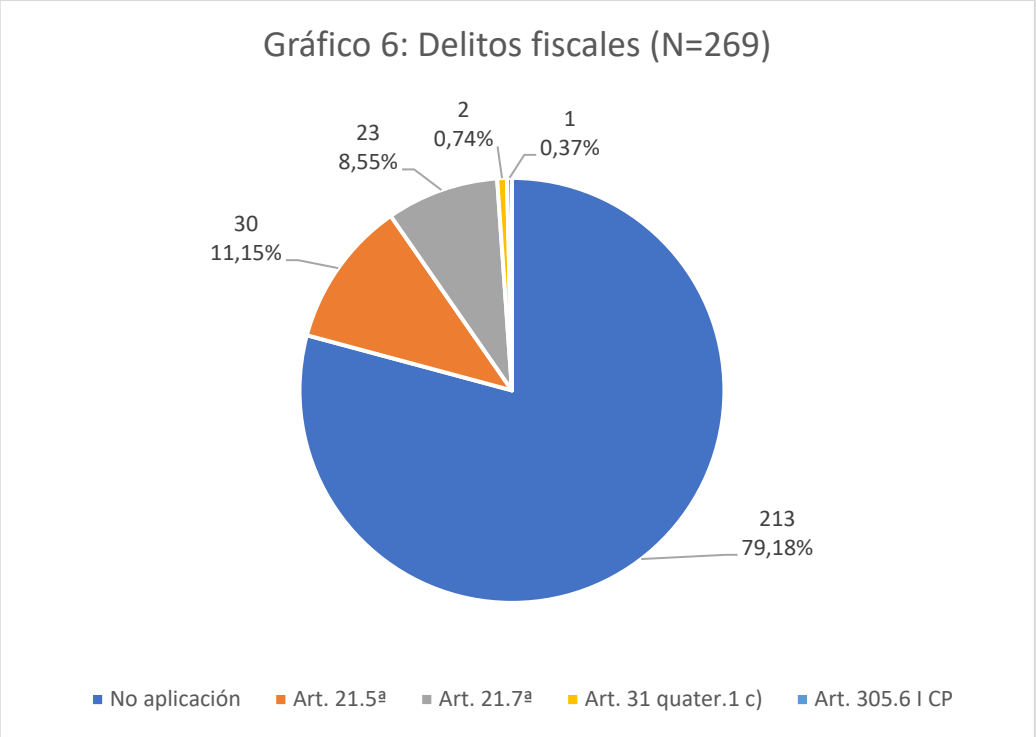
Aun con estas inclusiones, hay que decir que las atenuantes que asocian la minoración del reproche penal a la reparación del perjuicio tampoco parecen haber sido aplicadas con especial asiduidad. Ello, pese a que, sin duda, han gozado de un mayor predicamento que los incentivos constitutivos del objeto de la investigación. Así, en la muestra de SSTS analizadas para los delitos fiscales (gráfico 1), estas disposiciones sólo se aplicaron en 13 de los 84 procedimientos que la componen (15,48%) –sin contar el caso de aplicación de la atenuante del art. 305.6 I CP–. En la muestra para los delitos de fraude de subvenciones (gráfico 3), sólo se hizo uso de alguna de estas atenuantes en 2 de 24 procedimientos (8,33%). En la muestra para los delitos de cohecho (gráfico 4) hubo otros 2 procesos en los cuales se aplicó alguna de las disposiciones ahora estudiadas (6,67%) frente a los 28 restantes, en los que no se hizo uso de ninguna de esas atenuantes. El caso más extremo lo representa la muestra de delitos contra la Seguridad Social, pues en ella no hubo procesos en los que los tribunales aplicaran alguna atenuante de reparación del daño a alguno de los condenados (gráfico 2).

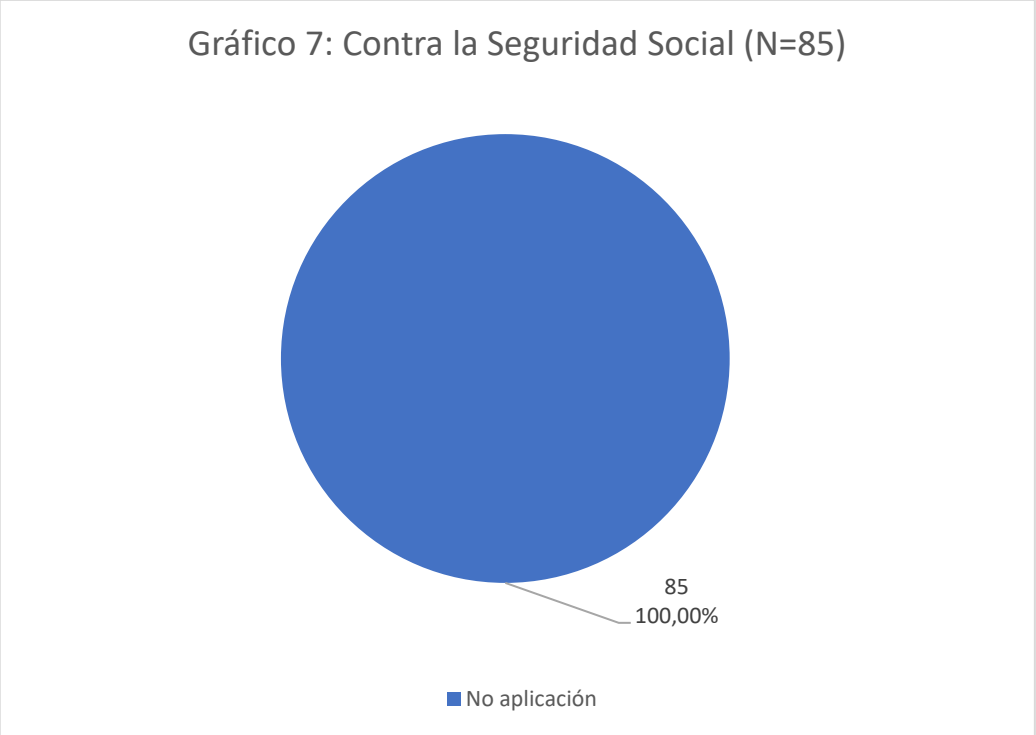
Por su parte, la muestra relativa a los delitos de malversación constituye una excepción a la tendencia que se acaba de reseñar. Así, de los 19 procesos que la integran, hubo 7 (36,84%) en

los que se aplicó alguna de estas atenuantes a alguno de los condenados. A ellos habría que sumarle el caso de aplicación del art. 434 CP.

En los gráficos 6 a 10 (a continuación) puede verse un desglose de cada uno de los condenados a los que se les aplicó alguna de las atenuantes referidas en los gráficos 1 a 5.

GRÁFICOS 6 A 10: ATENUANTES DE REPARACIÓN (POR CONDENADOS)





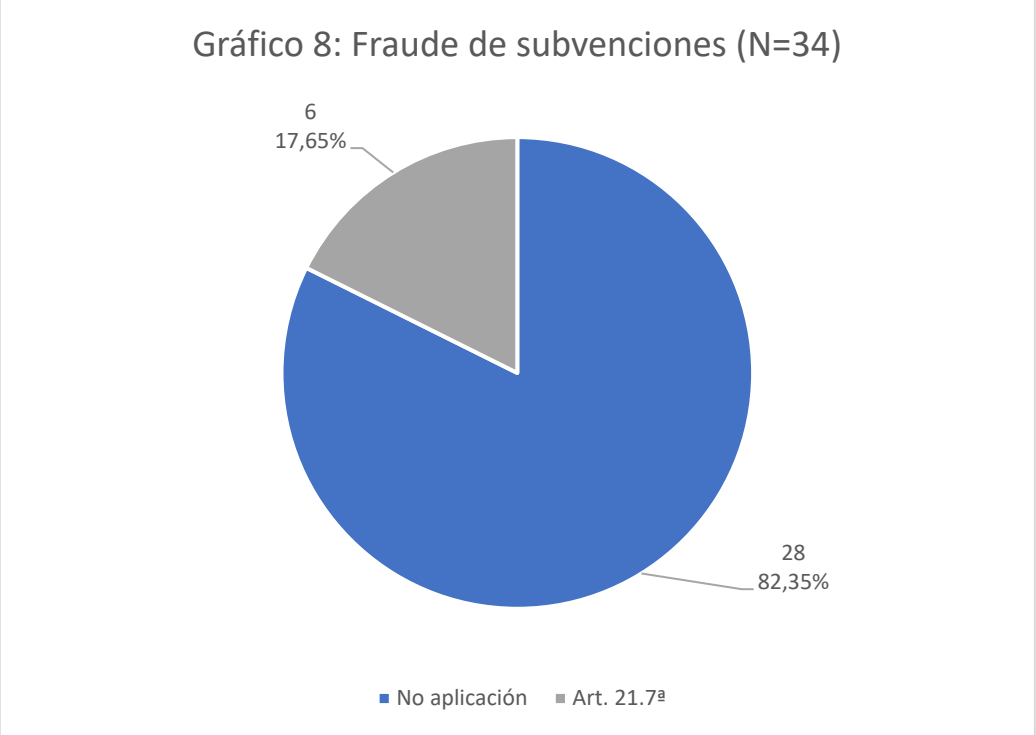


Gráfico 8: Fraude de subvenciones (N=34)
6
17,65%
28
82,35%
No aplicación
Art. 21.7ª

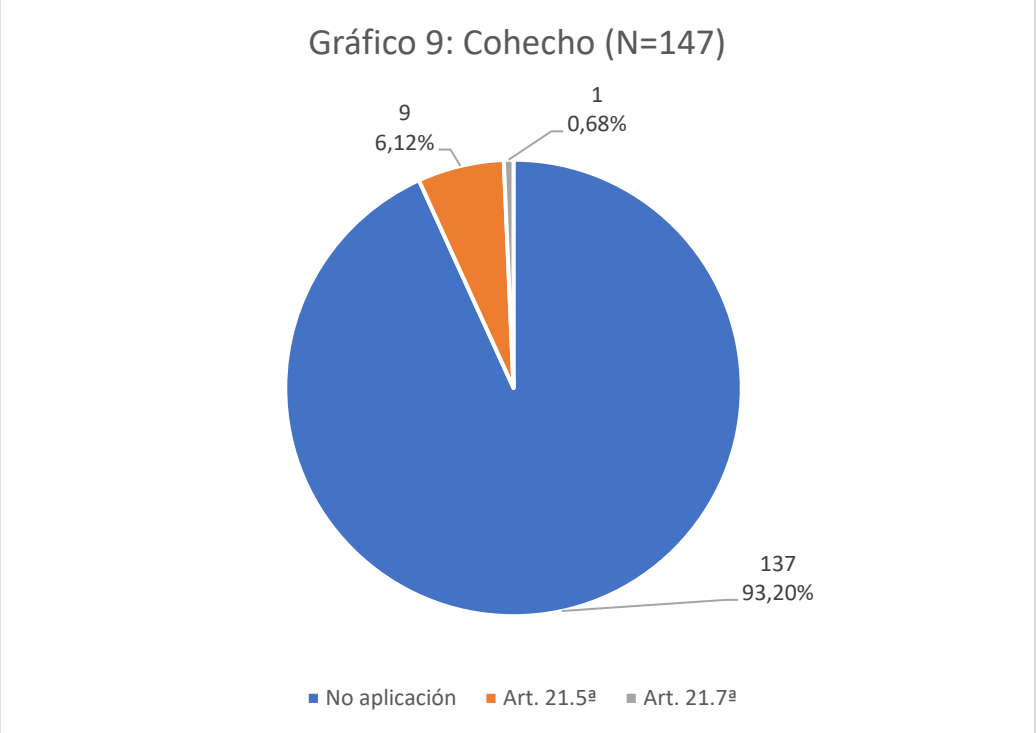
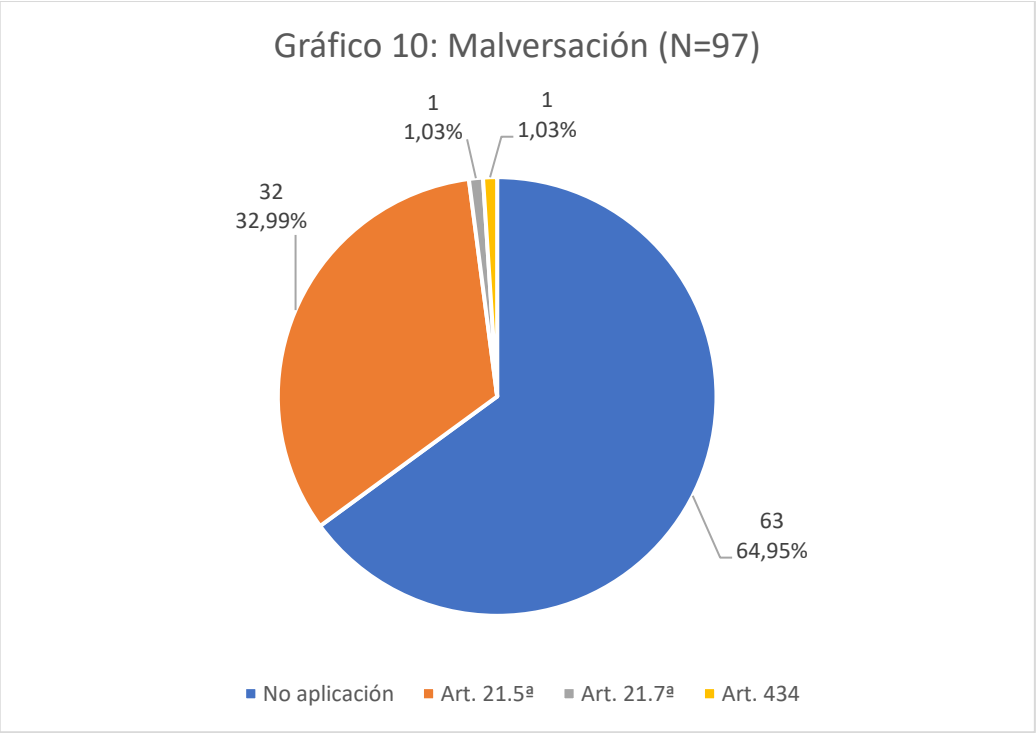


Gráfico 9: Cohecho (N=147)
9
6,12%
1
0,68%
137
93,20%
No aplicación
Art. 21.5ª
Art. 21.7ª



La información que se contiene en los gráficos 6 a 10 es coherente con la reflejada en los gráficos 1 a 5: a la mayoría de los condenados no se les ha aplicado ninguna atenuante por haber procedido a reparar el daño causado por el delito: sólo en el caso de los delitos fiscales y el de la malversación la proporción supera el 20%. Eso es lo que resulta de sumar las proporciones de todos los beneficiarios de alguna de las atenuantes consideradas en una (20,82%) y otra muestra (35,05%) (gráficos 6 y 10, respectivamente). Hay que recordar, además, que no hay ningún condenado al que se le aplicara ninguna de estas atenuantes en la muestra relativa a los delitos contra la Seguridad Social (gráfico 7).

Un dato interesante es el que tiene que ver con el tipo de atenuante que se ha aplicado. En la mayoría de las ocasiones, los tribunales reaccionaron al comportamiento reparador aplicando la atenuante «pura»; esto es, la del art. 21.5ª CP. Los casos de aplicación de la atenuante analógica del art. 21.7ª CP son menos, aunque resultan significativos en la muestra relativa a los delitos fiscales y, sobre todo, en la de fraude de subvenciones. Así, en lo que tiene que ver con la primera, el art. 21.7ª se ha aplicado al 8,55% de todos los condenados por delito fiscal (23 condenados de 269). El art. 21.5ª CP sólo se ha aplicado un poco más: al 11,15% de los condenados incluidos en esa muestra (30 de 269). En lo que tiene que ver con la muestra relativa a los delitos de fraude de subvenciones, hay que decir que el art. 21.7ª CP se ha aplicado al 17,65% de los 34 condenados incluidos en ella, lo que constituye un total de 6 aplicaciones. Esto hay que ponerlo en relación con el hecho de que en esa muestra no hay ningún caso de aplicación de la atenuante «pura» del

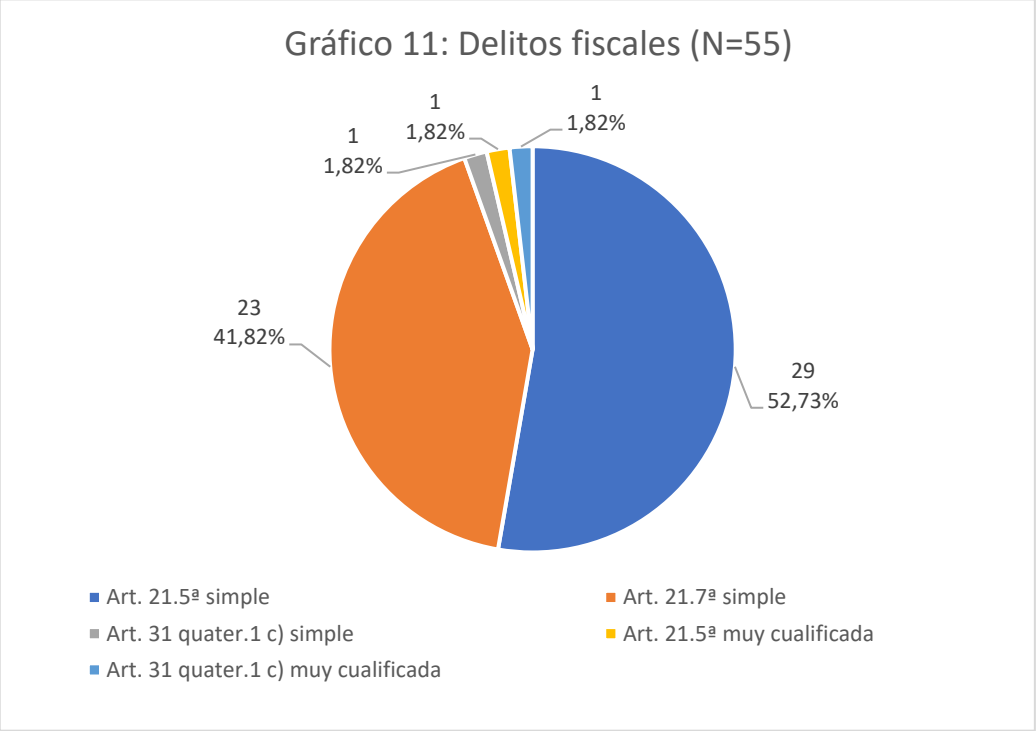
art. 21.5ª CP: todos los casos de aplicación de la atenuante de reparación del daño se dieron por analogía[764].

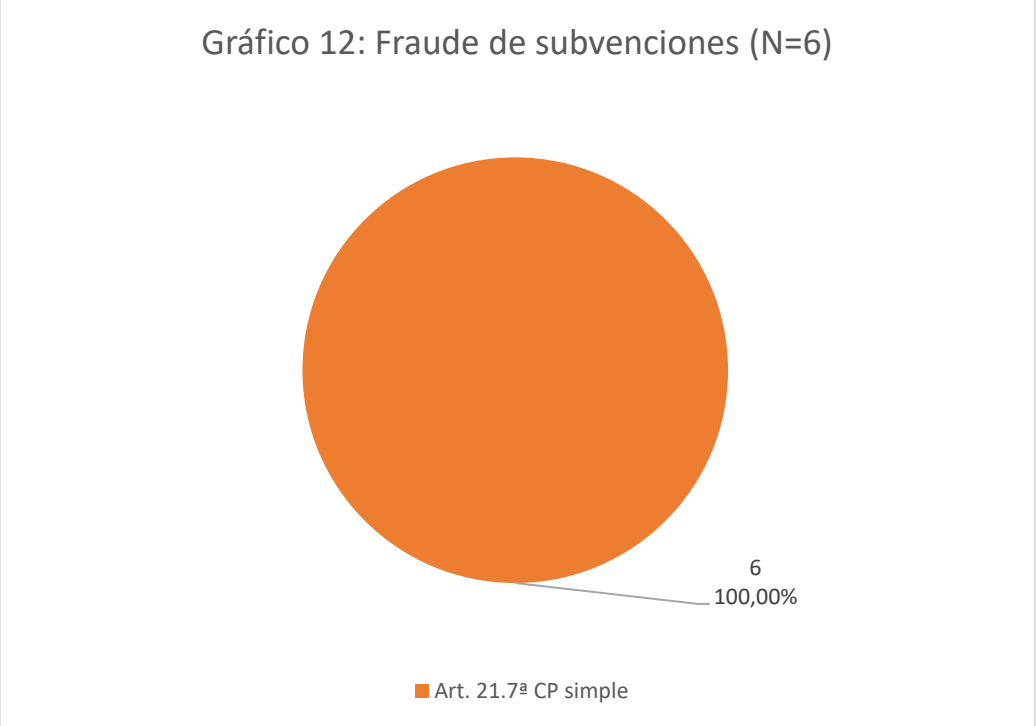
Si se recuerda, una de las críticas dirigidas a los incentivos que constituyen el objeto de estudio es que, con la excepción del previsto en el art. 426 CP para los delitos de cohecho, sólo pueden conceder una rebaja de pena a la que también se puede llegar con la aplicación de las atenuantes genéricas: con la salvedad que se acaba de hacer, todos ellos pueden dar lugar a una rebaja de pena de uno o dos grados. De conformidad con el art. 66.1.2ª CP, esa misma rebaja puede alcanzarse si, no concurriendo circunstancias agravantes, se aplican simultáneamente dos o más circunstancias atenuantes o una o varias muy cualificadas. Es interesante, por tanto, estudiar qué grado de rebaja se ha alcanzado a través de las atenuantes genéricas. Para ello, es preciso realizar dos análisis previos: en qué extensión –si como simple o muy cualificada– se aplica cada atenuante y qué casos de concurrencia entre distintas atenuantes existen.

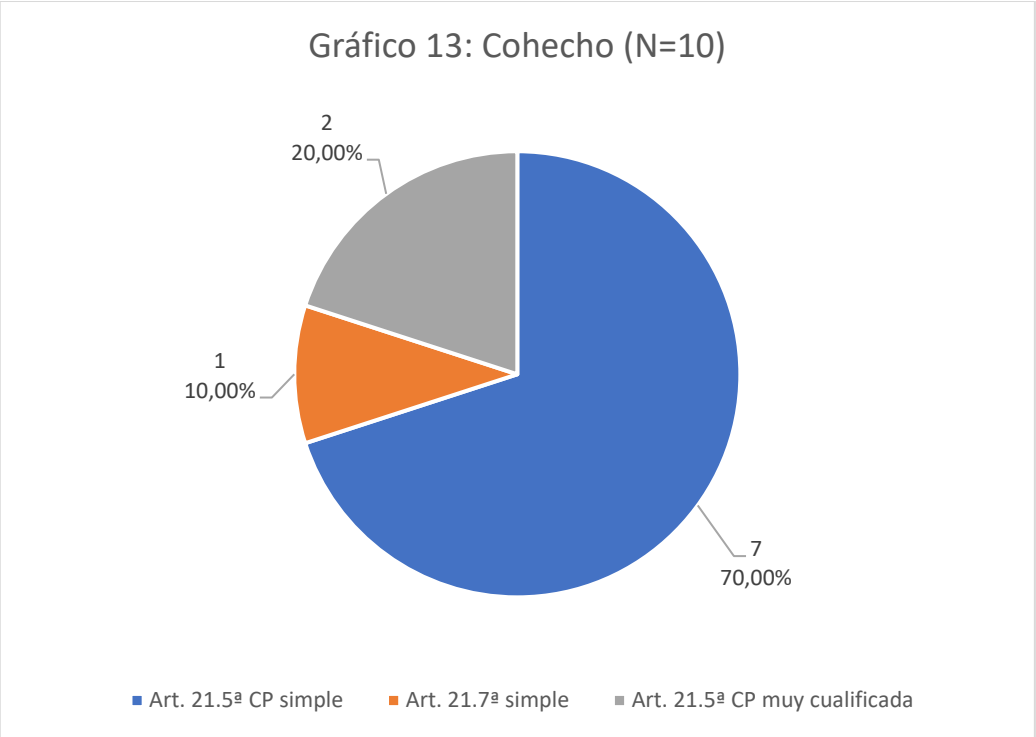
La primera de estas cuestiones se estudia en los gráficos 11 a 14, dispuestos a continuación. En ellos se refleja, pues, la intensidad en la que las atenuantes de reparación del daño se han concedido a los beneficiarios que hay en cada muestra.

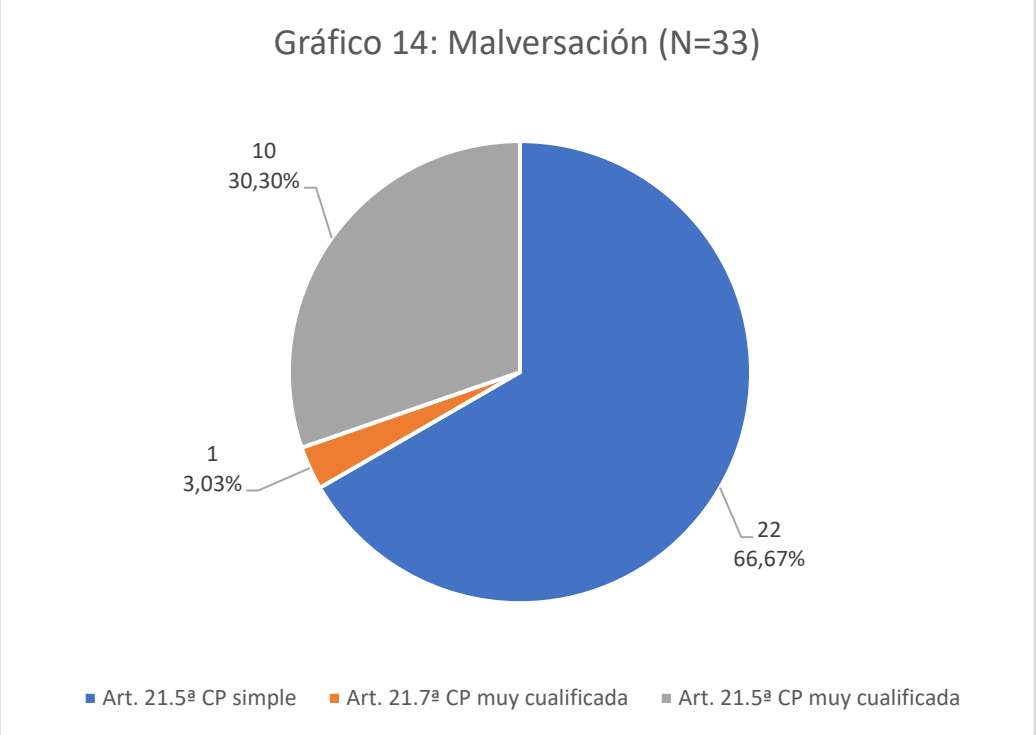
[764] Estos 6 casos de aplicación se condensan en sólo 2 de los 24 procesos estudiados. En concreto, se trata de los casos decididos en las SSTS 804/2021, de 20 de octubre (Roj.: STS 3941/2021), y 367/2019, de 3 de julio (Roj.: STS 2498/2019). En el supuesto mencionado en primer lugar, la atenuante se aplicó a uno de los condenados, mientras que en el segundo se aplicó a los 5 restantes. En ambos casos, la atenuante se aplicó como analógica y no como «pura» porque la reparación del perjuicio fue meramente parcial. Ver, en este sentido, SAP Murcia (3ª) 279/2018, de 27 de junio (Roj.: SAP MU 945/2018), FD 2, pp. 14-16, resolución de primera instancia de la que dimana la STS 804/2021, de 20 de octubre, y SAP Lugo (2ª) 199/2017, de 20 de noviembre (Roj.: SAP LU 598/2017), antecedente de hecho 1, pp. 12-13 y FD 4, p. 36 de la cual surge la STS 367/2019, de 3 de julio.

GRÁFICOS 11 A 14: INTENSIDAD DE LA ATENUACIÓN CON BASE EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO (POR GRUPOS DE BENEFICIADOS)









Como puede observarse en los gráficos 11 a 14, los órganos judiciales españoles parecen haber apreciado las atenuantes como simples en la mayoría de los casos. Con todo, hay una cantidad no desdeñable de supuestos de aplicación de estas atenuantes como muy cualificadas. Así, en el total de las muestras hay 15 beneficiados a los que estas atenuantes se les estimaron de esa manera: 2 en la de delitos fiscales –una como atenuante del art. 21.5ª y otra como atenuante del art. 31 quater.1 c) CP–, otros 2 en la de cohecho –siempre como atenuante del art. 21.5ª CP– y 11 en la

de malversación –10 de ellos como atenuante «pura» y uno como analógica–. No se ha llevado a cabo una representación gráfica de este parámetro en lo que concierne a la muestra para los delitos contra la Seguridad Social porque, como se ha visto en su momento, en ella no hubo ningún caso de aplicación de estas atenuantes.

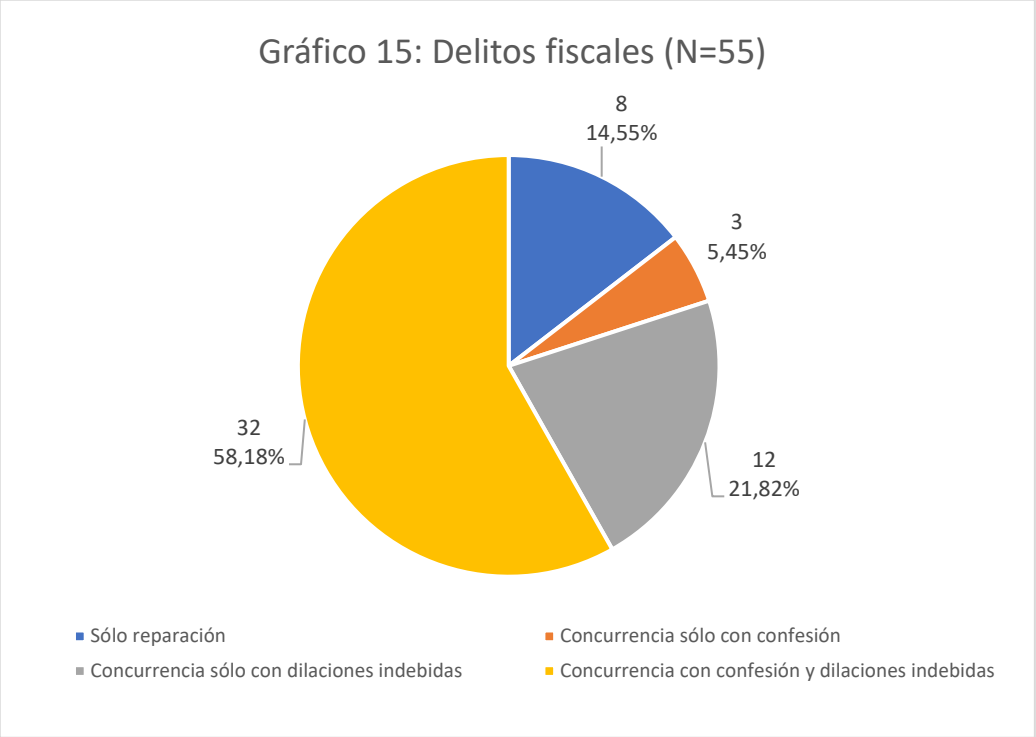
Esta distribución de atenuantes simples y muy cualificadas encaja, hasta cierto punto, con la postura mantenida en pronunciamientos como la STS 507/2020, de 14 de octubre (Roj.: STS 3191/2020) (caso *Gürtel*). En el FD 64 de esta resolución se indica que la apreciación de las atenuantes analógicas como muy cualificadas es excepcional: «se exige que se acredite una mayor intensidad, superior a la normal respecto a la atenuante correspondiente»[765]. Los datos reflejados en los gráficos avalan esta tendencia, pues sólo hay un caso de aplicación de la atenuante del art. 21.7ª CP como muy cualificada. Éste se encuentra en la muestra relativa a los delitos de malversación y es el decidido en la STS 749/2022, de 13 de septiembre (caso *EREs*) (Roj.: STS 3258/2022).

De este último caso llama la atención que la atenuante no se haya apreciado en instancia, sino en casación, y que, además, se haya concedido a un condenado que, en sentido estricto, no reparó el daño causado por el delito. De conformidad con los hechos probados de la sentencia de primera instancia, el condenado, a quien se llama Amadeo en casación, ocupó el cargo de Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía entre el 29 de abril de 2008 y el 6 de abril de 2010[766]. Según el FD 136 de la STS, el recurrente, aunque era conocedor de que desde la Consejería en la que trabajaba se desviaban fondos públicos a cometidos que no les eran propios, empleó el tiempo que estuvo en el ejercicio de su cargo «a conocer a fondo el problema que existía en su departamento y adoptar medidas para su corrección». Estas acciones, en opinión del Alto Tribunal, «constituyen actos contrarios a la voluntad de cometer los ilícitos que justifican un menor contenido del injusto y un menor juicio de reproche, y justifican la apreciación de una atenuante analógica muy cualificada». Como consecuencia de ello, se le rebajó la pena en un grado[767].

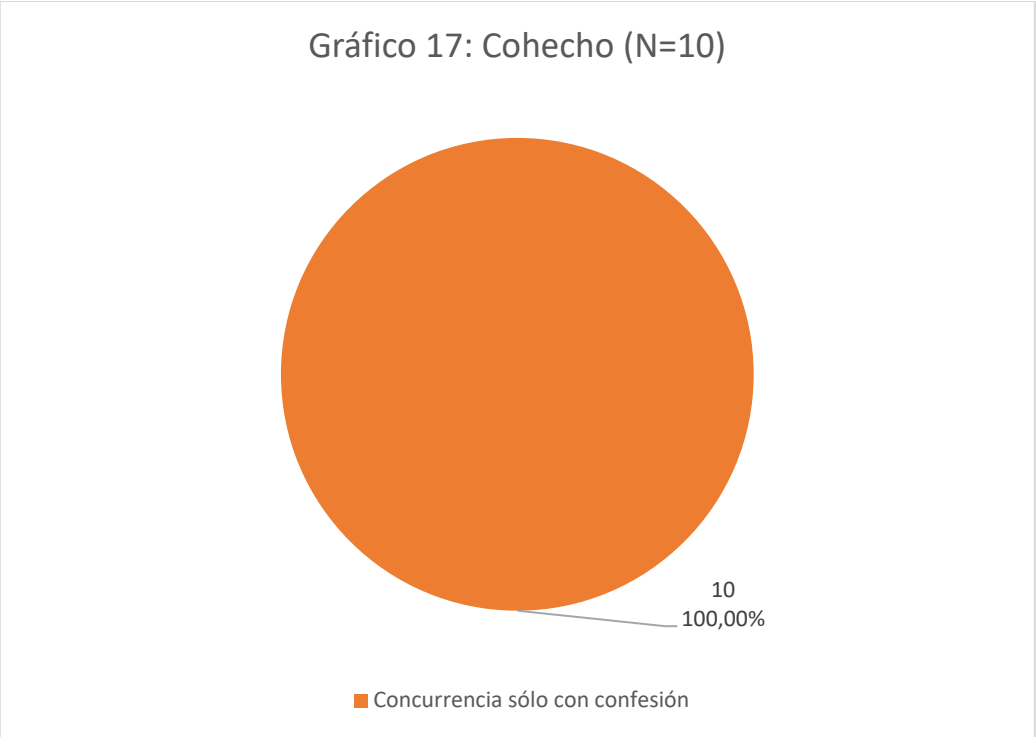
Veamos ahora los casos en los que las atenuantes genéricas de reparación del daño se aplicaron en concurso con otras atenuantes. Esta información, desglosada por beneficiado, se contiene en los gráficos 15 a 18.

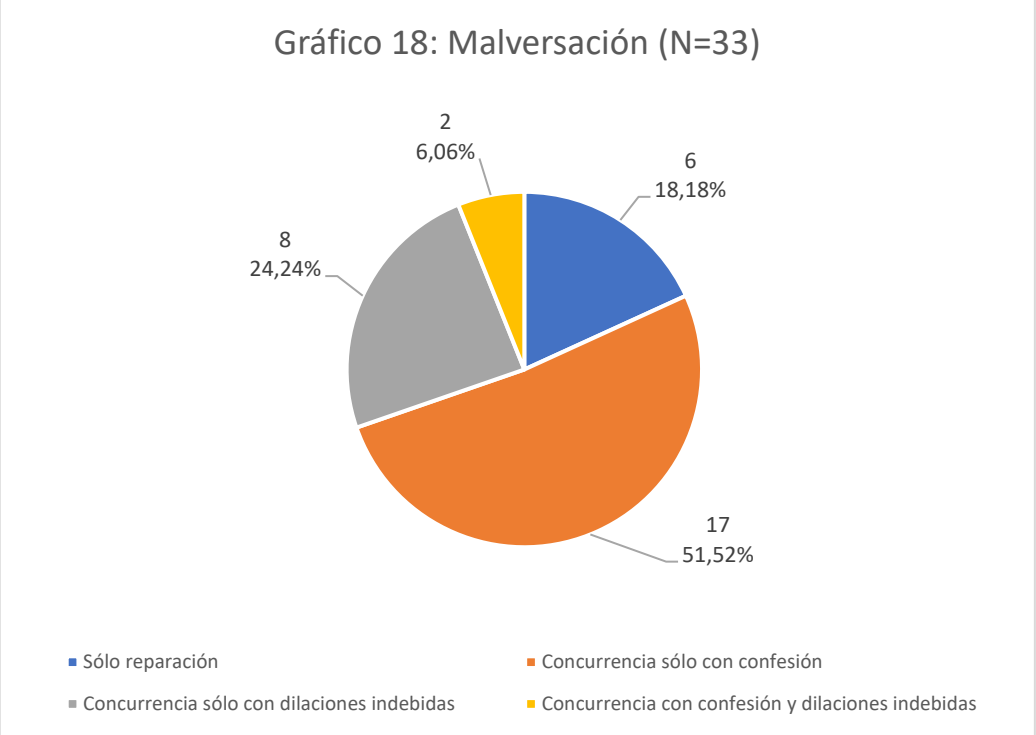
[765] STS 507/2020, de 14 de octubre (caso *Gürtel*) (Roj.: STS 3191/2020), FD 64, p. 218.
[766] En la sentencia de primera instancia se le llama Samuel. La resolución que decide el caso en esa fase procesal es la SAP Sevilla (1ª) 490/2019, de 19 de noviembre (Roj.: SAP SE 1101/2019).
[767] STS 749/2022, de 13 de septiembre (caso *EREs*) (Roj.: STS 3258/2022), FD 136, p. 393.

GRÁFICOS 15 A 18: CONCURRENCIA DE LAS ATENUANTES GENÉRICAS DE REPARACIÓN CON OTRAS ATENUANTES (POR GRUPOS DE BENEFICIADOS)









De la información que se contiene en los gráficos 15 a 18 se colige que la mayoría de los casos en los que se ha aplicado alguna atenuante genérica de reparación del daño ha sido en concurso con otra u otras atenuantes. Esto se ve con especial claridad en las muestras de los delitos de fraude de subvenciones y de cohecho, en las que el 100% de los casos de apreciación de atenuantes de reparación se han producido en conjunto con otra atenuante. Así, a los 10 condenados por delito de cohecho a los que se les concedió alguna atenuante por resarcir el perjuicio causado,

también se les aplicó una atenuante de confesión de los arts. 21.4ª –a 1 de esos 10 condenados– o 21.7ª CP –a los 9 restantes–. Por su parte, a los 6 condenados por delito de fraude de subvenciones a los que se les aplicó alguna atenuante de reparación se les concedió, al mismo tiempo, una atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª CP.

La tendencia de aplicar las atenuantes de reparación del daño junto con otras atenuantes parece mantenerse, aunque de manera más matizada, en las muestras relativas a los delitos fiscales y de malversación[768]. Así, en la primera de estas dos muestras (gráfico 15) hay 55 beneficiarios de alguna atenuante de reparación del daño. De ellos, sólo hay 8 a los que no se les aplicó ninguna otra circunstancia (14,55%). En cuanto a los casos de concurrencia, en esa misma muestra hay 3 condenados a los que, además de alguna atenuante de reparación del daño, se les concedió alguna atenuante genérica de confesión (5,45%)[769], 12 a los que se les aplicó la circunstancia de dilaciones indebidas (21,82%) y otros 32 a los que se les aplicaron simultáneamente la circunstancia de dilaciones indebidas y alguna atenuante genérica de confesión junto con la de reparación del daño (58,18%). Por su parte, en la muestra de malversación (gráfico 18) hubo 33 beneficiarios de alguna atenuante de reparación del daño. De ellos, a 6 se les concedió de forma aislada (18,18%), a 8 se les aplicó junto con la atenuante de dilaciones indebidas (24,24%) y a 17 se les concedió junto con alguna atenuante de confesión (51,52%). Finalmente, hubo 2 condenados a los que, además de aplicársele alguna atenuante de reparación del daño, se les apreciaron, simultáneamente, tanto alguna atenuante de confesión como la circunstancia de dilaciones indebidas (6,06%).

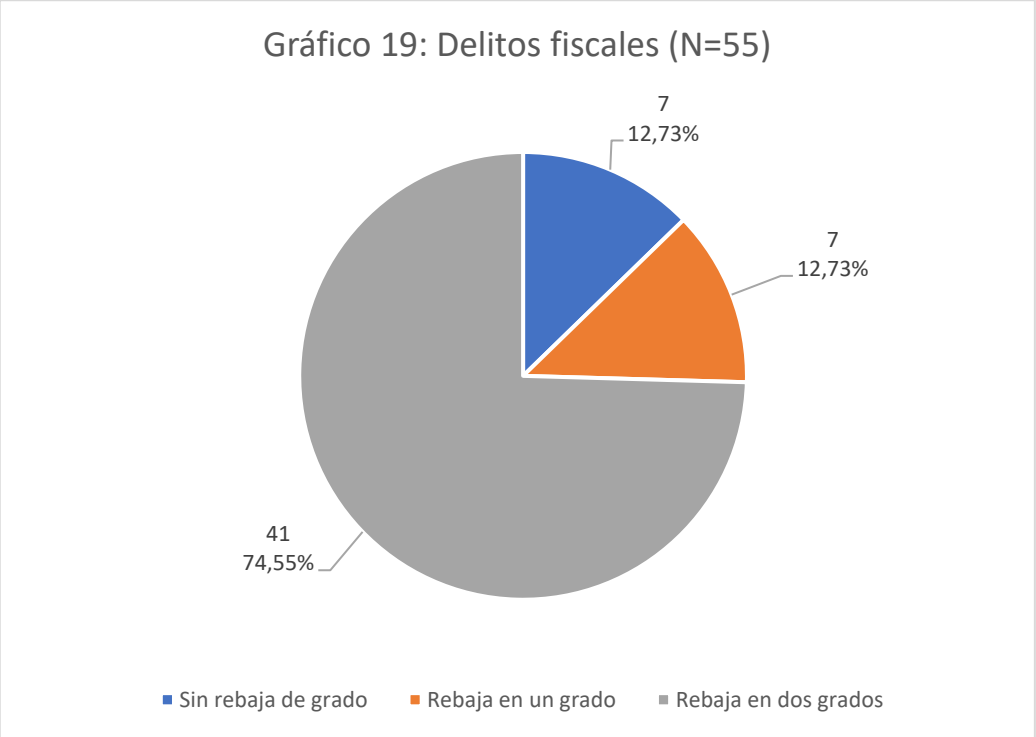
Efectuados estos dos análisis, se está en disposición de abordar el estudio de las rebajas de grado que, en su caso, se han concedido a los beneficiarios de las atenuantes de reparación del daño de cada una de las muestras. Esta información se contiene en los gráficos 19 a 22, dispuestos a continuación.

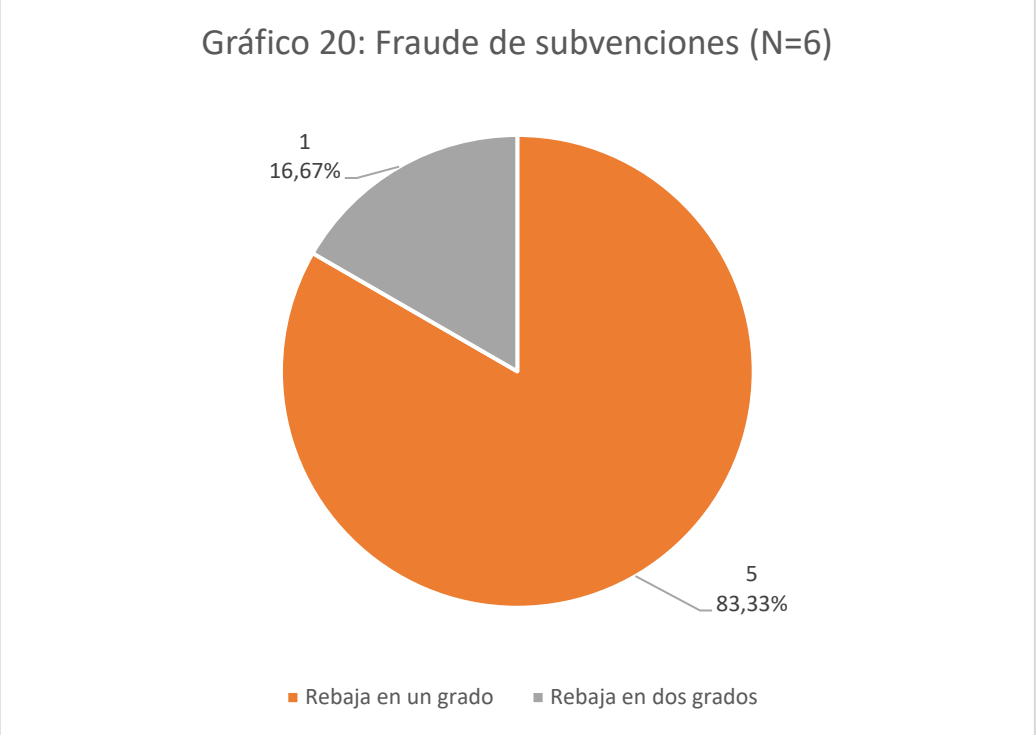
---

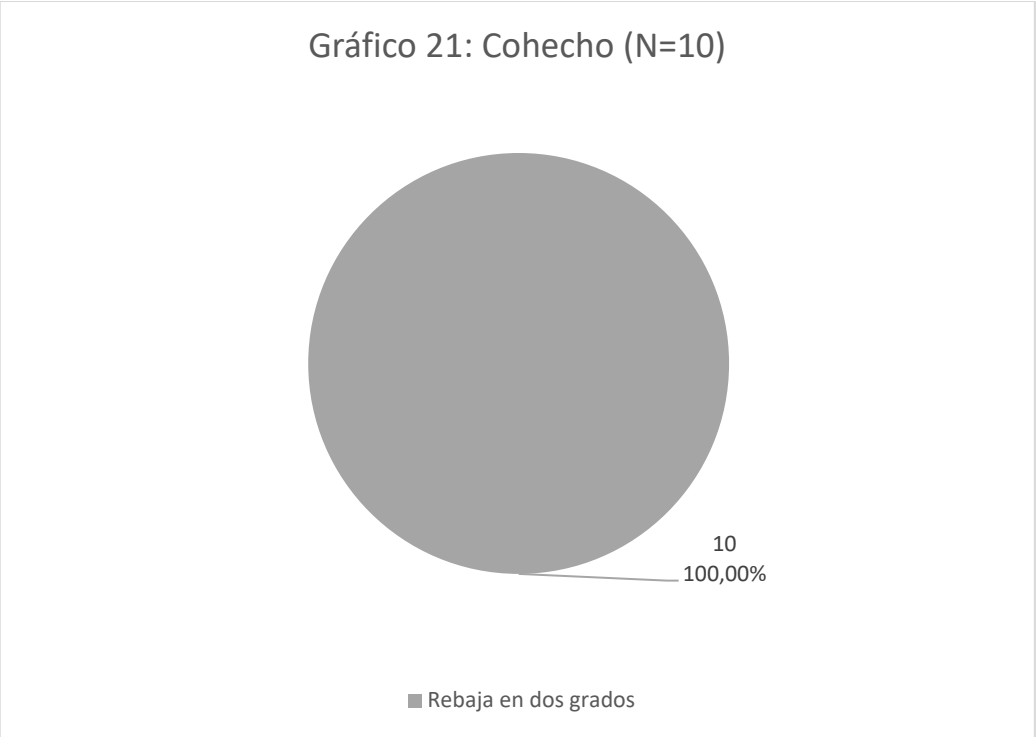
[768] Una precisión: en aras a la claridad, en los gráficos 15 y 18 se ha prescindido de incluir los casos de aplicación de las figuras previstas en los arts. 305.6 I y 434 CP, respectivamente. Como a ninguno de los dos beneficiados con estas disposiciones se les aplicó ninguna otra circunstancia atenuante, nada de lo dicho a la hora de comentar estos gráficos se ve influido por haber descartado esos dos supuestos del cómputo.

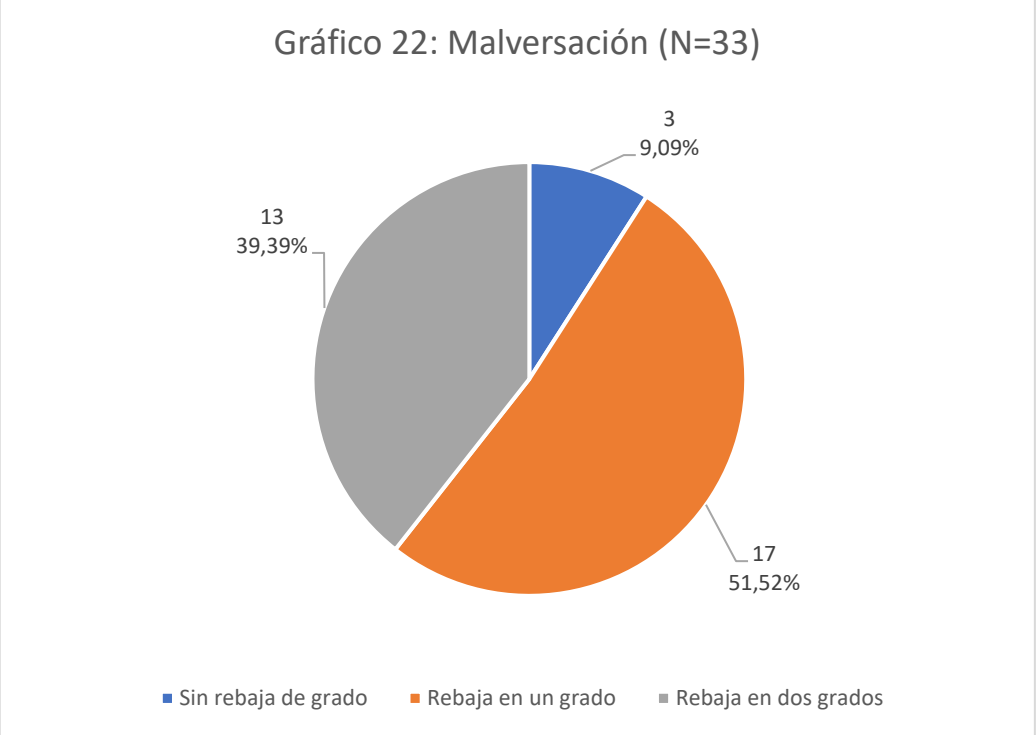
[769] Entre esos 3 casos merece destacarse el de la STS 496/2020, de 8 de octubre (Roj.: STS 3201/2020). En la sentencia de instancia, la SAP Madrid (17ª) 545/2018, de 16 de julio (Roj.: SAP M 14343/2018) se aplicaron a la persona jurídica condenada, el club de fútbol Rayo Vallecano, S.A.D., tres atenuantes de las previstas en el art. 31 quater.1 CP. Concretamente, se trató de las establecidas en las letras «a)» (confesión), «b)» (colaboración con las autoridades) y «c)» (reparación del daño). Al respecto, ver SAP Madrid (17ª) 545/2018, de 16 de julio (Roj.: SAP M 14343/2018), FD 14, pp. 31-32. En consecuencia, la pena se rebajó en dos grados para los dos delitos fiscales por los que la mercantil fue condenada. En la medida en que no hay otro caso semejante en esta muestra, se ha optado por agruparlo, en el gráfico 15, con el resto de los supuestos en los cuales se aplicó, además de la atenuante de reparación del daño, la de confesión.

GRÁFICOS 19 A 22: REBAJAS DE GRADO POR ATENUANTES GENÉRICAS DE REPARACIÓN









El hecho de que las atenuantes de reparación del daño normalmente concurran con la de confesión, la de dilaciones indebidas, o ambas, podría ayudar a explicar la situación que se refleja en los gráficos 19 a 22. Como se observa en ellos, los tribunales españoles han rebajado la pena en uno o dos grados en un número muy considerable de ocasiones.

Así, en la muestra de delitos fiscales (gráfico 19), la pena se ha rebajado en dos grados a casi tres de cada cuatro condenados a los que se ha aplicado alguna atenuante de reparación del daño: 41 de 55 (74,55%). A ello hay que añadirle que hay otros 7 condenados, de los 55 que se han tomado en consideración, a los que la pena se les rebajó en un grado (12,73%). Esto quiere decir que, en total, a 48 de los 55 beneficiarios de alguna atenuante de reparación del daño se les rebajó la pena en uno o dos grados. Estos números son coherentes con los que constan en el gráfico 15. De acuerdo con éste, en la muestra hay 47 condenados a los que se les aplicó, además de una atenuante de reparación del daño, alguna otra atenuante. Fuera de esos 47 casos, hay otro condenado al que, habiéndosele aplicado sólo una atenuante de reparación del daño, se le rebajó la pena en uno o dos grados. Éste es la persona jurídica condenada en la STS 746/2018, de 13 de febrero de 2019 (Roj.: STS 392/2019), a la cual se le aplicaron, en la primera instancia, la atenuante del art. 31 quater.1 c) CP como muy cualificada y se le rebajó la pena en un grado[770].

Esta situación es similar a la que se observa en la muestra para los delitos de malversación (gráfico 22). Así, de los 33 condenados a los que se les aplicó la atenuante «pura» o la analógica de reparación del daño, hay 17 a los que se les rebajó la pena en un grado (51,52%) y otros 13 a los que se les rebajó en dos (39,39%). Es decir, que sólo hay 3 beneficiados con una atenuante de reparación del daño a los que no se les rebajó la pena ni en uno ni en dos grados. Si se acude de nuevo al gráfico 18, se observará cómo, de los 33 beneficiados con atenuantes de reparación, hay 27 a los que se les apreció en concurrencia con una atenuante de confesión, con la de dilaciones indebidas o con ambas. De lo que se colige que hay otros 3 condenados a los que se les aplicó exclusivamente una atenuante de reparación del daño y se les rebajó la pena en uno o dos grados. Uno de esos 3 condenados ya ha sido mencionado más arriba: aquel al que le fue concedida la circunstancia analógica como muy cualificada en la STS 749/2022, de 13 de septiembre (caso *EREs*) (Roj.: STS 3258/2022). Los otros 2 fueron condenados en la SAP Valencia (1ª) 349/2018, de 19 de junio (Roj.: SAP V 1960/2018), de la que dimana la STS 482/2020, de 30 de septiembre (caso *Emarsa*) (Roj.: STS 3893/2020). A éstos se les apreció la atenuante del art. 21.5ª CP como muy cualificada y se les redujo la pena en dos grados.

Por lo demás, recuérdese que a los 6 beneficiados con atenuantes de reparación del daño en la muestra de delitos de fraude de subvenciones se les aplicó, simultáneamente, la circunstancia de dilaciones indebidas. De ahí que, como puede verse en el gráfico 20, a todos ellos se les haya rebajado la pena, o bien en uno (5 condenados) o bien en dos grados (1 condenado). Algo similar sucede con la muestra de delitos de cohecho (gráfico 21): al 100% de los condenados a los que se les aplicó una atenuante de reparación del daño se les rebajó la pena en dos grados (10 condenados

[770] La resolución de primera instancia de la que dimana el caso ahora comentado es la SAP Pontevedra (4ª) 38/2017, de 30 de junio (Roj.: SAP PO 1336/2017).

en total). Esto encaja con el hecho de que al 100% de esos beneficiarios también se les haya aplicado una atenuante de confesión.

Parece, por tanto, que con la aplicación de la atenuante de reparación del daño se llega a situaciones semejantes a las que se podría haber llegado de apreciar alguno de los incentivos (una rebaja de pena de uno o dos grados) en un número bastante considerable de los casos analizados. Ello no parece deberse, o al menos no fundamentalmente, al hecho de que las atenuantes se aprecien como muy cualificadas o, ni siquiera, como «puras» en lugar de analógicas, sino a que, en la mayoría de las ocasiones en que se aplican, concurren con otra u otras atenuantes. Veamos qué sucede con estas otras circunstancias modificativas.

3.2.2. Atenuantes genéricas de confesión: arts. 21.4ª, 21.7ª y 31 quater.1 a) CP

En lo que sigue va a emplearse un esquema similar al manejado en el epígrafe anterior. Sin embargo, si entonces la atención se fijó en las que se han llamado «atenuantes genéricas de reparación del daño», ahora se va a estudiar la situación de las «atenuantes genéricas de confesión». Por tales se van a entender las contenidas en los arts. 21.4ª CP –por continuar empleando términos similares al epígrafe anterior, atenuante «pura» de confesión–, art. 21.7ª CP –atenuante analógica de confesión– y 31 quater.1 a) CP –atenuante de confesión para personas jurídicas–.

Hechas estas consideraciones, en los gráficos 23 a 27 se contiene la información sobre el número de procesos en los que, en cada muestra, se ha concedido una de estas atenuantes a *alguno* de los condenados.

GRÁFICOS 23 A 27: ATENUANTES GENÉRICAS DE CONFESIÓN (POR PROCESOS)

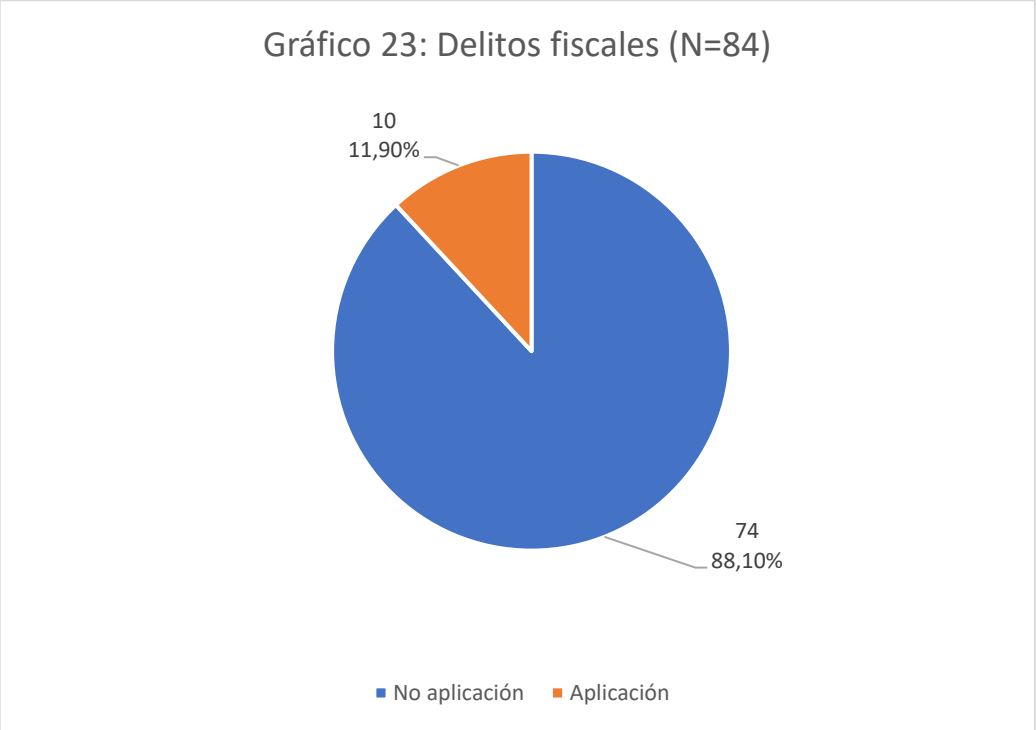




Gráfico 25: Fraude de subvenciones (N=24)

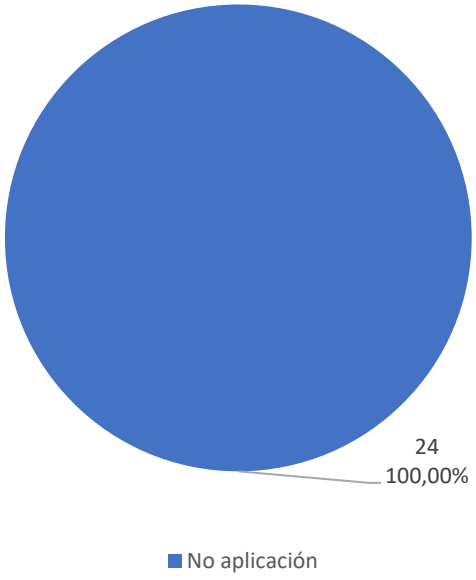
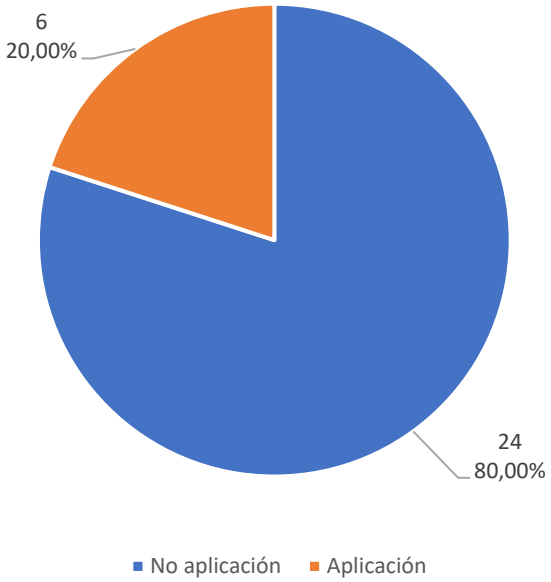
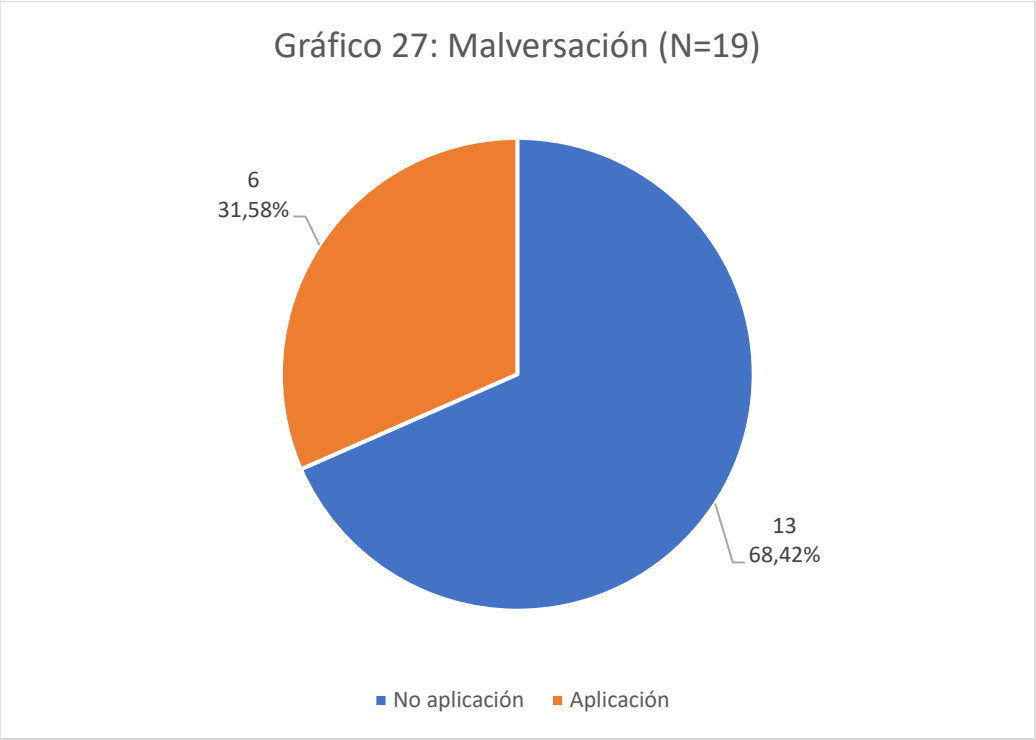


Gráfico 26: Cohecho (N=30)

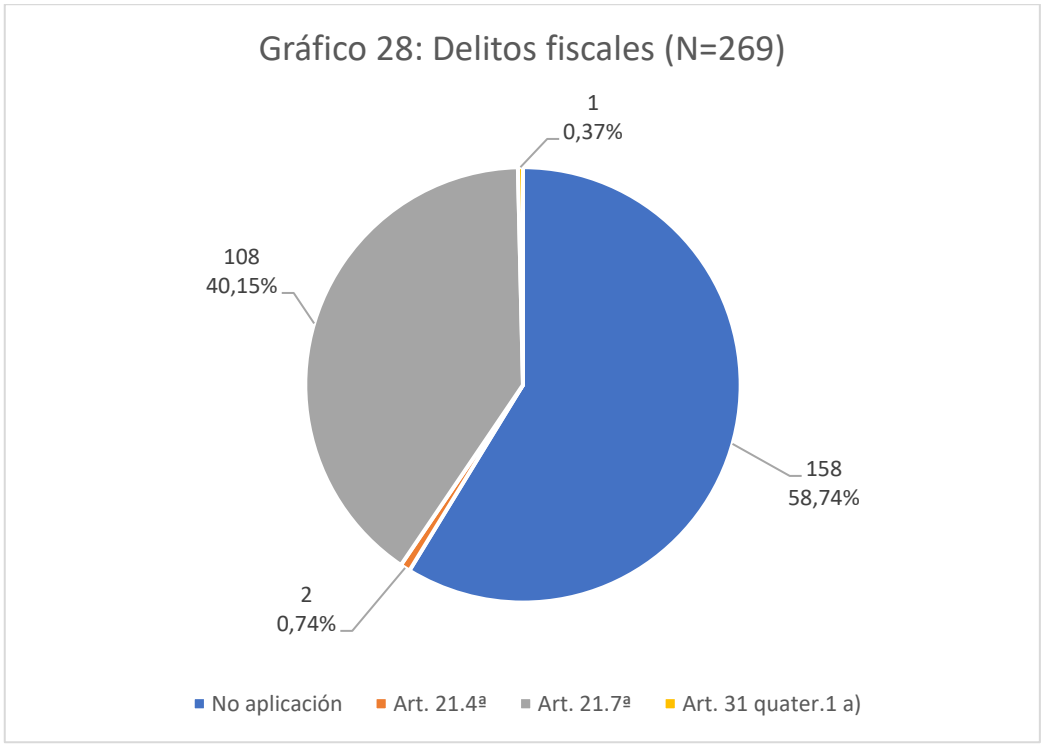




Al igual que lo que sucede con las atenuantes de reparación del daño, los procesos en los que se han aplicado atenuantes de confesión son minoritarios en todas las muestras estudiadas. Así, la proporción más grande se encuentra en la muestra relativa a los delitos de malversación (N=19), donde se ha aplicado una atenuante de confesión en alrededor de una tercera parte de todos los procesos tomados en consideración (6 procesos; un 31,58%). En muestras de mayor tamaño, como la de delitos fiscales (N=84) o la de cohecho (N=30), la proporción disminuye, representando un 11,90% del total de procesos analizados en la primera (10 en total) y un 20% en la segunda (6 en total). Ni en la muestra relativa a los delitos contra la Seguridad Social (N=21) ni en la de los delitos de fraude de subvenciones (N=24) hay ningún caso de aplicación de las atenuantes ahora consideradas.

El número de condenados a los que, en cada muestra, se les ha aplicado alguna atenuante de confesión se contiene en los gráficos 28 a 32, dispuestos a continuación.

GRÁFICOS 28 A 32: ATENUANTES DE CONFESIÓN (POR CONDENADOS)



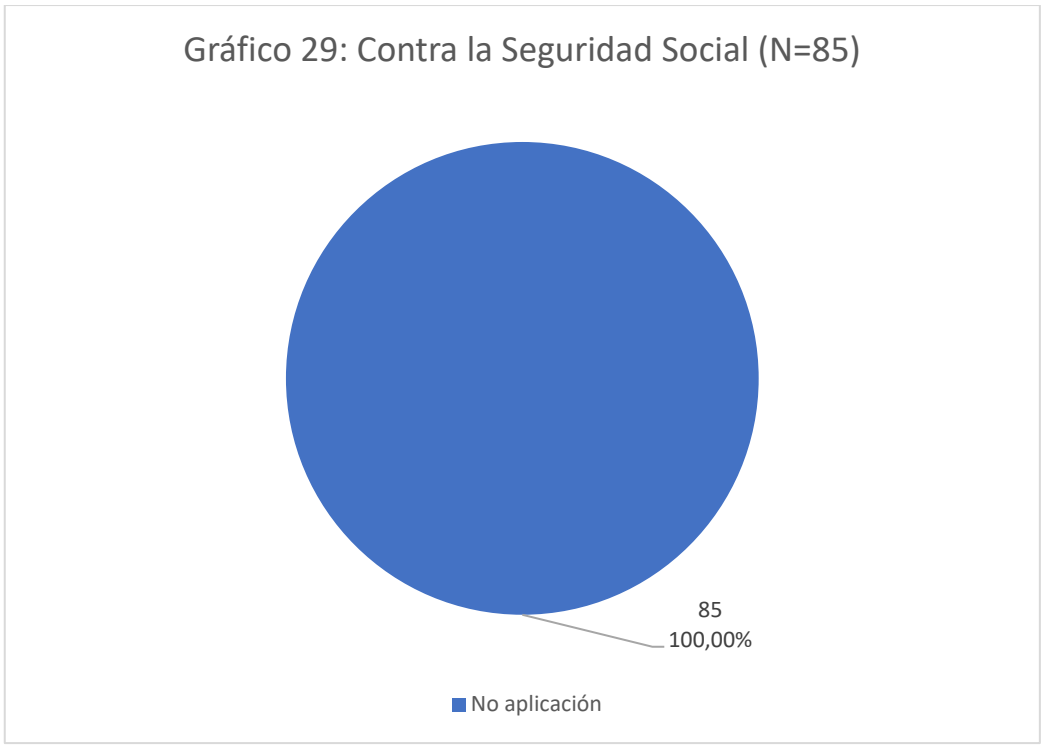


Gráfico 30: Fraude de subvenciones (N=34)

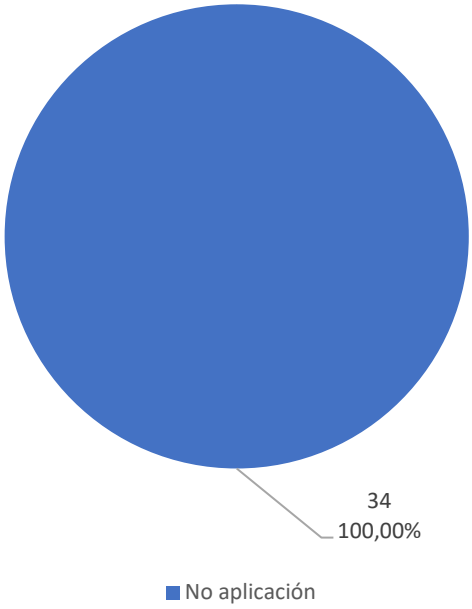
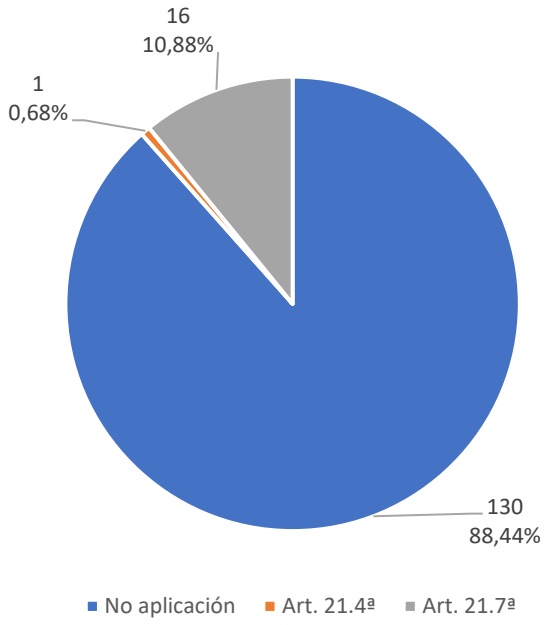
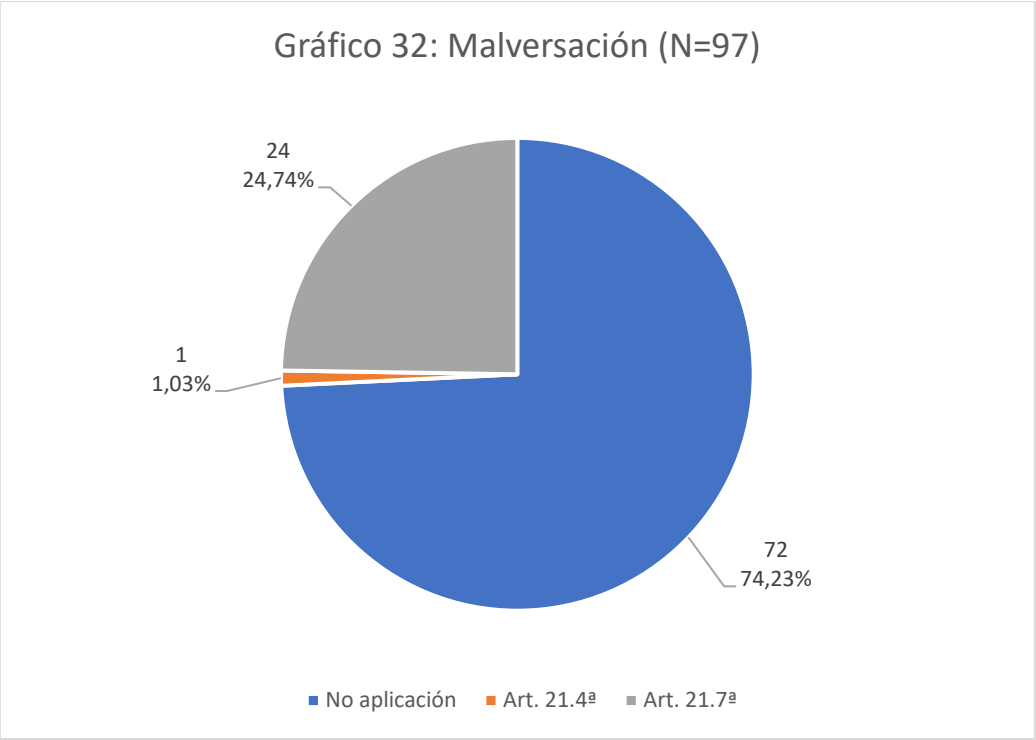


Gráfico 31: Cohecho (N=147)





De nuevo, de manera similar a lo que sucede con las atenuantes de reparación del daño, los condenados a los que les ha aplicado alguna atenuante de confesión son minoría. Así, en el caso de los delitos de cohecho (gráfico 31), hubo 17 de 147 condenados a los que se les aplicó alguna de estas atenuantes. Esa proporción representa el 11,56% de la muestra (al 10,88%, 16 condenados, se aplicó el art. 21.7ª CP, mientras que al 0,68% restante, que representa un condenado, se le aplicó el art. 21.4ª CP). En la muestra de malversación (gráfico 32), la proporción se incrementa hasta el 25,77%, con 25 de 97 condenados. La proporción más grande se encuentra en la muestra de delitos fiscales: de 269 condenados, hubo 111 (un 41,26%) a los que se les concedió alguna de las atenuantes ahora analizadas (gráfico 28). Recuérdese que en las muestras de delitos contra la Seguridad Social (gráfico 29) y de fraude de subvenciones (gráfico 30) no hubo procesos en los que se aplicaran estas atenuantes, por lo que en ellas no hay ningún condenado beneficiado con tales circunstancias.

Si se observan los gráficos con algo más de detenimiento, se constata una tendencia algo llamativa: cuando se han aplicado las atenuantes de confesión, en la gran mayoría de las ocasiones lo han hecho bajo la forma de la figura del art. 21.7ª CP. Téngase presente que los órganos judiciales españoles suelen recurrir a la atenuante analógica de confesión cuando no es posible aplicar la atenuante «pura» del art. 21.4ª CP. Esto es lo que normalmente sucede cuando los acusados, a pesar de que han prestado una contribución importante al esclarecimiento de los hechos delictivos o a la identificación de otros responsables, han actuado con posterioridad a conocer que el proceso judicial se dirige contra ellos. Parece, por tanto, que los supuestos en los que los culpables actúan dentro del límite preclusivo establecido en el art. 21.4ª CP, al cual algunos

autores anudan la nota de «voluntariedad» necesaria para poder conceder la atenuación de pena[771], son la excepción. De hecho, sólo hay 4 casos de aplicación de la atenuante «pura» en las tres muestras representadas: dos en la de delitos fiscales, otro en la de cohecho y otro en la de malversación.

Los dos supuestos de la muestra de delitos fiscales son muy similares. Cronológicamente hablando, el primero de ellos se dio en el marco de la STS 1002/2021, de 17 de diciembre (caso *La Muela*) (Roj.: STS 4939/2021). La aplicación se produjo en el primer pronunciamiento que realizó el órgano de primera instancia, la SAP Zaragoza (1ª) 291/2016, de 23 de septiembre (Roj.: SAP Z 1252/2016). El condenado al que se le aplicó esta atenuante[772] llegó a un acuerdo con las acusaciones con posterioridad a la celebración del juicio oral. Esto hace que, en la sentencia, se omita todo razonamiento en torno a por qué procede la apreciación de esta circunstancia; en efecto, la AP de Zaragoza se limita a dictar una sentencia ajustada al convenio al que han llegado las acusaciones y las defensas[773].

El otro se dio en el proceso que zanjó la STS 310/2018, de 26 de junio (Roj.: STS 2753/2018). La aplicación de la atenuante en este caso también se produjo en la primera instancia, decidida en la SAN (1ª) 8/2017, de 13 de marzo (Roj.: SAN 499/2017), y también se dio como consecuencia de que la acusación y la defensa llegaran a un acuerdo con posterioridad a la celebración del juicio oral[774]. De nuevo, esta resolución tampoco es especialmente explícita acerca de los motivos que hicieron al inculpado merecedor de la atenuante; cuanto se indica en ella es que tanto él como muchos otros acusados (de hecho, la mayoría: 14 de 16) «reconocieron los hechos» en el acto del juicio y «aportaron datos relevantes sobre la intervención de otros en la trama» de defraudación del IVA que constituía el objeto del proceso[775].

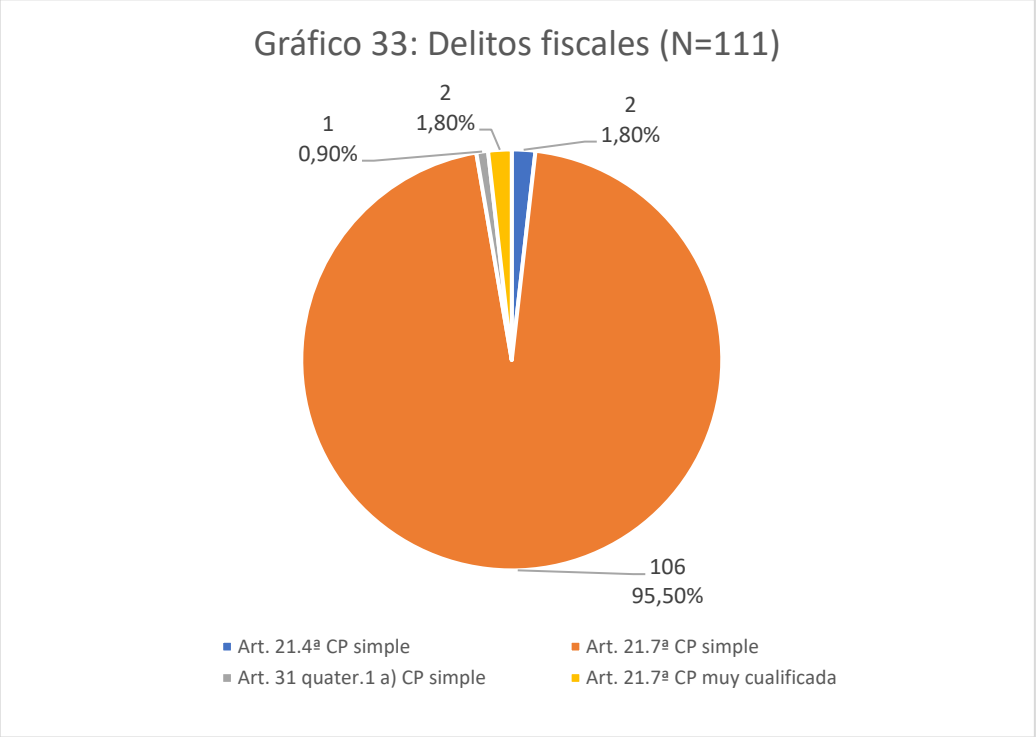
Por su parte, los 2 supuestos restantes se refieren al mismo condenado, al cual se le imputaban tanto un delito continuado de malversación como varios delitos de cohecho en el mismo procedimiento. El proceso en el que resulta condenado es el decidido en la STS 507/2020, de 14 de octubre (caso *Gürtel*) (Roj.: STS 3191/2020)[776]. La aplicación de la atenuante se produjo en la

[771] Ver Cap. II, apartado 4 *supra*.
[772] Al cual se le llama Javier Dionisio en el proceso ante la AP.
[773] Ver SAP Zaragoza (1ª) 291/2016, de 23 de septiembre (Roj.: SAP Z 1252/2016), FD 2 SAP, pp. 169-172. En esa sección de la resolución de instancia, el tribunal reflexiona sobre el régimen jurídico de la conformidad en sentido estricto, remitiéndose, de hecho, a los arts. 655 y ss. LECrim. Sin embargo, en el Antecedente de Hecho 9 de la misma resolución se aclara que el acuerdo al que llegan las acusaciones y las defensas se da con posterioridad a la celebración del juicio oral, con ocasión de la elevación de las conclusiones a definitivas. Es por eso que, a los efectos de esta investigación, no se ha considerado que ese acuerdo sea de conformidad *stricto sensu*. Ibid., p. 47.
[774] El condenado que resultó beneficiado con esta atenuante es llamado Lázaro Dámaso en la resolución de primera instancia.
[775] SAN (1ª) 8/2017, de 13 de marzo (Roj.: SAN 499/2017), Hecho Probado 5, p. 16.
[776] Se trata del condenado llamado Abilio tanto en la sentencia de primera instancia como en la de casación.

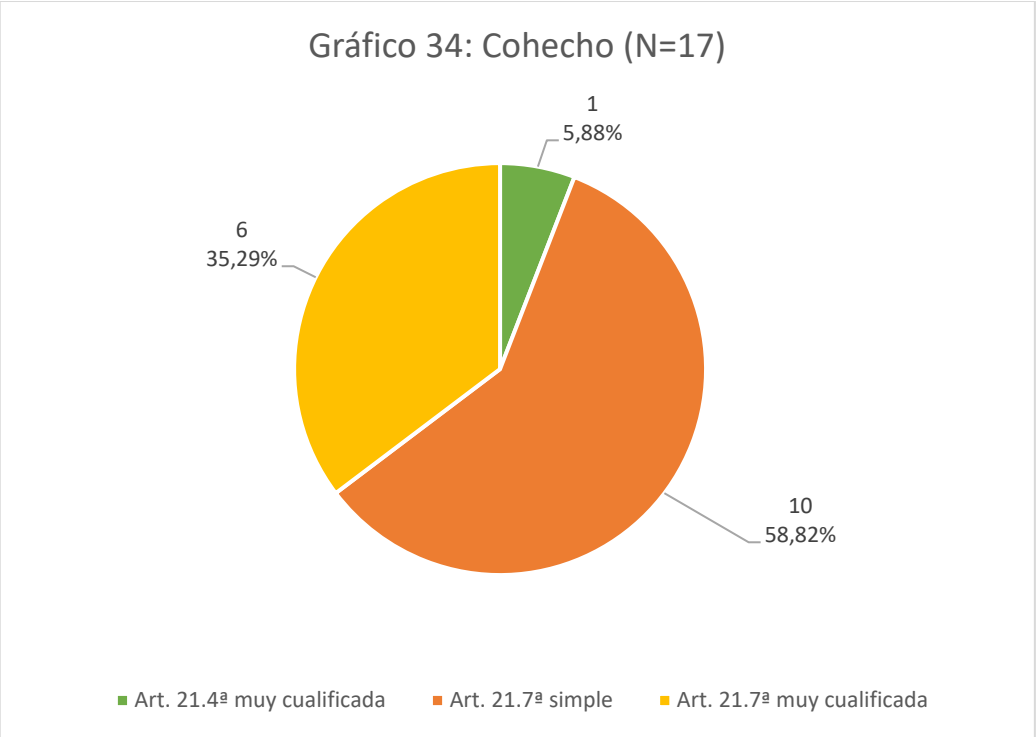
sentencia de primera instancia, la SAN (2ª) 20/2018, de 17 de mayo (Roj.: SAN 1915/2018). En el relato de hechos probados se indica que el procedimiento del que se desgajó la pieza separada que dio lugar a la SAN (las Diligencias Previas 275/2008), se incoaron gracias a una denuncia formulada por el beneficiado con la atenuante, el cual aportó «numerosas grabaciones de conversaciones mantenidas con otros acusados». Según la AN, estas grabaciones corroboraban lo afirmado en la denuncia y terminaron resultando «de gran ayuda para un mejor esclarecimiento de los hechos y partícipes en ellos»[777]. La circunstancia se estimó como muy cualificada y la pena que le correspondió tanto por el delito de malversación como los de cohecho por los que finalmente fue condenado se rebajó en dos grados[778]. Pese a que este condenado recurrió en casación y, de hecho, cuestionó la manera en la que el órgano de instancia había determinado su pena pese a la apreciación de la atenuante, el tratamiento que la AN dispensó a esta circunstancia quedó intacto[779].

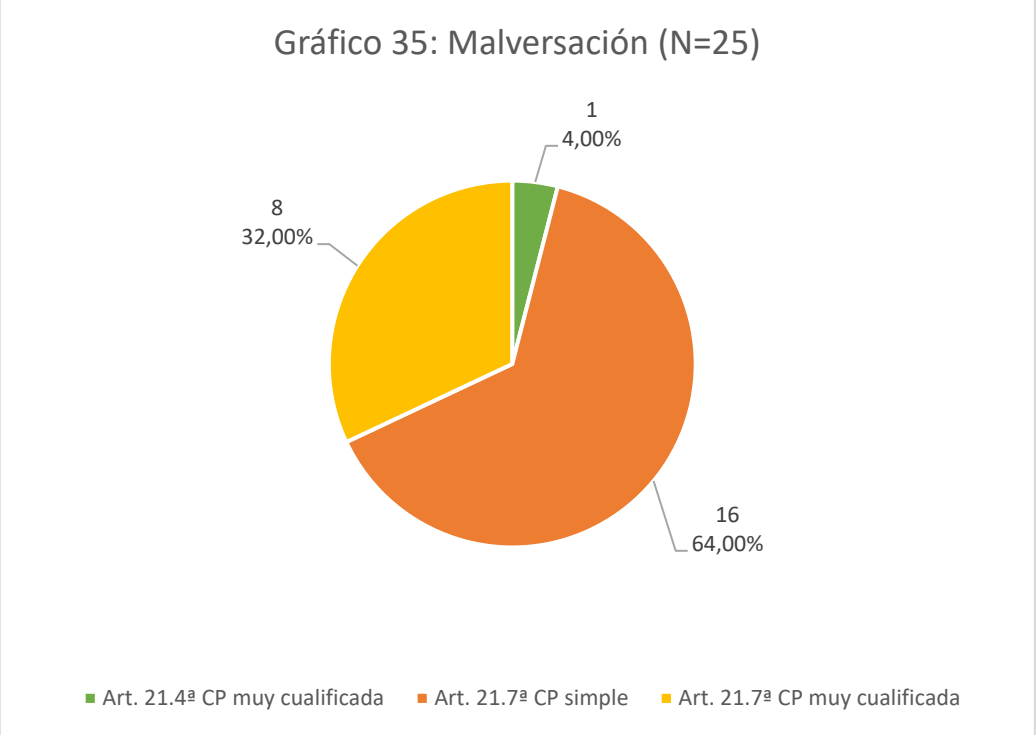
En los gráficos 33 a 35 se contiene la información relativa a la intensidad de las atenuaciones por confesión concedida a cada condenado beneficiado.

GRÁFICOS 33 A 35: INTENSIDAD DE LA ATENUACIÓN CON BASE EN LA CONFESIÓN (POR GRUPOS DE BENEFICIADOS)



[777] SAN (2ª) 20/2018, de 17 de mayo (Roj.: SAN 1915/2018), Hecho probado 5 del apartado «Introducción», p. 66.
[778] Ibid., p. 379.
[779] STS 507/2020, de 14 de octubre (caso *Gürtel*) (Roj.: STS 3191/2020), FFDD 170-172, pp. 320-321.





De modo similar a como sucede con las atenuantes de reparación del daño, la mayoría de las veces que se ha concedido una atenuante de confesión ésta se ha apreciado como simple. Esto es especialmente claro en la muestra de delitos fiscales (gráfico 33), en la que a 106 de los 111 condenados tomados en consideración se les aplicó una atenuante analógica simple de confesión (un 95,50% de la muestra).

Dicho esto, lo cierto es que en las muestras de cohecho (gráfico 34) y malversación (gráfico 35) los casos de aplicación de atenuantes muy cualificadas, aun siendo minoritarios, se dan en una proporción no desdeñable. Así, en la primera muestra hay 7 condenados que se beneficiaron de una atenuante de esa naturaleza. A uno de ellos se le aplicó una atenuante «pura», mientras que a los otros 6 se les concedió una atenuante analógica como muy cualificada. Tomando en consideración que la muestra estaba constituida en este caso por 17 beneficiarios, el porcentaje de condenados que recibieron una atenuante muy cualificada con respecto al resto asciende hasta el 41,17% (es la suma del 5,88% que representa el condenado al que se le aplicó la atenuante «pura» y el 35,29% que representan los otros 6 a los que se les aplicó la atenuante analógica). Por su parte, en la muestra de malversación hay 9 de 25 beneficiarios de atenuantes de confesión a los que la circunstancia se les apreció como muy cualificada (36%): a uno de ellos como atenuante «pura» (4%) y a otros 8 como atenuante analógica (32%).

Si se recuerda, en las mismas muestras sólo hay un caso de aplicación de la atenuante analógica de reparación del daño como muy cualificada. Ya se dijo en su momento que eso parecía ir en la línea jurisprudencial que sostiene que las atenuantes analógicas sólo pueden estimarse como muy cualificadas de forma excepcional. Sin embargo, en atención a los datos recién comentados, este razonamiento parece relajarse en lo que tiene que ver con la aplicación de la atenuante analógica de confesión: los casos de aplicación de la atenuante analógica de confesión como muy cualificada son mucho más abundantes que los de la atenuante analógica de reparación del daño.

Dos factores pueden ser potencialmente explicativos de esta tendencia. El primero, que, como se ha podido ver en los gráficos 28 a 32, los supuestos de aplicación de las atenuantes analógicas frente a las atenuantes «puras» son, proporcionalmente, mucho más frecuentes en el terreno de la confesión que en el de la reparación del daño. El segundo, el hecho de que, en la mayoría de las ocasiones en las que se ha aplicado a alguno de los condenados la atenuante analógica de confesión como muy cualificada, es porque se ha llegado a un acuerdo entre las acusaciones y las defensas.

Más adelante se hablará con mayor detenimiento de la relación entre el hecho de que se aprecie una atenuante genérica (cualquiera de las analizadas) y que se haya llegado a un acuerdo con las acusaciones. Por ahora, basta con llamar la atención sobre lo siguiente. En la muestra relativa a los delitos de cohecho hubo 6 condenados a los que se les aplicó la circunstancia del art. 21.7ª CP como muy cualificada. Todos ellos llegaron a algún tipo de acuerdo con las acusaciones. Así, 5 alcanzaron un acuerdo de conformidad *stricto sensu*[780] mientras que el otro se adhirió a la

[780] Estos 5 beneficiados fueron enjuiciados en el mismo proceso: el resuelto en la STS 394/2014, de 7 de mayo (Roj.: STS 2019/2014). La aplicación de las atenuantes (y la celebración del acuerdo de conformidad) se produjo en la primera instancia, decidida en la SAP Islas Baleares (1ª) 1536/2013, de 26 de julio (Roj.: SAP IB 1536/2013). Ver Antecedente de Hecho 4, p. 12, de esta última sentencia.

calificación definitiva de las acusaciones una vez que se celebró el juicio oral[781]. Por otra parte, en la muestra de malversación, de los 8 casos en los que se aprecia la atenuante analógica como muy cualificada, 7 se dieron en una situación de transacción entre acusación y defensa (87,5%): 6 como acuerdo de conformidad *stricto sensu* y uno como adhesión a las conclusiones definitivas tras la celebración del juicio oral[782].

Es más: el número de beneficiarios de la atenuante analógica muy cualificada de confesión que han llegado a un acuerdo con las acusaciones puede ser aún mayor si se atiende a ciertos indicios. Explicaré esto con un poco más de detalle.

Cuando las acusaciones y las defensas llegan a un acuerdo de conformidad *stricto sensu*, esto suele reflejarse de manera clara en la sentencia de primera instancia: se citan los arts. 655 o 787 y ss. LECrim, se expresa que, cuando todos los acusados conforman, la vista oral no se ha celebrado –o, si lo ha hecho, ha sido para determinar cuestiones ajenas a la calificación jurídico-penal–, y se expresa que el juez o tribunal está vinculado por el acuerdo al que han llegado las partes[783]. Esto no es tan claro cuando lo que sucede es que se celebra el juicio oral y, tras las sesiones, la defensa de uno, varios o todos los acusados declaran adherirse a la calificación definitiva más grave de las acusaciones, que normalmente se habrá modificado con respecto a la formulada antes del juicio para dar entrada a alguna atenuante postdelictiva como, en lo que ahora interesa, una atenuante analógica muy cualificada de confesión. Hay veces en las que sí se indica, expresamente, que las defensas se han adherido a esa calificación y que, consecuentemente, el órgano jurisdiccional queda vinculado por el acuerdo alcanzado. Eso es lo que sucede en los casos de los que se ha hablado al comentar las muestras de cohecho y malversación.

---

[781] Se trata del acusado llamado Cirilo Eugenio, tanto en instancia como en casación, en la STS 507/2020, de 14 de octubre (caso *Gürtel*) (Roj.: STS 3191/2020). Sobre el acuerdo al que llega con la acusación, ver SAN (2ª) 20/2018, de 17 de mayo (Roj.: SAN 1915/2018), p. 66 y FD 3 relativo al apartado «Pozuelo de Alarcón», p. 515.

[782] De nuevo, todos ellos fueron enjuiciados en el mismo procedimiento. En esta ocasión, se trata del resuelto por la STS 482/2020, de 30 de septiembre (caso *Emarsa*) (Roj.: STS 3893/2020). El pronunciamiento de primera instancia es la SAP Valencia (1ª) 349/2018, de 19 de junio (Roj.: SAP V 1960/2018), mencionada más arriba por ser uno de los tres casos en los que se solicitó, infructuosamente, la aplicación del art. 434 CP (ver apartado 3.1. de este capítulo). La adhesión a las conclusiones definitivas obra en el Antecedente de Hecho 9 de la SAP Valencia (1ª) 349/2018, de 19 de junio (Roj.: SAP V 1960/2018), p. 27 (se trata del acusado llamado Luis Francisco en la primera instancia). Por su parte, los acuerdos de conformidad *stricto sensu* constan en ibid., Antecedente de Hecho 22, pp. 28-31.

[783] Paradigmática en este sentido, la SAP Murcia (3ª) 561/2016, de 27 de octubre (Roj.: SAP MU 2451/2016). En ella, los 7 acusados llegaron a un acuerdo de conformidad. Sin embargo, todos ellos recurrieron en casación, dando lugar a la STS 253/2017, de 11 de diciembre (Roj.: 4830/2017). Tanto en la SAP como la STS el único punto en discordia es la cuantía a la que ascienden los intereses que los condenados deben abonar a la Hacienda Pública en concepto de responsabilidad civil. Ello no obsta a que el TS considere que la sentencia dictada sea, en lo que a las cuestiones jurídico-penales atañe, una sentencia de conformidad de las reguladas en el art. 787 LECrim. Sobre la naturaleza y efectos del acuerdo de conformidad alcanzado, ver STS 253/2017, de 11 de diciembre (Roj.: 4830/2017), FFDD 2-3, pp. 11-12.

Sin embargo, hay otros casos en los que no se menciona de manera inequívoca la existencia de ese acuerdo, aunque concurran ciertos indicios que la sugieran. Me refiero a datos como el hecho de que, tras la celebración del juicio oral, las acusaciones modifiquen sus conclusiones definitivas, que esa modificación incorpore la petición de atenuantes para los acusados y que, después, ninguno de esos acusados (y condenados) que han recibido un trato favorable por la solicitud de una pena menor por parte de la acusación recurra. Cosas como éstas son las que suceden en los casos que se van a comentar a continuación. Como en este tipo de sentencias no existe certeza absoluta en cuanto a la existencia de un acuerdo entre la defensa y las acusaciones, se ha optado por no contarlas como tales. Aun así, parece oportuno tener presente estos indicios que sugieren que las partes del proceso mantienen negociaciones al margen de las formalidades legales en las que las atenuantes por comportamiento postdelictivo constituyen un arma más.

Volvamos a las muestras. En concreto, empecemos con la de los delitos de malversación. Se ha dicho que, en ella, hay 8 beneficiados con la atenuante analógica muy cualificada de confesión. Se sabe con certeza que 7 de esos 8 alcanzaron un acuerdo con la acusación. Sin embargo, hay otro beneficiado para el cual no se afirma esto de modo expreso. Éste es condenado en la SAP (1ª) Islas Baleares 13/2017, de 17 de febrero (caso *Nòos*) (Roj.: SAP IB 40/2017)[784]. En el FD 6 de esta resolución consta algo llamativo: quienes solicitaron en primer lugar la apreciación de la atenuante analógica muy cualificada de confesión en ese procedimiento no fueron las defensas, sino las acusaciones. El tribunal afirma que, en una situación como ésa, está vinculado por el principio acusatorio, por lo que accede a la petición sin indicar nada sobre en qué ha consistido la colaboración de este inculpado más allá de que concurren todos los requisitos necesarios para la estimación de la atenuante de confesión «salvo el temporal, lo que conlleva a (sic) su apreciación por analogía»[785]. El condenado no recurre en casación[786]. Esto son indicios que sugieren que también habría podido llegar a un acuerdo con las acusaciones. Sin embargo, en los antecedentes de hecho de la SAP no se afirma la existencia de este acuerdo, como sí sucede en los otros casos comentados en este epígrafe. Tampoco en la fundamentación jurídica se habla de algo similar. No habiendo certeza sobre si el final del proceso para este acusado fue negociado o no, se ha optado por no computar este caso como uno en el que se haya alcanzado un acuerdo entre las acusaciones y la defensa.

Algo parecido sucede en la muestra de delitos fiscales. Los dos únicos condenados a los que se les aplicó la atenuante analógica de confesión como muy cualificada fueron condenados en el mismo procedimiento: el resuelto por la STS 602/2018, de 28 de noviembre (Roj.: STS 4037/2018). La aplicación de la atenuante se produjo en la primera instancia, que terminó con la

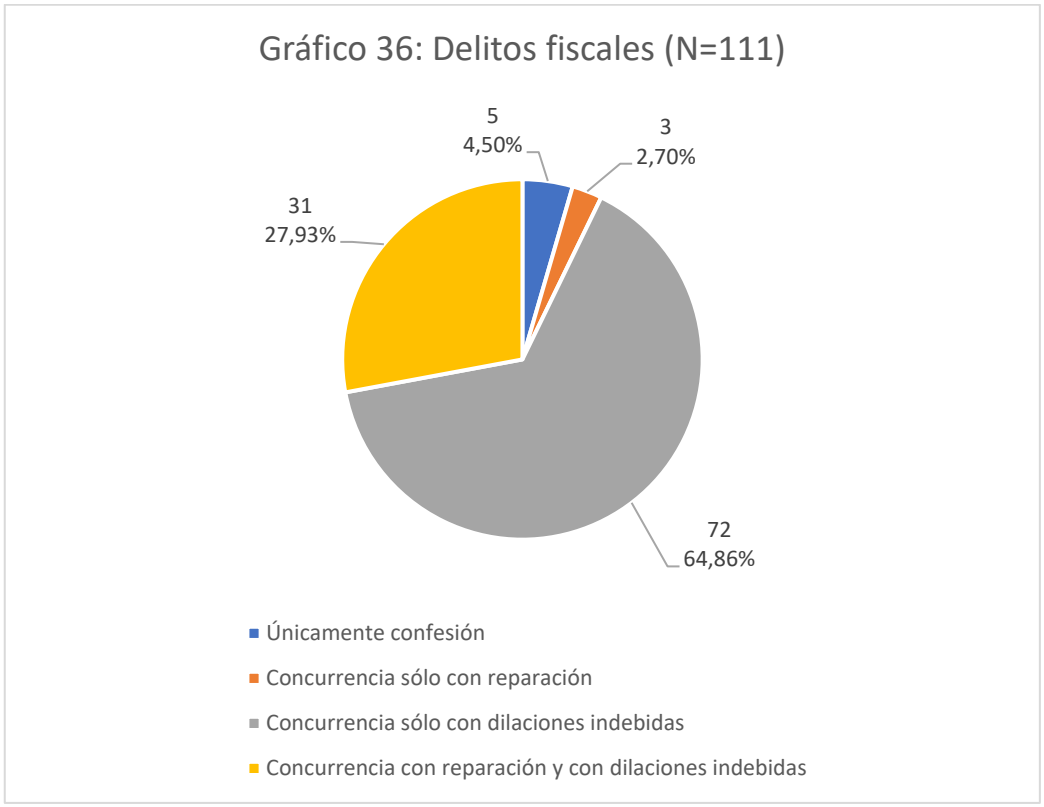
[784] Se trata del llamado Alberto en esa sentencia.
[785] Ver SAP (1ª) Islas Baleares 13/2017, de 17 de febrero (Roj.: SAP IB 40/2017), FD 6, p. 325.
[786] La sentencia que resuelve esta fase procesal es la STS 277/2018, de 8 de junio (Roj.: STS 2056/2018).

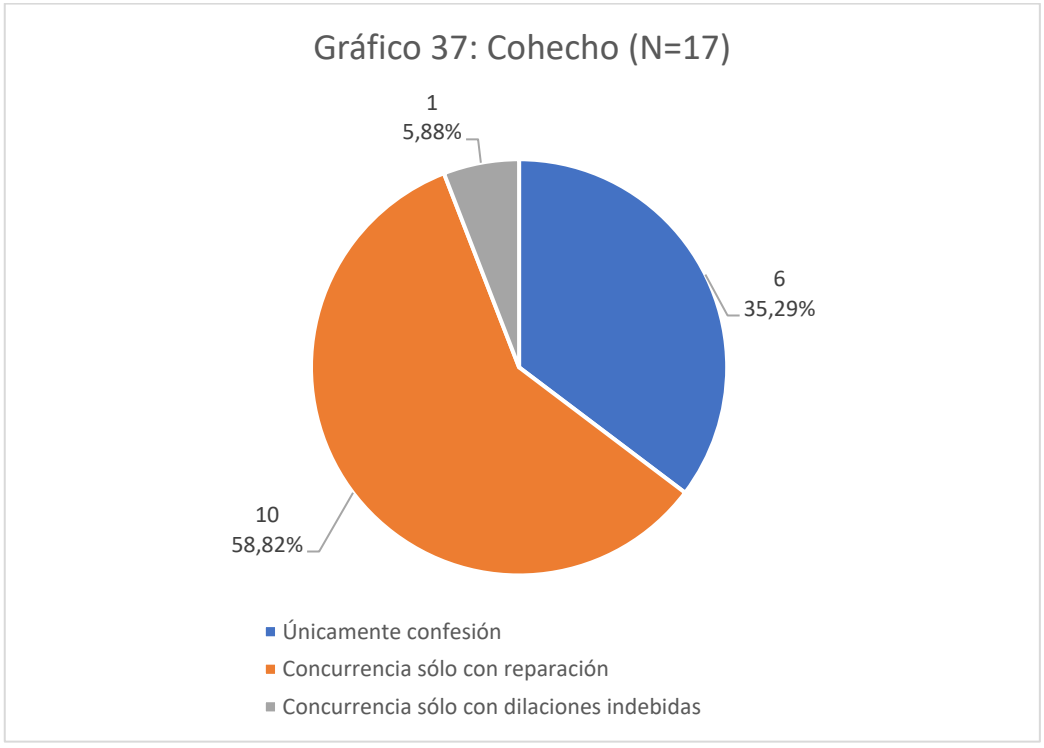
SAN (3ª) 21/2017, de 28 de septiembre (Roj: SAN 3729/2017). Al igual que en la anteriormente mencionada, en esta sentencia también consta que quienes solicitaron la apreciación de la atenuante fueron el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, únicas acusaciones personadas en el procedimiento. También se indica expresamente que la defensa de uno de los acusados «mostró su conformidad» con las conclusiones definitivas de estos acusadores. En cambio, con una frase algo confusa, parece afirmarse que el otro acusado al que se acaba aplicando esta atenuante no se aquietó con la calificación, sino que solicitó, además de lo pedido por las acusaciones, la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas. Por todo ello, sólo se ha considerado que el primero de ellos llegó a un acuerdo con las acusaciones. Sin embargo, ninguno de los dos beneficiados recurrió en casación, lo que, nuevamente, es un indicio que sugiere que el final para ambos fue pactado[787].

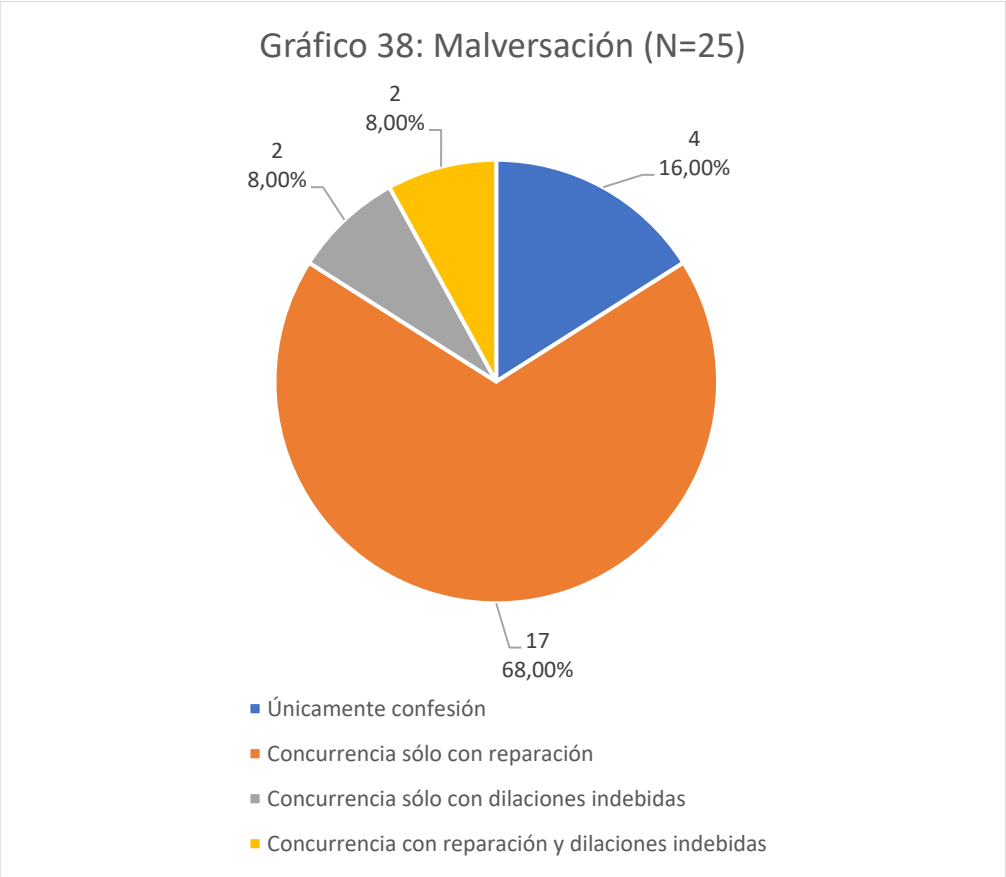
Otro de los parámetros estudiados es el que tiene que ver con la posible concurrencia de atenuantes. En los gráficos 36 a 38 (a continuación) se representa la proporción de beneficiados con atenuantes de confesión a los que, además, se les aplicó alguna atenuante genérica de reparación del daño (arts. 21.5ª, 21.7ª o 31 quater.1 c) CP) o la de dilaciones indebidas (art. 21.6ª CP). El panorama que resulta de éstos es coherente con el que se refleja en los gráficos 15 a 18, analizados en el apartado 3.2.1. b) *supra*. Si en aquel entonces se dijo que a la mayoría de los beneficiados con alguna atenuante genérica de reparación del daño también se les había apreciado alguna otra circunstancia de las estudiadas, lo mismo puede decirse en lo que se refiere a las atenuantes genéricas de confesión.

[787] Los datos sobre la solicitud de las atenuantes por parte de la acusación y la adhesión de uno de los acusados, llamado Luciano Víctor en la primera instancia, obran en los Antecedentes de Hecho 4 y 5 de la SAN (3ª) 21/2017, de 28 de septiembre (Roj: SAN 3729/2017), pp. 11-12. Antes de transcribir la frase confusa a la que se ha hecho mención en el texto hay que decir que el hecho de que Luciano Víctor haya llegado a un acuerdo se hace constar del siguiente modo: «[l]a Defensa de Luciano Víctor mostró su conformidad en la calificación del Ministerio Fiscal y en la dosificación penológica». Téngase en cuenta que la Abogacía del Estado se adhirió a la calificación del Ministerio Fiscal, por lo que pronunciarse de conformidad con las conclusiones de esta última acusación es, también, hacerlo con las de la primera. Inmediatamente después se indica lo siguiente para el otro acusado al que también se aplica la atenuante, llamado Sabino Lucio: «[l]a Defensa de Sabino Lucio, en el mismo sentido, si bien sólo para caso de que se apreciara la atenuante de dilaciones indebidas fuera aplicada a su patrocinado». El hecho de que se mencione que esta defensa procede «en el mismo sentido» que la del acusado que «mostró su conformidad» con las acusaciones sugiere que también habría llegado a un acuerdo con ellas. Sin embargo, se menciona que ese proceder «en el mismo sentido» sólo resulta «para [el] caso de que se apreciara la atenuante de dilaciones indebidas». A Luciano Víctor, el acusado conforme con las acusaciones, no se le apreció la atenuante de dilaciones indebidas. En cambio, quien sí solicitó la estimación de esa atenuante fue el tercer y último acusado, llamado Indalecio Héctor. Éste, inequívocamente, no llegó a ningún acuerdo con las acusaciones: su defensa pidió la absolución al formular las conclusiones definitivas y la solicitud de la atenuante de dilaciones indebidas sólo se planteó de forma subsidiaria. Por eso se ha dicho que la frase que describe el proceder de Sabino Lucio resulta confusa. De ahí que no se haya considerado que haya llegado a ningún acuerdo, pese a los indicios que constan a favor de esta hipótesis.

GRÁFICOS 36 A 38: CONCURRENCIA DE LAS ATENUANTES GENÉRICAS DE CONFESIÓN CON OTRAS ATENUANTES (POR GRUPOS DE BENEFICIADOS)







En todas las muestras se cumple que a más del 60% de condenados a los que se les aplicó una atenuante genérica de confesión también se les concedió, o bien una atenuante genérica de reparación del daño, o bien la atenuante de dilaciones indebidas, o bien ambas junto con la de confesión que hubiera procedido.

La muestra en la que el porcentaje de concurrencias es menor es la que se refiere a los delitos de cohecho (gráfico 37). Esa muestra está constituida por 17 condenados. A 6 de ellos (esto es, el 35,29%) les fue concedida, únicamente, una atenuante genérica de confesión. Correlativamente, a los 11 condenados restantes (esto es, el 64,71% de la muestra) se les aplicó, además, alguna otra atenuante. De estos 11, el grupo mayoritario, constituido por 10 condenados, fue beneficiado con una atenuante genérica de reparación del daño (un 58,82% de la muestra). Hubo un condenado al cual le fue estimada, además de una atenuante genérica de confesión, la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª CP. En esta muestra no hay condenados a los que se les haya aplicado, de modo simultáneo, los tres tipos de atenuantes ahora estudiadas.

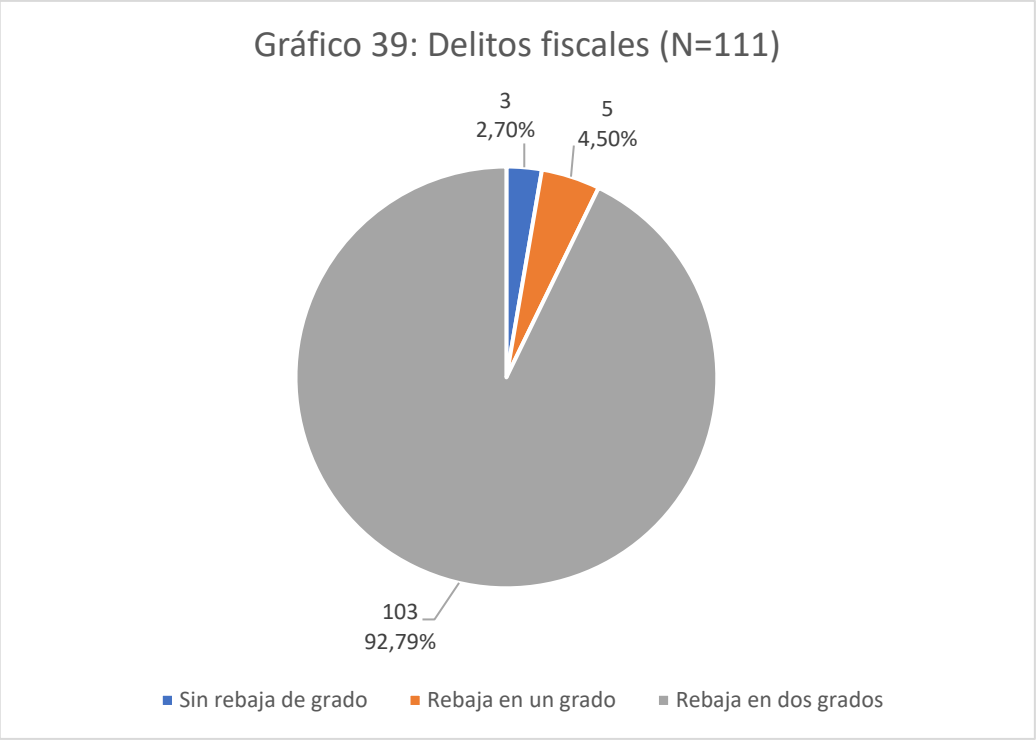
La proporción de concurrencias aumenta significativamente si se presta atención a las otras dos muestras. El gráfico 28 se refiere a los beneficiados con las atenuantes genéricas de confesión en la muestra de malversación. En total, hubo 25 condenados en esa muestra a los que se les aplicó alguna de esas atenuantes. Sólo a 4 de ellos se les estimó, exclusivamente, alguna atenuante de

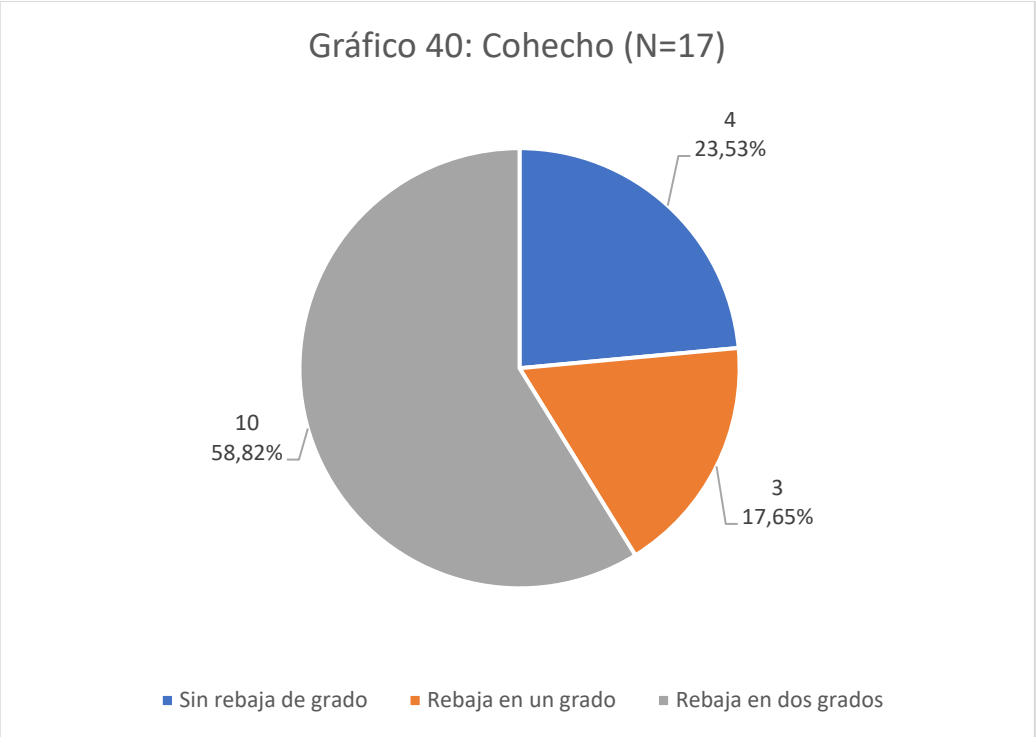
confesión (16%). Esto quiere decir que a los 21 condenados restantes (84%) les fue apreciada, junto con ésta, o bien una atenuante genérica de reparación del daño (17 condenados, un 68% de la muestra), o bien la atenuante de dilaciones indebidas (2 condenados, un 8% de la muestra), o bien ambas atenuantes junto con la de confesión (otros 2 condenados, el 8% restante).

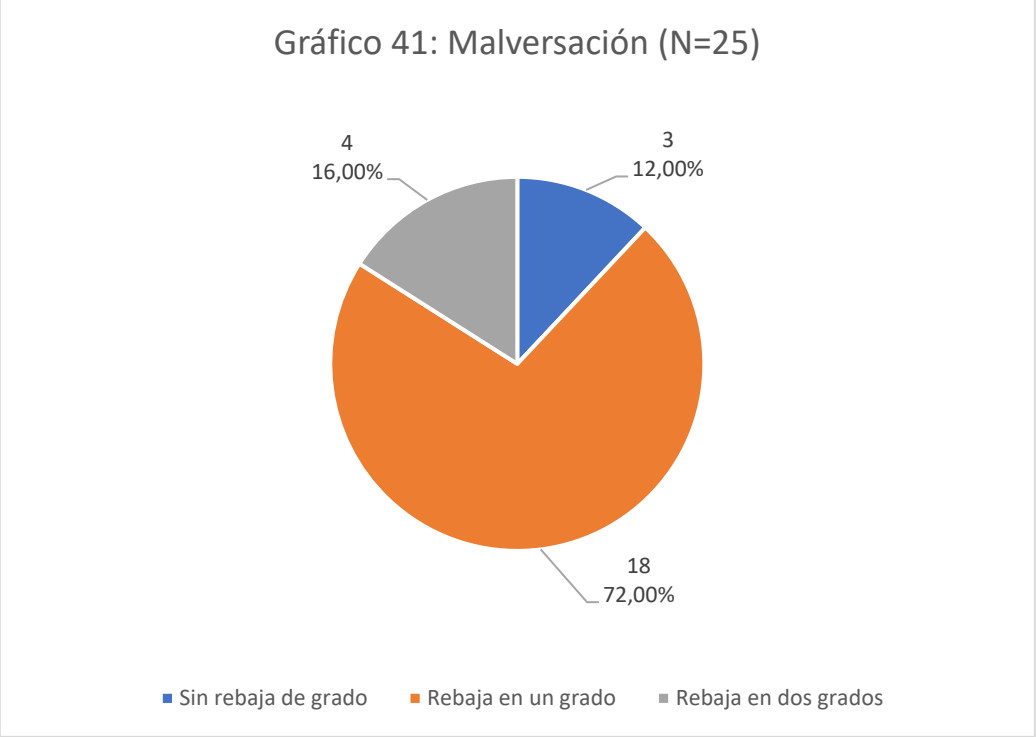
Las concurrencias son todavía más frecuentes en la muestra de delitos fiscales (gráfico 36). De los 111 beneficiados con alguna atenuante de confesión, sólo hubo 5 a los que no se les concedió ninguna otra circunstancia (4,50%). Esto quiere decir que a los 106 condenados restantes (un 95,50% de la muestra) también se les estimó, o bien una atenuante de reparación del daño (3 condenados, un 2,70% de la muestra), o bien la atenuante de dilaciones indebidas (72 condenados, un 64,86%), o bien ambas atenuantes junto con la de confesión (31 condenados, un 27,93%).

Este análisis de casos de apreciación de las atenuantes genéricas de confesión se cierra con el estudio del número de condenados cuyas penas fueron reducidas en uno o dos grados. La información que tiene que ver con este parámetro se contiene en los gráficos 39 a 41, dispuestos a continuación.

GRÁFICOS 39 A 41: REBAJAS DE GRADO POR ATENUANTES GENÉRICAS DE CONFESIÓN







De manera semejante a lo que sucede con las atenuantes de reparación del daño, son mayoría los condenados a los que se les ha reducido la sanción en uno o dos grados; esto es, aquellos a los que se les ha concedido una contrapartida similar a la que podría haberse alcanzado de aplicar algunos de los incentivos constitutivos del objeto de estudio.

Así, en la muestra de delitos de malversación (N=25), el conjunto de los condenados que obtuvieron esa ventaja representa el 88% del total (22 casos): a 18 se les rebajó la pena en un grado (72%), mientras que a otros 4 se les rebajó en dos (16%). Por su parte, en la muestra de delitos de cohecho (N=17), la proporción de beneficiados con reducciones semejantes alcanza el 76,47% (13 casos): en esa muestra hay 3 beneficiarios de una atenuante genérica de confesión a los que se les rebajó la pena un grado (17,65%), mientras que a otros 10 se les redujo la pena en dos (58,82%). La distribución más llamativa es la de la muestra de delitos fiscales (N=111). En ella, hubo 108 beneficiados con una rebaja de pena de uno o dos grados (97,29%). El aspecto más característico de esta última muestra es que, de este grupo de 108 beneficiados, sólo hubo 5 (4,50%) a los que se les concedió una reducción de un grado. A la inmensa mayoría, constituida por los 103 beneficiados restantes (92,79%) se les concedió una rebaja de pena de dos grados.

De nuevo, estas cifras parecen estar estrechamente relacionadas con los datos de concurrencia de las atenuantes. Como se acaba de decir, en la muestra relativa a los delitos de malversación hay 22 beneficiarios de una atenuante de confesión a los que se les concedió una rebaja de pena de uno o dos grados. Si se observa nuevamente el gráfico 38, se podrá comprobar cómo en esa misma muestra hay 21 beneficiarios a los que se les aplicó, además de una atenuante de confesión, una de reparación del daño, la de dilaciones indebidas o ambas. También es posible hallar, en esa misma muestra, un beneficiario al cual le fue concedida sólo una atenuante de confesión como muy cualificada. Se trata, precisamente, del único caso de aplicación de la atenuante «pura» del art. 21.4ª CP para esa muestra; es decir, el que se dio en la STS 507/2020, de 14 de octubre (caso *Gürtel*) (Roj.: STS 3191/2020). La rebaja que se le concedió es, como también se dijo en su momento, de dos grados[788].

Lo mismo sucede en la muestra de delitos de cohecho. En esa muestra, representada en el gráfico 40 a los efectos que ahora interesan, hay 13 casos de rebaja de uno o dos grados. Si se acude otra vez al gráfico 37, se comprobará cómo en ella hay, también, 11 casos de concurrencia entre una atenuante genérica de confesión y una de reparación del daño o la de dilaciones indebidas –recuérdese que en esta muestra no hay casos de aplicación de los tres tipos de atenuantes de modo simultáneo–. Habría, por tanto, dos condenados a los que se les apreció aisladamente una atenuante de confesión muy cualificada con una rebaja de uno o de dos grados de la pena. Éstos se encuentran en la misma STS 507/2020, de 14 de octubre (caso *Gürtel*) (Roj.: STS 3191/2020). Uno de ellos es el condenado al que se le apreció la atenuante «pura» de confesión que, además de por un delito continuado de malversación del art. 432.1 CP en su redacción de 1995, también fue condenado por un delito continuado de cohecho pasivo del art.

[788] Recuérdese que a este condenado se le llama Abilio tanto en la sentencia de primera instancia como en la de casación.

419 CP en la misma redacción. Del otro condenado que interesa también se ha hablado más arriba: es uno de los que llegó a un acuerdo con la acusación con posterioridad a la celebración del juicio oral. En virtud de dicho acuerdo se estimó una atenuante analógica muy cualificada de confesión. A éste, en cambio, se le concedió una reducción de pena de sólo un grado.

Por último, los números también «cuadran» en lo que respecta a la muestra de delitos fiscales. En ella, hay 108 casos de beneficiarios de atenuantes de confesión a los que se les rebajó la pena en uno o dos grados (gráfico 39). En esa misma muestra, hay 106 casos de concurrencias de esas atenuantes con otra u otras. Eso quiere decir que hubo dos condenados a los que se les apreció únicamente una atenuante de confesión como muy cualificada y que eso les reportó una rebaja equiparable. Estos condenados son los de la STS 602/2018, de 28 de noviembre (Roj.: STS 4037/2018) de los que, también, se habló en su momento. En efecto, de ellos se dijo que fueron beneficiados con una atenuante analógica muy cualificada de confesión, que uno llegó a un acuerdo con las acusaciones con posterioridad a la celebración del juicio oral y que el otro no estaba del todo claro que también lo hubiese hecho, pero que había indicios que así lo sugerían. A los dos, en cualquier caso, se les concedió una rebaja de pena de un grado.

3.2.3. Atenuante de dilaciones indebidas: art. 21.6ª CP

Finalizaremos el análisis de las atenuantes aplicadas a los condenados de cada una de las muestras con el estudio de la circunstancia de dilaciones indebidas, contenida, actualmente, en el art. 21.6ª CP. El esquema empleado en los dos epígrafes anteriores se repetirá una vez más aquí, aunque con una variación importante: en lugar de analizar los casos en los que la atenuante de dilaciones indebidas ha concurrido con las atenuantes genéricas de reparación del daño y de confesión, se prestará atención a los casos en los que la circunstancia del art. 21.6ª CP se ha aplicado en solitario. Ello porque, cuando esta figura se aplica como muy cualificada aun sin concurrir con otras circunstancias atenuantes, también es posible llegar a una rebaja de pena de uno o dos grados. Como se ha dicho en varias ocasiones, esta reducción es la misma que prevén todas las disposiciones constitutivas del objeto de esta investigación, salvo el art. 426 CP. En otras palabras: a través de la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, sus beneficiarios pueden conseguir lo mismo que a través de la aplicación de los incentivos para la colaboración con las autoridades, *pero sin colaborar con las autoridades*. Desde mi punto de vista, analizar si en la práctica se dan situaciones de este tipo tiene un notable interés para teorizar sobre los motivos potencialmente influyentes en la escasa aplicación de los incentivos para la colaboración.

Dicho esto, primero se reflejará el número de procesos en los que se ha aplicado esta atenuante a *alguno* de los condenados. Después, se desglosará la cantidad de condenados a los que se les ha aplicado esta circunstancia. Seguidamente, se comentará si la atenuante en cuestión se ha aplicado como simple o como muy cualificada. Y, por último, se estudiará a cuántos condenados se les ha

aplicado, en cada muestra, la atenuante de dilaciones indebidas en solitario y qué tipo rebaja de pena se les ha concedido, en su caso.

Empecemos, pues, por el principio: viendo el número de procesos de cada muestra en los que hubo *algún* condenado que se benefició de la atenuante de dilaciones indebidas. Esta información se contiene en los gráficos 42 a 46, dispuestos a continuación.

GRÁFICOS 42 A 46: APLICACIÓN DE LA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS (POR GRUPOS DE PROCESOS)

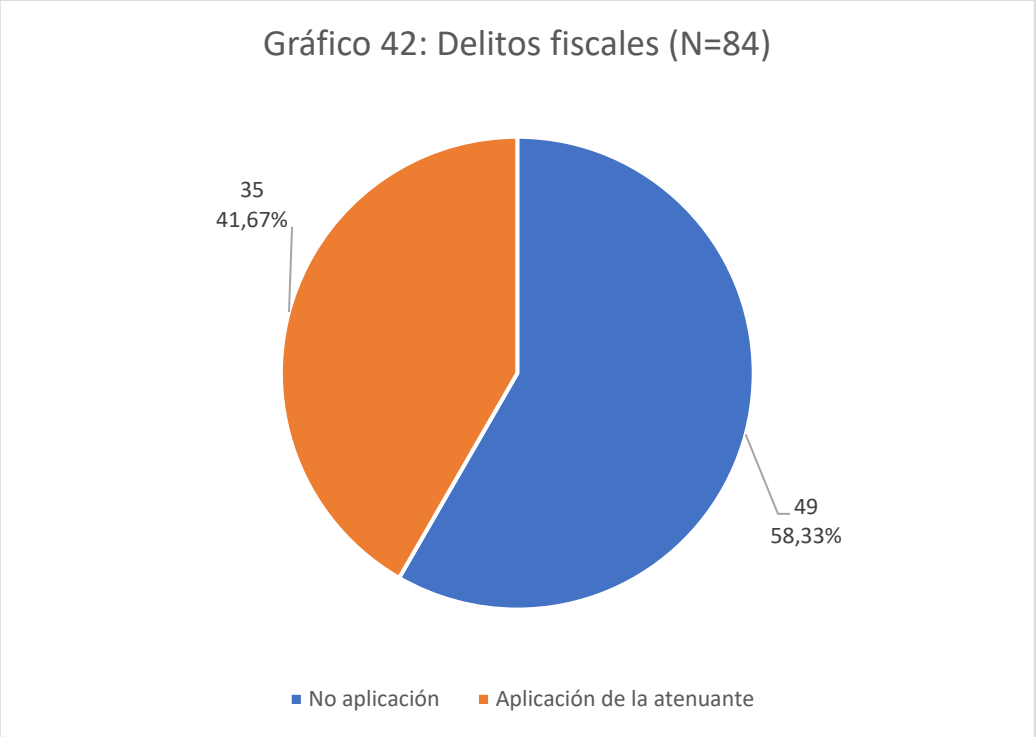


Gráfico 43: Contra la Seguridad Social (N=21)

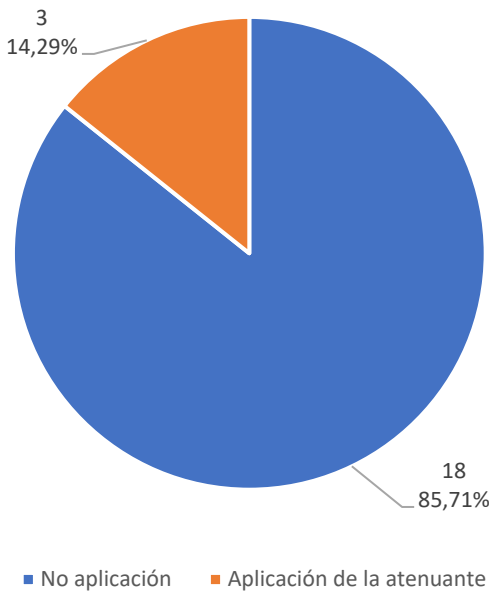
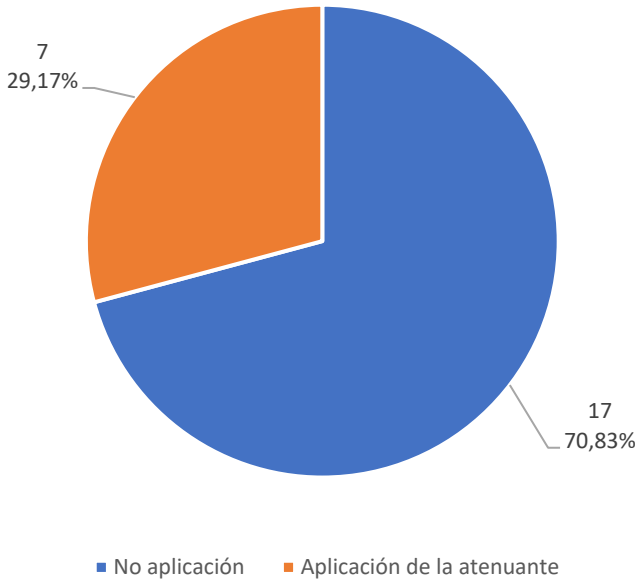
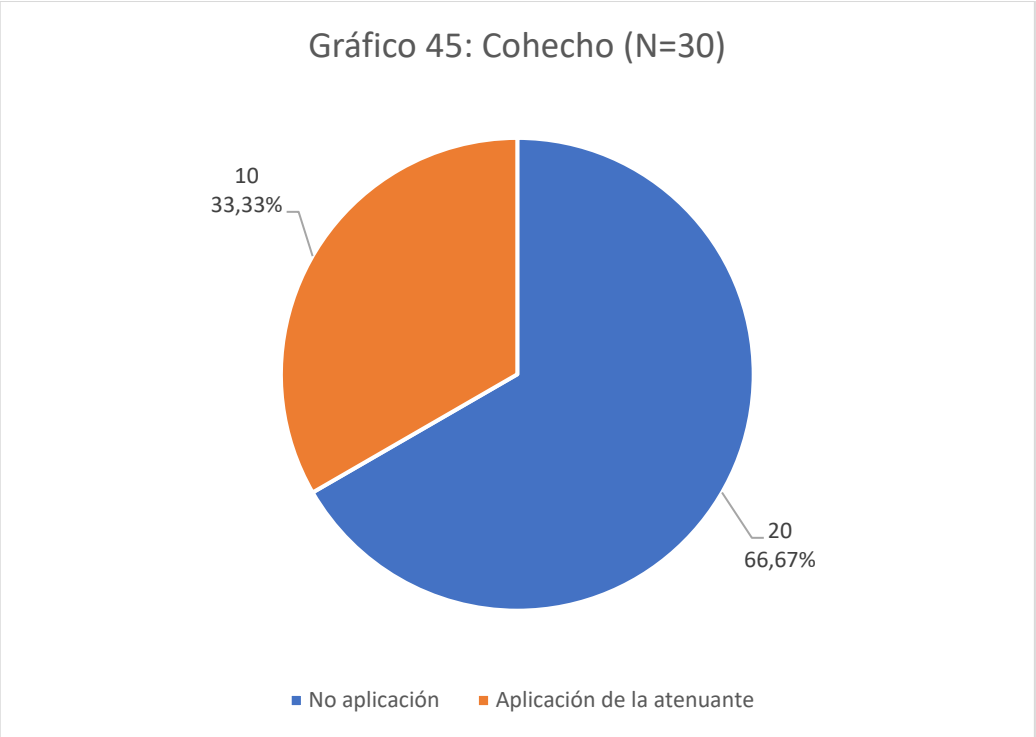
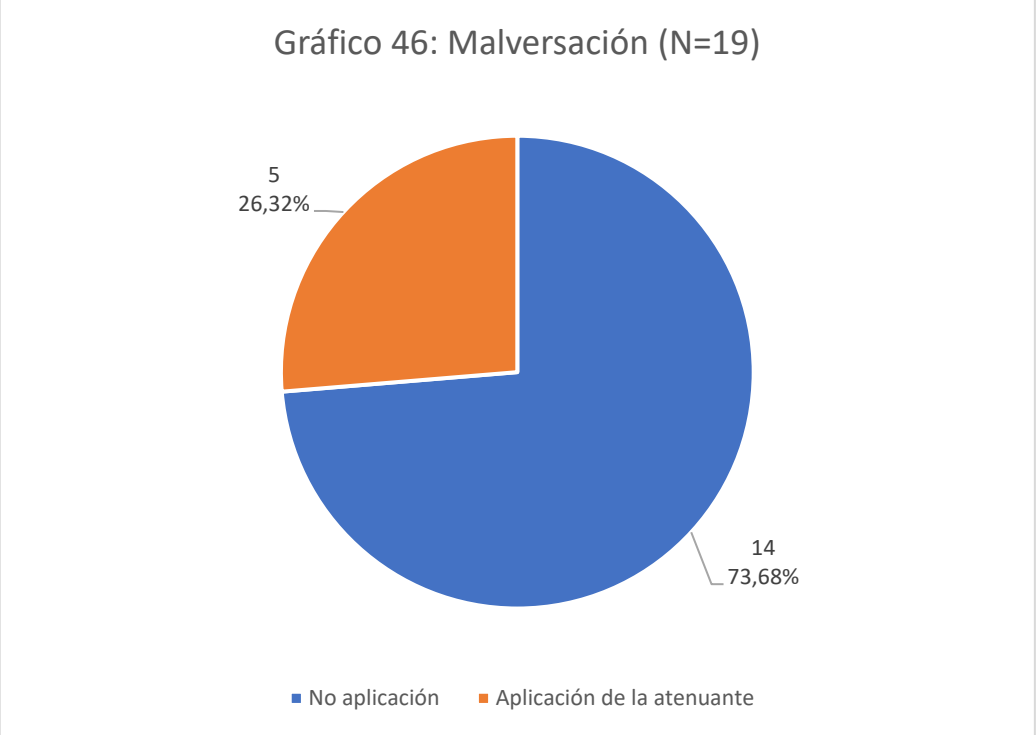


Gráfico 44: Fraude de subvenciones (N=24)







Tal y como sucedía con las otras atenuantes, son mayoría los procesos en los que ningún condenado se benefició de la circunstancia de dilaciones indebidas. Con todo, hay dos aspectos llamativos que, en mi opinión, merecen ser resaltados.

El primero es que, a diferencia de lo que sucede con las estudiadas en los apartados anteriores, la atenuante de dilaciones indebidas se ha aplicado en todas las muestras que se han analizado. Si se recuerda, no había casos de aplicación de las atenuantes genéricas de reparación del daño en la muestra de delitos contra la Seguridad Social. Tampoco había casos de aplicación de las atenuantes genéricas de confesión en esta última muestra ni en la relativa al delito de fraude de subvenciones. En cambio, la circunstancia del art. 21.6ª CP ha sido aplicada, además de en las muestras de delitos fiscales (gráfico 42), cohecho (gráfico 45) y malversación (gráfico 46), tanto en la muestra de los delitos contra la Seguridad Social (gráfico 43) como en la de fraude de subvenciones (gráfico 44).

El segundo aspecto llamativo es que, con la salvedad de la de malversación, la atenuante de dilaciones indebidas es la circunstancia que en más procesos se ha aplicado en cada muestra. Ello si se razona tanto desde el punto de vista de la frecuencia absoluta como si se observa la frecuencia relativa de aplicación. Veamos esto más detalladamente.

En términos absolutos, la circunstancia que ahora interesa se aplicó en 35 procesos de la muestra de delitos fiscales, en 3 de la de delitos contra la Seguridad Social, en 7 de la de fraude de subvenciones y en 10 de la de cohecho. En cambio, las atenuantes genéricas de reparación del daño se han aplicado en 13 procedimientos de la muestra de delitos fiscales, en ninguno de la de delitos contra la Seguridad Social, en 2 de la de fraude de subvenciones y en otros 2 de la de cohecho. Por su parte, las de confesión se han aplicado en 10 procedimientos de la muestra de delitos fiscales, en ninguno de la de delitos contra la Seguridad Social ni de la de fraude de subvenciones y en 6 de la de cohecho. Es decir, que, en total, la atenuante del art. 21.6ª CP es la que se ha aplicado en un mayor número de procedimientos en cada una de las muestras señaladas hasta aquí. La muestra de malversación es, como se ha dicho, la excepción: en ella, la circunstancia de dilaciones indebidas fue apreciada en 5 procesos, mientras que las atenuantes genéricas de reparación del daño lo fueron en 7 y las de confesión en 6.

Algo similar sucede si se piensa en términos relativos, es decir, si se reflexiona sobre la proporción de procesos en los que cada atenuante se aplicó con respecto al total dentro de cada muestra. Así, la atenuante de dilaciones indebidas se apreció en un 41,67% de los procesos en la muestra de delitos fiscales (N=84), un 14,29% en la de delitos contra la Seguridad Social (N=21), un 29,17% en la de fraude de subvenciones (N=24) y un 33,33% en la de cohecho (N=30). Las atenuantes de reparación del daño, por su parte, se estimaron en un 16% de los procesos de la muestra de delitos fiscales, un 0% de la de delitos contra la Seguridad Social, un 8,33% de la de fraude de subvenciones y un 6,67% de la de cohecho. Y las de confesión se concedieron en un 11,90% de procesos de la muestra de delitos fiscales, un 0% de la de delitos contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones y un 20% de la de cohecho. Así que, de nuevo, la atenuante

de dilaciones indebidas es la que se ha aplicado proporcionalmente a una mayor cantidad de procesos en cada muestra. La excepción vuelve a ser la muestra de malversación (N=19): la atenuante de dilaciones indebidas se aplicó en un 26,32% de los procesos, frente al 36,84% de las atenuantes de reparación del daño y el 31,58% de las de confesión.

Visto el número de procesos de cada muestra en el cual se ha apreciado la atenuante de dilaciones indebidas, se expondrá, ahora, el número concreto de condenados que se ha beneficiado de la aplicación esta circunstancia. Esta información se contiene en los gráficos 47 a 51, dispuestos a continuación.

GRÁFICOS 47 A 51: ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS (POR GRUPOS DE CONDENADOS)

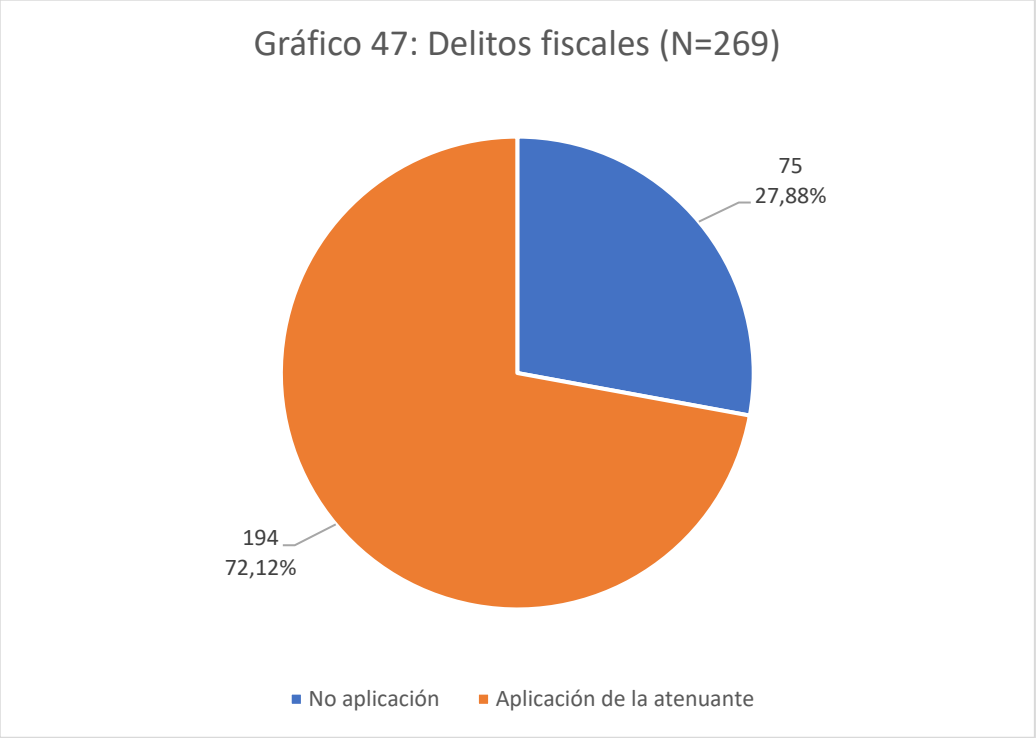


Gráfico 48: Contra la Seguridad Social (N=85)

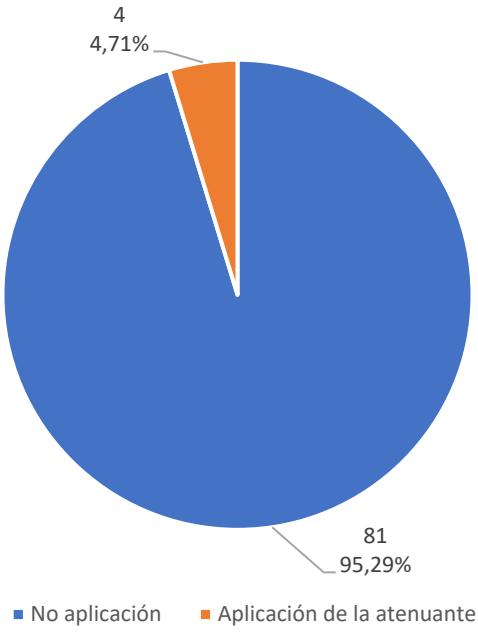
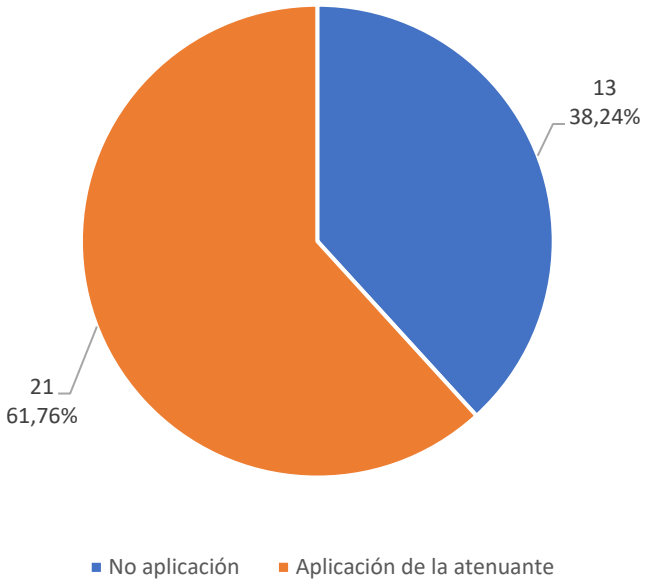
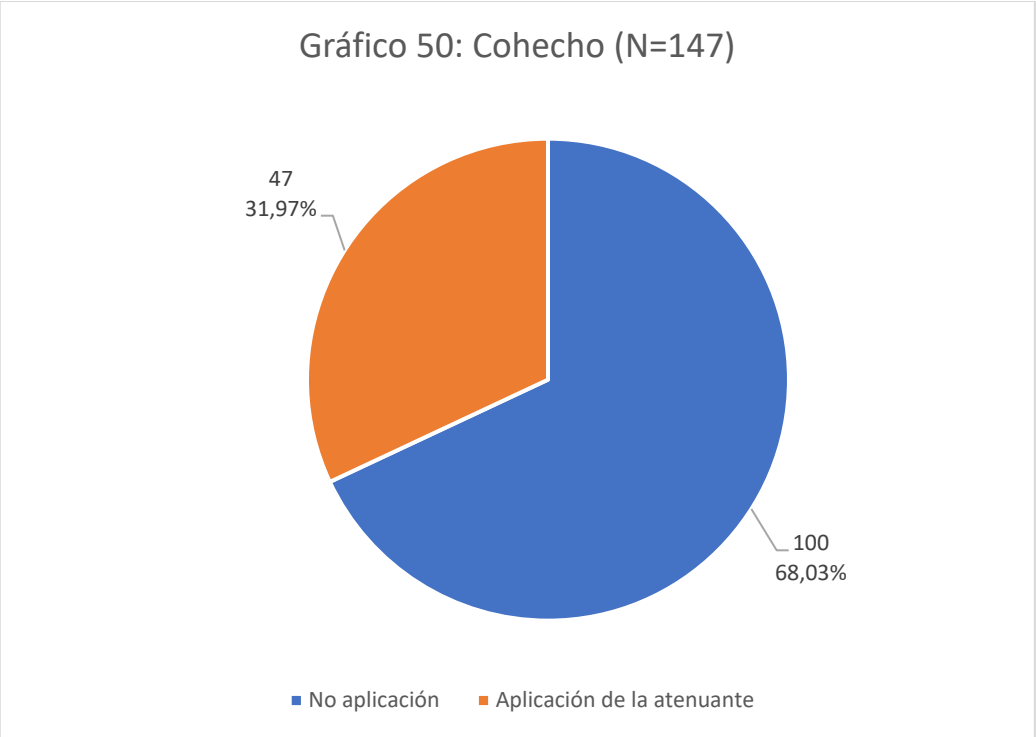
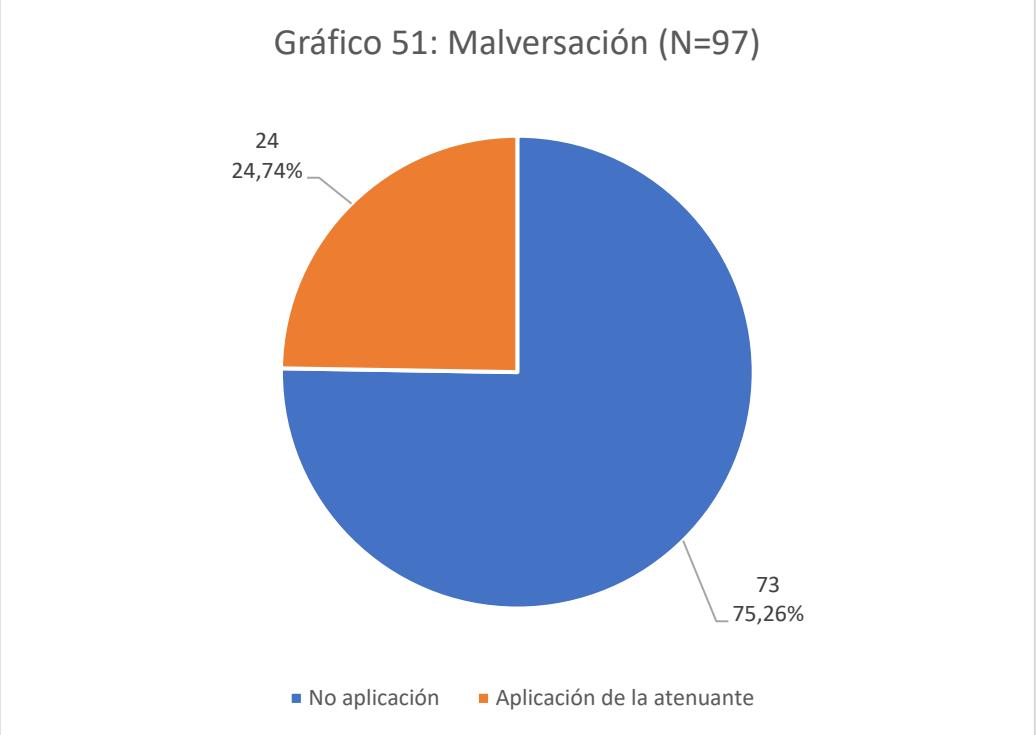


Gráfico 49: Fraude de subvenciones (N=34)







La situación de los condenados ofrece una lectura similar a la de los procedimientos. Como puede verse en los gráficos anteriores, con la salvedad de la muestra relativa a los delitos contra la Seguridad Social, y, por muy poco, la de malversación, la proporción de condenados que se han beneficiado de esta atenuante siempre iguala o supera el 25%. Lo cierto es que, si se atiende una vez más a las frecuencias absoluta y relativa de aplicación, se observa que la atenuante de

dilaciones indebidas es la circunstancia más aplicada en todas las muestras salvo, de nuevo, en la de malversación.

Así, si se presta atención a la muestra de delitos fiscales (N=269), resulta que la circunstancia en cuestión se aplicó a 194 condenados (72,12%). En esa misma muestra, las atenuantes genéricas de reparación del daño se aplicaron, respectivamente, a 55 (20,44%) y 111 condenados (41,26%). Por su parte, en la muestra de fraude de subvenciones (N=34), la atenuante de dilaciones indebidas se concedió a 21 condenados (61,76%). En esta misma muestra, hubo 6 beneficiarios con la atenuante de reparación del daño (17,65%) y ninguno de las de confesión. En la de cohecho (N=147), la atenuante de dilaciones indebidas fue concedida a 47 condenados (31,97%), mientras que las de reparación del daño y las de confesión lo fueron, respectivamente, a 10 (6,80%) y 17 beneficiados (11,56%) La situación más llamativa es la de la muestra de delitos contra la Seguridad Social (N=35), en la que no hubo ni un solo beneficiado con las atenuantes genéricas de reparación del daño y de confesión, pero sí hubo 4 condenados a los que se les aplicó la circunstancia del art. 21.6ª CP (4,71%).

Como se ha dicho, esta tendencia se exceptúa, nuevamente, en la muestra de malversación. En esta muestra, constituida por 97 condenados, la atenuante de dilaciones indebidas se concedió a 24 de ellos (24,74%). Las atenuantes genéricas de reparación del daño se aplicaron, en cambio, a 33 condenados (34,02%), mientras que de las de confesión se beneficiaron 25 (25,77%).

En los gráficos 52 a 56, que se muestran a continuación, puede verse con qué intensidad se concedió la atenuante a cada uno de los beneficiados con ella; esto es, a cuántos de ellos se les aplicó como simple o como muy cualificada.

GRÁFICOS 52 A 56: INTENSIDAD DE LA ATENUACIÓN CON BASE EN LAS DILACIONES INDEBIDAS (POR GRUPOS DE BENEFICIADOS)

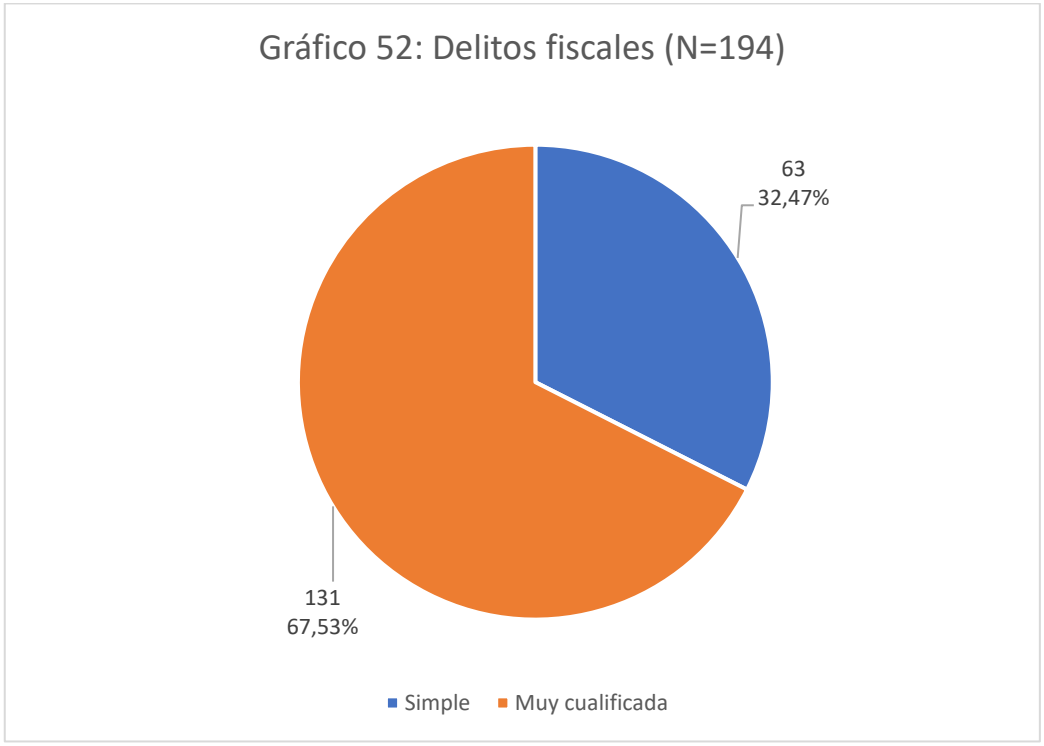




Gráfico 54: Fraude de subvenciones (N=21)

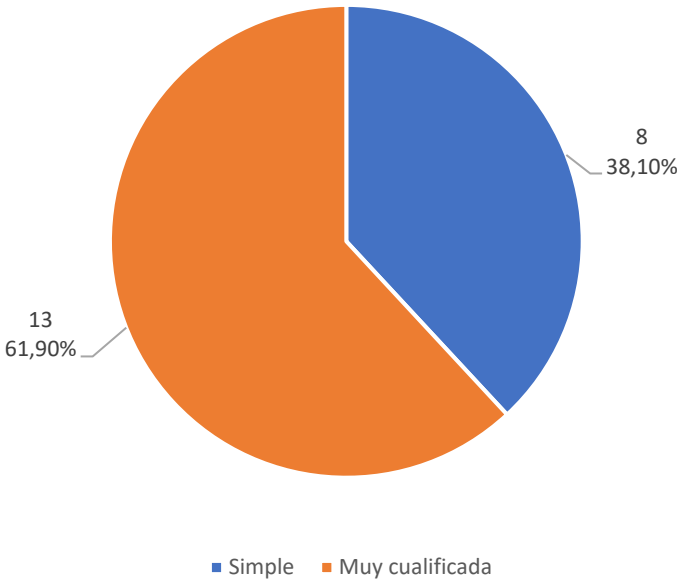
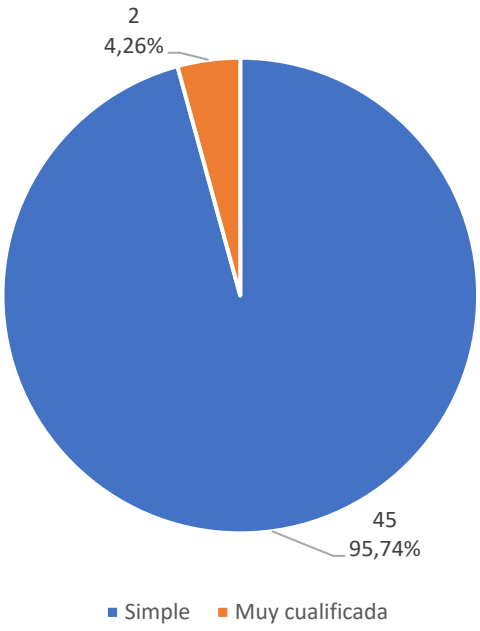
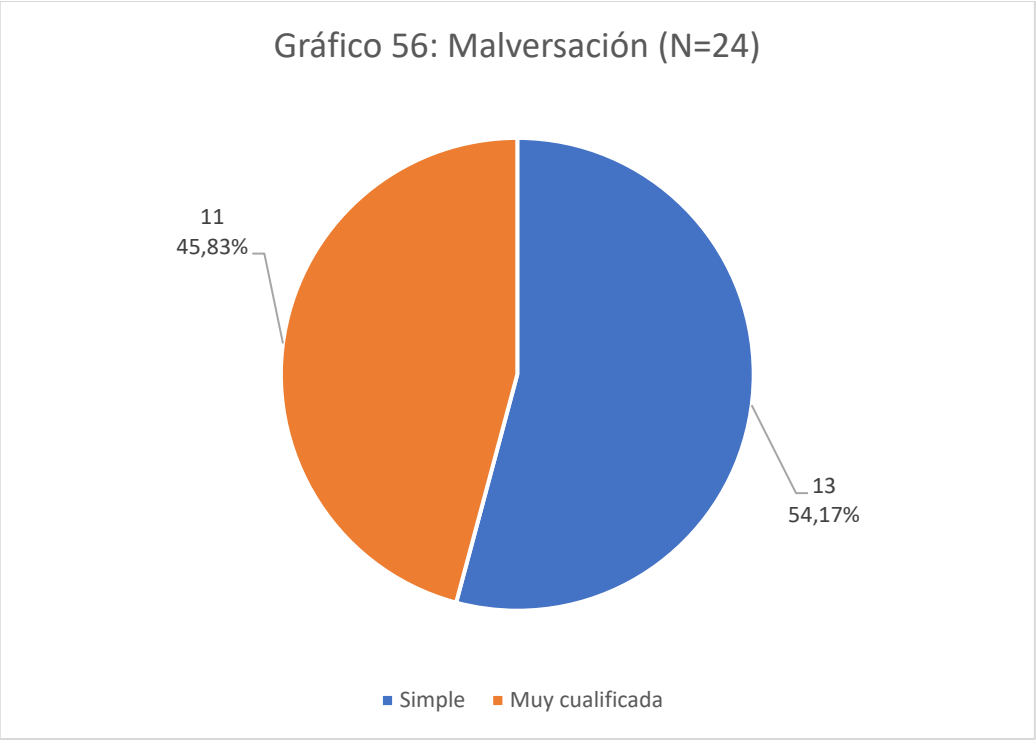


Gráfico 55: Cohecho (N=47)





El análisis de la intensidad en la que se ha estimado la atenuante de dilaciones indebidas para cada condenado vuelve a aportar información interesante. Si se recuerda, tanto para las circunstancias genéricas de reparación del daño como para las de confesión se cumplía que, de forma mayoritaria, los tribunales españoles habían concedido las atenuantes como simples. Esto se cumple también en lo que tiene que ver con la atenuante de dilaciones indebidas en las muestras de malversación (gráfico 56) y, de manera muy clara, cohecho (gráfico 55). Así, en la de malversación, la atenuante se aplicó como simple a 13 de los 24 condenados (54,17%), mientras que en la de cohecho eso sucedió en el caso de 45 de los 47 beneficiados con la circunstancia (95,74%).

Sin embargo, las tornas cambian cuando se presta atención a las muestras de delitos fiscales (gráfico 52) y de fraude de subvenciones (gráfico 54). Si se observa la primera de ellas, se verá cómo, de los 194 beneficiados con la atenuante, hubo 63 para los que se estimó como simple (32,47%) y 131 a los que se les aplicó como muy cualificada (67,53%). En la muestra de fraude de subvenciones sucede algo parecido: de los 21 condenados a los que los jueces les concedieron la circunstancia del art. 21.6ª CP, ésta adoptó la forma de atenuante simple en 8 ocasiones (38,10%), haciéndolo como muy cualificada en las 13 restantes (61,90%). Una situación peculiar es la de la muestra de los delitos contra la Seguridad Social (gráfico 53): de los 4 condenados a los que se aplicó, resulta que hubo 2 a los que se les estimó como simple y otros 2 a los que se concedió como muy cualificada. Pese a lo llamativo de esta última distribución, siguen siendo muy pocos casos de aplicación, por lo que no parece que esta información sea suficientemente significativa como para tenerla en cuenta.

Vuelve a ser interesante observar tanto la frecuencia absoluta de aplicación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas como la relativa con respecto al total de beneficiados con esta circunstancia. Sobre todo, si los resultados de esa observación se comparan con los mismos datos en lo que respecta al resto de las atenuantes analizadas en este estudio. Veámoslo con ayuda de una serie de cuadros. En las tablas 1, 2 y 3 se contiene, respectivamente, el número de beneficiados con las atenuantes genéricas de reparación del daño, confesión y dilaciones indebidas en cada muestra. Dentro de cada una de ellas se contiene, además, el número de veces que cada una de esas atenuantes se ha estimado como simple y como muy cualificada, así como la proporción que los casos en los que se ha aplicado cada una de estas dos modalidades representan sobre el total de beneficiados con cada circunstancia. Se han destacado en negrita las muestras en las que la proporción de estimaciones de las atenuantes como muy cualificadas son mayores.

TABLA 1: ATENUANTES DE REPARACIÓN DEL DAÑO. BENEFICIADOS EN CADA MUESTRA Y PROPORCIÓN DE ATENUACIONES SIMPLES Y MUY CUALIFICADAS

	Total de beneficiados	**Atenuante simple**	**Atenuante muy cualificada**
Delitos fiscales	55	53 (96,36%)	2 (3,64%)
Contra la Seguridad Social	0	0	0
Fraude de subvenciones	6	6 (100,00%)	0 (0,00%)
Cohecho	10	8 (80,00%)	2 (20,00%)
Malversación	**33**	**22 (66,67%)**	**11 (33,33%)**

TABLA 2: ATENUANTES DE CONFESIÓN. BENEFICIADOS EN CADA MUESTRA Y PROPORCIÓN DE ATENUACIONES SIMPLES Y MUY CUALIFICADAS

	Total de beneficiados	**Atenuante simple**	**Atenuante muy cualificada**
Delitos fiscales	111	109 (98,20%)	2 (1,80%)
Contra la Seguridad Social	0	0	0
Fraude de subvenciones	0	0	0
Cohecho	**17**	**10 (58,82%)**	**7 (41,18%)**
Malversación	25	16 (64,00%)	9 (36,00%)

TABLA 3: ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS. BENEFICIADOS EN CADA MUESTRA Y PROPORCIÓN DE ATENUACIONES SIMPLES Y MUY CUALIFICADAS

	Total de beneficiados	**Atenuante simple**	**Atenuante muy cualificada**
Delitos fiscales	**194**	**63 (32,47%)**	**131 (67,53%)**
Delitos contra la Seguridad Social	4	2 (50,00%)	2 (50,00%)
Fraude de subvenciones	21	8 (38,10%)	13 (61,90%)
Cohecho	47	45 (95,74%)	2 (4,26%)
Malversación	24	13 (54,17%)	11 (45,83%)

Comenzaré comentando la situación de las atenuantes genéricas de reparación del daño (tabla 1)[789]. En la muestra de delitos fiscales hubo 55 beneficiados con alguna de estas atenuantes. Sólo hubo 2 a los que se apreció alguna de esas atenuantes como muy cualificada (3,64%). En la muestra de cohecho hubo 10 beneficiados con alguna de esas atenuantes, habiéndose aplicado como muy cualificada a 2 condenados (20%). Por su parte, en la de malversación hubo 33 beneficiados con estas atenuantes, habiéndose concedido como muy cualificadas a 11 condenados (33,33%). Ni en la muestra de delitos contra la Seguridad Social ni en la de fraude de subvenciones hubo ningún condenado que se beneficiara de una atenuante de reparación del daño como muy cualificada. En el primer caso, porque no hubo ningún caso de aplicación de esta circunstancia. En el segundo, porque, pese a que hubo 6 casos de aplicación, en los 6 se apreció como simple.

[789] Recuérdese que, a los efectos de este estudio, se ha considerado que dentro de la categoría de «atenuantes genéricas de reparación del daño» se incluyen las figuras contenidas en los arts. 21.5ª (atenuante «pura»), 21.7ª (atenuante analógica) y 31 quater.1 c) CP (atenuante para las personas jurídicas). En las cifras ahora reseñadas se incluyen los casos de aplicación de cualquiera de estos preceptos.

Veamos ahora el caso de las atenuantes genéricas de confesión (tabla 2)[790]. En la muestra de delitos fiscales hubo 111 condenados a los que se les aplicó alguna de estas circunstancias. A 2 de ellos se les apreció como muy cualificada (1,80%). En la muestra de cohecho, las atenuantes de confesión se aplicaron a 17 condenados, habiéndose concedido a 7 alguna de esas circunstancias como muy cualificada (41,18%). Y en la de malversación, de 25 beneficiados totales, a 9 de ellos se les apreció alguna de esas atenuantes como muy cualificada (36%). Una vez más, ni en la muestra de delitos contra la Seguridad Social ni en la de delitos de fraude de subvenciones hubo ningún caso de aplicación de las atenuantes genéricas de confesión como muy cualificadas. Esta vez, eso sucedió porque ni en una ni en otra hubo ningún condenado al que se le aplicara alguna de estas circunstancias.

Comparemos estos datos con los resultantes del estudio de la atenuante de dilaciones indebidas (tabla 3). En la muestra de delitos fiscales hubo 194 beneficiados con esta circunstancia, para 131 de los cuales se apreció como muy cualificada (67,53%). En la de delitos contra la Seguridad Social hubo 4, para 2 de los cuales se apreció de este modo (50%). En la de fraude de subvenciones, de 21 beneficiarios totales, 13 lo fueron de la atenuante muy cualificada (61,90%). En la de cohecho, de 47 condenados a los que se aplicó, a 2 de ellos se les apreció como muy cualificada (4,26%). Y en la de malversación, de 24 beneficiados totales, hubo 11 para los que la circunstancia se apreció de esta manera (45,83%).

El resultado es el que sigue: salvo en la de cohecho, la atenuante de dilaciones indebidas es la que, dentro de cada muestra, se ha aplicado un mayor número de veces como muy cualificada. Ello tanto en términos absolutos –es decir, atendiendo únicamente al número total de aplicaciones– como en términos relativos –es decir, poniendo en relación los casos de aplicación como muy cualificada con el total de aplicaciones de la atenuante–.

A partir de este momento, se va a introducir una variación en el esquema reproducido en el análisis de las atenuantes estudiadas en los epígrafes anteriores. Cuando se representaron los resultados referidos a la aplicación de las circunstancias genéricas de reparación del daño y de confesión, se dedicó un espacio a la observación de los casos de concurrencia de estas figuras con otras atenuantes. En aquel momento se vio cómo, en la mayoría de las ocasiones, estas atenuantes coincidían, si no entre sí, con la circunstancia de dilaciones indebidas (o con ésta y entre sí a la vez)[791]. También se dijo en su momento que esta situación parecía condicionar, incluso en mayor

[790] Recuérdese también que, a los efectos de este estudio, se ha considerado que dentro de la categoría de «atenuantes genéricas de confesión» se incluyen las figuras contenidas en los arts. 21.4ª (atenuante «pura»), 21.7ª (atenuante analógica) y 31 quater.1 a) CP (atenuante para las personas jurídicas). De nuevo, en las cifras que constan en el texto están englobados los casos de aplicación de cualquiera de esos artículos del Código Penal.

[791] Ver, para la situación relativa a las atenuantes genéricas de reparación del daño, gráficos 15 a 18, y, para la concerniente a las atenuantes genéricas de confesión, gráficos 36 a 38.

medida que la aplicación de las atenuantes genéricas como muy cualificadas, el hecho de que los tribunales españoles rebajaran la pena en uno o dos grados. En efecto, los supuestos de aplicaciones aisladas de las atenuantes de confesión y de reparación del daño son minoritarios en comparación con los casos de concurrencia. Aún más limitados son los casos de aplicación aislada de estas atenuantes como muy cualificadas. Sin embargo, la consecuencia que los órganos jurisdiccionales anudaban con mayor asiduidad a la aplicación de las circunstancias analizadas hasta aquí era la rebaja de pena en un grado[792]. Y esto es algo que, como también se ha dicho ya varias veces, sólo es posible cuando, de conformidad con lo dispuesto en el art. 66.1.2ª CP, en ausencia de circunstancias agravantes, o bien se aprecie (al menos) una circunstancia atenuante como muy cualificada, o bien se apliquen dos o más atenuantes simples.

En la medida en que ya se estudió la *concurrencia de las atenuantes de reparación del daño y de confesión con la de dilaciones indebidas*, creo que el análisis será más interesante si, en lugar de observar los casos de *concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas con las otras atenuantes*, se presta atención a los casos de aplicación aislada de la circunstancia que ahora interesa. Ello, además de porque volver a efectuar otro análisis de concurrencias implicaría una repetición parcial de ciertos resultados, por lo siguiente. Si la atenuante de dilaciones indebidas es la atenuante que, salvo en determinadas muestras, no sólo parece aplicarse con más frecuencia, sino también apreciarse como muy cualificada en mayor proporción que ninguna otra de las analizadas hasta aquí, puede darse el caso de que haya un número considerable de condenados a los que se les haya rebajado la pena en uno o dos grados aun cuando se les haya aplicado, exclusivamente, la atenuante de dilaciones indebidas.

Esta situación presenta, en mi opinión un indudable interés para la presente investigación. Recuérdese una vez más que, salvo la figura del art. 426 CP, todos los incentivos que constituyen el objeto de este trabajo permiten llegar a una rebaja de pena de uno o dos grados. No se trata ahora de comprobar que puede llegarse a esa misma rebaja a través de la aplicación de atenuantes que persiguen comportamientos semejantes a los pretendidos por estos incentivos, como la reparación del daño –en aplicación de los arts. 21.5ª, 21.7ª o 31 quater.1 c) CP– o la colaboración en el esclarecimiento de los hechos o la identificación de sus perpetradores –en aplicación de los arts. 21.4ª, 21.7ª o 31 quater.1 c) CP–. Por el contrario, con el análisis que se llevará a cabo a continuación se pretende comprobar en cuántos casos se ha alcanzado una rebaja similar a la posibilitada por los incentivos *sin reparar el daño ni llevar a cabo ningún comportamiento colaborador*, sino por el hecho de que el sistema ha sido muy lento a la hora de administrar justicia.

[792] Ver, para la situación relativa a las atenuantes genéricas de reparación del daño, gráficos 19 a 22, y, para la concerniente a las atenuantes genéricas de confesión, gráficos 39 a 41.

GRÁFICOS 57 A 61: APLICACIÓN EXCLUSIVA DE LA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS Y REBAJA DE PENA CONCEDIDA (POR GRUPOS DE BENEFICIADOS)

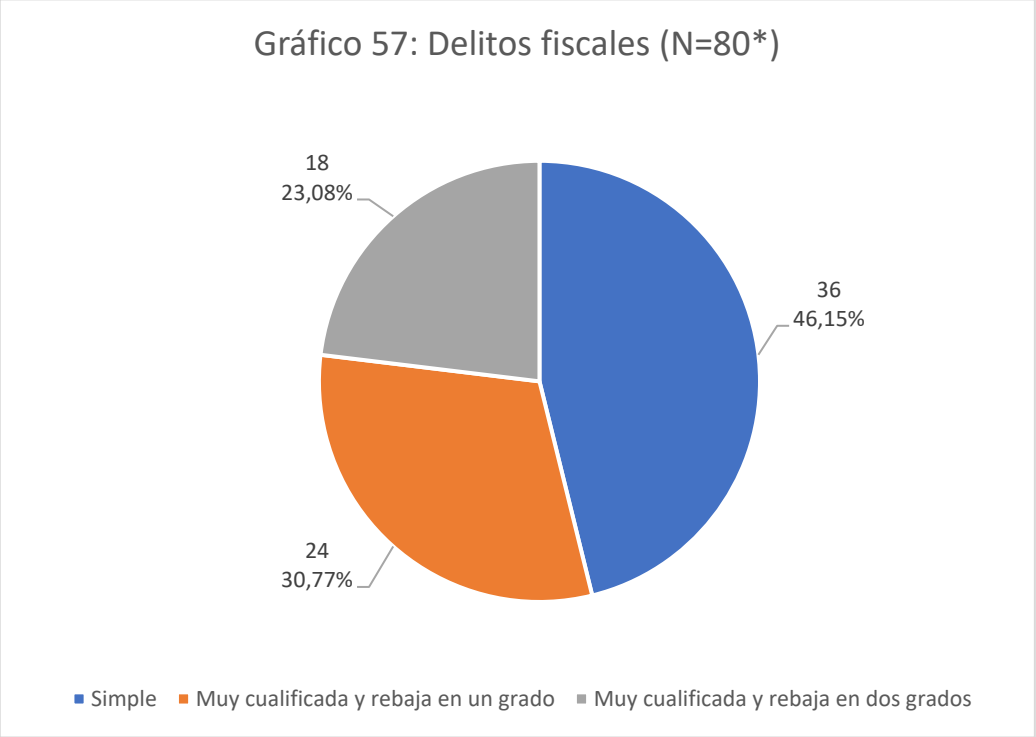




Gráfico 59: Fraude de subvenciones (N=15)

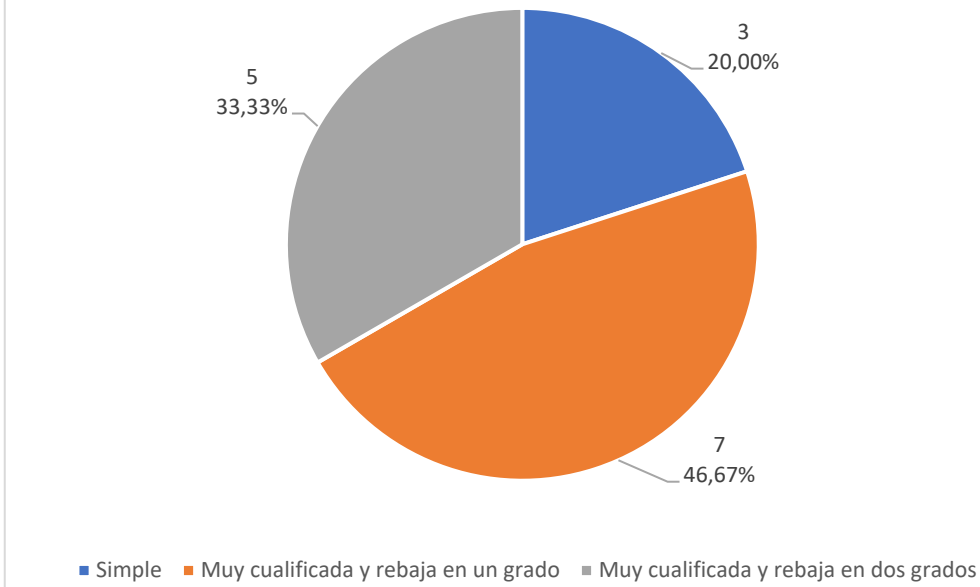
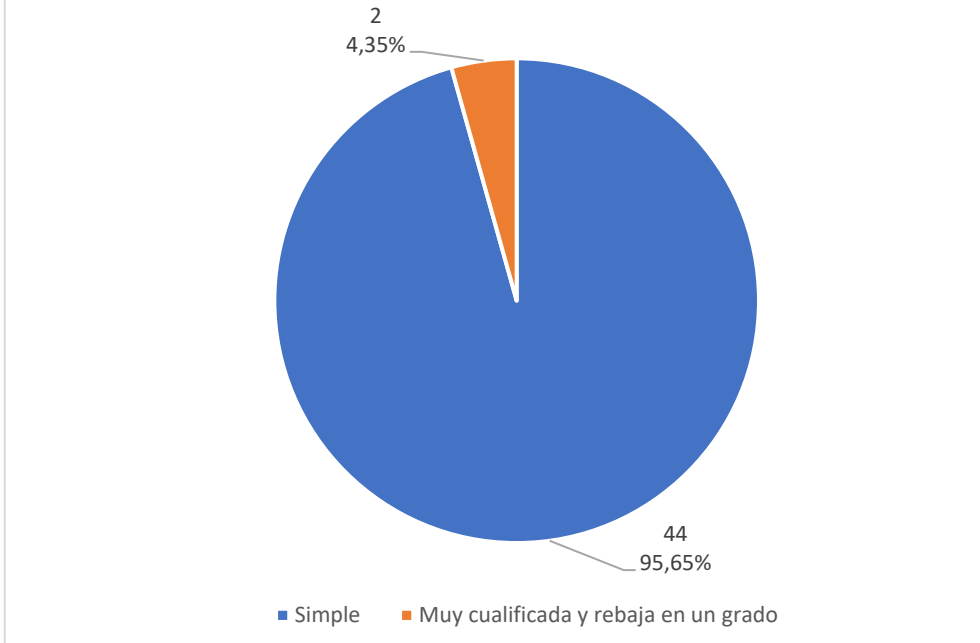
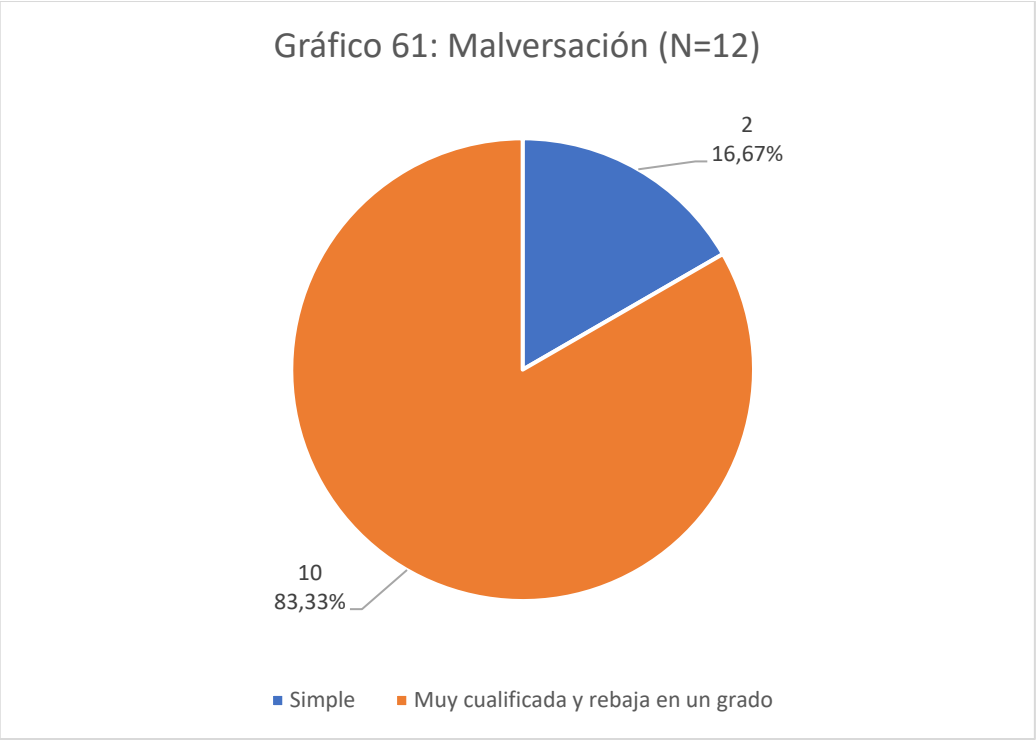


Gráfico 60: Cohecho (N=46)





Antes de entrar a comentar lo que se refleja en los gráficos recién dispuestos, creo que es oportuno poner esa información en perspectiva y comparar el número de condenados a los que se les aplicó aisladamente la atenuante de dilaciones indebidas (es decir, el tamaño de las muestras representadas en estos gráficos) con el número de aplicaciones totales de esta circunstancia. En lo que sigue, se va a realizar una breve comparativa entre los gráficos 57 a 61 y los gráficos 47 a 51, expuestos *supra*. Para facilitar la exposición, se empleará, de nuevo, un cuadro. En la tabla 4 puede verse el total de beneficiados con la atenuante de dilaciones indebidas que hay en cada muestra. En esa misma tabla se desglosa el número de condenados a los que les concedió esa atenuante junto con otras circunstancias y aquellos a los que se les apreció en exclusiva la de dilaciones indebidas. La información del cuadro se completa con la proporción que, sobre el total de aplicaciones del art. 21.6ª CP, representan los casos de apreciación en concurso con otras atenuantes y los de aplicación aislada.

TABLA 4: BENEFICIADOS CON LA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS EN CADA MUESTRA Y DESGLOSE DE APLICACIÓN AISLADA Y EN CONCURSO CON OTRAS ATENUANTES

	Total de beneficiados	**Aplicación en concurso**	**Aplicación aislada**
Delitos fiscales	**194**	**116 (59,79%)**	**78 (40,21%)**
Contra la Seguridad Social	4	0 (0,00%)	4 (100,00%)
Fraude de subvenciones	21	6 (28,57%)	15 (71,43%)
Cohecho	47	1 (2,13%)	46 (97,87%)
Malversación	24	12 (50,00%)	12 (50,00%)

Hay una muestra en la que los casos de aplicación aislada de la atenuante de dilaciones indebidas son minoritarios. Se trata de la muestra de delitos fiscales, en la que hubo 80 casos de aplicación aislada de la circunstancia en cuestión (gráfico 57)[793] frente a 116 en los que se apreció esa circunstancia en concurso con otra u otras atenuantes.

[793] Una precisión. Si se observa el gráfico 57, se verá cómo, pese a que se afirma que hubo 80 condenados a los que se les aplicó exclusivamente la atenuante de dilaciones indebidas, la suma de aquellos a los que se le apreció como simple (36) y la de aquellos a los que, habiéndoseles aplicado esta circunstancia como muy cualificada, se les concedió una rebaja de uno (24) o dos grados (18) da como resultado 78, no 80. La explicación es la siguiente: en la muestra hay dos condenados a los que se les aplicó la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, pero el tribunal no les rebajó la pena en ningún grado. Se trata del caso resuelto por la STS 413/2016, de 13 de mayo (Roj.: STS 2294/2016). La aplicación de la atenuante se produjo en la primera instancia, decidida en la SAN (2ª) 7/2015, de 10 de abril (Roj.: SAN 1994/2015). Los dos acusados fueron condenados por tres delitos fiscales cometidos en los ejercicios de 1989, 1990 y 1991. Dada la fecha de los hechos, el precepto que se les aplicó fue el art. 349 CP73 en su redacción dada por la LO 2/1985, de 29 de abril, de reforma del Código Penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública (BOE n.º 103, de 30 de abril de 1985, p. 11985). Este precepto castigaba las conductas cometidas por los acusados con la pena de prisión menor y multa del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada. En el

Como puede verse en la tabla 4, la situación es diferente en todas las demás muestras; a veces, mucho. En la muestra de malversación hubo 24 beneficiados de la atenuante de dilaciones indebidas (gráfico 51), a 12 de los cuales les fue apreciada de manera aislada (gráfico 61), resultando que los casos de aplicación en solitario igualan a los de aplicación en concurso. En la muestra de fraude de subvenciones el porcentaje de aplicaciones en solitario aumenta hasta el 71,43%: en esa muestra hubo 21 condenados a los que se les concedió la atenuante (gráfico 49) y ésta se apreció para 15 de ellos en solitario (gráfico 59). En la muestra de cohecho el porcentaje se eleva hasta el 97,87%: de los 47 condenados a los que se aplicó el art. 21.6ª CP (gráfico 50), a 46 no se les concedió ninguna otra atenuante (gráfico 60). Por último, en la muestra de delitos contra la Seguridad Social los casos de estimación aislada agrupan al 100% de los beneficiados (gráficos 48 y 58).

Lo que se pretende poner de relieve con esta comparación es que los casos de aplicación aislada de la atenuante de dilaciones indebidas son significativos en todas las muestras. Sólo son minoría frente a los supuestos de aplicación en concurso en una: la de delitos fiscales, y en ella constituyen un nada desdeñable 40,21% de los casos totales de aplicación. Esto constituye una variación con respecto a las otras circunstancias genéricas estudiadas en este capítulo. Si se recuerda, los casos de aplicación aislada de alguna atenuante de reparación del daño nunca superaban el 20% de los casos totales de aplicación. De hecho, la proporción más elevada, que se daba en la muestra de malversación, era un 18,18%: 33 condenados se beneficiaron de alguna atenuante de reparación, habiéndola obtenido de manera aislada sólo 6 de ellos[794]. Para las atenuantes de confesión, la proporción más grande se daba en la muestra de cohecho, donde los casos de aplicación aislada (6) constituían un 35,29% de todas las aplicaciones de estas circunstancias (17)[795]. En todas las demás muestras, la proporción quedaba por debajo de ese porcentaje. A mi juicio, esta constatación no hace sino reforzar el interés de observar en qué casos

FD 3 de la SAN (2ª) 7/2015, de 10 de abril (p. 57) se indica que la circunstancia en cuestión se aprecia, para ambos acusados, como muy cualificada. Los dos acusados fueron condenados, por cada uno de los tres delitos, a ocho meses de prisión menor y multa del tanto de la cantidad defraudada. El art. 61.5ª CP73 disponía que, cuando concurriera al menos una circunstancia muy calificada y ninguna agravante, los jueces estaban facultados a imponer «la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada». La pena de prisión menor tenía, de conformidad con el art. 30 CP73, una duración de seis meses y un día a seis años. Por otra parte, de acuerdo con lo señalado en el art. 73 CP73, la pena inferior en grado a la de prisión menor era la de arresto mayor (escala número 2, pena 6ª). El mismo art. 30 CP73 señalaba que la pena de arresto mayor tenía una duración de un mes y un día a seis meses. Si la pena finalmente impuesta por cada delito fiscal fue de ocho meses de prisión menor, parece que no se rebajó la pena en ningún grado, sino que, todo lo más, se impuso en su grado mínimo (que, según el art. 76 CP73 comprendía de seis meses y un día a dos años y cuatro meses). En casación, los recurrentes solicitan una rebaja de pena mayor, aunque no indican que la pena no se les haya reducido, en realidad, en ningún grado. El Alto Tribunal considera, sin embargo, que la pena que se impuso a los recurrentes en la sentencia de instancia fue reducida en un grado, por lo que está determinada de manera correcta. La condena queda, pues, intacta. Ver, en este sentido, STS 413/2016, de 13 de mayo (Roj.: STS 2294/2016), FD 10, pp. 42-43.

[794] Ver gráfico 18 *supra*.

[795] Ver gráfico 37, *supra*.

de apreciación aislada se ha llegado a una rebaja de pena equiparable a la que podría haberse alcanzado de aplicarse los incentivos estudiados en esta investigación (con la salvedad, claro está, del art. 426 CP).

Teniendo esto en cuenta, puede comprenderse mejor la magnitud de lo que se representa en los gráficos 57 a 61. Los casos en los cuales los tribunales españoles han estimado la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada y sin concurrir con otras circunstancias se han saldado, en su mayoría, con una rebaja de pena en uno o dos grados. La única excepción a esta tendencia la constituye, en este caso, la muestra de los delitos de cohecho, en la que la consecuencia más frecuente –además, por mucho– fue no rebajar la pena de grado.

Así, en la muestra de cohecho (gráfico 60), de los 46 beneficiados con la atenuante de dilaciones indebidas a los que no se les apreció ninguna otra circunstancia, sólo a 2 se les concedió aquélla como muy cualificada y se les rebajó la pena en un grado (4,35%). A todos los demás, la atenuante de dilaciones indebidas se les aplicó como simple (95,65%).

A partir de aquí, sin embargo, la situación cambia. En la muestra de malversación (gráfico 61) hubo 12 condenados a los que se les aplicó, en exclusiva, la atenuante de dilaciones indebidas. De ellos, 10 la recibieron como muy cualificada con rebaja de pena en un grado (83,33%). En la de fraude de subvenciones (gráfico 59), de los 15 condenados a los que se les apreció aisladamente la circunstancia del art. 21.6ª CP, a 12 se les estimó como muy cualificada (80%). De esos 12, a 7 se les rebajó la pena en un grado (46,67%), mientras que a los otros 5 se les rebajó en dos (33,33%). Por su parte, en la de delitos fiscales (gráfico 57), de los 80 beneficiados con la aplicación aislada de la atenuante hubo 42 para los que se estimó como muy cualificada (53,85%), y de esos 42, a 24 se les rebajó la pena en un grado (30,77%), mientras que a otros 18 se les rebajó en dos (23,08%)[796]. Finalmente, en la de delitos contra la Seguridad Social, que sólo cuenta con 4 casos de aplicación (aislada) de la atenuante, hubo 2 a los que la circunstancia se aplicó como muy cualificada con rebaja de pena en un grado, mientras que a los otros 2 se les apreció como simple.

En definitiva: en la mayoría de las muestras no sólo se cumple que la de dilaciones indebidas es la atenuante genérica que más se aplica y la que con mayor frecuencia se estima como muy cualificada, sino que también es la que más se aprecia de manera aislada. Y, cuando eso sucede, en cada muestra hay un número considerable de supuestos en los cuales la atenuante implica una rebaja de uno o hasta dos grados de la pena. En ocasiones, incluso, los supuestos en los que se concede una rebaja de esta entidad superan a aquellos en los que no se concede ninguna aun

[796] Ténganse en cuenta las precisiones hechas en las notas al pie anteriores para comprender los porcentajes reseñados aquí: éstos se han calculado sobre un total de 78 beneficiados, no sobre los 80 reflejados en el texto.

cuando la de dilaciones indebidas sea la única atenuante aplicada. Esto es algo que, en mi opinión, puede tener una notable influencia a la hora de decidir si colaborar es o no una estrategia «procesalmente rentable». Más allá de que se pueda llegar a rebajas semejantes a las posibilitadas por la aplicación de los incentivos a través de la alegación de las atenuantes genéricas de confesión y reparación del daño, con la estimación de la atenuante de dilaciones indebidas se pueden alcanzar reducciones semejantes sin necesidad de resarcir los perjuicios o de colaborar con las autoridades en el esclarecimiento de los hechos o la identificación de otros intervinientes en el hecho delictivo: basta con que el proceso penal penda durante el tiempo suficiente.

3.3. Posibles efectos de la colaboración con las autoridades

3.3.1. Consideraciones preliminares

El título de este epígrafe puede sorprender si se repara en que unas páginas más arriba se ha indicado que, entre los 178 procedimientos que constituyen la muestra, sólo hay un supuesto de aplicación, a un único condenado, de uno de los incentivos estudiados: el art. 434 CP. Más aún, si se recuerda que la conducta que motivó la aplicación de esta disposición consistió, única y exclusivamente, en proceder a abonar en concepto de responsabilidad civil la cantidad de 370 €, que fue la suma de dinero público desviada para fines particulares. Tomando esto en consideración, no parece, pues, que sea procedente analizar mucho más allá la (in)eficacia de las figuras constitutivas del objeto de esta investigación.

Sin embargo, también se ha mostrado cómo otras figuras que podían cumplir con fines parecidos a los que buscaba el legislador con la creación de los incentivos se han aplicado mucho más. Me refiero a las atenuantes genéricas de confesión y reparación del daño. Estudiar qué clase de efectos han podido derivarse de la aplicación de estas figuras puede ser de utilidad en el debate sobre la permanencia o derogación de los incentivos.

En concreto, se prestará atención a los efectos derivados de la aplicación de la atenuante de confesión, y ello por los siguientes motivos. Muchos de los incentivos constitutivos del objeto de estudio pretenden facilitar, o, sencillamente, posibilitar la investigación del hecho delictivo o su imputación a quienes lo perpetraron. Si se recuerda, este es otro de los fines que también suele atribuirse –con ciertos recelos por parte de algunos sectores de la doctrina– a la atenuante de confesión, ya sea que se aplique como «pura» o analógica. La hipótesis de la que se parte es que, teniendo en cuenta la finalidad que se le asigna, la aplicación de la atenuante de confesión mejora los resultados de la investigación y enjuiciamiento del delito. De ser cierta, podría constituir un argumento a favor de los incentivos: en ese caso, podría afirmarse que la estrategia de fomentar que los intervinientes en el hecho delictivo colaboren con las autoridades funciona. Ello, incluso,

a pesar de que los incentivos específicamente diseñados por el legislador para conseguirlo apenas se apliquen.

Este análisis de eficacia de la atenuante de confesión va a llevarse a cabo comparando las cifras de acusados y condenados de todos los procesos incluidos en cada muestra. En concreto, el estudio se va a realizar dividiendo los procedimientos de cada muestra en dos grandes grupos: por un lado, aquellos en los cuales se aplicó la atenuante de confesión a *alguno* de los condenados en cualquiera de sus modalidades –es decir, como atenuante «pura» (art. 21.4ª CP), analógica (art. 21.7ª CP) o para personas jurídicas (art. 31 quater.1 a) CP)– y, por otro, aquellos en los que no hubo aplicación de *ninguna* de esas circunstancias a *ninguno* de los encausados. Esta forma de configurar el estudio trae consigo una primera consecuencia: un análisis de este tipo no puede llevarse a cabo en las muestras en las que nunca se hayan aplicado las citadas atenuantes. Por lo tanto, esta comparativa entre tipos de procesos no se realizará ni en la muestra de delitos contra la Seguridad Social ni en la de fraude de subvenciones.

Dicho esto, en el resto de las muestras se va a proceder del siguiente modo. En primer lugar, se mostrará el número total de acusados y condenados en cada uno de estos dos grupos de procedimientos; o sea, aquellos en los que se aplicó alguna de estas atenuantes y aquellos en los que no. Después, se analizará el número medio de acusados y de condenados en cada uno de esos dos grupos de procedimientos y se compararán entre sí y con el promedio general de acusados y de condenados de cada una de las muestras. Finalmente, se tomará como referencia la proporción media de acusados que resultan condenados en cada uno de los dos grupos de procedimientos y, de nuevo, se compararán entre sí y con el promedio general de cada muestra.

Antes de comenzar con el análisis, parece oportuno comentar por qué este estudio se ha centrado sólo en las atenuantes genéricas de confesión y no en las de reparación del daño. La razón fundamental es que, a diferencia de lo que sucede con las atenuantes de confesión, los efectos derivados de la (in)aplicación de una atenuante de reparación del daño no siempre constan en sentencia. Esto convierte el estudio en imposible si sólo se analiza esta fuente de información. Explicaré esto con un poco más de detalle.

En una sentencia del orden jurisdiccional penal siempre consta –con mayor o menor claridad– el número de acusados, el número de condenados y, dentro de este último grupo, el número de beneficiados con alguna circunstancia atenuante. Se trata de cantidades mensurables y comparables entre sí. Esto posibilita un análisis como el pretendido, que toma como referencia las atenuantes genéricas de confesión y trata de evaluar cómo varían las cifras de acusados y de condenados cuando aquéllas se aplican y cuando no. Es cierto que, cuando se estima para algún condenado la atenuante de reparación del daño, en la sentencia también debería constar el monto al que asciende la cantidad efectivamente abonada por el beneficiado con la circunstancia o, por

lo menos, qué tipo de conducta llevó a cabo éste para ser merecedor de la minoración del reproche penal[797]. Sin embargo, no es posible efectuar ninguna comparativa con los casos en los que la atenuante de reparación del daño no se ha aplicado. O, más bien, habría que decir que esto no es posible si se cuenta sólo con los datos obrantes en la sentencia: que no se haya concedido la atenuante no quiere decir que, con posterioridad al dictado de la sentencia condenatoria, los responsables civiles no hayan reparado el perjuicio.

Por ejemplo, en un estudio que tomara como referencia los efectos de las atenuantes de reparación del daño podría analizarse en qué se diferencia la situación del erario en los procesos en los cuales éstas se aplican y los casos en los cuales éstas no se aplican. Algunos parámetros a los que atender podrían ser si la Administración perjudicada ha sido resarcida por completo en uno y otro grupo de procesos, el tiempo que se ha tardado en recibir el 100% de la indemnización en uno y otro caso o si, en caso de que ésta no se haya pagado por completo, qué cantidad queda pendiente de pago en uno y otro tipo de procedimientos. Nada de esto, sin embargo, puede reconstruirse sólo a través de la información que consta en las sentencias. Podrá identificarse a cuánto asciende el importe de lo reparado en los casos de aplicación de la atenuante, pero el hecho de que ésta no se haya apreciado no quiere decir que los condenados no hayan abonado la responsabilidad civil tras el pronunciamiento judicial. Si lo han hecho y, en su caso, en qué plazo, es algo que, como se ha dicho ya, no aparece en las resoluciones. De ahí que, en adelante, sólo se vaya a trabajar con la información relativa a la aplicación de la atenuante de confesión, el número de acusados y el número de condenados, que son extremos a los que sí se puede acceder.

3.3.2. Número de acusados y de condenados en cada grupo de procedimientos

Lo primero que se va a estudiar es qué número de acusados y de condenados hay en cada uno de los dos grupos de procesos mencionados: aquellos en los que se aplica a *algún* interviniente una atenuante genérica de confesión y aquellos otros en los que no se aplica a nadie. Antes de eso, resulta oportuno recordar en cuántos procedimientos de cada muestra se concedió alguna de esas atenuantes. Esta información se contiene en la tabla 5, dispuesta a continuación[798].

[797] Recuérdese que, en la STS 749/2022, de 13 de septiembre (caso *EREs*) (Roj.: STS 3258/2022), el Alto Tribunal concedió una atenuante analógica muy cualificada de reparación del daño a un condenado que, sin haber abonado nada en concepto de responsabilidad civil, sí que se dedicó, al tiempo en el que el desfalco estaba siendo perpetrado, «a conocer a fondo el problema que existía en su departamento y adoptar medidas para su corrección».

[798] Esta tabla contiene información que también se ha reflejado en los gráficos 23 a 27.

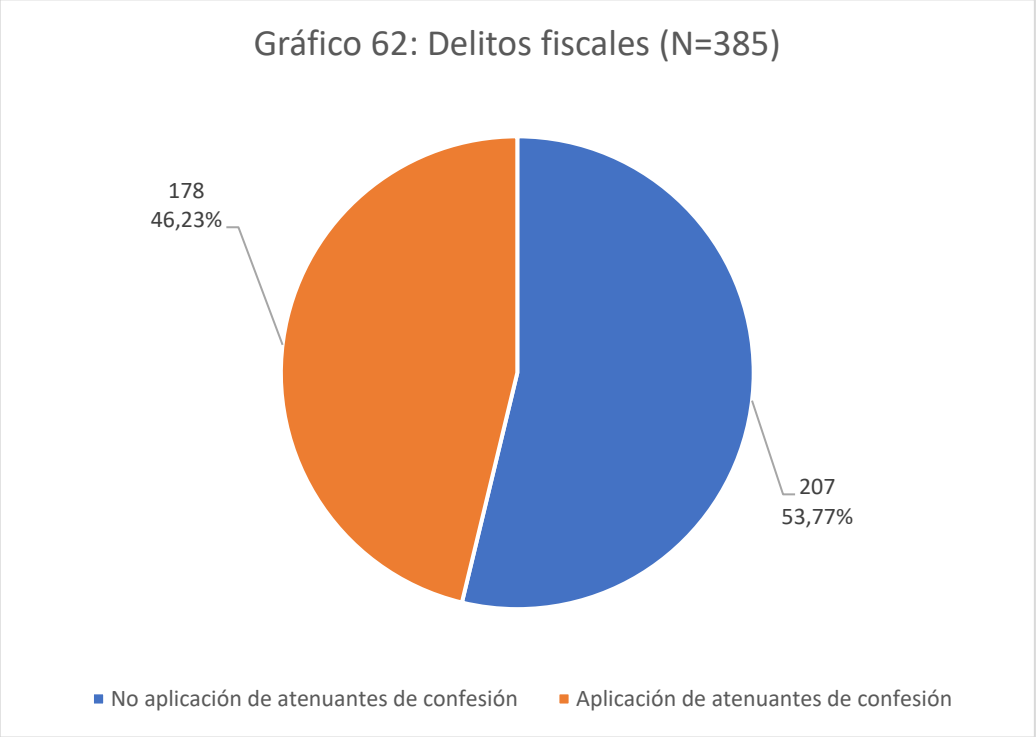
TABLA 5: NÚMERO DE PROCEDIMIENTOS DE CADA MUESTRA EN LOS QUE SE HA APLICADO LA ATENUANTE DE CONFESIÓN A *ALGUNO* DE LOS CONDENADOS

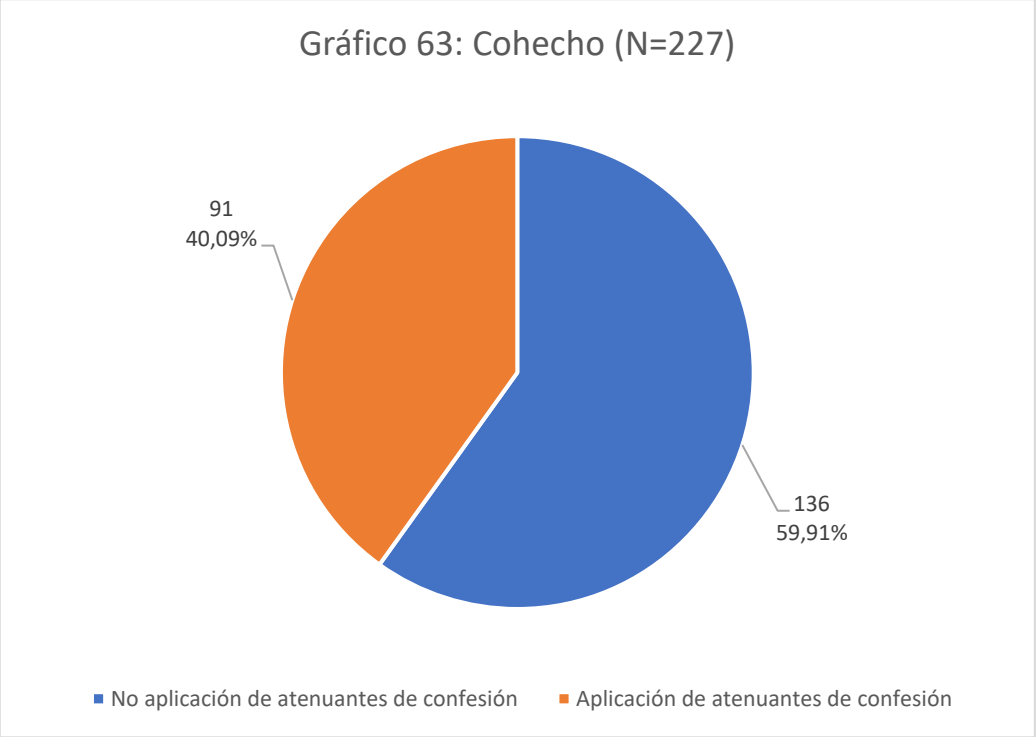
	Procesos totales	**Atenuante de confesión**	**No atenuante de confesión**
Delitos fiscales	84	10	74
Contra la Seguridad Social	21	0	21
Fraude de subvenciones	24	0	24
Cohecho	30	6	24
Malversación	19	6	13

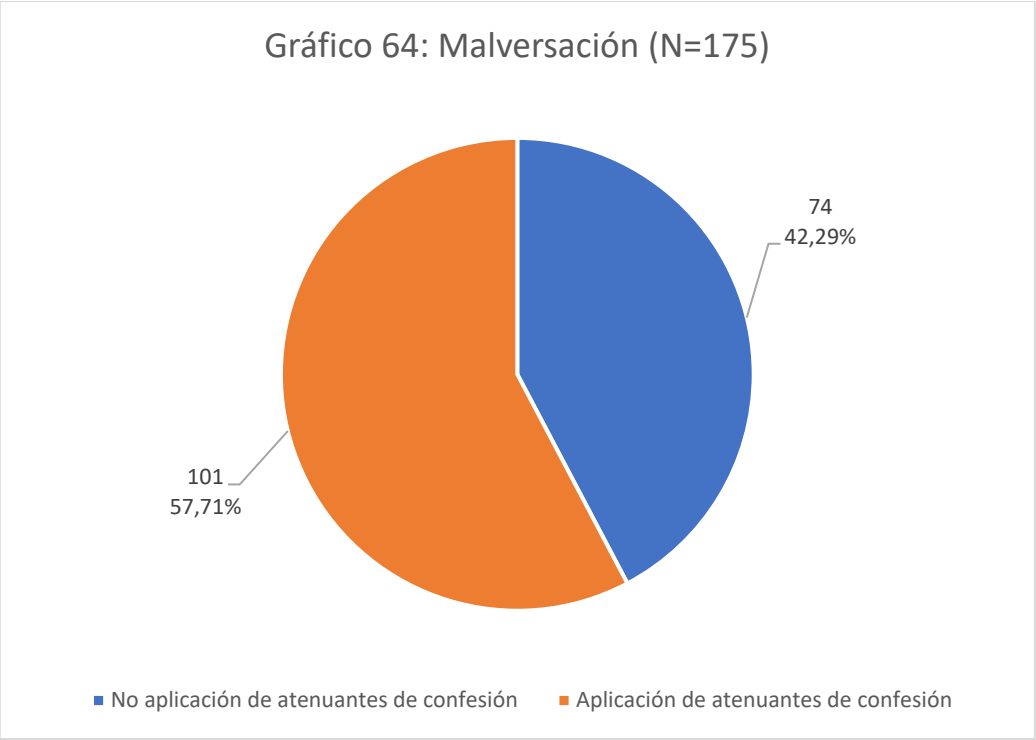
Como se dijo en su momento, en las muestras es minoritario el grupo de procesos en los que hay algún beneficiado con atenuantes genéricas de confesión. Tan es así que, en dos de ellas, la de delitos contra la Seguridad Social y la de fraude de subvenciones, no hay ninguno. Tener esto en mente ayudará, en mi opinión, a interpretar los datos que se mostrarán a continuación.

Comenzaré exponiendo el número de acusados que ha habido en cada grupo de procesos. Esa información, así como la proporción que, sobre el total de acusados, se concentra cada uno de ellos, se contiene en los gráficos 62 a 64.

GRÁFICOS 62 A 64: NÚMERO DE ACUSADOS EN PROCESOS EN LOS QUE SE HA APLICADO ALGUNA ATENUANTE GENÉRICA DE CONFESIÓN Y EN PROCESOS EN LOS QUE NO





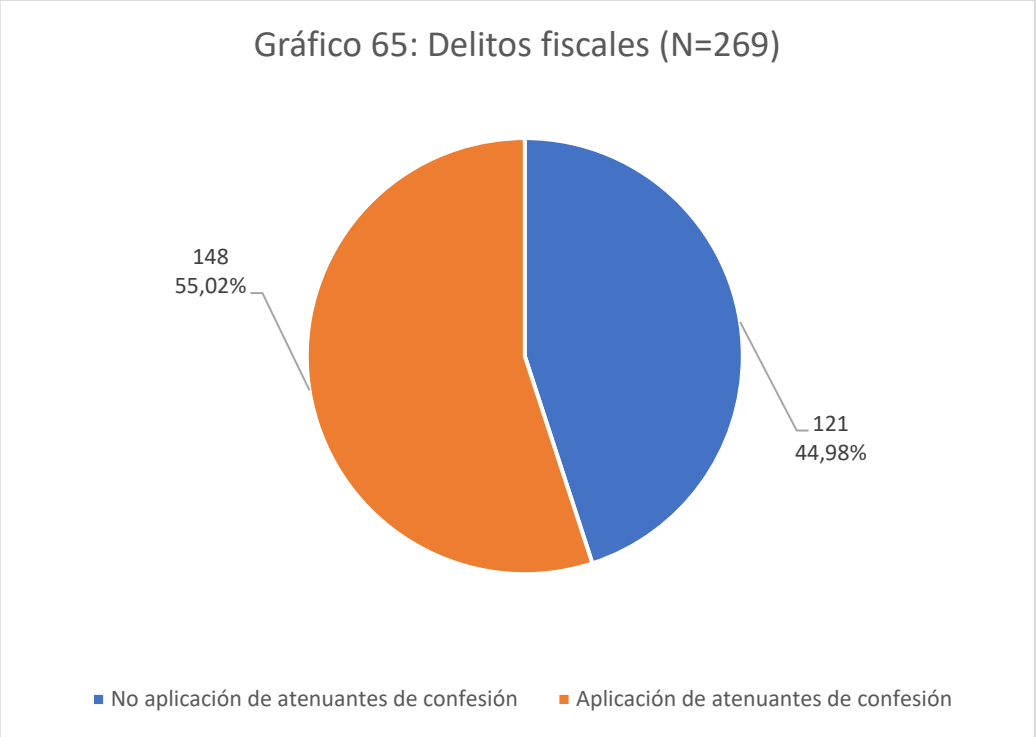


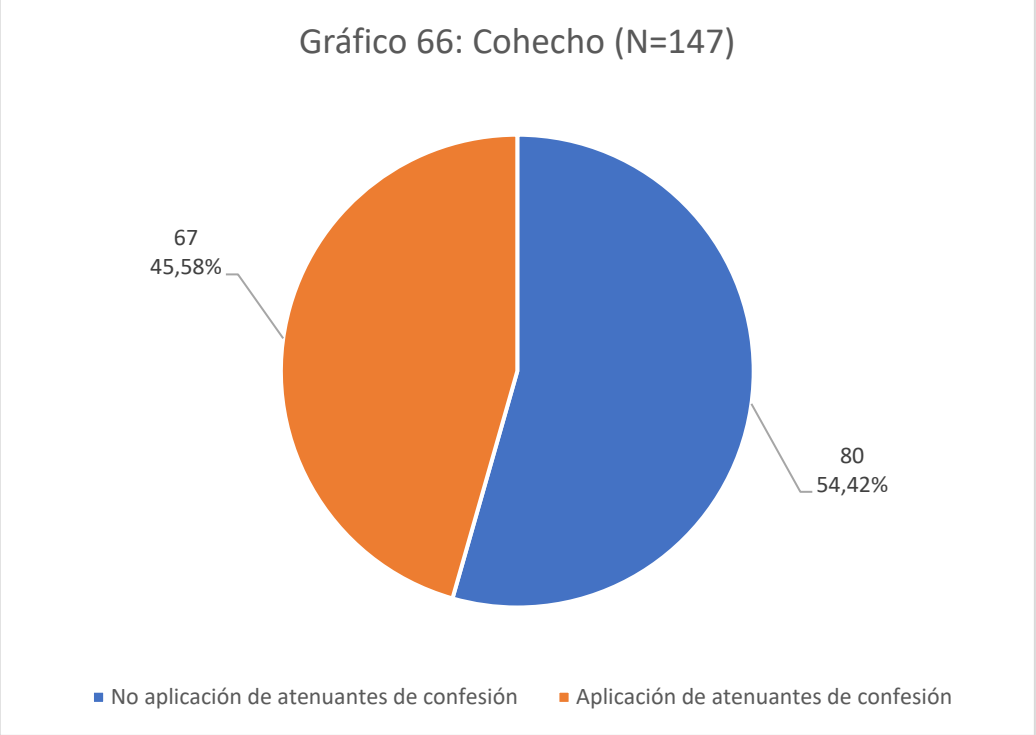
Una proporción considerable de acusados se condensa en los procesos en los cuales se ha aplicado una atenuante genérica de confesión, al menos, a uno de los condenados. Ello pese a que, como se acaba de ver, estos procesos son (muy) minoritarios con respecto a aquellos otros en los que no se aplicó la atenuante. Veamos cada muestra por orden de menor a mayor concentración de acusados en los asuntos en los que se aplicó la circunstancia.

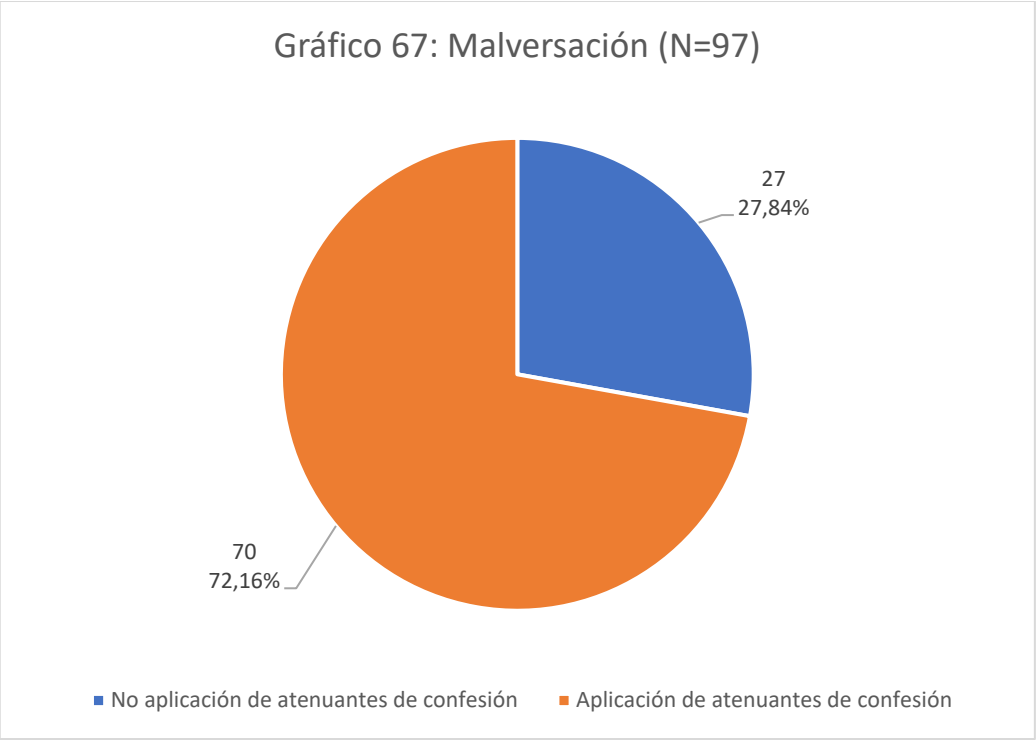
En los 30 procesos que constituyeron la muestra de cohecho, hubo 227 acusados en total (gráfico 63). De esos 227, hubo 136 acusados en procesos en los cuales no se hizo uso de ninguna atenuante de confesión (59,91%). Es decir, que la mayoría de los acusados de la muestra se concentró en los 24 procedimientos en los que no se aplicó ninguna de las circunstancias que ahora interesan. Sin embargo, los 91 acusados restantes se acumularon en los 6 procesos en los cuales sí que se concedió alguna de esas atenuantes a *algún* condenado. Eso constituye un porcentaje ligeramente superior al 40% del total (40,09%). Algo similar sucede en la muestra de delitos fiscales (gráfico 62). En los 84 procesos que constituyeron esa muestra, hubo 385 acusados. De ellos, 207 se concentraron en los 74 procesos en los que no se aplicó a nadie ninguna atenuante de confesión. Eso es, de nuevo, una porción mayoritaria del total de acusados (53,77%). No obstante, los otros 178 (46,23%) comparecieron en los 10 procesos en los que alguien se benefició de esas atenuantes. La situación más llamativa es la de la muestra de malversación (gráfico 64), pues en ella la mayoría de los acusados se acumularon en los procesos en los que los jueces hicieron uso de las atenuantes genéricas de confesión: de los 175 acusados totales, 74 concurrieron en los 13 procesos en los que *no* hubo aplicación de ninguna de esas circunstancias (42,29%), mientras que 101 lo hicieron en los 6 en los que sí la hubo (57,71%).

La situación es similar en lo que tiene que ver con el número de condenados, aunque con algunas variaciones importantes. Su distribución entre los dos grupos de procesos estudiados se muestra en los gráficos 65 a 67, expuestos a continuación.

GRÁFICOS 65 A 67: NÚMERO DE CONDENADOS EN PROCESOS EN LOS QUE SE HA APLICADO ALGUNA ATENUANTE DE CONFESIÓN Y EN PROCESOS EN LOS QUE NO







Es interesante la comparación de los gráficos 65 a 67 con los gráficos 62 a 64. En los que se han mencionado en último lugar se vio que una proporción notable de los acusados se concentraba en los procesos en los que se aplicaron las atenuantes de confesión. En los gráficos 65 a 67 se observa que la proporción de condenados que se acumula en esos procesos es todavía mayor. Hasta tal punto es así que, tanto en la muestra de malversación como, ahora, en la de delitos fiscales, se produjeron más condenas en ese grupo minoritario de procesos que en el resto de los que compusieron las muestras. Veamos esto con un poco más detenimiento.

Volveré a exponer la situación empezando por la muestra en la que hay menor concentración de condenados en los procesos en los que se aplicaron las atenuantes que ahora interesan. Ésta es la muestra de cohecho (gráfico 66). En los 30 procedimientos que la integran, hubo 147 condenados. La mayoría de ellos, concretamente, 80, lo fueron en los 24 casos en los que no se aplicó ninguna atenuante de confesión (54,42%). Los otros 67 (45,58%), en cambio, resultaron condenados en los 6 casos restantes en los que hubo, al menos, un condenado que se benefició de la aplicación de esas circunstancias.

La concentración en ese grupo de procesos es mayor en la muestra de delitos fiscales (gráfico 65). En los 84 procesos que la componen se condenó a 269 personas por haber cometido un delito fiscal. De ellas, hubo 121 que resultaron condenadas en los 74 procesos en los que *no* se aplicó ninguna atenuante de confesión (44,98%); por tanto, la mayoría, los 148 condenados restantes (55,02%), fue enjuiciada en los 10 procesos en los que al menos un condenado se benefició de alguna de ellas. Esta tendencia es aún más pronunciada en la muestra de delitos de malversación

(gráfico 67): si en los 19 procesos estudiados hubo un total de 97 condenados, sólo 27 se dieron en los 13 en los que no hubo aplicación de ninguna atenuante de confesión (27,84%), mientras que los 70 restantes (72,16%) fueron enjuiciados en los 6 casos en los que sí se aplicó alguna de esas circunstancias a *alguno* de los condenados.

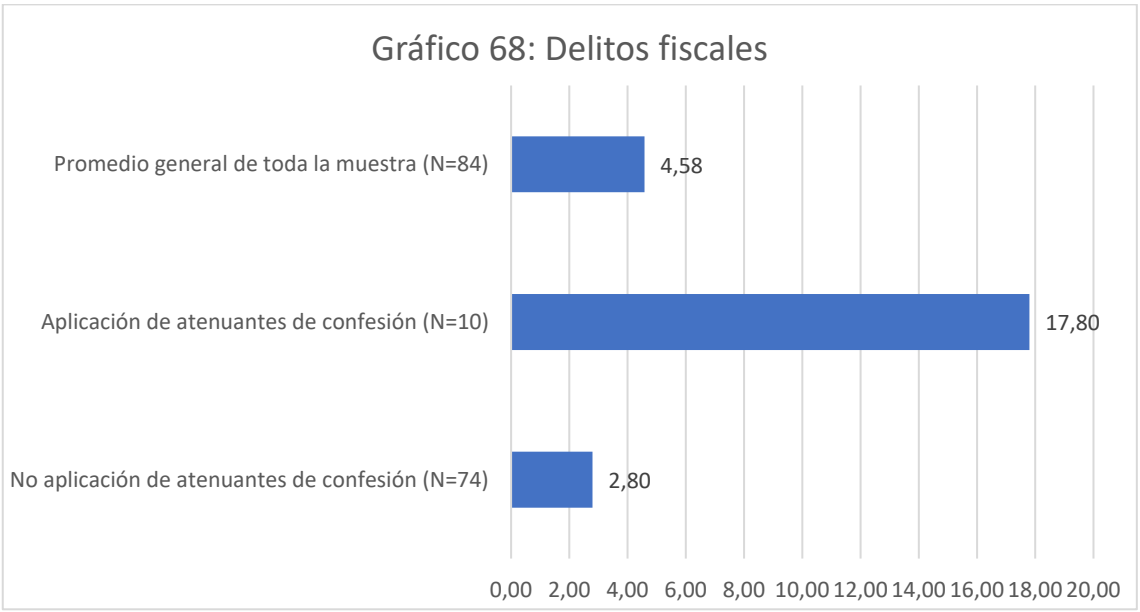
3.3.3. Promedio de acusados, de condenados y de acusados condenados

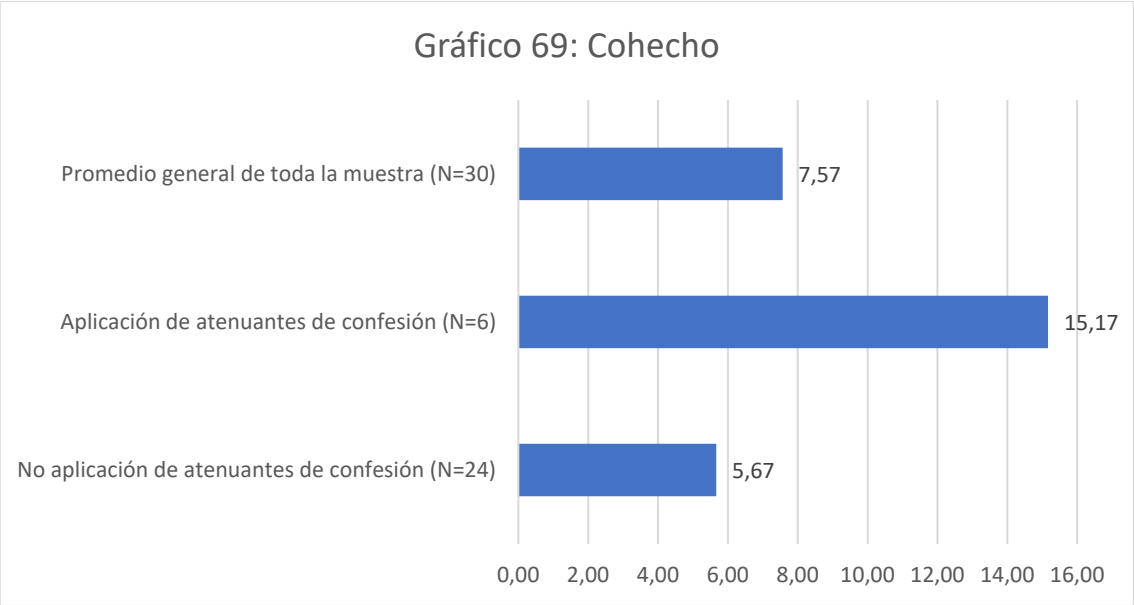
Una vez que se ha estudiado el número total de acusados y de condenados que se acumula en los procesos en los que se aplicaron las atenuantes de confesión, así como el número de ellos en los asuntos en los que no se hizo uso de ninguna de estas circunstancias, en las páginas siguientes va a estudiarse el promedio que hubo de unos y otros en cada grupo de procedimientos. Como consecuencia del particular modo en el que los acusados y los condenados están distribuidos en las muestras, primero van a exponerse y compararse estas medias en cada grupo de procesos (a) y, después, se van a realizar ciertos comentarios con respecto a cómo deben interpretarse esas magnitudes (b). El análisis de los promedios se completará prestando atención a la proporción de acusados que resultaron condenados en cada grupo de procedimientos (c).

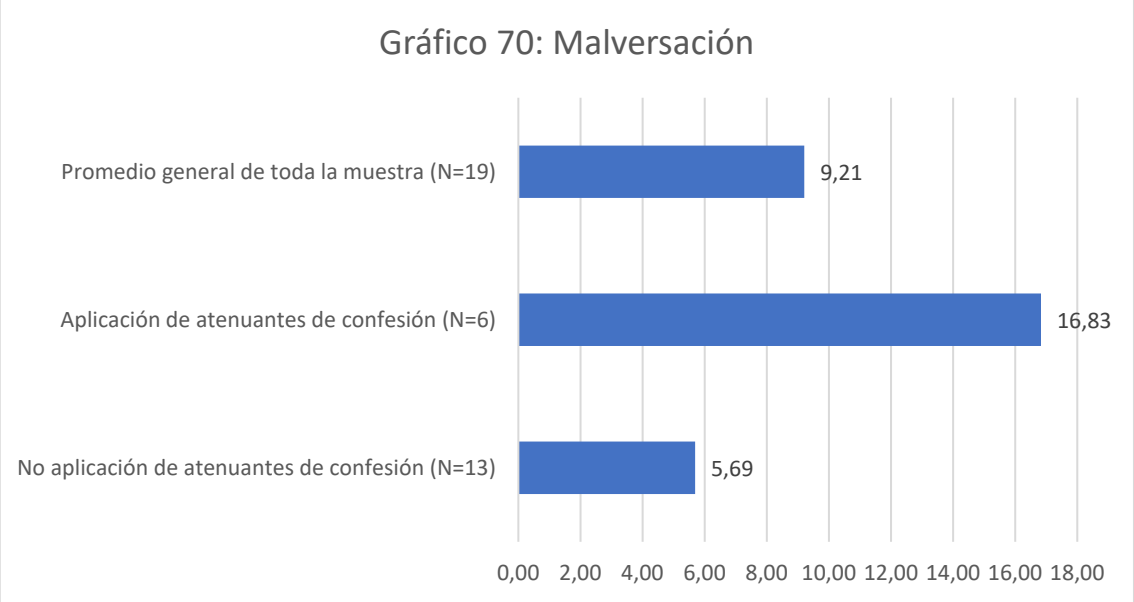
a) Número medio de acusados y de condenados

Comencemos analizando el número medio de acusados que hubo en cada grupo de procesos. Esta información se contiene en los gráficos 68 a 70. En ellos, no sólo se ha representado el promedio de acusados que hubo en cada tipo de proceso, sino que, también, se ha reflejado el número medio de acusados que hubo, en general, en toda la muestra.

GRÁFICOS 68 A 70: NÚMERO MEDIO DE ACUSADOS EN LOS PROCESOS EN LOS QUE SE APLICÓ ALGUNA ATENUANTE DE CONFESIÓN Y EN LOS PROCESOS EN LOS QUE NO SE APLICÓ







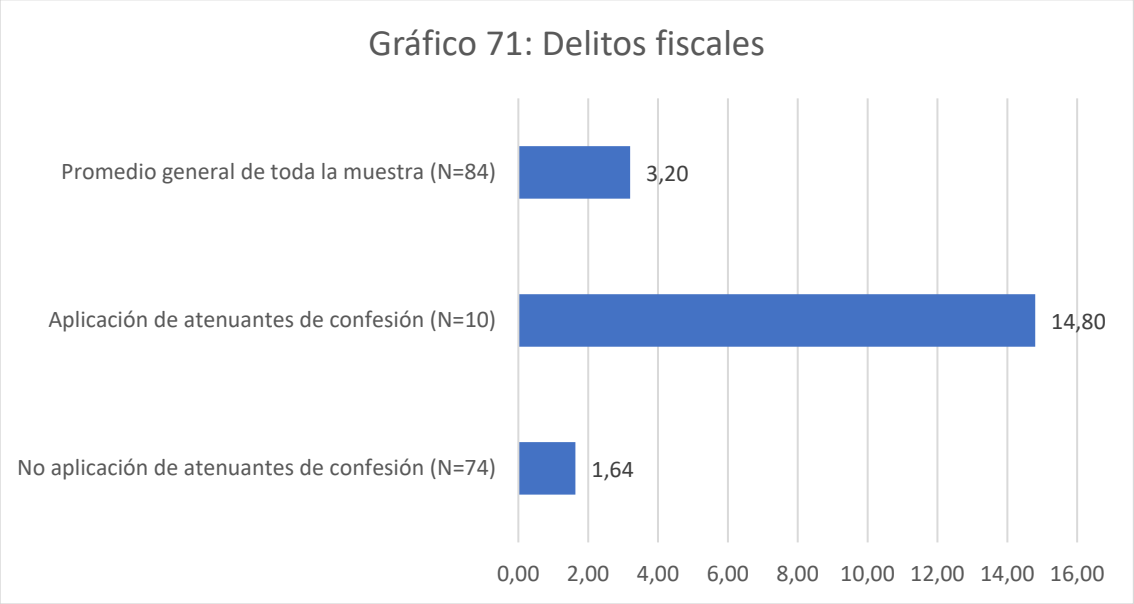
Como puede verse en los gráficos arriba dispuestos, en las tres muestras se cumple que el número medio de acusados es mayor en los procesos en los que se ha aplicado alguna de las circunstancias que ahora interesan. Comentemos la situación de cada muestra empezando por aquellas en las que las variaciones son menos pronunciadas.

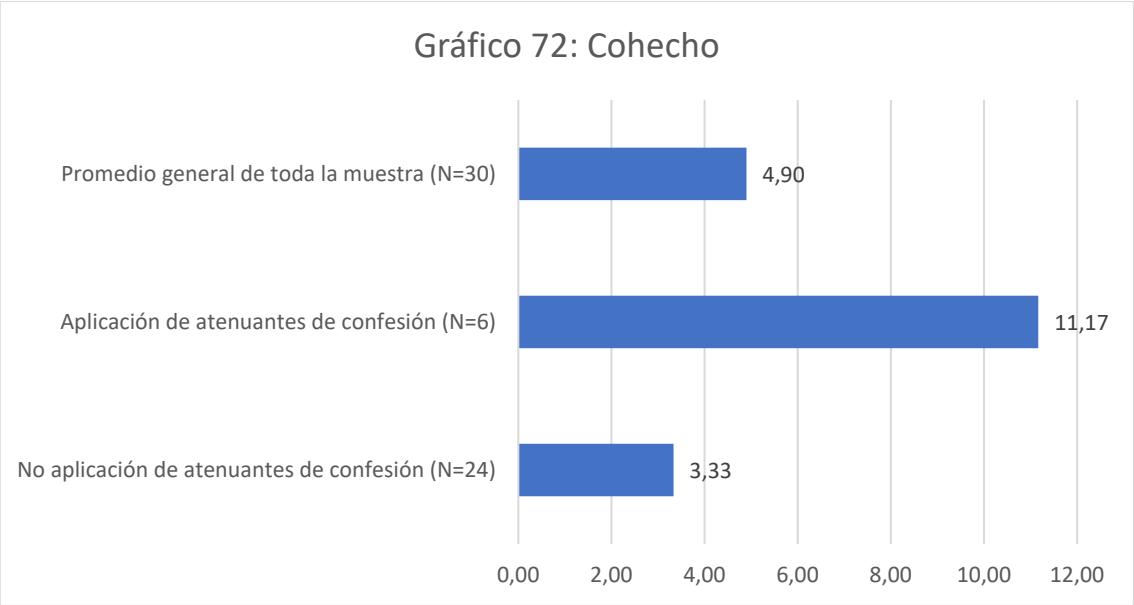
En los 19 procesos que compusieron la muestra de malversación (gráfico 70) hubo, de media, 9,21 acusados por procedimiento judicial. Si la atención se centra sólo en los 13 en los que no se aplicó ninguna atenuante de confesión, se observa cómo el número medio de acusados decae hasta los 5,69. En cambio, si se analizan los 6 procesos en los que sí se aplicó esa circunstancia a *alguno* de los condenados, la media asciende hasta 16,83. Este patrón se repite en la muestra de cohecho y en la de delitos fiscales. En la primera (gráfico 69), se observa cómo, de media, hubo 7,57

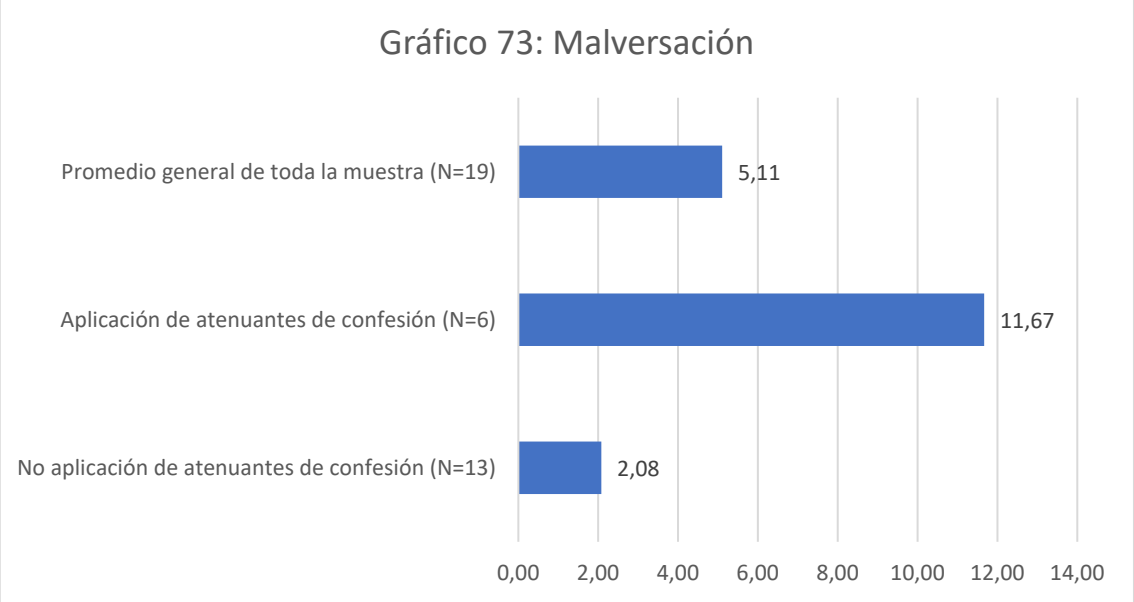
acusados en los 30 procesos que componen la muestra. Si se analizan los 24 casos en los que no se hizo uso de ninguna atenuante de confesión, la media de acusados decae hasta 5,67. Sin embargo, si se presta atención a los 6 procesos en los que se aplicó la atenuante de confesión a *algún* encausado, esa media aumenta hasta 15,17. Las variaciones más significativas se encuentran en la muestra de delitos fiscales (gráfico 68). Así, si en los 84 procesos analizados hubo, de media, 4,58 acusados por procedimiento. Cuando se calcula ese mismo promedio en los 74 procesos en los que no hubo beneficiados con atenuantes de confesión, éste pasa a ser de 2,80. Sin embargo, si se hace lo mismo en los 10 procesos en los que los órganos jurisdiccionales hicieron uso de estas circunstancias, la cifra aumenta hasta 17,80.

En los gráficos 71 a 73 se representa la misma información, aunque ahora, en lugar de tomar como referencia el número de acusados se observará el de condenados. Al igual que en los gráficos que se acaban de comentar, en los que se van a exponer a continuación también se refleja la media general de condenados por procedimiento para compararla con la de los dos grupos de procesos en los que las muestras se están dividiendo.

GRÁFICOS 71 A 73: NÚMERO MEDIO DE CONDENADOS EN LOS PROCESOS EN LOS QUE SE APLICÓ ALGUNA ATENUANTE DE CONFESIÓN Y EN LOS QUE NO SE APLICÓ







El panorama que resulta del análisis del número medio de condenados es bastante similar al visto en relación con el promedio de acusados. En los procesos en los que se ha hecho uso de alguna de las atenuantes genéricas de confesión no sólo hay, de media, más acusados que en los procesos en los que no se ha aplicado ninguna de esas atenuantes y en los procesos que, en general, componen cada una de las muestras. También hay, en promedio, más condenados.

Comenzaré, de nuevo, con la muestra en la que las variaciones son menos pronunciadas. Ésta es la de malversación (gráfico 73). En los 19 procesos que la componen, hubo, de media, 5,11 condenados en cada procedimiento. Esa cifra decae hasta 2,08 si, en lugar de prestar atención al total de asuntos, se observan los 13 en los que no se aplicó ninguna atenuante de confesión. Si, en cambio, se observan los 6 procesos en los que hubo *al menos un* beneficiado con alguna de

estas circunstancias, el número medio de condenados aumenta hasta casi alcanzar los 11,67. Algo similar sucede en la muestra de cohecho (gráfico 72). En los 30 procesos que componen la muestra hubo 4,90 condenados por procedimiento. Sin embargo, en los 24 casos en los que no se aplicó ninguna atenuante de confesión, ese número se reduce hasta 3,33. Por el contrario, si se presta atención a los 6 asuntos en los que se hizo uso de alguna de esas circunstancias, la media de condenados por proceso se incrementa hasta los 11,17.

Una vez más, las variaciones más acentuadas entre uno y otro tipo de procesos se dan en la muestra de delitos fiscales (gráfico 71). En los 84 procesos que la componen hubo, de media, 3,20 condenados por asunto. Si se analiza el número medio de condenados en los 74 procesos en los que no se aplicó ninguna atenuante de confesión, entonces esa cifra decae hasta los 1,64. En cambio, si se presta atención a los 10 procesos en los que los tribunales hicieron uso de esas circunstancias, el número medio de condenados aumenta hasta 14,80.

b) Representatividad de las medias de acusados y condenados: desviaciones típicas y valores extremos

Del epígrafe anterior puede extraerse una conclusión: en los procesos en los que se ha hecho uso de atenuantes de confesión hay, de media, más acusados y condenados. Siendo esto cierto, el estudio debe completarse con un análisis de la representatividad de esos promedios para tener una imagen más fiel de lo que sucede en cada uno de los dos grupos de procesos. Explicaré a qué me refiero con un poco más de detenimiento.

Supongamos que tenemos dos procesos penales. En uno ha habido 10 acusados y en el otro sólo 1. Supongamos, también, que, en el primero, los 10 acusados han resultado condenados y que, en el segundo, el único acusado ha sido absuelto. Si se calcula la media de condenados, habría que decir que ésta ha sido de 5 en cada uno de ellos. Esto, sin embargo, es muy poco descriptivo de lo que ha sucedido en la realidad. Este ejemplo, un poco burdo, pero útil para ilustrar lo que va a tratarse en este epígrafe, es un caso de una media poco representativa.

En atención a lo que se acaba de decir, parece razonable completar la información que proporcionan las medias aritméticas de acusados y condenados con alguna magnitud que exprese su representatividad. La magnitud que se va a emplear en las páginas siguientes es la desviación típica (σ). La desviación típica expresa cuánto se alejan, en promedio, los valores incluidos en la muestra con respecto a su media. Cuanto más alto sea su valor, menos representativa será la media. Si, por ejemplo, se observa que, en un grupo de procesos hay 4 condenados de media, pero la desviación típica es de 7, eso quiere decir que, de media, los procesos incluidos en la muestra se desvían en 7 condenados con respecto a la media de 4 por proceso. Es decir, que se trataría de una media poco representativa de lo que sucede en la realidad.

A la luz de las desviaciones típicas, parece que ninguna de las medias a las que se ha hecho referencia hasta ahora es demasiado representativa. Veámoslo, en primer lugar, en relación con la muestra de delitos fiscales. En las tablas 6 y 7 se ponen en relación la media de acusados y condenados por procedimiento ($\overline{x}$) con sus respectivas desviaciones típicas (σ). En ellas se lleva a cabo, además, la misma distinción que se ha realizado en los gráficos del epígrafe anterior; es decir, se reflejan de manera separada las magnitudes que corresponden a la muestra en su conjunto y se las confronta, por un lado, con las propias de los asuntos en los que hubo aplicación de atenuantes de confesión y, por otro, con las de los procedimientos en los que *no* se hizo uso de esas circunstancias.

TABLA 6: DELITOS FISCALES. MEDIA Y DESVIACIÓN TÍPICA DEL NÚMERO DE ACUSADOS

	Media ($\overline{x}$)	**Desviación típica** (σ)
Promedio general de toda la muestra (N=84)	4,58	7,23
Aplicación de atenuantes de confesión (N=10)	**17,80**	**13,98**
No aplicación de atenuantes de confesión (N=74)	2,80	2,47

TABLA 7: DELITOS FISCALES. MEDIA Y DESVIACIÓN TÍPICA DEL NÚMERO DE CONDENADOS

	Media ($\overline{x}$)	**Desviación típica** (σ)
Promedio general de toda la muestra (N=84)	3,20	6,05
Aplicación de atenuantes de confesión (N=10)	**14,80**	**11,81**
No aplicación de atenuantes de confesión (N=74)	1,64	1,43

En los 84 procedimientos que componen la muestra, de media hubo 4,58 acusados y 3,20 condenados por delito fiscal. La desviación típica de una y otra media es, respectivamente, de 7,23 y 6,05. Ésta se atenúa, sin embargo, si se toman como referencia los procesos en los que *no* hubo aplicación de atenuantes de confesión: en ese caso, la desviación típica disminuye hasta algo más de 2,47 ($\overline{x} \simeq 2{,}80$) y 1,43 en el de los condenados ($\overline{x} \simeq 1{,}64$). Si, por el contrario, se observa esta magnitud en lo que tiene que ver con los procesos en los que sí se hizo uso de alguna de esas circunstancias, la desviación típica aumenta hasta 13,98 en el caso de los acusados ($\overline{x} \simeq 17{,}80$) y 11,81 en el de los condenados ($\overline{x} \simeq 14{,}80$).

Tomando en consideración estas cifras, parece claro que ninguna de las medias es del todo representativa. Así, pese a que el promedio general de acusados en toda la muestra es de alrededor de 5, resulta que, en términos medios, los procesos incluidos en ella se desvían en cerca de 7 acusados. Algo parecido pasa con los condenados: si hay cerca de 3 de media en cada uno de los 84 procesos estudiados, cada uno de ellos se desvía, en promedio, en aproximadamente 6 condenados con respecto a dicha media. Si se acude al grupo de procesos en los que hubo aplicación de atenuantes de confesión, la tendencia es todavía más intensa: hay cerca de 18 acusados y 15 condenados de media, pero, en promedio, cada proceso se desvía en casi 14 acusados y 12 condenados. Incluso si se acude al grupo de procesos sin aplicación de atenuantes de confesión puede dudarse de la representatividad de la información aportada por la media. Es verdad que en ese grupo las desviaciones típicas son menores: algo más de 2 acusados y un poco más de 1 condenado. Sin embargo, la media de acusados es cercana a 3 y la de condenados es próxima a 2. Si, de media, los procesos se desvían respecto de la primera en 2 acusados y en 1 condenado respecto de la segunda, no parece que la media aritmética sea especialmente descriptiva.

Lo que se acaba de decir, con todo, no empaña la conclusión con la que se abría este epígrafe: en los procesos en los que se aplicaron atenuantes de confesión hubo, de media, más acusados y condenados que en aquellos asuntos en los que no se hizo uso de estas circunstancias. Sólo que los datos se encuentran más dispersos de lo que parece. Ante esta situación parece oportuno plantearse dos preguntas. La primera es por qué se producen estas desviaciones. La segunda, qué incidencia puede tener esto en la investigación. Creo que la respuesta a ambas se halla en el análisis de los procesos que acumulan el mayor número de acusados y de condenados en cada muestra. A estos máximos de acusados y condenados se les va a llamar, en adelante, «valores extremos».

En la muestra de delitos fiscales, el proceso en el que hubo más acusados fue, también, aquel en el que hubo más condenados: se trata del asunto que decidió la STS 40/2020, de 6 de febrero

(Roj.: STS 596/2020)[799]. En él hubo 54 acusados por delito fiscal, de los cuales 45 resultaron condenados. Este asunto pertenece al grupo de 10 procesos en los que se aplicaron atenuantes de confesión. Si, en cambio, se acude al grupo de 74 procesos en los que no hubo condenados beneficiados con esas circunstancias, las cifras son bien distintas. En ese grupo, el proceso con más acusados por delito fiscal es el resuelto en la tantas veces citada STS 507/2020, de 14 de mayo (caso *Gürtel*) (Roj.: STS 3191/2020), dimanante de la SAN (2ª) 20/2018, de 17 de mayo (Roj.: SAN 1915/2018). En este proceso hubo, en total, 19 acusados por alguno de estos delitos. Sin salir de este grupo de asuntos –o sea, aquellos en los que *no* se aplicó ninguna atenuante de confesión–, el número mayor de condenados por delito fiscal es 7. Esa cifra se alcanzó en dos procesos: el resuelto por la STS 407/2018, de 18 de septiembre (Roj.: STS 3159/2018)[800] y el decidido en la STS 253/2017, de 11 de diciembre (Roj.: STS 4830/2017)[801].

Lo primero que llama la atención de estos datos es que los máximos de acusados y de condenados de toda la muestra se condensan, precisamente, en los procesos en los cuales ha habido aplicación de atenuantes de confesión. Más allá de ello, se quiere llamar la atención sobre lo siguiente. Las cifras de acusados y condenados que se alcanzaron en el proceso decidido por la STS 40/2020, de 6 de febrero, pueden ser una anomalía puntual que distorsione la conclusión con la que se abría el epígrafe. En otras palabras: a lo mejor el hecho de que la media de acusados y condenados sea mayor en los procesos en los que se hizo uso de las atenuantes de confesión se debe a que en ese grupo hubo, por las razones que sea, un asunto especialmente grande, como el que se acaba de mencionar, y, quizás, extrayendo del cálculo dicho proceso, las medias de los dos grupos de asuntos no sean tan diferentes. El hecho de que, como se ha visto unas líneas más arriba, la desviación típica del grupo de asuntos en los que se aplicaron atenuantes de confesión sea tan elevada podría apoyar esta conclusión. Parece razonable, por tanto, volver a calcular las medias y las desviaciones típicas omitiendo el proceso en el que se concentraron los valores extremos; esto es, el resuelto por la STS 40/2020, de 6 de febrero (Roj.: STS 596/2020).

Pues bien, si se actúa de esta manera, la situación sigue siendo la misma: por lo general, de media, hay más acusados y condenados en los procesos en los que se han aplicado las atenuantes de confesión. Veámoslo en las tablas 8 y 9, que contienen, nuevamente, los promedios y desviaciones típicas de acusados y condenados en la muestra de delitos fiscales, aunque eliminando del cómputo el proceso en el que se concentraban los valores extremos.

[799] Dimanante de la SAN (1ª) 13/2018, de 4 de mayo (Roj.: SAN 2469/2018).
[800] Dimanante de la SAP Pontevedra (2ª) 156/2016, de 21 de julio (Roj.: SAP PO 1632/2016).
[801] Dimanante de la SAP Murcia (3ª) 561/2016, de 27 de octubre (Roj.: SAP MU 2451/2016).

TABLA 8: DELITOS FISCALES. MEDIA Y DESVIACIÓN TÍPICA DEL NÚMERO DE ACUSADOS EXCLUYENDO VALORES EXTREMOS

	Media ($\overline{x}$)	**Desviación típica** (σ)
Promedio general de toda la muestra (N=83)	3,99	4,80
Aplicación de atenuantes de confesión (N=9)	**13,78**	**7,44**
No aplicación de atenuantes de confesión (N=74)	2,80	2,47

TABLA 9: DELITOS FISCALES. MEDIA Y DESVIACIÓN TÍPICA DEL NÚMERO DE CONDENADOS EXCLUYENDO VALORES EXTREMOS

	Media ($\overline{x}$)	**Desviación típica** (σ)
Promedio general de toda la muestra (N=83)	2,70	3,96
Aplicación de atenuantes de confesión (N=9)	**11,44**	**6,50**
No aplicación de atenuantes de confesión (N=74)	1,64	1,43

Si se omite el caso resuelto por la STS 40/2020, de 6 de febrero (Roj.: STS 596/2020), la media de acusados en los 9 procesos restantes en los que aplicó alguna atenuante de confesión pasa de 17,80 acusados a 13,78. La desviación típica también se reduce, pasando de 13,98 a 7,44. Una cosa similar sucede con los condenados: el promedio disminuye de 14,80 a 11,44 y la desviación típica decae desde 11,81 hasta 6,50. Como puede verse, a pesar de que se reducen, los promedios de acusados y de condenados de estos 9 procedimientos siguen siendo los más elevados.

Todo cuanto se acaba de decir se reproduce más o menos de la misma manera en la muestra de cohecho. Veamos, en primer lugar, las medias y las desviaciones típicas del número de acusados y de condenados que hubo en los diferentes tipos de procesos comprendidos en ella. De

modo similar a como se ha hecho con la muestra de delitos fiscales, esta información se contiene en las tablas 10 y 11.

TABLA 10: COHECHO. MEDIA Y DESVIACIÓN TÍPICA DEL NÚMERO DE ACUSADOS

	Media ($\overline{x}$)	**Desviación típica** (σ)
Promedio general de toda la muestra (N=30)	7,57	8,35
Aplicación de atenuantes de confesión (N=6)	**15,17**	**14,28**
No aplicación de atenuantes de confesión (N=24)	5,67	4,26

TABLA 11: COHECHO. MEDIA Y DESVIACIÓN TÍPICA DEL NÚMERO DE CONDENADOS

	Media ($\overline{x}$)	**Desviación típica** (σ)
Promedio general de toda la muestra (N=30)	4,90	6,50
Aplicación de atenuantes de confesión (N=6)	**11,17**	**10,51**
No aplicación de atenuantes de confesión (N=24)	3,33	3,60

La media de acusados en los 30 procesos que componen la muestra es de 7,57, mientras que la de condenados es de 4,90. La desviación típica de las medias es de 8,35 acusados y de 6,50 condenados. Si se presta atención a los 6 procesos en los que se aplicó alguna atenuante de confesión (en negrita en las tablas), la desviación típica aumenta de manera notable. Así, en el caso de los acusados en ese grupo de procesos, la desviación típica se incrementa hasta 14,28 ($\overline{x} \simeq 15{,}17$). Por su parte, en el caso de los condenados, ésta alcanza los 10,51 ($\overline{x} \simeq 11{,}17$). Si, por el contrario, la atención se fija en los 24 procesos en los que no se aplicó ninguna de las circunstancias que ahora interesan, las desviaciones son menores: 4,26 en el caso de los acusados ($\overline{x} \simeq 5{,}67$) y 3,60 en el de los condenados ($\overline{x} \simeq 3{,}33$). Es decir, que, en este último grupo de 24 procesos, las medias son más representativas que en el grupo de 6 en los que se hizo uso de las atenuantes de confesión.

De nuevo, prestar atención a los números máximos de acusados y condenados en cada grupo de procedimientos resulta interesante. En los procesos en los que *no* hubo aplicación de atenuantes de confesión, el máximo de acusados por cohecho en un único asunto fue de 15[802], mientras que el máximo de condenados fue de 13[803]. Por el contrario, si se analizan los supuestos en los que sí hubo beneficiados con alguna de esas circunstancias, el máximo de acusados asciende hasta 45, mientras que el de condenados lo hace hasta 33. De manera similar a como sucede en la muestra de delitos fiscales, estos dos máximos se dieron en el mismo proceso: el resuelto por la STS 508/2015, de 27 de julio (caso *Ballena Blanca*) (Roj.: STS 3699/2015), dimanante de la SAP Málaga (1ª) 535/2013, de 4 de octubre (Roj.: SAP MA 1794/2013). Ahora bien, aunque no se considere este proceso en su cálculo, la media de acusados y de condenados de los 5 procedimientos en los que se aplicó la atenuante de confesión a *algún* encausado sigue siendo mayor que la de los otros 24 en los que estas atenuantes no se apreciaron y que la de los 29 restantes que habría en la muestra. Veámoslo con ayuda de las tablas 12 y 13.

TABLA 12: COHECHO. MEDIA Y DESVIACIÓN TÍPICA DEL NÚMERO DE ACUSADOS EXCLUYENDO VALORES EXTREMOS

	Media ($\overline{x}$)	**Desviación típica** (σ)
Promedio general de toda la muestra (N=29)	6,28	4,70
Aplicación de atenuantes de confesión (N=5)	**9,20**	**5,56**
No aplicación de atenuantes de confesión (N=24)	5,67	4,26

[802] Este número de acusados se alcanzó en dos procesos: el resuelto por la STS 552/2015, de 23 de septiembre (Roj.: STS 4123/2015), dimanante de la SAP Barcelona (4ª) de 27 de mayo de 2014 (Roj.: SAP B 4136/2014), y el decidido en la STS 990/2013, de 30 de diciembre (Roj.: STS 6695/2013), dimanante de la SAP Barcelona (9ª) de 27 de julio de 2011 (Roj.: SAP B 6528/2011).

[803] El cual se alcanzó en uno de los procesos citados en la nota anterior: el que dio lugar a la STS 552/2015, de 23 de septiembre (Roj.: STS 4123/2015).

TABLA 13: COHECHO. MEDIA Y DESVIACIÓN TÍPICA DEL NÚMERO DE CONDENADOS EXCLUYENDO VALORES EXTREMOS

	Media ($\overline{x}$)	**Desviación típica** (σ)
Promedio general de toda la muestra (N=29)	3,93	3,95
Aplicación de atenuantes de confesión (N=5)	**6,80**	**4,26**
No aplicación de atenuantes de confesión (N=24)	3,33	3,60

Si se presta atención a los procesos en los que se ha aplicado alguna atenuante de confesión, la media de acusados pasa de 15,17 a 9,20. La desviación típica también se reduce de forma significativa, pues pasa de 14,28 a 5,56. Aun así, la media de acusados sigue siendo mayor que la que resulta de los 24 procesos en los que no se hizo uso de las atenuantes de confesión (5,67) y que la de los 29 procesos que compondrían el resto de la muestra (6,28). Por su parte, con la eliminación de *Ballena Blanca*, la media de condenados en los asuntos en los que hubo aplicación de atenuantes de confesión pasa de 11,17 a 6,80. De nuevo, la desviación típica cae de manera ostensible, pasando de 10,51 a 4,26. Una vez más, pese a estas reducciones, la media de condenados sigue siendo mayor que la de los 24 procesos en los que no se hizo uso de las atenuantes de confesión (3,33) y que la de los otros 29 restantes en la muestra (3,93).

Con esto se llega a un punto interesante: la muestra de malversación. En ella sucede algo similar a lo que pasa en las otras dos muestras comentadas hasta aquí, aunque con algunas variaciones importantes que merece la pena comentar y que llevarán a la necesidad de tomar en consideración algunos parámetros adicionales. Estas diferencias justifican que cambiemos el orden del análisis en comparación con las muestras anteriores. En concreto, vamos a comenzar viendo cómo se comportan las medias y desviaciones típicas del número de acusados en los procesos que componen la muestra. Primero incluiremos en el cálculo el valor extremo y luego lo excluiremos. Sólo una vez hecho esto, procederemos a ver qué sucede con los datos de los condenados, en lugar de analizarlos simultáneamente con los de los acusados.

El número medio de acusados en los distintos grupos de procesos que componen la muestra de malversación se encuentra reflejado, junto con sus desviaciones típicas, en la tabla 14, dispuesta a continuación.

TABLA 14: MALVERSACIÓN. MEDIA Y DESVIACIÓN TÍPICA DEL NÚMERO DE ACUSADOS

	Media ($\overline{x}$)	**Desviación típica** (σ)
Promedio general de toda la muestra (N=19)	**9,21**	**10,54**
Aplicación de atenuantes de confesión (N=6)	16,83	9,10
No aplicación de atenuantes de confesión (N=13)	5,69	9,22

La media de acusados en los 19 procedimientos que componen la muestra de malversación es de 9,21. De nuevo, la desviación típica es bastante alta, alcanzando los 10,54 acusados por proceso, lo cual indica que el promedio no es demasiado representativo.

Si se acude al grupo de 6 procesos en los que se aplicó alguna atenuante de confesión, sucede algo llamativo. En ese grupo de asuntos, la media de acusados es de 16,83. Sin embargo, la desviación típica es de 9,10 acusados. Es decir, que la desviación típica de la media de acusados en estos 6 procedimientos es menor que la que toma como referencia a los 19 que componen la muestra (por eso se ha remarcado en negrita). Es más: si se analiza la situación de los 13 procesos en los que *no* se hizo uso de estas circunstancias, la media, que cae hasta los 5,69 acusados por proceso, también tiene una desviación típica mayor que la de los procesos en los que sí se estimó alguna atenuante de confesión (9,22).

Esto es algo que, como se ha visto, no sucede ni en la muestra de delitos fiscales ni en la de cohecho. Este peculiar comportamiento de los datos puede explicarse parcialmente si se repara en que, a diferencia de lo que sucede en las dos anteriores, el máximo de acusados de la muestra de malversación se alcanzó en un proceso en el que *no* se aplicó ninguna atenuante de confesión. Se trata del caso que se resolvió en la STS 508/2015, de 27 de julio (*Ballena Blanca*) (Roj.: STS 3699/2015), dimanante de la SAP Málaga (1ª) 535/2013, de 4 de octubre (Roj.: SAP MA 1794/2013). En dicho procedimiento se acusó a 34 personas de haber cometido alguno de estos

delitos[804]. Si, en cambio, se acude al grupo de procesos en los que sí hubo aplicación de esas atenuantes, el número máximo de acusados que se alcanza es «sólo» 28[805]. Ahora bien, mientras que en este último grupo de procesos el número de acusados por malversación se ha mantenido algo más constante –el segundo proceso con más acusados acumuló 24[806], el tercero 23[807] y el cuarto 16[808]–, dicho número desciende de forma más abrupta en los procesos sin aplicación de atenuantes de confesión –de los 34 acusados que tuvo el proceso antes indicado, el segundo con más acusados acumuló 15[809], el tercero 11[810] y el cuarto 3[811], siendo el valor modal en este grupo, que se dio en 7 procesos, el de un único acusado[812]–.

Esta distribución hace que, si se elimina el valor extremo, la tendencia vuelva a parecerse más a la que se presenta en las dos muestras anteriores. Veámoslo en la tabla 15, que se dispone a continuación.

---

[804] Una precisión. Si se recuerda, en este mismo procedimiento se alcanzaron los máximos de acusados (45) y de condenados (33) para los delitos de cohecho. Cuando se comentó esa muestra, se dijo que aquel procedimiento correspondía a uno de los 6 en los que se había aplicado, a *alguno* de los condenados, una atenuante genérica de confesión de cualquier tipo. Puede sorprender que, sin embargo, al analizar este proceso desde la perspectiva del delito de malversación, se encuadre en uno de los 13 en los que *no* se aplicó esa circunstancia. La explicación a esta aparente contradicción es que, si bien se condenó a muchos de los acusados de haber cometido un delito de cohecho (33 de 45, o sea, un 73,33%), se condenó a un número muy reducido de acusados por malversación: 2 de 34 (5,88%). De ello se hablará, con algo más de profundidad, un poco más abajo (apartado 3.3.3., c)).

[805] Es lo que sucede en el caso resuelto por la STS 625/2015, de 22 de diciembre (Roj.: STS 5806/2015), dimanante de la SAN (3ª) 27/2013, de 30 de octubre (Roj.: SAN 4952/2013).

[806] STS 482/2020, de 30 de septiembre (caso *Emarsa*) (Roj.: STS 3893/2020), dimanante de la SAP Valencia (1ª) 349/2018, de 19 de junio (Roj.: SAP V 1960/2018).

[807] STS 507/2020, de 14 de octubre (caso *Gürtel*) (Roj.: STS 3191/2020), dimanante de la SAN (2ª) 20/2018, de 17 de mayo (Roj.: SAN 1915/2018).

[808] STS 627/2019, de 18 de diciembre (Roj.: STS 4342/2019), dimanante de la SAP Almería (3ª) 116/2018, de 5 de marzo (Roj.: SAP AL 1042/2018).

[809] STS 749/2022, de 13 de septiembre (caso *EREs*) (Roj.: STS 3258/2022), dimanante de la SAP Sevilla (1ª) 490/2019, de 19 de noviembre (Roj.: SAP SE 1101/2019).

[810] STS 83/2017, de 14 de febrero (Roj.: STS 570/2017), dimanante de la SAP Málaga (8ª) 642/2015, de 18 de diciembre (Roj.: SAP MA 2732/2015).

[811] STS 229/2018, de 17 de mayo (Roj.: STS 1916/2018), dimanante de la SAP Badajoz (3ª) 559/2017, de 7 de junio (Roj.: SAP BA 559/2017).

[812] SSTS 568/2019, de 21 de noviembre (Roj.: STS 3704/2019), dimanante de la SAP Almería (3ª) 74/2018, de 14 de febrero (Roj.: SAP AL 492/2018), cuyo recurso de apelación se resolvió en la STSJ Andalucía (1ª) 41/2018, de 22 de mayo (Roj.: STSJ AND 18121/2018); 66/2019, de 7 de febrero (Roj.: STS 282/2019), dimanante de la SAN (3ª) 2/2018, de 12 de enero (Roj.: SAN 2022/2018); 341/2018, de 10 de julio (Roj.: STS 2648/2018), dimanante de la SAP Madrid (15ª) 651/2016, de 1 de diciembre (Roj.: SAP M 16161/2016), cuyo recurso de apelación se resolvió en la STSJ Madrid (1ª) 21/2017, de 31 de mayo (Roj.: STSJ M 3482/2017); 197/2018, de 25 de abril (Roj.: STS 1468/2018), dimanante de la SAP Almería (3ª) 86/2017, de 22 de febrero (Roj.: SAP AL 163/2017); 461/2017, de 21 de junio (Roj.: STS 2444/2017), dimanante de la SAP Las Palmas (1ª) 70/2016, de 19 de febrero (Roj.: SAP GC 543/2016), cuyo recurso de apelación se resolvió en la STSJ Canarias (1ª) 4/2016, de 17 de noviembre (Roj.: STSJ ICAN 3821/2016); 527/2016, de 16 de junio (Roj.: STS 2899/2016), dimanante de la SAP Ourense (2ª) 433/2015, de 2 de diciembre (Roj.: SAP OU 798/2015), y 427/2015, de 1 de julio (Roj.: STS 3233/2015), dimanante de la SAP Cáceres (2ª) 57/2014, de 21 de febrero (Roj.: SAP CC 103/2014), cuyo recurso de apelación se resolvió en la STSJ Extremadura (1ª) 1/2014, de 23 de octubre (Roj.: STSJ EXT 1644/2014).

TABLA 15: MALVERSACIÓN. MEDIA Y DESVIACIÓN TÍPICA DEL NÚMERO DE ACUSADOS EXCLUYENDO VALORES EXTREMOS

	Media ($\overline{x}$)	**Desviación típica** (σ)
Promedio general de toda la muestra (N=18)	7,83	9,01
Aplicación de atenuantes de confesión (N=6)	16,83	9,10
No aplicación de atenuantes de confesión (N=12)	**3,33**	**4,44**

Prestemos atención a los asuntos en los cuales *no* se hizo uso de ninguna atenuante de confesión. Si se prescinde del caso *Ballena Blanca*, la media de acusados en los 12 procesos restantes de este grupo se reduce, pasando de 5,69 a 3,33. Lo que también disminuye, de modo ostensible ahora, es la desviación típica: eliminando el procedimiento antes mencionado, ésta pasa de 9,22 acusados a 4,44. Cuando se deja de computar el valor extremo, una y otra magnitud quedan, ahora sí, (muy) por debajo de las resultantes de haberlas calculado tomando como referencia los 6 procesos en los que sí se hizo uso de alguna atenuante de confesión. En esos 6 procesos, la media de acusados es de 16,83 y la desviación típica de 9,10.

Cuando se observa el número de condenados, la muestra de malversación se comporta igual que la de delitos fiscales y las de cohecho; de ahí que hayamos postergado su análisis hasta la exposición de los datos referentes a los acusados. La media de condenados y su desviación típica en los distintos grupos de proceso que componen la muestra se encuentra en la tabla 16, obrante a continuación.

TABLA 16: MALVERSACIÓN. MEDIA Y DESVIACIÓN TÍPICA DEL NÚMERO DE CONDENADOS

	Media ($\overline{x}$)	**Desviación típica** (σ)
Promedio general de toda la muestra (N=19)	5,11	6,32
Aplicación de atenuantes de confesión (N=6)	**11,67**	**6,57**
No aplicación de atenuantes de confesión (N=13)	2,08	3,05

En los 6 procedimientos en los que los jueces hicieron uso de las atenuantes de confesión, la media de condenados es de 11,67. Por su parte, la desviación típica es de 6,57. Una y otra magnitud son superiores a las que se dan en los 13 procesos en los que no se aplicaron estas circunstancias ($\overline{x} \simeq 2{,}08$; $\sigma \simeq 3{,}05$), así como las propias del total de procedimientos que componen la muestra ($\overline{x} \simeq 5{,}11$; $\sigma \simeq 6{,}32$). Esto es algo que también sucede en las muestras de delitos fiscales y cohecho.

Las semejanzas no acaban ahí. Al igual que en esas otras dos muestras, el máximo de condenados en un mismo procedimiento de los incluidos en la muestra de malversación se dio en el grupo de 6 en los que hubo, al menos, uno que se beneficiara de alguna atenuante de confesión. Este «pico» se produjo en el caso resuelto por la STS 482/2020, de 30 de septiembre (caso *Emarsa*) (Roj.: STS 3893/2020), cuya primera instancia se decidió en la SAP Valencia (1ª) 349/2018, de 19 de junio (Roj.: SAP V 1960/2018). En este caso hubo 23 condenados por delitos de malversación. Si, en cambio, se acude al grupo de procesos en los que *no* se aplicó ninguna atenuante de confesión, el máximo de condenados que se alcanza decae hasta los 10. Esa cifra se dio en el procedimiento resuelto con la STS 749/2022, de 13 de septiembre (caso *EREs*) (Roj.: STS 3258/2022), dimanante de la SAP Sevilla (1ª) 490/2019, de 19 de noviembre (Roj.: SAP SE 1101/2019). Aunque se elimine este proceso del cómputo, la media de condenados por delitos de malversación sigue siendo mayor en los 5 en los que se aplicaron las atenuantes que en los 13 en los que no se hizo uso de ellas y en los 18 que compondrían el total restante de la muestra. Esta información se refleja en la tabla 17, dispuesta a continuación.

TABLA 17: MALVERSACIÓN. MEDIAS Y DESVIACIONES TÍPICAS DEL NÚMERO DE CONDENADOS EXCLUYENDO VALORES EXTREMOS

	Media ($\overline{x}$)	**Desviación típica** (σ)
Promedio general de toda la muestra (N=18)	4,11	4,83
Aplicación de atenuantes de confesión (N=5)	**9,40**	**4,59**
No aplicación de atenuantes de confesión (N=13)	2,08	3,05

Resumiré brevemente lo visto en este epígrafe y lo integraré con lo tratado en el anterior: en los procesos en los que se aplica alguna atenuante de confesión, hay, de media, más acusados y condenados que en aquellos procesos en los que estas circunstancias *no* se aplican. Esa diferencia

de promedios se debe, en parte, al hecho de que los procesos en los que más acusados y condenados hay (valores extremos) *suelen* darse en el grupo de procesos en los que los jueces han apreciado las circunstancias en cuestión. No obstante, incluso aunque se eliminen esos procedimientos del cálculo, el promedio de acusados y de condenados sigue siendo mayor, por norma general, en los asuntos en los que hay beneficiados con estas atenuantes que en aquellos procesos en los que no los hay. Ahora bien, en algunas muestras el «pico» de acusados *–no así el de condenados–* se ha dado en alguno de los asuntos en los que no se ha hecho uso de las atenuantes de confesión. Eso es lo que ocurre, precisamente, en la muestra de malversación. Esto aconseja prestar atención a otro parámetro: la proporción de acusados que, en cada procedimiento, ha resultado condenado.

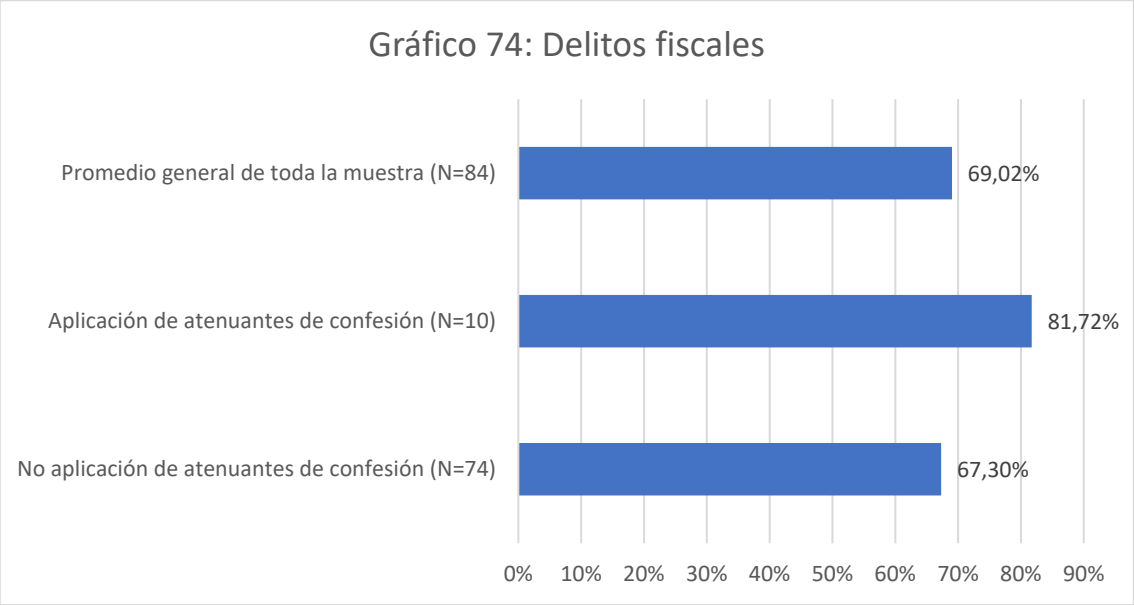
c) Proporción de acusados condenados

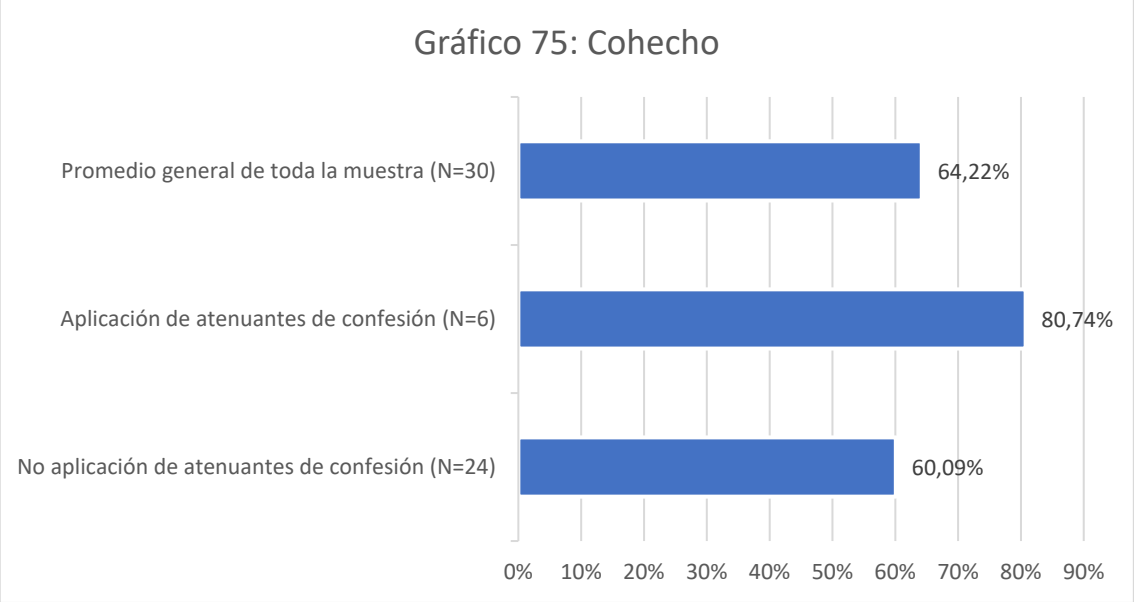
Volvamos al punto inicial del análisis. La hipótesis de la que se parte es que la aplicación de la atenuante de confesión puede fomentar que los intervinientes en los hechos delictivos colaboren con las autoridades y, por lo tanto, mejorar la investigación y el enjuiciamiento del delito. De ser eso cierto, es razonable pensar que en los procesos en los que esa circunstancia se ha estimado hay un número mayor de acusados que han sido condenados en comparación con aquellos otros procesos en los que la atenuante no se ha aplicado. Para medir esto, habría que prestar atención a la proporción de acusados que son finalmente condenados en cada procedimiento. Explicaré esto con algo más de detenimiento.

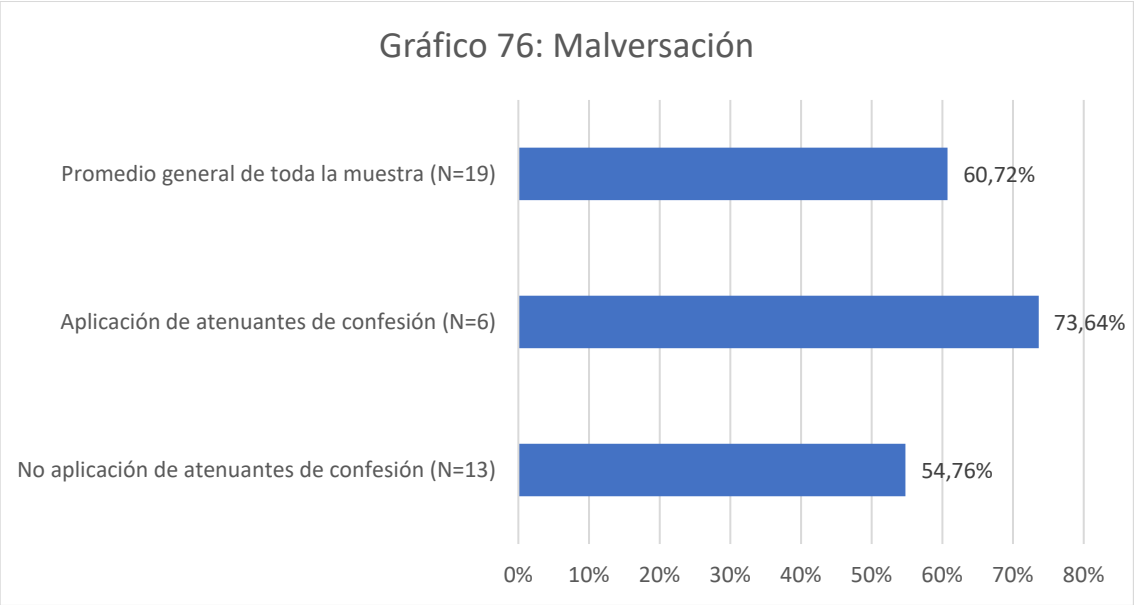
En todos los asuntos incluidos en cada muestra hay un determinado número de acusados y de condenados. Cuando se divide el último número entre el primero, se obtiene una proporción. Ésta representa el porcentaje de acusados que han sido condenados en cada procedimiento. Si sumamos esos porcentajes y los dividimos entre el total de asuntos que componen cada muestra se obtiene el porcentaje de acusados que, de media, fueron condenados en cada proceso.

En las páginas siguientes se va a trabajar con este último promedio. En concreto, se va a comparar esa proporción entre los diferentes grupos de procesos que se han analizado hasta ahora. Es decir, se va a confrontar el porcentaje medio de acusados que acabaron siendo condenados del total de la muestra con el de aquellos procesos en los cuales se aplicaron las atenuantes de confesión y el de aquellos otros en los que esas circunstancias no fueron apreciadas por los jueces. Esta información se ha representado en los gráficos 74 a 76, que se disponen a continuación.

GRÁFICOS 74 A 76: PROMEDIO DE ACUSADOS CONDENADOS EN CADA MUESTRA







En atención a lo que se observa en los anteriores gráficos, la conclusión parece, de nuevo, clara: cuando se ha concedido alguna atenuante de confesión, la proporción de acusados que han sido condenados es mayor.

Así, en los 84 procesos que constituyen muestra de delitos fiscales (gráfico 74), se condenó, de media, al 69,02% de los acusados de haber cometido alguno de esos delitos. Si la atención se fija en los 10 procesos en los que se aplicó alguna atenuante de confesión, ese porcentaje se eleva notablemente, hasta alcanzar el 81,72%. Sin embargo, si se observan los 74 procesos restantes, en los que *no* se hizo uso de ninguna, el porcentaje se rebaja hasta el 67,30%.

Algo similar ocurre en la muestra de delitos de cohecho (gráfico 75). En los 30 procesos que componen esa muestra se condenó, de media, al 64,22% de los acusados por alguno de esos delitos. Cuando la observación se limita a los 6 procesos en los que hubo aplicación de atenuantes de confesión, ese porcentaje sube más de 16 puntos, hasta el 80,74%.

Finalmente, en la muestra de malversación también hay variaciones muy significativas (gráfico 76). Así, en los 19 procesos que la componen, se condenó, en términos medios, al 60,72% de los acusados de haber cometido alguno de esos delitos. En cambio, en los 6 procedimientos en los que hubo aplicación de alguna atenuante de confesión la proporción escaló hasta alcanzar el 73,64%. Si la atención se fija en los otros 13 procesos, en los que no se concedió a nadie ninguna de esas circunstancias, el porcentaje desciende con respecto al del total de la muestra en casi 6 puntos, hasta quedar en el 54,76%.

Tomando en consideración lo que se dijo en el epígrafe anterior sobre la representatividad de las medias de acusados y condenados, resulta obligado estudiar ahora, también, las desviaciones típicas de los promedios aquí representados. En líneas generales, habría que decir que las medias

de las proporciones de acusados que resultan condenados son mucho más representativas que las vistas previamente. Eso es lo que se desprende, al menos, de la información contenida en la tabla 18, en la que constan estas medidas. La misma puede verse a continuación.

TABLA 18: DESVIACIÓN TÍPICA DE LOS PROMEDIOS DE LA PROPORCIÓN DE ACUSADOS QUE HAN SIDO CONDENADOS EN CADA MUESTRA

	Grupo de procesos	**Promedio** ($\overline{x}$)	**Desviación típica** (σ)
Delitos fiscales	Total muestra (N=84)	67,30%	0,37%
	Aplican confesión (N=10)	**81,72%**	**0,20%**
	No aplican confesión (N=74)	69,02%	0,39%
Cohecho	Total muestra (N=31)	60,09%	0,38%
	Aplican confesión (N=6)	**80,74%**	**0,24%**
	No aplican confesión (N=25)	64,22%	0,40%
Malversación	Total muestra (N=19)	60,72%	0,39%
	Aplican confesión (N=6)	**73,64%**	**0,19%**
	No aplican confesión (N=13)	54,76%	0,44%

Ninguna de las desviaciones típicas alcanza el 1%. Eso quiere decir que la media es muy representativa de la distribución de las proporciones en todas las muestras estudiadas. En la tabla en cuestión se han destacado en negrita las desviaciones típicas más pequeñas; esto es, las asociadas a las medias que resultan más representativas de todas las analizadas. Estas desviaciones típicas son las propias de las medias de los procedimientos en los que se ha aplicado alguna atenuante de confesión. Como se ha visto antes, se da la circunstancia de que esos grupos de procesos son los que cuentan con una proporción media de acusados que acaban siendo condenados más elevada. Siendo estas últimas desviaciones tan bajas, parece razonable afirmar

que, cuando se han aplicado las atenuantes examinadas, cualquiera que sea la muestra, se ha condenado, de media, a una proporción mayor de acusados en cada procedimiento.

Esto es coherente con un dato que se ha mostrado más arriba. En el epígrafe anterior se vio cómo, de media, en los procesos en los que se aplica alguna atenuante de confesión hay más acusados que en aquellos en los que estas circunstancias no se aprecian. Podría esperarse, por lo tanto, que los procesos en los que hay un mayor número de acusados pertenezcan a ese grupo. Eso es lo que, de hecho, sucedía tanto en la muestra de delitos fiscales como en la de cohecho. Sin embargo, en la muestra de malversación, el «pico» de acusados (34) se dio en uno de los 13 procesos en los que los tribunales *no* concedieron ninguna atenuante de confesión.

El proceso en cuestión fue el caso *Ballena Blanca*, resuelto en la STS 508/2015, de 27 de julio (Roj.: STS 3699/2015) y dimanante de la SAP Málaga (1ª) 535/2013, de 4 de octubre (Roj.: SAP MA 1794/2013). Lo llamativo de este caso es que, pese a que reunió el mayor número de acusados de la muestra, no está ni entre los 8 que más condenados tuvieron en ella. En efecto, el proceso se saldó con sólo 2 condenados por malversación, lo que representa un 5,88% de todos los acusados por este delito en ese procedimiento.

Lo que pretende ponerse de relieve en este momento es que, si bien no siempre se cumple que los procesos con más acusados estén comprendidos entre aquellos en los que se aplica alguna atenuante de confesión –a pesar de que, de media, estos procesos sean los que más acusados reúnen–, en las tres muestras estudiadas sucede que los procesos con mayor número de condenados sí se encuentran en dicho grupo.

Así, en la muestra de delitos fiscales esto es lo que pasa con el proceso decidido por la STS 40/2020, de 6 de febrero (Roj.: STS 596/2020)[813], en el que hubo 45 condenados por haber cometido este delito. De esos 45 condenados, 43 resultaron beneficiados con una atenuante de confesión (concretamente, de una atenuante analógica simple del art. 21.7ª CP). Como en este proceso hubo, además, 54 acusados, en él se da la doble circunstancia de que es el que más acusados y condenados tiene por delito fiscal. Lo mismo ocurre en la muestra de cohecho. El proceso con más condenados es uno de los 6 en los que los jueces hicieron uso de alguna atenuante de confesión. Se trata, precisamente, del caso *Ballena Blanca,* en el que hubo 45 acusados por haber cometido algún delito de cohecho, 33 de los cuales resultaron condenados y sólo 2 fueron beneficiados con una atenuante de confesión (de nuevo, una atenuante analógica simple del art. 21.7ª CP). En la muestra de malversación, en cambio, el proceso en el que más condenados hubo no es aquel en el que concurrió el mayor número de acusados por este delito. Se trata del caso

[813] Dimanante de la SAN (1ª) 13/2018, de 4 de mayo (Roj.: SAN 2469/2018).

Emarsa, resuelto en la STS 482/2020, de 30 de septiembre (Roj.: STS 3893/2020)[814], en el que hubo 24 acusados por malversación. De ellos, fueron condenados 23, y, de esos 23, hubo 10 a los que se les aplicó una atenuante de confesión (nuevamente, la atenuante analógica, aunque aquí hubo 3 condenados a los que se les apreció como simple y otros 7 a los que se les concedió como muy cualificada).

Todo cuanto se ha dicho hasta aquí sugiere que una de las hipótesis que, a veces, se ha esgrimido como crítica frente a los incentivos no está, quizás, del todo bien fundamentada. Me refiero a aquella que, como se vio en su momento, partía de la doctrina constitucional que exige que las declaraciones de los coimputados tengan que estar corroboradas por otros elementos de prueba para erigirse en prueba de cargo suficiente como para enervar la presunción de inocencia. De acuerdo con esta crítica, como se supone que normalmente los beneficiarios de los incentivos intervendrán como coimputados en el acto del juicio oral, era discutible que sus declaraciones pudieran servir para fundar las condenas de otros intervinientes. Es cierto que los incentivos no se han aplicado, prácticamente, en ninguna de las muestras. Sin embargo, los resultados de la aplicación de las atenuantes de confesión llevan a que se tome esa crítica *cum grano salis*: no sólo es que en los procesos en los que éstas se aprecian el número medio de acusados sea mayor, sino que el número medio de condenados y –lo que quizás interesa más destacar ahora– la proporción media de los acusados que acaban siendo condenados también aumentan. Aun así, se concede que, para rechazar esa crítica por completo, sería preciso estudiar el razonamiento probatorio de cada una de las sentencias en las que se ha aplicado alguna atenuante de confesión y comprobar en qué número de ellas se ha considerado que la aportación del beneficiado con ella es el elemento determinante de la condena[815].

---

[814] Dimanante de la SAP Valencia (1ª) 349/2018, de 19 de junio (Roj.: SAP V 1960/2018).

[815] Me parece necesario hacer la siguiente observación en este momento: un mayor *número* de confesiones –*rectius*, de «beneficiados con una atenuante de confesión»– no parece correlacionar siempre con un mayor número de condenas. Esto puede parecer paradójico si se toma en consideración que, para poder beneficiarse de una atenuante de confesión, hay que ser condenado. Sin embargo, puede ocurrir que, con sólo unos pocos sujetos que confiesen –*rectius*, con sólo unos pocos a los que se les conceda la atenuante– se consiga un gran número de condenas. Es decir, que *la calidad sea más importante que la cantidad*. Los procedimientos con mayor número de condenados en la muestra de delitos fiscales (45 condenados, de los cuales 43 fueron beneficiados con esta atenuante) y de cohecho (33 condenados y sólo 2 beneficiados) son, a mi juicio, un ejemplo muy elocuente de esta posibilidad: en el primero confesaron –*rectius*: fueron beneficiados con alguna atenuante de confesión– el 95,56% de los condenados por delito fiscal, mientras que en el segundo sólo hubo un 6,06% de condenados por delito de cohecho que actuaron de ese modo –más bien, a los que se les concedió la atenuante–. Pese a que son muy distintos en cuanto a la proporción que se acaba de indicar, los dos procesos tienen en común ser, como se ha dicho, los asuntos en los que, en cada una de sus respectivas muestras, se dio el valor extremo de condenados. Esto es lo que, en mi opinión, hace que hallar el coeficiente de correlación lineal (r) entre el número de beneficiados y el número de condenados de cada procedimiento pueda llevar a resultados potencialmente confusos, pues sólo habrá una correlación (positiva) fuerte cuando un elevado número de condenados esté acompañado de un elevado número de beneficiados con la atenuante de confesión. Eso es justo lo que sucede en la muestra de delitos fiscales ($r \simeq 0{,}94$) y la de malversación ($r \simeq 0{,}84$). En cambio, este coeficiente es mucho menor en la muestra de cohecho ($r \simeq 0{,}37$).

3.4. Acuerdos entre la acusación y la defensa: número, proporción y aplicación de atenuantes «como moneda de cambio»

3.4.1. Consideraciones preliminares: el concepto de «acuerdo»

El último parámetro que se ha analizado es el número de condenados que han llegado a algún tipo de acuerdo con la acusación. Este dato se ha puesto en relación con el número total de condenados de cada muestra y con el número de beneficiados con alguna atenuante genérica de las estudiadas. Ello, con el objetivo de averiguar si existe algún tipo de correlación entre el hecho de que los órganos judiciales concedan alguna rebaja de pena mediante la aplicación de estas disposiciones y que el final del proceso haya sido «negociado». En otras palabras: se trata de averiguar si, ante la práctica inaplicación de los incentivos, las partes del proceso, con la anuencia de los tribunales, han empleado la pena «como moneda de cambio», valiéndose, para ello, del recurso a las atenuantes genéricas.

Antes de mostrar los resultados de este análisis es preciso aclarar una serie de cuestiones. La primera de ellas es que la muestra está sesgada: las resoluciones analizadas son SSTS y, salvo los casos de aforamiento, el TS sólo puede pronunciarse sobre un asunto por vía de recurso. Cuando la defensa se conforma con la petición de la acusación, carecerá del gravamen que la legitime para recurrir. En la medida en que no hubo ningún caso de aforamiento entre las sentencias tomadas en consideración, todos los casos de acuerdo entre las partes que han integrado la muestra son supuestos en los que alguno de los condenados que *no* se ha conformado con la acusación ha recurrido. No hay duda de que existirán varias sentencias potencialmente útiles para esta investigación que no han sido incorporadas a la muestra. Ello habrá sucedido cuando *todos* los acusados hayan llegado a un acuerdo en alguna instancia previa y, en consecuencia, nadie haya recurrido. La información que se va a exponer a continuación cuenta, por tanto, con una limitación importante. Para paliar esa limitación, se ha realizado un estudio complementario de cuatro muestras de sentencias de Audiencias Provinciales (SSAP) y de la Audiencia Nacional (SSAN). Más adelante, en el apartado 3,5, se expondrán los resultados de dicho estudio.

Lo siguiente que hay que aclarar es qué se va a entender, en adelante, cada vez que se diga que las acusaciones y las defensas han llegado a un «acuerdo». A los efectos de este estudio, se ha considerado que las partes han llegado a un acuerdo cuando la representación procesal de la defensa se ha mostrado conforme *por completo* con la *calificación jurídico-penal más grave* que las acusaciones hayan asignado a los hechos. Explicaré esto con algo más de detenimiento.

La exigencia de que haya una conformidad *completa* implica que, desde luego, se han descartado todos aquellos casos en los cuales las acusaciones han considerado que los hechos sucedieron de un modo concreto y la defensa ha propuesto un relato de hechos alternativo. Además de eso, también se han rechazado los casos en los que la defensa ha reconocido los

hechos, pero ha discrepado de su calificación jurídico-penal. Este último grupo de supuestos no sólo engloba a los casos en los que la defensa ha solicitado la absolución, sino también aquellos en los que ha pedido la aplicación de un tipo penal distinto a aquel por el que se formuló la acusación o los casos en los que, habiendo conformidad en lo sustancial en la calificación jurídico-penal de los hechos, la defensa ha pedido la aplicación de una atenuante que las acusaciones no han considerado concurrente. En suma, sólo se ha considerado que hubo un acuerdo si la coincidencia entre la calificación jurídico-penal que las acusaciones y la defensa dispensaron a los hechos fue total.

Por otro lado, la única calificación jurídica que se ha considerado importante en este análisis ha sido la *jurídico-penal*. Esto quiere decir que el hecho de que no haya habido acuerdo sobre extremos como la responsabilidad civil derivada del delito no ha tenido influencia a la hora de entender que un proceso ha tenido una solución convencional[816].

Finalmente, para poder hablar de acuerdo se ha exigido que la defensa haya consentido la calificación jurídico-penal *más grave* de todas las que las acusaciones hayan podido formular. Esto implica que, si la representación letrada del inculpado sólo se ha mostrado conforme con una calificación jurídico-penal, pero no con otra u otras concurrentes en el mismo proceso y que resulten más graves, el caso tampoco se ha computado como acuerdo.

Estos tres requisitos no sólo se han considerado como necesarios, sino también como suficientes para poder hablar de «acuerdo» a los efectos de este estudio. Esto quiere decir que el momento procesal en el que se haya manifestado la concurrencia de voluntades, el grado de formalidad que haya revestido o, incluso, la duración de las penas de los delitos sobre los cuales se haya proyectado no han sido aspectos relevantes desde el punto de vista conceptual. Por lo tanto, dentro de la noción de «acuerdo» que aquí se mantiene quedan englobados, desde luego, los casos en los que las acusaciones y defensas han alcanzado un acuerdo de conformidad *stricto sensu* de los regulados en los arts. 655 y 787 LECrim, pero no sólo esos. También se han considerado acuerdos, como en su momento se dijo, aquellos casos en los que, tras la práctica de la prueba en el acto del juicio oral, la defensa ha manifestado su adhesión a la calificación definitiva más grave que hayan formulado las acusaciones.

Como puede verse, el concepto de acuerdo manejado es bastante amplio. Con ello se ha pretendido tomar en consideración todos aquellos casos en los cuales, en atención a la información contenida en la sentencia, resulte *evidente* que las acusaciones y las defensas han negociado el

[816] Ésta es, de hecho, la postura que se mantiene, a la hora de fijar de los requisitos necesarios para poder hablar de una sentencia *de conformidad*, en la STS 253/2017, de 11 de diciembre (Roj.: STS 4830/2017), FFDD 2-3, pp. 11-12, citada más arriba. Aquí se ha optado por utilizar esos mismos criterios, si bien, como se verá de inmediato, el concepto de «acuerdo» que se maneja es más amplio que el de «conformidad».

final del proceso y han pactado una calificación conjunta. Ahora bien, también se ha exigido que en el texto de la sentencia conste con claridad que se cumplen los tres requisitos mencionados antes. Esto ha tenido cierta influencia a la hora de valorar los asuntos en los cuales se ha producido una de estas adhesiones a la calificación definitiva más grave. Como se indicó en su momento, en algunas muestras hay ciertos supuestos en los que concurren indicios claros de que el final del proceso es pactado. Sin embargo, como en la sentencia no se afirma expresamente que la defensa se ha mostrado conforme con la calificación jurídico-penal más grave de las formuladas por las acusaciones, no se han contabilizado como casos de acuerdo, pues no hay certeza de que el mismo se haya alcanzado. En otras palabras: salvo error, *todos los casos que están contabilizados son casos de acuerdo, pero probablemente no todos los casos de acuerdo estén contabilizados*.

Una última precisión antes de continuar: siempre que se hable de «conformes» se está haciendo referencia a los condenados que hayan tomado parte en un acuerdo, sea del tipo que sea. Cuando se haga referencia, específicamente, a una conformidad de las reguladas en la LECrim, se hablará siempre de «conformidad en sentido estricto» o «*stricto sensu*».

3.4.2. Número de procedimientos con acuerdos y número de conformes

En la tabla 19 se muestra el número de procesos en los que, en cada muestra, ha habido, al menos, *un* condenado que haya llegado a un acuerdo con las acusaciones. Por su parte, en la tabla 20 se muestra el número total de condenados que, en cada muestra, ha llegado a uno de esos acuerdos. Estas dos variables se han puesto en relación en la tabla 21, en la que se indica qué número medio de condenados ha conformado en cada uno de los procedimientos en los que la acusación y defensa han llegado a algún acuerdo.

TABLA 19: NÚMERO DE PROCESOS DE CADA MUESTRA EN LOS QUE *ALGUNO* DE LOS CONDENADOS HA ALCANZADO UN ACUERDO CON LAS ACUSACIONES

	Procesos totales (N)	**Con acuerdo**
Delitos fiscales	84	12 (14,29%)
Contra la Seguridad Social	21	2 (9,52%)
Fraude de subvenciones	24	2 (8,33%)
Cohecho	**30**	**8 (26,67%)**
Malversación	19	4 (21,05%)

TABLA 20: NÚMERO TOTAL DE CONDENADOS QUE HAN LLEGADO A ALGÚN ACUERDO CON LAS ACUSACIONES

	Condenados totales (N)	**Conformes**
Delitos fiscales	269	123 (45,72%)
Contra la Seguridad Social	**85**	**67 (78,82%)**
Fraude de subvenciones	34	7 (20,59%)
Cohecho	147	18 (12,24%)
Malversación	97	12 (12,37%)

Los procesos en los cuales *algún* condenado llegó a un acuerdo con las acusaciones son minoritarios en todas las muestras. En términos absolutos, la muestra en la que hubo más asuntos de ese tipo es la de delitos fiscales. En ella, hubo 12 procedimientos en los cuales *algún* condenado pactó el final de su situación procesal con las partes activas. Sin embargo, la muestra en la que la proporción de procesos con acuerdo con respecto al total de asuntos incluidos en la muestra fue mayor es la de cohecho: en el 26,67% de los procedimientos hubo, al menos, un acuerdo (8 sobre 30).

El panorama varía si, en lugar de prestar atención al número de procesos, se observa *cuántos condenados en total* alcanzaron un acuerdo con las acusaciones y se los compara con el total de condenados de cada muestra. Así, mientras que en las muestras de fraude de subvenciones, cohecho y malversación la proporción de conformes no alcanza el 25% de las condenas totales (en las dos últimas, de hecho, no llegan ni al 15%), en la muestra de delitos fiscales alcanza el 45,72% (123 de 269). La situación más llamativa se da en la muestra de delitos contra la Seguridad Social: si en esta muestra hubo 85 condenados, 67 de ellos alcanzaron un acuerdo con la acusación. Esto es una proporción cercana al 80% de todos los condenados (78,82%).

Como es esperable, estas diferencias en las proporciones han tenido su influencia en ciertas estadísticas. En la tabla 21 se muestra el número medio de condenados conformes en cada procedimiento en el que ha habido algún acuerdo. Esta información se complementa con la desviación típica de ese promedio y con los valores extremos de cada muestra. A los efectos del

análisis que se está llevando a cabo ahora, por «valor extremo» se entiende el número máximo de condenados que, en un único procedimiento, llegaron a un acuerdo con las acusaciones.

TABLA 21: NÚMERO MEDIO DE CONFORMES EN LOS PROCESOS EN LOS QUE ACUSACIÓN Y DEFENSA HAN LLEGADO A UN ACUERDO. DESVIACIÓN TÍPICA Y VALORES EXTREMOS

	Procedimientos con acuerdo	**Conformes**	**Máximo**	**Media ($\overline{x}$)**	**Desviación típica (σ)**
Delitos fiscales	12	123	43	10,25	11,36
Contra la Seguridad Social	**2**	**67**	**49**	**33,5**	**15,50**
Fraude de subvenciones	2	7	6	3,5	2,50
Cohecho	8	18	8	2,25	2,22
Malversación	4	12	9	3	3,46

En la tabla 21 se observa una distancia muy grande entre muestras en función del número medio de conformes que hubo en cada asunto en el que se llegó a algún acuerdo. Por un lado, están las muestras de fraude de subvenciones, cohecho y malversación. Cuando, en ellas, la acusación y la defensa pactaron, los acuerdos abarcaron, de media, a 3,50 condenados en la primera, 2,25 en la segunda y 3 en la tercera. Por otro lado, están las muestras de delitos fiscales y delitos contra la Seguridad Social. En la primera de ellas, los acuerdos abarcaron, de media, a 9,91 condenados. En la muestra de delitos contra la Seguridad Social fueron muchos más: 33,50. Ahora bien, como quedó claro en el apartado 3.3.3., b) de este capítulo, es conveniente completar la información que aportan los promedios con el estudio de sus desviaciones típicas y de los valores extremos de cada muestra.

Comentaré en primer lugar la situación de los valores extremos. La muestra más llamativa en este sentido es, de nuevo, la de los delitos contra la Seguridad Social. En ella, hay un único proceso en el que hubo 49 inculpados que llegaron a un acuerdo con las acusaciones. No ha de sorprender que ese mismo proceso sea, también, aquel en el que se dio el mayor número de condenados (51) y de acusados (54). No sólo eso: este procedimiento es, también, el que más acusados y

condenados tuvo de todo el estudio empírico desarrollado en esta investigación. Se trata del caso resuelto en la STS 811/2021, de 25 de octubre (Roj.: STS 3894/2021), dimanante de la SAP Valencia (4ª) 412/2019, de 17 de julio (Roj.: SAP V 6490/2019).

Un detalle interesante de este asunto es que no parece encajar en lo comúnmente se llamaría una «macrocausa», sino que estaría más cerca de un supuesto de «delincuencia de bagatela». Los 51 condenados –incluyendo a los 49 conformes–, lo fueron por un delito de fraude de prestaciones en su modalidad básica, tipificada en el primer inciso del art. 307 ter.1 CP. Su conducta consistió en haber recurrido a dos personas para que, a cambio de una remuneración, simularan contratarlas en diferentes empresas. Con ello, consiguieron cumplir, de modo fraudulento, el número mínimo de días necesario para poder acceder a la prestación y el subsidio de desempleo. Como la modalidad delictiva aplicada fue el tipo básico, a ninguno de los 51 trabajadores ficticios que fueron condenados se le impuso una pena superior a los nueve meses de prisión[817]. En casación,

[817] Las dos personas que les dieron ficticiamente de alta, en cambio, fueron condenadas por sendos delitos de estafa del art. 250.1.5º CP, en su redacción actual, en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento oficial del art. 390.1.1º y 2º en relación con el art. 392 CP. El razonamiento que la AP empleó para castigar por estafa en lugar de por delito de fraude de prestaciones me parece (muy) discutible en algunos puntos. Así, el tribunal *a quo* parte del hecho de que algunas de las prácticas constitutivas del objeto del proceso se habían producido con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 7/2012, de 27 de enero, que fue la que introdujo el delito de fraude de prestaciones en el Código Penal. La defraudación a la Seguridad Social excedió, en cómputo global, de los 50.000 €, por lo que, de haber castigado los hechos como un delito de fraude de prestaciones habría que haber aplicado, según el órgano de enjuiciamiento, la modalidad agravada del apartado 2 del art. 307 ter CP. Este precepto castiga los hechos con una pena de prisión de dos a seis años. Como se trató de una actuación prolongada en el tiempo que siempre respondía al mismo patrón, los hechos deberían haber sido castigados, además, como delito continuado. Esto es lo que, en opinión del tribunal de instancia, hacía preferible recurrir al delito de estafa del art. 250.1 CP como norma más favorable. A juicio de la AP, la estafa es un delito patrimonial, por lo que, cuando se comete en régimen de continuidad (como es el caso), le es aplicable la regla del art. 74.2 CP, que remite a la pena correspondiente por el perjuicio total causado. El delito de fraude de prestaciones, en cambio, no es un delito de esta naturaleza para el tribunal, por lo que, al haberse cometido como delito continuado, la regla aplicable sería la del art. 74.1 CP, que, como es sabido, obliga a imponer la pena por la infracción más grave en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. Esto quiere decir que, de haber aplicado el art. 307 ter.2 CP la pena imponible a estos acusados habría sido, como mínimo, prisión de cuatro a seis años. Por eso la AP consideró preferible recurrir al delito de estafa: como el perjuicio total causado superaba los 50.000 €, podía recurrirse a la modalidad del art. 250.1 CP que agrava la pena cuando la defraudación sobrepasa esa cantidad. La pena correspondiente a ese subtipo agravado de estafa, contenido actualmente en el ordinal 5º del art. 250.1 CP era (y es) prisión de uno a seis años. Como su límite inferior es sensiblemente más leve que el de la otra pena imponible, la calificación por estafa es más benévola que la procedente por delito de fraude de prestaciones. Ahora bien, queda por resolver el concurso entre la estafa y el delito de falsedad documental. En opinión de la AP este concurso era medial. Como también es sabido, el régimen jurídico-penal de este concurso fue modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Para el órgano de enjuiciamiento, la redacción dada por esta última norma debía ser la aplicable porque, de nuevo, en su opinión, es la más favorable al reo. Esto es, desde mi punto de vista, incorrecto. La AP se ampara dos veces en el instituto de la (ir)retroactividad de las normas penales para aplicar un Código Penal en el que no haya entrado en vigor la reforma operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, pero sí lo haya hecho la LO 1/2015, de 30 de marzo. Con lo primero se evitaría la aplicación del art. 307 ter.2 CP y, con lo segundo, se posibilitaría la aplicación de la regla del art. 77.3 CP para resolver el concurso medial. O se aplica la redacción del Código Penal anterior a 2012 o se aplica la posterior. Lo que no puede hacerse es aplicar una redacción anterior a 2012 y añadirle, después, un elemento concreto creado en 2015. Sea como fuere, al final, uno de los artífices de las altas ficticias fue condenado, como autor del delito de estafa en concurso con la falsedad, a dos años de prisión. El otro, como cómplice –y funcionario público, aunque este extremo no parece tener importancia para el tribunal– lo fue

recurrió uno de los trabajadores que no conformó en la primera instancia. El recurso fue desestimado en su integridad, por lo que la solución de la primera instancia fue la que zanjó definitivamente el caso.

La cuestión se torna todavía más llamativa cuando se repara en que los otros 18 conformes que hubo en esa muestra no sólo se dieron, también, en un único procedimiento, sino que su objeto fue muy parecido al del asunto que se acaba de comentar. Se trata del caso resuelto por la STS 150/2020, de 18 de mayo (Roj.: STS 896/2020), dimanante de la SAP Zaragoza (1ª) 128/2018, de 18 de mayo (Roj.: SAP Z 740/2018) y cuya apelación fue resuelta en la STSJ Aragón (1ª) 35/2018, de 5 de octubre (Roj.: STSJ AR 1888/2018). En la resolución de instancia se condenó a 19 de los 20 acusados de haber cometido un delito de fraude de prestaciones. Los 18 que conformaron lo fueron, nuevamente, por la modalidad básica del primer inciso del art. 307 ter.1 CP. El condenado restante lo fue, en cambio, por el subtipo cualificado del art. 307 ter.2 CP, que castiga los hechos con una pena más grave cuando la defraudación supere los 50.000 €. Este último era un empresario que dio de alta, de forma ficticia, a los demás condenados como trabajadores en una sociedad mercantil de la que era socio único y administrador. Los 18 conformes, por su parte, reconocieron haber pagado al anterior una determinada cantidad para poder acceder a las prestaciones por desempleo y, en algunos casos, permisos de residencia. Mientras que el supuesto empleador fue condenado a la pena de cuatro años de prisión, los trabajadores ficticios lo fueron a penas que no superaron los siete meses. Pese a que este último recurrió su condena en apelación y en casación, la situación quedó igual a como se decidió en la primera instancia.

La otra muestra que llama la atención en cuanto a sus valores extremos es la de delitos fiscales: en ella hubo un procedimiento en el que 43 condenados llegaron a un acuerdo con la acusación. En este caso se trata, de nuevo, del procedimiento con más acusados (51) y condenados (45) de esa muestra: el decidido en la STS 40/2020, de 6 de febrero (Roj.: STS 596/2020), dimanante de la SAN (1ª) 13/2018, de 4 de mayo (Roj.: SAN 2469/2018). En este caso, los 45 condenados lo fueron por delitos fiscales agravados de las modalidades previstas en las letras «a)» –utilización de personas interpuestas que dificulten la identificación del verdadero obligado tributario– y «b)» –especial trascendencia y gravedad de la defraudación en atención a la cuantía o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados– del art. 305.1 CP en su redacción conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, vigente a la fecha de los hechos. A diferencia de lo que sucede en la muestra de delitos contra la Seguridad Social, en este caso ya no se trata de conductas de escasa gravedad.

a la pena de un año de prisión. Sobre la cuestión, ver SAP Valencia (4ª) 412/2019, de 17 de julio (Roj.: SAP V 6490/2019), FFDD 3-4, pp. 10-13.

En las otras tres muestras, los «picos» ya no son tan espectaculares: 6 en la de fraude de subvenciones, 8 en la de cohecho y 9 en la de malversación. Eso no quita para que, en dos de esas muestras, la de fraude de subvenciones y la de malversación, se repita, con matices, el patrón que se ha visto en los delitos fiscales y contra la Seguridad Social. Con ello me refiero a que, tanto en una como en otra muestra, los procesos en los que hubo un mayor número de acuerdos también fueron aquellos en los que se *condenó* a un mayor número de personas acusadas por la comisión de alguno de los delitos que les son propios. En el caso de la de fraude de subvenciones esto ocurrió en el proceso decidido en la STS 367/2019, de 3 de julio (Roj.: STS 2498/2019), dimanante de la SAP Lugo (2ª) 199/2017, de 20 de noviembre (Roj.: SAP LU 598/2017), en el que hubo 7 acusados. Los 7 fueron condenados, alcanzando 6 de ellos un acuerdo con las acusaciones. Por su parte, en la muestra de malversación, el proceso en el que hubo más acuerdos (9) fue el caso *Emarsa* (STS 482/2020, de 30 de septiembre), en el que se condenó a 23 de los 24 acusados de haber cometido un delito de malversación.

Se ha dicho que el patrón de las muestras de delitos fiscales y contra la Seguridad Social sólo se sigue «con matices» en las de fraude de subvenciones y malversación por un motivo: mientras que en las primeras los casos con mayor número de acuerdos también son los casos con más *acusados* y *condenados*, en las dos a las que se acaba de hacer mención sólo se cumple que los procesos con mayor número de acuerdos son los que tuvieron más *condenados*. Ya se mencionó que el caso con más acusados en la muestra de malversación fue *Ballena Blanca* (STS 508/2015, de 27 de julio), en el que, pese a que sólo hubo 2 condenados por malversación, hubo 34 acusados de haber cometido este delito. Por su parte, en la muestra de fraude de subvenciones, el proceso con mayor número de acusados es el que se resolvió con la STS 439/2020, de 10 de septiembre (Roj.: STS 2856/2020), dimanante de la SAP Granada (1ª) 568/2017, de 23 de noviembre (Roj.: SAP GR 1832/2017), en el que se acusó a 9 personas de haber cometido este delito, pero todas ellas resultaron absueltas[818].

La muestra de cohecho, en cambio, no está en esta línea: el proceso en el que se alcanzaron los 8 acuerdos es el que se zanjó con la STS 394/2014, de 7 de mayo (Roj.: STS 2019/2014). En él, hubo 9 acusados de un delito de cohecho y se condenó a los 9, habiendo alcanzado 8 de ellos un pacto con las acusaciones. La resolución de primera instancia de este caso es la SAP Islas

[818] Tres de ellas fueron condenadas, eso sí, por un delito de estafa. En este proceso es interesante el tratamiento de la relación concursal entre ese delito y el de fraude de subvenciones tras la reforma operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que, como se dijo en su momento, introdujo, entre otras cosas, el delito de fraude de prestaciones en el art. 307 ter CP. Ver STS 439/2020, de 10 de septiembre (Roj.: STS 2856/2020), FD 2, pp. 11-13 y SAP Granada (1ª) 568/2017, de 23 de noviembre (Roj.: SAP GR 1832/2017), FD 26, pp. 22-26, en las que se estudia en profundidad la jurisprudencia sobre la materia. Se trata, pues, de una cuestión parecida a la que se suscita con la condena de los artífices de las altas fraudulentas en la STS 811/2021, de 25 de octubre (Roj.: STS 3894/2021), comentada con ocasión del estudio del número máximo de acuerdos alcanzados en la muestra de delitos contra la Seguridad Social.

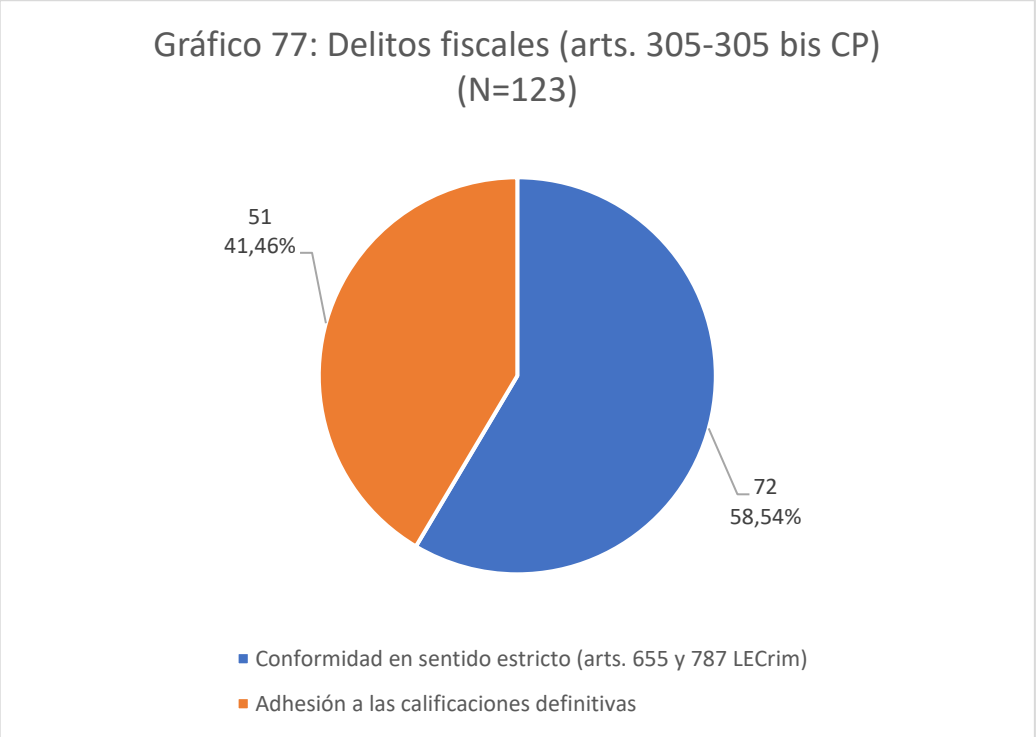
Baleares (1ª) 1536/2013, de 26 de julio (Roj.: SAP IB 1536/2013). Como se dijo en su momento, el asunto en el que hubo más acusados (45) y condenados (33) por haber cometido delitos de cohecho es, una vez más, el caso *Ballena Blanca*. Con todo, hay que decir que en él también hubo pactos: 2 de los condenados alcanzaron un acuerdo de conformidad con las acusaciones[819].

La existencia de estos máximos se deja sentir en las desviaciones típicas de los promedios reflejados en la tabla 21. Si se vuelve a ella, se comprobará cómo ninguna de las medias que aquí se han mencionado es especialmente representativa. La desviación típica más pequeña es la de la muestra de fraude de subvenciones y es de 2,5. Esto quiere decir que, de media, en cada proceso en el que se alcanzó un acuerdo hay una diferencia de casi 3 conformes con respecto al promedio. Si se toma en consideración que ese promedio es de 3,5 conformes en cada proceso con acuerdo, la conclusión es que ese promedio es más bien poco descriptivo de lo que sucede en la realidad. En el caso de las muestras de cohecho ($\sigma \simeq 2{,}22$; $\overline{x} \simeq 2{,}25$) y malversación ($\sigma \simeq 3{,}46$; $\overline{x} \simeq 3$) la situación es similar. Aun así, hay muestras en las que el promedio es *todavía menos representativo*: las desviaciones típicas más grandes son las de las muestras de delitos fiscales ($\sigma \simeq 11{,}36$; $\overline{x} \simeq 10{,}25$) y la de delitos contra la Seguridad Social ($\sigma \simeq 15{,}50$; $\overline{x} \simeq 33{,}5$).

Antes de concluir este epígrafe, se prestará atención al tipo de acuerdo que, en cada caso, han suscrito las defensas y las acusaciones. En otras palabras: queda por ver en cuántas ocasiones las partes del proceso se han sujetado a los cauces previstos por la LECrim para la celebración de un acuerdo de conformidad en sentido estricto (regulado en los arts. 655 y 787 LECrim) y en cuántas otras se ha llevado a cabo un pacto *sui generis* mediante una adhesión de las defensas a las calificaciones definitivas de las acusaciones. Esta información se contiene en los gráficos 77 a 81, dispuestos a continuación.

[819] Por si acaso el lector se lo estuviera preguntando, estos 2 condenados *no* son aquellos a los que se les aplicó la atenuante analógica de confesión. Mientras que los conformes son los llamados Vidal Gabriel y Avelino Urbano en la primera instancia, los beneficiados con la atenuante de confesión son los llamados Abelardo Gabriel y Remigio Urbano en esa misma fase procesal.

GRÁFICOS 77 A 81: TIPO DE ACUERDO ALCANZADO POR CADA CONDENADO



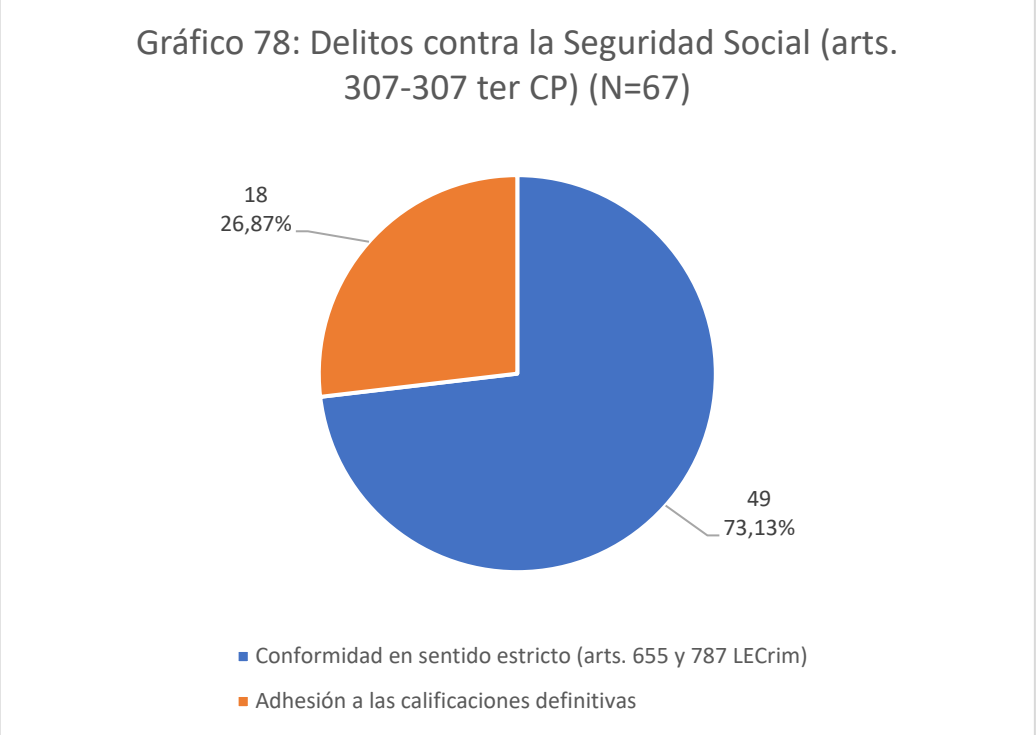


Gráfico 79: Fraude de subvenciones (art. 308 CP) (N=7)

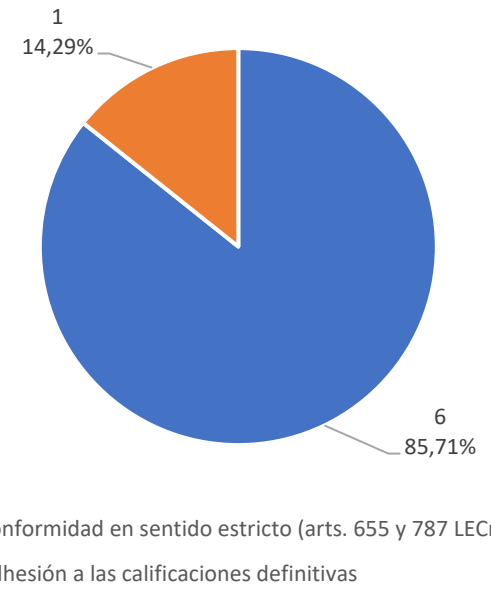
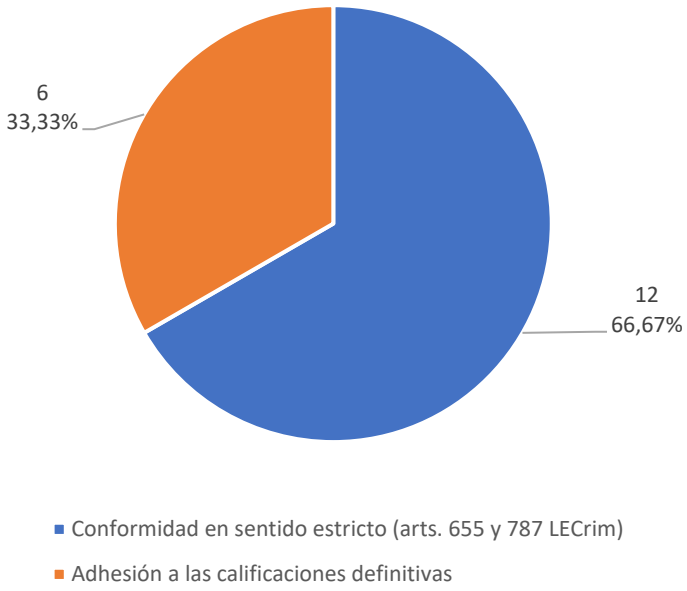
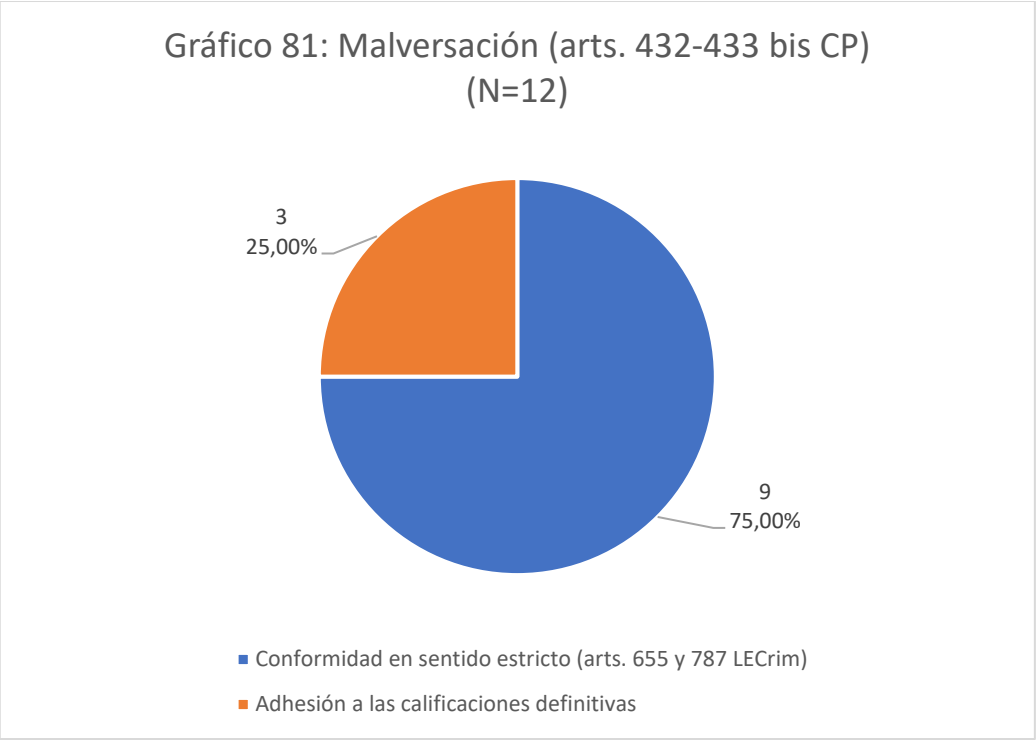


Gráfico 80: Cohecho (arts. 419-427 bis CP) (N=18)





Tal y como puede verse, en todas las muestras se cumple que la forma mayoritaria de llegar a un final negociado del procedimiento es a través de las vías expresamente previstas en la legislación procesal. Dicho esto, no hay que perder de vista que, con la excepción de la muestra de fraude de subvenciones –en la que sólo hubo una adhesión–, la proporción de acuerdos *sui generis* con respecto al total de los alcanzados dista de ser meramente testimonial. Así, salvo en la muestra aludida, en todas las demás este tipo de acuerdos representan más de un 20% del total. El caso más llamativo probablemente sea el de la muestra de delitos fiscales (gráfico 77), en la que se cumple que el 41,46% de los casos de acuerdos fueron adhesiones de la defensa a la calificación más grave de las que las acusaciones formularon con posterioridad a la celebración del juicio oral.

Hay un último detalle que, en mi opinión, merece ser destacado, como es que la información de los gráficos que se acaban de comentar esté dispuesta por condenados en lugar de por procedimientos. El motivo es que hay un asunto en el cual se produjeron acuerdos de los dos tipos. Éste corresponde a la muestra de malversación y es, precisamente, el que reunió más condenados –que no acusados– por este delito: el caso *Emarsa* (STS 482/2020, de 30 de septiembre). En él, hubo 9 personas que aceptaron la calificación de las acusaciones: 8 de ellas celebraron un acuerdo de conformidad en sentido estricto, mientras que otra sólo se mostró de acuerdo con los delitos que se le imputaban una vez que tuvo lugar el acto del juicio oral[820]. A este último condenado, al igual que a los otros 8 conformes, se le aplicó la atenuante pura de

[820] El acusado que se adhirió a la calificación definitiva de las acusaciones es el llamado Luis Francisco en la primera instancia.

reparación del daño (art. 21.5ª CP) y la atenuante analógica muy cualificada de confesión (art. 21.7ª en relación con el art. 21.4ª CP). La única diferencia de trato que hubo es que, mientras que al resto de conformes se les aplicó la atenuante de reparación del daño también como muy cualificada, al que se adhirió a las acusaciones tras el juicio oral esta circunstancia le fue apreciada como simple[821].

3.4.3. Relación entre acuerdos y aplicación de atenuantes genéricas

El último parámetro que se va a analizar en este estudio es la relación entre el hecho de que se alcance un acuerdo con la acusación y que se aplique alguna disposición que permita una rebaja en la pena. La información relativa a estos extremos se contiene en las tablas 22 y 23, dispuestas a continuación.

En la tabla 22 consta el número total de condenados de cada muestra que *no* alcanzó ningún acuerdo con la acusación. Justo al lado se indica el número de ellos a los que se les concedió alguna atenuante y la proporción que éstos representan sobre aquéllos. Debe indicarse que, en esta tabla, no sólo se han tenido en cuenta los casos de aplicación de las circunstancias genéricas de confesión –arts. 21.4ª, 21.7ª o 31 quater.1 a) CP–, reparación del daño –arts. 21.5ª, 21.7ª o 31 quater.1 c) CP– o dilaciones indebidas –arts. 21.6ª CP–. También se han computado los supuestos de aplicación de la figura contenida en el primer inciso del art. 305.6 –atenuante de «regularización tardía» en el delito fiscal[822]– y la del art. 434 CP –atenuante específica de colaboración con las autoridades o reparación del daño en el delito de malversación–[823].

Por su parte, en la tabla 23 se muestra el número de condenados que *sí* llegaron a algún tipo de acuerdo con las acusaciones –*i.e.*, tanto si se trata de un acuerdo de conformidad en sentido estricto como si fue una adhesión a las calificaciones definitivas–, así como el número de ellos a los que se les aplicó alguna circunstancia atenuante y la proporción que éstos representan sobre el total de conformes. Como no hay casos de aplicación de atenuantes específicas entre los condenados que alcanzaron pactos con la acusación, en esta tabla sólo se computan supuestos de aplicación de las circunstancias genéricas.

[821] La cuestión se dilucida en la primera instancia y queda intacta en casación. SAP Valencia (1ª) 349/2018, de 19 de junio (Roj.: SAP V 1960/2018), FD 19, p. 1145.
[822] Lo que sucedió en el procedimiento que zanjó la STS 740/2018, de 6 de febrero (Roj.: STS 274/2019), dimanante de la SAP Madrid (2ª) 591/2017, de 29 de septiembre (Roj.: SAP M 12282/2017).
[823] Lo cual ocurrió en el asunto concluido con la STS 341/2018, de 10 de julio (Roj.: STS 2648/2018), procedente de la SAP Madrid (15ª) 651/2016, de 1 de diciembre (Roj.: SAP M 16161/2016) y cuya apelación fue resuelta por la STSJ Madrid (1ª) 21/2017, de 31 de mayo (Roj.: STSJ M 3482/2017).

TABLA 22: CONDENADOS QUE *NO* ALCANZARON NINGÚN ACUERDO Y PROPORCIÓN DE ELLOS A LOS QUE SE LES APLICÓ ALGUNA ATENUANTE

	Condenados no conformes	**Aplicación de alguna atenuante**
Delitos fiscales	146	87 (59,59%)
Contra la Seguridad Social	**18**	**4** **(22,22%)**
Fraude de subvenciones	27	15 (55,56%)
Cohecho	129	49 (37,98%)
Malversación	85	41 (48,24%)

TABLA 23: CONDENADOS QUE LLEGARON A UN ACUERDO Y PROPORCIÓN DE ELLOS A LOS QUE SE LES APLICÓ ALGUNA ATENUANTE

	Conformes	**Aplicación de alguna atenuante**
Delitos fiscales	123	122 (99,19%)
Contra la Seguridad Social	**67**	**0** **(0,00%)**
Fraude de subvenciones	7	6 (85,71%)
Cohecho	18	14 (77,78%)
Malversación	12	11 (91,67%)

Como puede observarse, la proporción de conformes a los que se les aplicó alguna circunstancia atenuante es, por norma general, mucho mayor que la que corresponde a los

condenados que *no* llegaron a ningún acuerdo. Si se presta atención a los condenados que *no* se conformaron con las acusaciones, resulta que sólo hay dos muestras en las cuales más del 50% de ellos fueron beneficiados con alguna atenuante –genérica o específica–: la de delitos fiscales, en la que, de 146 condenados *no* conformes, hubo 87 a los que se les aplicó alguna de estas figuras (59,59%), y la de fraude de subvenciones, en la que, de 27 condenados que *no* llegaron a ningún acuerdo, 15 fueron beneficiados con alguna de esas circunstancias (55,56%). En las tres muestras restantes nunca se alcanza semejante proporción. En cambio, si se presta atención a los condenados que *sí* alcanzaron algún acuerdo con las partes activas, la situación es bien distinta. Ya no es que en 4 de las 5 muestras los beneficiados con atenuantes superen el 75% del total de condenados conformes: es que en 2 de esas 4 se supera el 90%. Estas últimas son las muestras de malversación (91,67%) y delitos fiscales (99,19%).

Estos datos muestran, por tanto, que a la inmensa mayoría de los condenados que pactaron con las acusaciones se les concedió alguna circunstancia atenuante. Con todo, esta afirmación está sujeta a algunos matices. Se ha dicho que la proporción de beneficiados con atenuantes es superior en el caso de los condenados conformes *por norma general* porque hay una excepción notable: la muestra de delitos contra la Seguridad Social. En esa muestra sólo hubo, en total, 4 condenados a los que se les concedió alguna atenuante[824]. Ninguno de ellos alcanzó ningún tipo de acuerdo con las acusaciones. Esto puede sorprender si se repara en que la muestra de delitos contra la Seguridad Social es, como se ha visto en el epígrafe anterior, aquella en la que hay un mayor número de condenados que conformaron; si se recuerda, cerca del 80% de los condenados –concretamente, el 78,82%– suscribieron un pacto con las acusaciones.

Creo que es importante tener en cuenta, a la hora de interpretar este dato, lo que se dijo en aquel momento sobre esta muestra. En el epígrafe previo se indicó que esa alta proporción de conformes se debía a que en ella hay dos procedimientos por delito de fraude de prestaciones del art. 307 ter CP en los que un número muy elevado de los acusados optaron por finalizar su andadura procesal firmando un acuerdo con las acusaciones. Así, si en toda esa muestra hubo 67 conformes, en uno de los dos procesos mentados concurrieron 49[825] y en el otro los 18 restantes[826]. Si se analizan las condenas que se impusieron a esos 67 condenados, se comprobará cómo ninguna de ellas supera los nueve meses de prisión en el primer asunto y los siete en el segundo. Lo que

[824] En concreto, se trata de la atenuante de dilaciones indebidas. Me remito al apartado 3.2.3. de este capítulo sobre la cuestión.
[825] Se trata del caso resuelto en la STS 811/2021, de 25 de octubre (Roj.: STS 3894/2021), dimanante de la SAP Valencia (4ª) 412/2019, de 17 de julio (Roj.: SAP V 6490/2019).
[826] Se trata del caso resuelto por la STS 150/2020, de 18 de mayo (Roj.: STS 896/2020), dimanante de la SAP Zaragoza (1ª) 128/2018, de 18 de mayo (Roj.: SAP Z 740/2018) y cuya apelación fue resuelta en la STSJ Aragón (1ª) 35/2018, de 5 de octubre (Roj.: STSJ AR 1888/2018).

se pretende decir con esto es que, si bien en todas las muestras hay algunos conformes a los que no se les aplicó ninguna circunstancia atenuante, su trato ha sido, podría decirse, «benigno».

Y, para muestra, un botón (en realidad, varios). Si se acude nuevamente a la tabla 23, se comprobará cómo, además de los 67 conformes de la muestra de delitos contra la Seguridad Social, sólo hubo 7 conformes a los que no se les aplicó ninguna atenuante: 1 en la muestra de delitos fiscales[827], otro en la de fraude de subvenciones[828], 4 en la de cohecho[829] y 1 en la de malversación[830]. Ya se ha dicho que ninguno de los 67 de la muestra de delitos contra la Seguridad Social fue condenado a ninguna pena que superara los nueve meses de prisión. Si se presta atención a los 7 restantes, sólo hubo uno que fue condenado a una pena superior a los dos años de prisión, que es el umbral cuyo respeto exigen los arts. 80 y ss. CP como requisito para suspender la ejecución de la pena privativa de libertad[831].

[827] Se trata del condenado llamado Porfirio Saturnino en la SAP Zaragoza (1ª) 291/2016, de 23 de septiembre (caso *La Muela*) (Roj.: SAP Z 1252/2016). Esta resolución fue recurrida en casación, dando lugar a la STS 213/2018, de 7 de mayo (Roj.: 1552/2018), que ordenó la devolución de actuaciones al tribunal de instancia con respecto al fallo condenatorio de tres acusados. La resolución que se pronunció nuevamente en primera instancia fue la SAP Zaragoza (1ª) 227/2019, de 25 de mayo (Roj.: SAP Z 1165/2019), que, a su vez, fue recurrida en casación, dando lugar a la STS 1002/2021, de 17 de diciembre (Roj.: STS 4939/2019), que zanjó definitivamente el asunto. Ninguna de estas dos últimas sentencias (esto es, ni la de la «segunda primera instancia» ni la de la segunda casación) alteraron el pronunciamiento condenatorio respectivo al inculpado que ahora interesa.

[828] Se trata del condenado llamado Marino en la SAP Jaén (3ª) 399/2019, de 16 de diciembre (Roj.: SAP J 1708/2019), que daría lugar, en apelación, a la STSJ Andalucía (201ª) 261/2020, de 7 de octubre (Roj.: STSJ AND 19850/2020) y, en casación, a la STS 709/2022, de 13 de julio (Roj.: STS 2831/2022).

[829] Se trata de los condenados llamados Vidal Gabriel y Avelino Urbano en la SAP Málaga (1ª) 535/2013, de 4 de octubre (caso *Ballena Blanca*) (Roj.: SAP MA 1794/2013), que daría lugar, en casación, a la STS 508/2015, de 27 de julio (Roj.: STS 3699/2015), y los llamados Evaristo y Luis Pedro en la SAP Cádiz (3ª) 219/2011, de 8 de julio (Roj.: SAP CA 570/2011), que daría lugar, en casación, a la STS 636/2012, de 13 de julio (Roj.: STS 5634/2012).

[830] Es el llamado Vidal Gabriel en la SAP Málaga (1ª) 535/2013, de 4 de octubre (caso *Ballena Blanca*) (Roj.: SAP MA 1794/2013).

[831] Éste fue el condenado llamado Evaristo en la SAP Cádiz (3ª) 219/2011, de 8 de julio (Roj.: SAP CA 570/2011). Al mismo se le impuso una pena de cuatro años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante el mismo tiempo, así como multa de diez meses con una cuota diaria de 10 €. La pena en cuestión, según el fallo condenatorio, no sólo se le impuso por la comisión de un delito de cohecho del art. 423.1 CP en relación con el art. 419 CP, ambos en su redacción original. La misma resulta de la condena por la comisión, en calidad de cooperador necesario con aplicación del art. 65.3 CP, de un delito continuado de falsedad en documento oficial (arts. 390.1.1º, 2º y 3º CP) en concurso medial con un delito de estafa de más de 400 € (arts. 248 y 249 CP), con aplicación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño para este último (art. 21.5ª CP) y, como ya se ha dicho, un delito de cohecho cometido por particular para ejecución de un acto constitutivo de delito (art. 423.1 en relación con el art. 419 CP). Tomando en consideración que la modalidad del delito de cohecho cometida estaba castigada con penas de prisión de dos a seis años, la condena finalmente impuesta también podría considerarse, en mi opinión, como benigna. El tribunal *a quo*, sin embargo, no razona por qué proceden estas penas en concreto, sino que se limita a imponerlas porque así fue como se pactaron. Sobre la cuestión, SAP Cádiz (3ª) 219/2011, de 8 de julio (Roj.: SAP CA 570/2011), FD 4, pp. 29-30.

3.5. Estudio complementario: casos de aplicación y de solicitud de aplicación de los incentivos en las SSAP y SSAN

3.5.1. Consideraciones generales: justificación y método

Como se ha dicho en su momento, el estudio plasmado en este capítulo se ha llevado a cabo sobre cinco muestras de SSTS. Centrarse sólo en estas resoluciones cuenta con una limitación importante, como es que el TS, salvo los casos de aforamiento, sólo puede pronunciarse sobre un asunto vía recurso de casación. Los casos en los que ninguna de las partes haya interpuesto ese recurso no han constituido, por tanto, parte integrante de las muestras. Es probable, por tanto, que haya casos de solicitud y/o aplicación de los incentivos constitutivos del objeto de estudio que no se hayan tomado en consideración. Para paliar esta limitación, se ha llevado a cabo un estudio complementario de cinco muestras de Sentencias de Audiencias Provinciales (SSAP) y de la Audiencia Nacional (SSAN)[832].

Al igual que en el estudio de SSTS, las muestras se obtuvieron del CENDOJ. Los criterios comunes de búsqueda para las cinco muestras fueron la opción «Penal» en el campo «Jurisdicción», «Sentencia» en «Tipo de resolución» y «Audiencia Provincial» y «Audiencia Nacional, Sala de lo Penal» en «Tipo de órgano». El marco temporal seleccionado en la búsqueda de sentencias relativas a los incentivos del segundo inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP (respectivamente, delitos fiscales, contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones) fue el mismo que el empleado en el estudio de SSTS (o sea, del 17 de enero de 2013 al 1 de enero de 2023). En el caso de la eximente del art. 426 CP (cohecho) y la atenuante del art. 434 CP (malversación), en cambio, la búsqueda se limitó a los últimos seis meses de cada año incluido en el marco temporal para reducir las muestras a un tamaño manejable[833].

En las búsquedas relativas a cada incentivo se introdujeron en el texto libre los siguientes términos:

- Para el segundo inciso del art. 305.6 CP: «305» Y «contra la Hacienda Pública» Y «305.6»[834].

[832] En realidad, cuatro muestras: como se verá de inmediato, no se encontraron resoluciones potencialmente relevantes para la atenuante del segundo inciso del art. 308.8 CP.

[833] Esto quiere decir que, para el art. 426 CP, se realizaron 12 búsquedas. La primera se proyectó sobre las resoluciones dictadas entre el 30 de junio de 2011 y el 31 de diciembre de ese mismo año. Este marco temporal se repitió en las 10 búsquedas siguientes, empleándose para la última, en cambio, el periodo que va desde el 30 de junio de 2022 hasta el 1 de enero de 2023. Por su parte, para el art. 434 CP se realizaron 8 búsquedas. La primera se proyectó sobre las resoluciones dictadas entre el 1 de julio de 2015 (fecha de entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo) y el 31 de diciembre de ese mismo año. En las 6 búsquedas siguientes el marco se fijó entre el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Y, al igual que en el caso del art. 426 CP, en la última se dispuso como límite máximo el 1 de enero de 2023.

[834] Añadir los términos «305 bis» no supone una variación en los resultados de búsqueda. Así, si se realiza la búsqueda con los criterios dispuestos en el texto, el portal devuelve 25 resultados; los mismos que si se emplearan los siguientes criterios: («305» O «305 bis») Y «contra la hacienda pública» Y «305.6».

- Para el segundo inciso del art. 307.5 CP: «307» Y «contra la Seguridad Social» Y «307.5»[835].
- Para el segundo inciso del art. 308.8 CP:
  - «308» Y «contra la seguridad social» Y «308.7».
  - «308» Y «contra la seguridad social» Y «308.8»[836].
- Para el art. 426 CP: («419» O «420» O «421» O «422» O «423» O «424» O «425» O «426» O «427» O «427 bis») Y («426» O «427») Y «cohecho».
- Para el art. 434 CP: («432» O «433» O «433 bis») Y «434» Y «malversación» Y «434».

De las búsquedas así efectuadas resultaron las siguientes muestras provisionales:

- Para el segundo inciso del art. 305.6 CP: 25 resoluciones
- Para el segundo inciso del art. 307.5 CP: 3 resoluciones
- Para el segundo inciso del art. 308.8 CP: 0 resoluciones
- Para el art. 426 CP: 44 resoluciones.
- Para el art. 434 CP: 35 resoluciones.

Las muestras se refinaron desechando de los resultados, en primer lugar, las resoluciones ya tomadas en consideración en el estudio de SSTS. Este descarte se realizó porque, como tales sentencias ya habían sido analizadas, no iban a aportar información nueva, incluso aunque fueran casos de solicitud o de aplicación de los incentivos. En total, se descartaron 18 sentencias: 2 correspondientes a la muestra relativa al art. 305.6 II CP, 12 de la del art. 426 CP y otras 4 de la del art. 434 CP. Tras ello, se eliminaron las sentencias en las que la acusación no se había formulado por ningún delito incluido en el ámbito de aplicación de los incentivos. Este fue el caso de otras 16 sentencias: 13 incluidas en la muestra del art. 426 CP y 3 relativas a la del art. 434 CP. Por último, se descartaron aquellas resoluciones que, habiendo sido dictadas en apelación, se referían a procedimientos para los cuales la sentencia de instancia no estaba indexada en el portal de búsqueda de jurisprudencia del CENDOJ. El motivo de proceder de este modo es que, sin la sentencia de primera instancia, puede ser imposible conocer cuántos acusados solicitaron, en dicha fase procesal, la aplicación de cualquiera de los incentivos. Este fue el caso de 11 resoluciones relativas a la muestra del art. 305.6 II CP y otras 4 de la muestra del art. 434 CP. De todos modos, sobre las 11 resoluciones de la muestra del art. 305.6 II CP se hablará más adelante.

[835] De forma similar a lo que ocurre con la búsqueda relativa al incentivo anterior, el empleo de los términos «307 bis» y «307 ter» no tiene ninguna incidencia: si se utilizan los criterios mostrados en el texto, el buscador devuelve 3 resultados, que son los mismos que aparecen si se emplean los términos («307» O «307 bis» O «307 ter») Y «contra la Seguridad Social» y «307.5».
[836] Recuérdese que la LO 1/2019, de 20 de febrero, desplazó la atenuante que ahora interesa del apartado 7 al 8 del art. 308 CP.

Tras realizar estos descartes, la muestra quedó definitivamente constituida por 58 resoluciones, distribuidas del siguiente modo:

- Para el segundo inciso del art. 305.6 CP: 12 resoluciones
- Para el segundo inciso del art. 307.5 CP: 3 resoluciones
- Para el art. 426 CP: 19 resoluciones.
- Para el art. 434 CP: 24 resoluciones.

Los parámetros tomados en consideración fueron similares a los vistos para el estudio de SSTS. Así, se prestó atención al número de veces que los incentivos se habían aplicado o, cuando menos, invocado por las partes; el número de condenados por delitos incluidos en el ámbito de aplicación de los incentivos, y de estos últimos, el número de ellos que alcanzó un acuerdo con (la más grave de) las acusaciones.

3.5.2. Análisis de los resultados

a) Muestra relativa al art. 305.6 II CP

En los 12 procedimientos que constituyeron la muestra relativa al art. 305.6 II CP se condenó a 17 personas por delito fiscal. De esos 12 asuntos, hubo uno en el que se aplicó la atenuante estudiada (8,33%): se trata del decidido en la SAP Zaragoza (6ª) 83/2020, de 2 de marzo (Roj.: SAP Z 237/2020). En dicho procedimiento, sólo hubo un condenado que se benefició de la estimación de esa figura (5,88%)[837].

La sentencia no es demasiado expresiva ni con respecto a los motivos en virtud de los cuales procedía estimar la atenuante ni con respecto al tipo de rebaja que se concedió. Ello es debido a que, como la sentencia es de conformidad *stricto sensu* (es decir, de las regidas por el art. 787 LECrim), toda la fundamentación jurídica se limita a la mención de que la Sala queda obligada a imponer las penas pactadas.

Lo único que se dice sobre las razones justificantes de la concesión del incentivo es que el importe de la deuda tributaria se consignó por los otros dos acusados, condenados como autores del delito fiscal, y que el beneficiado por la atenuante del segundo inciso, condenado como cómplice, reconoció los hechos que se le imputaban[838]. Esto parece estar bastante lejos de *colaborar activamente para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito.*

[837] Al condenado en cuestión se le llama Teófilo.
[838] SAP Zaragoza (6ª) 83/2020, de 2 de marzo (Roj.: SAP Z 237/2020), Hecho Probado I, p. 4.

La sentencia es aún más lacónica en lo que se refiere a la motivación de la rebaja de pena concedida. Cuanto se dice al respecto, además de que el beneficiado por el art. 305.6 II CP es condenado como cómplice, es que se le concede la atenuante de reparación del daño, sin especificar si ésta se reputa simple o muy cualificada. El delito por el que se le condena –como a los otros dos acusados– es el subtipo agravado del art. 305 bis.1 a) CP, que prevé una pena de prisión de dos a seis años, multa del doble al séxtuplo de la cantidad defraudada y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social de cuatro a ocho años. La pena que se impuso al condenado para el que se apreció la atenuante fue de tres meses de prisión, multa de 25.000 € y la aludida privación de derechos durante seis meses.

La sentencia no lo explicita, pero, como el acusado es condenado como cómplice, se le debería haber aplicado el art. 63 CP, que prevé una reducción imperativa de la pena de un grado. Por su parte, el art. 305.6 II CP prevé una rebaja facultativa de uno o dos grados. Si además de estas dos circunstancias concurre la atenuante de reparación del daño, la única posibilidad para explicar la pena de prisión impuesta es que se haya concedido una rebaja de un grado *ex* art. 305.6 II CP y que la atenuante de reparación del daño –cuya relación concursal con las atenuantes del art. 305.6 CP tampoco se explica en la sentencia– se haya estimado como simple, dando como resultado la imposición de la pena en la mitad inferior[839].

Al margen del caso que se acaba de comentar, en 11 de los 12 procedimientos contenidos en la muestra (91,67%) se solicitó la aplicación de la atenuante del primer inciso del art. 305.6 CP (esto es, la dirigida a los «autores» del delito fiscal). No sólo eso: en esos 11 casos de solicitud, la atenuante en cuestión se aplicó. Entre estos casos de aplicación se incluye el proceso concluido con la SAP Zaragoza (6ª) 83/2020, de 2 de marzo, antes comentada; los dos condenados como autores del delito fiscal se beneficiaron de la atenuante que ahora interesa. Más adelante se hablará de los posibles motivos de una incidencia tan elevada y su relación con los hallazgos del estudio de SSTS. Creo que ahora es preciso destacar otros aspectos llamativos.

El 100% de los condenados en esos 11 procedimientos (13 en total) fueron beneficiados con la atenuante. Todos ellos, además, se conformaron con las acusaciones recurriendo al procedimiento previsto a tal efecto por la LECrim (o sea, fueron casos de conformidad en sentido

[839] Esta explicación, de todos modos, no es satisfactoria para los seis meses de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social que se imponen al condenado. Como se ha visto en el texto, el art. 305 bis.1 a) CP dispone que dicha pena tendrá una extensión de cuatro a ocho años. Una rebaja en un grado *ex* art. 63 CP y otra *ex* art. 305.6 II CP tan sólo permitiría imponer una pena de uno a dos años menos un día, no de seis meses. Parece que la pena solicitada por las acusaciones no se determinó de forma respetuosa con las reglas previstas al efecto en el Código Penal. El tribunal, aun así, no formuló ningún reparo a la petición que éstas hicieron.

estricto). Para 12 de esos 13 condenados, la rebaja que se concedió en aplicación del art. 305.6 I CP fue de dos grados[840]. Es dudoso si el restante, condenado en la SAP Barcelona (8ª) 47/2016, de 27 de enero (Roj.: SAP B 836/2016), también recibió una rebaja de dos grados o sólo de uno. Ello es así porque, de modo semejante a como ocurre en la SAP Zaragoza (6ª) 83/2020, de 2 de marzo, también se aplicó al condenado la atenuante pura de confesión sin que la Sala haya dedicado una sola línea a explicar qué relación concursal hay entre los arts. 21.4ª y 305.6 I CP. Lo que, a diferencia de la sentencia de Zaragoza, sí dice el tribunal en este caso, es que la atenuante genérica se apreció como muy cualificada. Como la condena que se le impuso fue por el subtipo agravado del art. 305 bis.1 a) CP y las penas fueron seis meses de prisión, multa de 4.643.516,43 € y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un año, parece que la rebaja total concedida fue de dos grados. Concurriendo, como se ha dicho, el art. 305.6 I CP y una atenuante genérica muy cualificada, la única solución posible es que haya procedido una reducción de la pena de un grado por cada una de las dos circunstancias apreciadas[841].

Antes se dijo que los casos de esta muestra en los que la sentencia de instancia no estaba indexada también eran interesantes. Es el momento de volver sobre ello. En la muestra provisional había 11 procedimientos en los que la sentencia de primera instancia no estaba incluida en la base de datos del CENDOJ. En 1 de esos 11 asuntos se solicitó, en el recurso de apelación, la aplicación de la atenuante del segundo inciso del art. 305.6 CP. Junto a éste, hubo 3 casos de solicitud, en el recurso de apelación, de la atenuante del primer inciso y otros 2 en los que las SSAP mencionan que esta última circunstancia se aplicó a los condenados en la primera instancia.

En el caso de solicitud de la atenuante del segundo inciso, resuelto en la SAP Sevilla (1ª) 405/2019, de 30 de septiembre (Roj.: SAP SE 1766/2019)[842], la figura en cuestión no fue aplicada. Ello porque, en opinión del tribunal *ad quem*, los dos solicitantes, condenados en la primera instancia como cooperadores necesarios, tan sólo reconocieron los hechos una vez que el proceso judicial ya se había iniciado contra ellos. Al primero en confesarse culpable, eso sí, se le aplicó la

[840] En total, hubo 10 de 11 procedimientos en los que la rebaja concedida a todos los condenados fue de dos grados. En 8 de esos 10 no concurrieron atenuantes genéricas y, aun así, la pena se impuso en la mitad inferior. Esta forma de determinar la pena se ajusta a la interpretación de la regla del art. 66.1.8ª CP que se propuso más arriba (ver nota 106). En cualquier caso, hay que decir que en ninguna de esas 8 resoluciones se menciona el art. 66.1.8ª CP, por lo que se desconoce hasta qué punto esa regla se tomó en consideración por los órganos jurisdiccionales para fundar su decisión.

[841] No me resisto a apuntar que, si en la muestra hubo en total 13 beneficiados con la atenuante del art. 305.6 I, 8 de ellos (61,54%) fueron jugadores, administradores de clubes o, incluso, clubes de la Liga de Fútbol Profesional. Recuérdese que el caso de aplicación de esta circunstancia que se encontró en el estudio de SSTS (la STS 740/2018, de 6 de febrero de 2019 [Roj.: STS 274/2019]) involucraba a un exentrenador del Real Madrid C.F. Parece que la asesoría fiscal de ciertas caras conocidas del deporte español es mucho peor que la jurídico-penal.

[842] De acuerdo con el Antecedente de Hecho I de la SAP, la resolución de primera instancia no indexada es una Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Sevilla, de 31 de mayo de 2016.

atenuante analógica simple de confesión[843]. Esta solución contrasta en buena medida con el caso de la SAP Zaragoza (6ª) 83/2020, de 2 de marzo (Roj.: SAP Z 237/2020), en la que, como se ha visto, el mero reconocimiento de los hechos por el cómplice, unido al pago de la deuda tributaria por los autores del delito fiscal, valió para rebajar la pena en (al menos) un grado en aplicación del art. 305.6 II CP.

Por su parte, los 3 casos en los que se solicitó la aplicación del art. 305.6 I CP en el recurso de apelación fueron los resueltos en las SSAP Jaén (2ª) 173/2022, de 20 de septiembre (Roj.: SAP J 1236/2022)[844]; Guadalajara (1ª) 105/2016, de 7 de diciembre (Roj.: SAP GU 316/2016)[845], y Granada (2ª) 4/2016, de 18 de enero (Roj.: SAP GR 73/2016)[846]. Ninguna de estas solicitudes terminó en aplicación de la figura, ya fuera porque no se había pagado la totalidad de la deuda tributaria (caso de la primera resolución)[847] o porque ni se había pagado la deuda por completo ni se habían reconocido los hechos imputados (caso de las otras dos resoluciones)[848].

Finalmente, es necesario mencionar que, en el grupo de 11 sentencias descartadas por no estar indexada la resolución de primera instancia, también hubo 2 casos en los que se habla de la aplicación de la atenuante del art. 305.6 I en esa fase procesal. Se trata de las SSAP Barcelona (5ª) 140/2019, de 18 de enero (Roj.: SAP B 2881/2019)[849], y Valencia (5ª) 195/2017, de 21 de marzo (Roj.: SAP V 5242/2017)[850]. En total, 4 condenados se beneficiaron de la atenuante en la primera instancia: dos en cada una de las resoluciones recién citadas.

A los dos condenados en la SAP Valencia (5ª) 195/2017, de 21 de marzo, se les concedió una rebaja de pena de un grado. De hecho, el motivo de su recurso de apelación es que, en su opinión, debería haberse reducido la pena en dos. De manera tan contundente como sorprendente, la AP denegó la petición y mantuvo la rebaja de un grado acordada por el Juzgado de lo Penal aduciendo que los acusados no habían reconocido los hechos pese a haber abonado la deuda tributaria[851]. Como el propio tribunal reconoce, el art. 305.6 I CP exige dos requisitos para su aplicación: el reconocimiento de los hechos y el pago de la deuda. Si no se cumplió uno de ellos, entonces la solución tendría que haber sido denegar la atenuación *ex* art. 305.6 I CP, no limitarla a «sólo» un

[843] SAP Sevilla (1ª) 405/2019, de 30 de septiembre (Roj.: SAP SE 1766/2019), FFDD 7-9, pp. 35-38. El solicitante al que se le aplicó la atenuante analógica de confesión es llamado Eloy. Al otro se le llama Estanislao.
[844] Dimanante de la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Jaén, de 4 de marzo de 2022.
[845] Dimanante de la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Guadalajara, de 14 de diciembre de 2016.
[846] Dimanante de la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Granada, de 7 de noviembre de 2016.
[847] SAP Jaén (2ª) 173/2022, de 20 de septiembre (Roj.: SAP J 1236/2022), FD 2, pp. 4-5.
[848] SSAP Guadalajara (1ª) 105/2016, de 7 de diciembre (Roj.: SAP GU 316/2016), FD 4, pp. 8-9, y Granada (2ª) 4/2016, de 18 de enero (Roj.: SAP GR 73/2016), FD 5, p. 10.
[849] Dimanante de la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº. 11 Barcelona, de 5 de junio de 2018.
[850] Dimanante de una Sentencia del Juzgado de lo Penal nº. 9 de Valencia sobre la cual la SAP no especifica la fecha.
[851] SAP Valencia (5ª) 195/2017, de 21 de marzo (Roj.: SAP V 5242/2017), FD 5, p. 8.

grado. Una cuestión distinta es que hubiera procedido la apreciación de la atenuante, pura o analógica, de reparación del daño. La posible apreciación de esta atenuante no sólo es algo sobre lo que la SAP guarda silencio, sino que en la transcripción del fallo de la resolución de primera instancia se afirma, con claridad, que el juez *a quo* no apreció circunstancias modificativas y que aplicó el art. 305.6 CP[852]. El razonamiento de la AP me parece, por tanto, defectuoso.

Más difícil resulta, en cambio, saber qué rebaja se concedió en la SAP Barcelona (5ª) 140/2019, de 18 de enero, en aplicación del art. 305.6 I CP. No hay duda de que la rebaja total que se apreció en la primera instancia a los dos condenados –una persona física y una persona jurídica– fue de dos grados. A partir de aquí, hay dos datos contradictorios. Por un lado, en el FD II se afirma que el Juzgado de lo Penal concedió a los recurrentes las atenuantes de confesión y la de reparación del daño; esta última, además, como muy cualificada[853]. De nuevo, nada se dice sobre la relación concursal entre estas atenuantes genéricas y la del art. 305.6 I CP. Sin embargo, por otro lado, en la transcripción del fallo de la resolución de primera instancia se afirma que el juez *a quo* no concedió circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y que lo que aplicó fue el art. 305.6 CP[854]. Faltando la sentencia de primera instancia, no está claro qué rebaja concreta se concedió en aplicación de este último precepto.

b) Muestra relativa al art. 307.5 II CP

El análisis de esta muestra ofrece menos matices. De los 3 procedimientos que la componen, la atenuante en cuestión se aplicó en uno de ellos. En los otros dos, ni se aplicó ni se solicitó.

El caso de aplicación es el proceso en el que recayó la SAP A Coruña (1ª) 135/2022, de 28 de marzo (Roj.: SAP C 938/2022). En él, hubo una condenada por delito contra la Seguridad Social que se benefició del incentivo[855]. En total, en la muestra hubo 5 condenados por alguno de estos delitos: 4 en la SAP que se acaba de comentar, otro en la SAP Madrid (6ª) 432/2019, de 21 de junio (Roj.: SAP M 10049/2019) y ninguno en la SAP A Coruña (2ª) 128/2022, de 22 de marzo (Roj.: SAP C 843/2022). A diferencia de lo que sucede con la muestra de delitos fiscales, en este caso la beneficiaria no alcanzó acuerdo alguno con las acusaciones. La rebaja de pena concedida fue de un grado[856].

---

[852] Ibid., Antecedente de Hecho II, p. 2.
[853] SAP Barcelona (5ª) 140/2019, de 18 de enero (Roj.: SAP B 2881/2019), FD II, pp. 6-7.
[854] Ibid., Antecedente de Hecho I, p. 2.
[855] Es la acusada llamada Bernarda. De los 5 condenados por delitos contra la Seguridad Social que hubo en la muestra, 4 lo fueron en este procedimiento. En otro de los que la constituyeron, la SAP A Coruña (2ª) 128/2022, de 22 de marzo (Roj.: SAP C 843/2022), no hubo ninguno, y en la SAP Madrid (6ª) 432/2019, de 21 de junio (Roj.: SAP M 10049/2019), se condenó al restante.
[856] A la beneficiada por el art. 307.5 II CP, llamada Bernarda, se la declaró culpable, al igual que a los otros 3 condenados, de haber cometido el subtipo agravado del art. 307 bis.1 CP, circunstancias a) y c). Este precepto contiene la misma pena que los subtipos agravados de delito fiscal del art. 305 bis.1 CP, o sea, prisión de dos a seis años, multa del doble al séxtuplo de la cantidad defraudada y pérdida de la posibilidad

En la muestra no hubo solicitudes de aplicación de la atenuante del primer inciso. Teniendo en cuenta el número total de procesos y de condenados por delito contra la Seguridad Social de la muestra, resulta que el art. 307.5 II CP se ha aplicado al 33,33% de los asuntos estudiados y al 20% de los condenados. No obstante, el reducido tamaño de la muestra limita el valor descriptivo de las anteriores cifras.

c) Muestra relativa al art. 434 CP

Se ha optado por abordar la muestra relativa al art. 434 CP antes que la del art. 426 CP porque las consecuencias jurídicas de la primera son prácticamente las mismas que las de los arts. 305.6 II y 307.5 II CP.

En los 24 procesos que integran la muestra, hubo 7 en los que se solicitó la aplicación del art. 434 CP (29,17%)[857]. Todos esos casos se saldaron con la concesión de la atenuante a cuantos la invocaron. Si, en total, hubo 45 condenados por delitos de malversación en la muestra, 12 de ellos fueron solicitantes de y beneficiados con el art. 434 CP (26,67%). Al igual que en la muestra relativa al art. 305.6 II CP, el 100% de los condenados beneficiados con el art. 434 CP llegó a un acuerdo con las acusaciones. En este caso, no obstante, no todos los acuerdos fueron conformidades *stricto sensu*: en la SAP Islas Baleares (2ª) 180/2015, de 2 de diciembre (Roj.: SAP IB 2120/2015), los 3 condenados por malversación, a los que se les concedió una rebaja de pena *ex* art. 434 CP, se adhirieron a la calificación definitiva del Ministerio Fiscal, que fue la única acusación[858]. Todos los demás beneficiados por el incentivo que ahora se estudia (9 de 12, o sea, el 75%), llegaron a un acuerdo de conformidad de los previstos en el art. 787 LECrim.

La consecuencia jurídica más frecuente en los casos de aplicación fue la rebaja de pena en un grado: ésta se concedió a 8 de los 12 condenados que se beneficiaron del incentivo (66,67%)[859].

---

de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social de cuatro a ocho años. En la SAP A Coruña (1ª) 135/2022, de 28 de marzo (Roj.: SAP C 938/2022), FD 5, p. 19, se indica que a Bernarda no sólo se le aplicó el art. 307.5 II CP, sino también el art. 65.3 CP, que faculta a los jueces y tribunales para reducir la pena de los *extranei* en los delitos especiales en un grado. Sabiendo que a esta condenada se le impuso una pena de prisión de ocho meses, una multa de 4.669,70 € y la privación de derechos antes aludida durante un año, la única solución posible es que se le haya rebajado la pena en un grado *ex* art. 65.3 y otro *ex* art. 307.5 II CP.

[857] Se trata de los asuntos decididos en las siguientes resoluciones: SAP Castellón (1ª) 339/2021, de 3 de diciembre (Roj.: SAP CS 924/2021); SAP Barcelona (21ª) 324/2021, de 14 de octubre (Roj.: SAP B 12896/2021); SAP Granada (1ª) 258/2021, de 30 de junio (Roj.: SAP GR 1747/2021); SAP Las Palmas (2ª) 163/2020, de 15 de julio (Roj.: SAP GC 876/2020); SAP Zaragoza (1ª) 307/2017, de 8 de noviembre (Roj.: SAP Z 2287/2017); SAP Islas Baleares (2ª) 180/2015, de 2 de diciembre (Roj.: SAP IB 2120/2015), y SAP Zaragoza (6ª) 319/2015, de 1 de diciembre (Roj.: SAP Z 2408/2015).

[858] SAP Islas Baleares (2ª) 180/2015, de 2 de diciembre (Roj.: SAP IB 2120/2015), Antecedente de Hecho I, p. 2.

[859] Puede discutirse si el condenado en la SAP Las Palmas (2ª) 163/2020, de 15 de julio (Roj.: SAP GC 876/2020) recibió una rebaja de uno o de dos grados en aplicación del art. 434 CP. Éste fue condenado por un delito continuado de malversación impropia de los arts. 432.2, 435.1º y 2º y 74 CP de conformidad con la redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Este delito estaba castigado con pena de prisión de dos a seis años. Tanto en el Antecedente de Hecho II de la SAP (p. 2), como en el fallo (p. 3) se menciona

Esto quiere decir que a uno de cada tres condenados que obtuvieron el incentivo –lo cual es, creo, una proporción considerable–, se les concedió una rebaja de dos grados de la pena[860].

d) Muestra relativa al 426 CP

Si se recuerda, esta muestra estaba integrada por 19 procedimientos. En ninguno de ellos se aplicó el art. 426 CP. Es más: éste tampoco se invocó por ninguna de las partes intervinientes en esos asuntos. La situación de esta muestra es, pues, la misma que la resultante del estudio de SSTS y la de los estudios empíricos previos.

TABLA 24: RESUMEN DE LOS RESULTADOS DEL ESTUDIO COMPLEMENTARIO

	Procesos totales	**Casos de aplicación**	**Condenados totales**	**Beneficiados**	**De los cuales conformaron**
305.6 II	12	1 (8,33%)	17	1 (5,88%)	1 (100%)
307.5 II	3	1 (33,33%)	5	1 (20%)	0 (0%)
434	24	7 (29,17%)	45	12 (26,67%)	12 (100%)

la concurrencia, además del art. 434 CP, de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5ª CP. Una vez más, la Sala no explica ni con qué intensidad se estimó esta atenuante ni qué relación concursal tendría con la del art. 434 CP. La pena que se impuso al condenado fue prisión de un año y diez meses; eso es una rebaja total de dos grados. Si se estima que, junto con el art. 434 CP, el tribunal aplicó el art. 21.5ª CP, entonces la única solución posible para dar lugar a la pena finalmente impuesta es considerar que se concedió una rebaja de un grado en aplicación de una circunstancia atenuante de reparación del daño como muy cualificada y otra de otro *ex* art. 434 CP. Otra posibilidad, menos fiel con lo que dice el tribunal, pero más ajustada, en mi opinión, al *factum* (en el que sólo se indica que, antes de la constitución de la Sala, el condenado restituyó íntegramente el importe de los fondos malversados), es considerar que, en realidad, sólo se ha aplicado el art. 434 CP y que la rebaja de pena concedida fue de dos grados. Aun manejando esta interpretación, la tendencia descrita en el texto sigue siendo la misma: la consecuencia jurídica más frecuente en los casos de aplicación de la atenuante es la rebaja de pena en un grado, pues, en este caso, habría 7 de 12 condenados que la habrían obtenido (58,33%). Al margen de lo dicho hasta aquí, recibieron una rebaja de estas características los 2 condenados llamados Tomás y Benjamín en la SAP Islas Baleares (2ª) 180/2015, de 2 de diciembre (Roj.: SAP IB 2120/2015); el único condenado en la SAP Zaragoza (1ª) 307/2017, de 8 de noviembre, y las condenadas llamadas Nuria, Delfina, Gracia y Belén en la SAP Granada (1ª) 258/2021, de 30 de junio (Roj.: SAP GR 1747/2021).

[860] A salvo, eso sí, de lo dicho en la nota al pie anterior. A los 4 condenados a los que, sin duda, se les rebajó la pena en dos grados en aplicación del art. 434 CP, se les impuso la pena en su mitad inferior aun cuando el art. 434 CP no concurrió con atenuantes genéricas. Se trata de los condenados en las SSAP Barcelona (21ª) 324/2021, de 14 de octubre (Roj.: SAP B 12896/2021); Castellón (1ª) 339/2021, de 3 de diciembre (Roj.: SAP CS 924/2021); el llamado Aurelio en la SAP Islas Baleares (2ª) 180/2015, de 2 de diciembre (Roj.: SAP IB 2120/2015), y el condenado en la SAP Zaragoza (6ª) 319/2015, de 1 de diciembre (Roj.: SAP Z 2408/2015). Esta determinación de la pena es coherente, de nuevo, con la interpretación propuesta de la regla del art. 66.1.8ª CP (ver nota 106). Téngase presente, que, como sucedía con los casos de rebaja de pena en dos grados en aplicación del art. 305.6 I CP, en estos casos los tribunales tampoco mencionaron el art. 66.1.8ª. Además, a los condenados en las SSAP de Castellón e Islas Baleares la pena se impuso en el límite máximo de esa mitad: un año y seis meses de prisión por un delito continuado de malversación impropia de los arts. 432.1 y 2 en relación con los arts. 435.1º y 74 CP de conformidad con la redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y nueve meses de prisión por un delito de malversación del art. 432.1 CP según la misma redacción en concurso medial con un delito de prevaricación del art. 404 CP.

TABLA 25: RESUMEN DE LOS RESULTADOS DEL ESTUDIO DE SSTS

	Procesos totales	**Casos de aplicación**	**Condenados totales**	**Beneficiados**	**De los cuales conformaron**
305.6 II	84	0 (0%)	269	0 (0%)	No aplica
434	19	1 (5,26%)	97	1 (0,10%)	0 (0%)

3.5.3. Conclusiones. Relación con los hallazgos del estudio de SSTS

Hay algo evidente en los resultados de este estudio complementario: fuera de las SSTS analizadas hay más casos de aplicación y de solicitud de aplicación de los incentivos que constituyen el objeto de estudio. Creo, con todo, que eso no desmiente lo que se ha dicho en el capítulo V: los incentivos apenas se aplican o se solicitan por las partes. Destacaré dos aspectos para poner en perspectiva los resultados comentados en este epígrafe del trabajo.

El primero es que, incluso aunque se busque en los tribunales inferiores, siguen sin encontrarse casos de aplicación y de solicitud de aplicación de dos de las cinco figuras constitutivas del objeto de investigación: los arts. 308.8 II y 426 CP. Y el segundo es que, si se ponen en relación los casos de aplicación efectiva con el total de casos de potencial aplicación de los incentivos, la proporción que los primeros representan sobre los segundos sigue siendo ínfima. Desarrollaré un poco más esta segunda idea.

Todas las búsquedas que se han realizado en este estudio complementario incluyeron en el cuadro de texto libre una mención a los artículos en los cuales se contienen las atenuantes aplicadas. Así, para las búsquedas relativas a las atenuantes del art. 305.6 II y 307.5 II CP se incluyeron los términos «305.6» y «307.5» de modo respectivo, para la eximente del art. 426 CP se utilizaron los términos «426» O «427» –recuérdese que, hasta 2010, la eximente estaba ubicada en el art. 427 CP– y para la figura del art. 434 CP se añadió «434». Esto debería haber incrementado la probabilidad de que los resultados obtenidos fueran, si no de aplicación, al menos sí de solicitud de las disposiciones estudiadas. Si se prescinde de esos términos (es decir, de «305.6», «307.5» y «434»), el universo de sentencias aumenta de manera muy considerable en cada una de las muestras: 1.584 para las búsquedas relativas a los delitos fiscales, 319 para las de delitos contra la Seguridad Social y 164 para las de malversación. Si se tienen en cuenta estos datos, los casos de aplicación o, al menos, invocación de los incentivos representan porcentajes muy pequeños del total de supuestos potenciales de aplicación: un 0,06% del universo de procesos

por delito fiscal (1 de 1.584), un 0,31% del de delitos contra la Seguridad Social (1 de 319) y un 4,27% del de malversación (7 de 164).

Puede objetarse que, casi con seguridad, los universos no serán, en realidad, tan grandes como se acaba de decir. Dentro de esos resultados habrá varios procesos que, en realidad, no versen sobre delitos fiscales, contra la Seguridad Social o malversación y, por lo tanto, no sean asuntos de potencial aplicación de los incentivos. Por lo tanto, la estimación que se acaba de hacer sería errada. Eso es cierto, pero creo que también es necesario recordar que sólo hubo asuntos que no versaron sobre delitos comprendidos en el ámbito de aplicación de los incentivos en dos muestras: la del art. 426 y la del art. 434 CP.

Como en la primera no hubo ni un solo caso de aplicación ni de solicitud del art. 426 CP, interesa poco, para el argumento que se está esgrimiendo ahora, el número de sentencias que se descartaron por no haberse formulado acusación por un delito de cohecho. En la del art. 434 CP sólo se eliminaron 3 sentencias por el motivo que se acaba de decir. Si se tiene en cuenta que la muestra provisional estaba constituida por 31 sentencias (35 resultados originales menos los 4 que ya se estudiaron en el estudio de SSTS), resulta que el porcentaje de asuntos de la muestra en los que nunca se podría haber aplicado el art. 434 CP es del 9,68% (3 de 31). Supongamos (y soy consciente de que esto es mucho suponer) que esa misma proporción se mantiene en la búsqueda relativa a todo el universo. El 9,68% de 164 son 16 sentencias. Habría que decir que, en realidad, el conjunto de casos de potencial aplicación del art. 434 CP sería de 148, no de 164 y que, por lo tanto, los casos de aplicación encontrados en el estudio complementario representan un porcentaje mayor que el 4,27% al que se ha hecho mención antes.

Incluso operando de esta manera, la proporción sigue siendo muy pequeña: 7 casos de 148 es un 4,73%. Un número que, por otra parte, está próximo a aquél que se vio en el estudio de SSTS. Si se recuerda, la muestra de malversación estuvo compuesta por 19 resoluciones, habiéndose aplicado el incentivo sólo en uno de ellos: eso es un 5,26% del total. En las muestras de delitos fiscales y contra la Seguridad Social no hubo resoluciones descartadas por no versar sobre delitos incluidos en el ámbito de aplicación de los incentivos, por lo que, de considerar adecuada la estimación que se acaba de hacer, los porcentajes tan bajos de los que se hablaba más arriba se mantendrían sin cambios.

Cuanto se acaba de decir en las últimas líneas es un cálculo realizado de manera un poco burda. Aun así, creo que es interesante tener estas proporciones en mente a la hora de interpretar los datos de este estudio complementario. Sobre todo, si se recuerda que, de las 3 sentencias integrantes de la muestra del art. 307.5 II CP una fue un caso de aplicación de esa atenuante (33,33%) y que, de las 12 resoluciones estudiadas en la muestra del art. 305.6 II CP, hubo 11 en las que se aplicó la atenuante del primer inciso (91,67%). Estos son, en mi opinión, porcentajes

muy llamativos que, a lo mejor, pueden hacer perder de vista la proporción que los casos de aplicación efectiva pueden representar sobre el total de supuestos potenciales de aplicación.

Por lo demás, este estudio complementario ha servido para corroborar una tendencia que parecía estar presente en el estudio de SSTS: cuando se llega a un acuerdo con las acusaciones, los órganos jurisdiccionales parecen tratar con benignidad a los condenados. El 100% (¡!) de los casos de aplicación de la atenuante del primer inciso del art. 305.6 CP y la del art. 434 CP se dieron en supuestos en los que los condenados se habían conformado con la acusación. Téngase presente, además, que 12 de los 13 condenados beneficiados con la atenuante del art. 305.6 I CP (92,31%) y que 4 de los 12 a los que se les aplicó el art. 434 CP (25%) recibieron una rebaja de pena de dos grados[861]. Súmesele a ello los casos en los que los tribunales se limitaron a imponer la pena pedida por las acusaciones sin tener en cuenta si ésta se había determinado correctamente o si las atenuantes genéricas que concurrieron con los incentivos podían apreciarse simultáneamente con éstos o no. Da la sensación de que, cuando existe una conformidad (en sentido amplio o estricto), importa más cerrar el proceso y rebajar la sanción a la gravedad pactada que ajustarse a las reglas concursales y de determinación de la pena.

4. CONSIDERACIONES FINALES

4.1. Posibles razones de la escasa aplicación (e invocación) de los incentivos: algunas hipótesis

De lo expuesto en las páginas precedentes se evidencia que los incentivos que constituyen el objeto de la investigación ni se aplican, ni se invocan por las partes. Los números son elocuentes en este sentido: de los 178 procesos estudiados, sólo hubo uno en el que se aplicó uno de los incentivos (el art. 434 CP) y otros 5 en los que se solicitó su apreciación (en 4 de ellos se trató, de nuevo, del art. 434 CP, mientras que en el otro fue la atenuante del segundo inciso del art. 305.6 CP). En todos estos casos, además, la solicitud partió de los acusados: no hubo ninguna acusación que invocara los incentivos con la finalidad de, por ejemplo, llegar a un acuerdo con las partes pasivas y poner fin al proceso de forma negociada.

Las razones explicativas de estos resultados pueden ser diversas. No creo que basten los datos aportados a lo largo de este capítulo: todo lo que se ha llevado a cabo es un análisis de una muestra de sentencias. Sin embargo, esa información puede ser útil para formular ciertas hipótesis que, tal vez, puedan ser corroboradas a través de la realización de futuros estudios. Aquí me referiré a dos.

[861] Con todo, recuérdense los matices hechos en relación con los casos de aplicación del art. 434 CP en el apartado 3.5.2, c) *supra*.

Una de ellas supone dar la razón a una de las objeciones que se estudiaron en el capítulo II: tal y como están configurados, los incentivos son muy poco atractivos. Esta hipótesis puede entenderse más o menos contrastada si se toman en consideración los siguientes datos.

Como ya se ha dicho en muchas otras ocasiones, el art. 66.1.2ª CP dispone que, si no hay agravantes *y* concurren dos o más atenuantes simples o una o varias muy cualificadas, los jueces y tribunales españoles *impondrán* la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda por el delito cometido. Salvo la eximente para los delitos de cohecho (art. 426 CP), todos los incentivos que se han estudiado pueden dar lugar a esa misma consecuencia jurídica. La regla de determinación de la pena del art. 66.1.2ª CP, junto con lo que parecen ciertas patologías endémicas del sistema de justicia penal español, hacen que la colaboración no sea una estrategia procesalmente rentable para los acusados en un gran número de ocasiones.

Si se recuerda, la atenuante que se aplica con más frecuencia en todas las muestras, salvo en la de malversación, es la de dilaciones indebidas, contenida en el art. 21.6ª CP. También es la que, salvo en la muestra de cohecho, se estima más veces como muy cualificada. De modo que hay un número muy considerable de veces en las que los acusados de haber cometido un delito incluido en el ámbito de aplicación de los incentivos recibirán una rebaja similar a la prevista por éstos, *pero sin haber colaborado con las autoridades ni haber reparado el daño*. Por tanto, no parece descabellado pensar que una estrategia procesal que puede desembocar en un resultado valioso para los potenciales beneficiarios de los incentivos sea, precisamente, la de propugnar su inocencia hasta el final: si no consiguen una sentencia absolutoria, pero el proceso dura lo suficiente, su sanción se verá rebajada de manera (muy) significativa. Esta aplicación tan habitual de la circunstancia de dilaciones indebidas podría explicar, aunque sea parcialmente, que apenas se solicite la aplicación de los incentivos; a la luz de este empleo extensivo del art. 21.6ª CP, la vía consistente en colaborar o reparar el daño se revela poco atractiva.

La segunda hipótesis es que, incluso aunque se opte por la colaboración con las autoridades o por el resarcimiento del perjuicio con miras a obtener una menor sanción, es razonable que los diferentes intervinientes en el proceso penal prefieran la aplicación de las atenuantes de confesión y/o reparación del daño antes que los incentivos estudiados. Tanto los acusados como los acusadores cuentan con buenos motivos para ello.

Comenzaré hablando de los inculpados. Es cierto que, de conformidad con los resultados del estudio, las atenuantes genéricas de confesión y reparación del daño normalmente se han aplicado como simples. Dice el art. 66.1.1ª CP que, en ausencia de atenuantes, si sólo concurre una atenuante simple, los jueces y tribunales deberán imponer la pena que corresponda en su mitad inferior. Salvo el art. 426 CP, que es una eximente, los incentivos que constituyen el objeto de la investigación permiten la imposición de la pena inferior en uno o dos grados. Por lo tanto, éstos,

en principio, permiten alcanzar una rebaja en la sanción mayor que la que correspondería a la apreciación de una única atenuante simple.

Sin embargo, los resultados del estudio también muestran que, aunque las atenuantes de confesión y reparación del daño se hayan apreciado, normalmente, como simples, la mayoría de las veces en las que se han concedido han concurrido, o bien entre sí, o bien con la atenuante de dilaciones indebidas, o bien ambas cosas a la vez. Esto, como tuvo ocasión de verse, ha motivado que la consecuencia jurídica más frecuente de la estimación de cualquiera de estas atenuantes sea, *ex* art. 66.1.2ª CP, la rebaja de pena en un grado. Esta es una situación a la que, como se acaba de decir, también se podría llegar a través de la aplicación de los incentivos, aunque con una diferencia que, en mi opinión, es fundamental: mientras que los incentivos prevén que esa reducción de pena se conceda de manera facultativa –salvo, una vez más, la eximente del art. 426 CP–, el precepto que se acaba de citar la impone de manera obligatoria. Por lo tanto, los acusados pueden tener un mayor grado de seguridad con respecto a su desenlace procesal si abogan por la aplicación de las atenuantes genéricas en lugar de si lo hacen por la de los incentivos.

Algo similar podría pensarse de las acusaciones. Como se ha visto, en la inmensa mayoría de las ocasiones en las que se ha llegado a un acuerdo entre éstos y los inculpados –salvo en la muestra de delitos contra la Seguridad Social, cuyas peculiaridades se expusieron en su momento–, se han aplicado a estos últimos diferentes tipos de atenuantes genéricas. En cambio, no hubo ningún caso de acuerdo entre las partes que se saldara con la aplicación de alguno de los incentivos estudiados. Esto sugiere que, a la hora de negociar un final pactado del procedimiento, también las acusaciones se encuentran más cómodas con aquéllas en lugar de con éstos. De nuevo, sólo con los datos de las sentencias estudiadas es difícil aventurar algún motivo que explique esta forma de proceder. Aun así, el hecho de que la rebaja de pena que prevén los incentivos sea facultativa puede tener que ver; si se trata de dar seguridad a la contraparte para que aporte material a la investigación o se comprometa a reparar el perjuicio causado, mejor acudir a un instituto cuyas consecuencias se conocen de antemano que a otro cuya valoración última está sometida al arbitrio judicial.

4.2. Los (prometedores) efectos de las atenuantes de confesión

Ahora bien, una cosa es que, por su particular diseño, los *incentivos* no estén cumpliendo adecuadamente con su función de estímulo y otra bien distinta es que la *estrategia político-criminal* consistente en fomentar determinadas conductas a través de la renuncia a la pena no consiga ningún resultado. De ahí que, en mi opinión, defender el abandono de esa estrategia con base en la información tratada a lo largo de este estudio quizás sea algo precipitado. Máxime si se toman en consideración los datos relacionados con la aplicación de las atenuantes genéricas de confesión –arts. 21.4ª y 7ª y 31 quater.1 a) CP–.

Hay que partir de una cosa: estas atenuantes también se aplican más bien poco. De hecho, sólo hubo tres muestras de las cinco estudiadas en las que esas atenuantes se concedieron a algún condenado (delitos fiscales, cohecho y malversación). Sin embargo, si, dentro de esas tres muestras, se comparan los asuntos en los cuales se aplicaron y aquellos otros en los que no, se aprecian diferencias importantes. En primer lugar, los procesos en los que se aplicaron atenuantes de confesión aglutinan, de media, un mayor número de condenados. En segundo lugar, los procesos con el número máximo de condenados de cada muestra (lo que se ha llamado «valores extremos» en el capítulo) son procesos en los que hubo algún beneficiado con estas atenuantes. Y, en tercer lugar, en los procesos en los que hubo aplicación de atenuantes de confesión, la proporción media de acusados que finalmente terminaron siendo condenados es mayor.

Estas constataciones pueden ayudar a rebatir una crítica que planteaban algunos autores al hecho de que el legislador haya recurrido a los incentivos para hacer frente a determinados fenómenos delictivos. En su opinión, la colaboración de sus potenciales beneficiarios probablemente acabaría tomando la forma de una declaración heteroincriminatoria realizada en el juicio oral. Si comparecen en dicho acto como acusados, dichas declaraciones no sirven, por sí solas, para enervar la presunción de inocencia; de conformidad con la jurisprudencia constitucional, necesitarían ser corroboradas por elementos externos adicionales para poder fundar la sentencia condenatoria. Teniendo esto en cuenta, se discute que el fomento a la colaboración con las autoridades vaya a desembocar en un mayor número de condenas por los delitos incluidos en el ámbito de aplicación de los incentivos.

Al margen de otras objeciones a esta crítica (que parece equiparar eficacia con, simplemente, un mayor número de condenas), las estadísticas ofrecidas permiten dudar de su veracidad. Desde luego, parece que, a la luz de los datos del estudio empírico, a través del empleo de la atenuante de confesión sí se están consiguiendo más condenas. Con todo, para rechazar por completo esa crítica, habría que estudiar el razonamiento judicial de las sentencias en las que se ha aplicado alguna atenuante de confesión y evaluar cuán decisiva ha sido la aportación del beneficiario para fundar la condena de los otros intervinientes en el hecho delictivo. Aun así, creo, de los datos no se deduce que la estrategia consistente en el fomento de la colaboración con las autoridades deba abandonarse porque no consigue resultados. Más bien, hay indicios que apuntan a lo contrario.

En suma: si uno de los objetivos del legislador a la hora de crear los incentivos era facilitar la investigación y enjuiciamiento de ciertos delitos que se consideran especialmente difíciles de perseguir, éstos no parecen estar cumpliendo su objetivo. Sin embargo, si se toman en consideración los resultados de la aplicación de las atenuantes genéricas de confesión, la estrategia consistente en fomentar la colaboración a través de la renuncia a la imposición de (parte

de) la pena que correspondería por los hechos cometidos parece funcionar. Así lo sugieren, al menos, los resultados del estudio empírico que se acaban de comentar.

4.3. Algunas ideas para el futuro

Dado lo limitado del estudio que se ha llevado a cabo en este último capítulo, creo que la propuesta más prudente que puede hacerse es la de fomentar los análisis empíricos sobre los efectos derivados de la aplicación de los incentivos para la colaboración con las autoridades y de las atenuantes genéricas que, eventualmente, pueden cumplir (o mermar) esa misma función de estímulo. A pesar de su aparente inconcreción, no creo que sea una propuesta ingenua: la situación en Alemania constituye, a mi juicio, un ejemplo ilustrativo de lo que puede conseguirse a través de una buena relación entre los poderes públicos y la investigación académica.

Como se vio en los capítulos III y, sobre todo, IV, poco después de la entrada en vigor de la nueva BtMG, la norma que creó la que se considera la primera *Kronzeugenregelung* del Derecho penal alemán, el Bundestag encargó al Gobierno de la República Federal la realización de diversos estudios que permitieran conocer qué resultados se estaban consiguiendo a través de la aplicación de esa figura, contenida en el § 31 de la mencionada ley. Estos encargos se materializaron en tres informes, remitidos a la cámara baja entre 1983 y 1989. A medida que se fueron creando nuevas *Kronzeugenregelungen*, esta costumbre no cayó en desuso, sino que los poderes públicos siguieron solicitando la elaboración de más informes sobre el particular. El ejemplo más sobresaliente lo constituyen los estudios de MÜHLHOFF y MEHRENS, realizados entre 1999 y 2001 en el seno del Instituto de Investigaciones Criminológicas del Estado de Baja Sajonia por encargo del Ministerio de Asuntos Interiores. Como tuvo ocasión de verse, el contenido de estos informes, en los que se combinaron técnicas de investigación cuantitativa y cualitativa, fue tomado en consideración en las diferentes iniciativas que, entre 2000 y 2007, se llevaron al Parlamento y que acabarían dando lugar a la *Kronzeugenregelung* amplia del § 46b StGB. Sobre esta figura también existen investigaciones empíricas, siendo los más recientes en este sentido los trabajos de FRAHM (2014) y CHRISTOPH (2019), en los que se sigue la senda de MÜHLOHOFF y MEHRENS en cuanto a la combinación de diversas técnicas de investigación.

La situación en España es, en cambio, bastante distinta. Los estudios empíricos sobre los efectos de la colaboración con las autoridades son, para empezar, bastante escasos, más aún en el ámbito del Derecho penal económico. En el capítulo II se hizo referencia a los elaborados por CUERDA ARNAU (1995) y NÚÑEZ FERNÁNDEZ (2017 y 2021), centrados en los incentivos para la colaboración con las autoridades previstos para los delitos de terrorismo. Hasta donde alcanzo, los únicos estudios que analizan la aplicación de un incentivo de los que constituyen el objeto de la presente investigación, el art. 426 CP, son el informe del GRECO de 2009 y el que llevó a cabo ORTIZ DE URBINA GIMENO en 2011. Para seguir, estos estudios se han llevado a cabo de manera

independiente. Es decir, que ninguno de ellos responde a la pretensión del legislador de conocer qué está sucediendo en la práctica con las disposiciones que crea. Esta clase de análisis resultan obligados si, como se ha visto, el legislador asocia su legitimidad al hecho de que contribuyan a la consecución de determinados objetivos.

Es cierto que, en los últimos años, los actores oficiales en España parecen tener un mayor interés en la evaluación de políticas públicas mediante la realización de estudios empíricos. El hecho de que, en su Disposición adicional tercera, la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción[862], haya previsto que cada año se elabore una memoria anual con ciertos datos relativos a las comunicaciones recibidas por la Autoridad Independiente de Protección al Informante, de la que se dará traslado a las Cortes Generales, me parece un buen ejemplo en este sentido. Sin embargo, esto hace aún más difícil de comprender que no se haya previsto un procedimiento de fiscalización similar en los últimos incentivos añadidos al Código Penal: las eximentes por colaboración con las autoridades de los arts. 262.3 (alteración de precios en concursos y subastas públicas) y 288 bis CP (delitos contra el mercado y los consumidores), introducidas por la LO 14/2022, de 22 de diciembre.

Tal vez, gracias a la realización de este tipo de investigaciones, se esté en disposición de abordar uno de los problemas endémicos del sistema de justicia penal español que, según creo, se ha puesto de manifiesto en los resultados del estudio: la aplicación extensiva de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª CP. Que dicha atenuante sea, de todas las estudiadas, la que se aplica con más frecuencia en los asuntos incluidos en casi todas las muestras me parece una situación indeseable por varios motivos. Por ahora, creo que basta con destacar dos. Por un lado, porque, como se ha dicho ya, esto merma notablemente el atractivo de la estrategia procesal consistente en colaborar para obtener una menor sanción: si se puede conseguir la misma reducción de pena sólo por esperar al desenlace del proceso, no hay ninguna ventaja en colaborar. Por otro, porque dicha aplicación implica un reconocimiento de que el Estado está vulnerando de modo sistemático el derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva en un plazo razonable, consagrado, entre otros preceptos, en los arts. 24.1 CE y 6.1 CEDH. De modo que, sin un incremento en la dotación de medios de la Administración de Justicia que permita agilizar la tramitación de los asuntos penales, creo que cualquier propuesta más o menos concreta terminará siendo ilusoria.

[862] BOE n.º 44, de 21 de febrero de 2023.

CONCLUSIONES

1. El legislador creó las atenuantes de los arts. 305.6 II, 307.5 II, 308.8 II y 434 CP y la eximente del art. 426 CP para incentivar a los intervinientes en los delitos incluidos en su ámbito de aplicación a, o bien poner en conocimiento de las autoridades determinados extremos relacionados con el hecho delictivo, o bien reparar el perjuicio causado al patrimonio público. El mecanismo escogido para ello es la renuncia a la imposición a todo o parte del castigo que correspondería por los hechos cometidos.

2. Pese a que el legislador ha pretendido legitimar las figuras constitutivas del objeto de estudio con base en los resultados que contribuirían a alcanzar, su tenor literal ofrece muchos problemas interpretativos que dificultan su aplicación. Es lo que, por ejemplo, sucede con la exigencia de que la denuncia deba interponerse «antes de la apertura del procedimiento» en el art. 426 CP –¿se refiere al que afecta al particular o al funcionario?–, el plazo de los dos meses que se menciona en el primer inciso de los arts. 305.6, 307.5 y 308.8 CP –¿es extensible a las atenuantes del segundo inciso?–, o la necesidad de que la colaboración del culpable sea «eficaz» en el art. 434 CP –¿constituye una obligación de medios o de resultado para el colaborador?–. Estos problemas no pueden resolverse, sin más, apelando al fundamento que, supuestamente, tienen estas figuras –la consecución de determinados objetivos político-criminales–, pues éste puede sustentar interpretaciones opuestas.

3. Considerar, sin más, que los incentivos son incompatibles con los fines de la pena, como hacen los teóricos de la que aquí se ha llamado «concepción esencialista», no es un argumento convincente para propugnar su derogación. Al menos, tres razones apoyan esta idea:

    a. En primer lugar, los teóricos de la «concepción esencialista» parten de que, para resultar legítimas, las atenuantes y eximentes por comportamientos postdelictivos (entre las que se encontrarían las figuras constitutivas del objeto de estudio) deben cumplir *la misma* finalidad que la pena (sea cual sea ésta). Lo contrario, implicaría reconocer que el Estado concede menos importancia a la imposición de un castigo –que se merece porque se ha cometido un delito– que a la consecución de ciertos intereses «extrapenales». No está del todo claro, sin embargo, que los fines de la pena sean un criterio suficientemente sólido como para separar las cuestiones que deben interesar a la dogmática penal de las que no: al fin y al cabo, algunos de los fines que se atribuyen a la pena, como la

prevención de conductas antijurídicas, son comunes a otras ramas del Derecho, como el Derecho administrativo sancionador.

b. En segundo lugar, las conclusiones de los representantes de la concepción que se acaba de aludir son, en ocasiones, contrarias al principio de legalidad penal. Al formular sus propuestas interpretativas de las atenuantes y eximentes por comportamientos postdelictivos, algunos integrantes de la «concepción esencialista» exigen que el comportamiento del culpable sea «voluntario» para poder dar lugar a la rebaja o exención de pena. El Código Penal español, sin embargo, no hace explícita esa exigencia en muchas de las figuras estudiadas por estos autores (desde luego, no lo hace con ninguno de los incentivos constitutivos del objeto de la presente investigación). Añadir esta exigencia supone limitar, *contra reo*, las posibilidades de aplicación de los incentivos mediante la adición de una circunstancia no prevista en la ley.

c. Por último, un razonamiento como el de la «concepción esencialista» llevado hasta sus últimas consecuencias implica negar la posibilidad de conceder una rebaja de pena a los culpables que confiesen el hecho después de conocer que el procedimiento se dirige contra ellos. Cuando el culpable confiesa de forma extemporánea, es claro que su conducta no puede considerarse voluntaria. Esto debería llevar a los autores englobados en esta concepción a excluir estos supuestos del ámbito de aplicación de la atenuante de confesión, incluso aunque se estime como analógica (art. 21.7ª CP en relación con la circunstancia 4ª del mismo artículo). Puede ocurrir, sin embargo, que, aunque la conducta del culpable no haya sido voluntaria, su confesión resulte de utilidad para el esclarecimiento de los hechos o la identificación o captura de otros responsables. En la medida en que es discutible que no conceder la atenuación en casos como ésos sea una situación deseable, algunos de sus partidarios admiten que, si la confesión extemporánea es especialmente provechosa para las autoridades, cabría, excepcionalmente, concederla, incluso aunque no se haya respetado la exigencia de voluntariedad. Esto es una contradicción que se podría evitar si, simplemente, no se añadiera un requisito que la ley no prevé.

4. A la hora de realizar una crítica a los incentivos, es más convincente mantener una «concepción matizada» sobre su relación con los fines de la pena, como la sostenida por María Luisa CUERDA ARNAU. A diferencia de la que aquí se ha llamado «esencialista», la «concepción matizada» no cuestiona que el Estado pueda renunciar a la imposición de una pena merecida para la consecución de otros intereses, sino que presta atención a *cómo*

tiene que practicarse esa renuncia para resultar legítima. Esto obliga a integrar en la reflexión ciertos principios que, indiscutiblemente, forman parte del acervo de la dogmática penal, como los de proporcionalidad e igualdad.

5. Las críticas que la doctrina española ha formulado con referencia al principio de proporcionalidad tampoco son demasiado convincentes porque sus premisas no se han desarrollado lo suficiente. Ello por los siguientes motivos:

    a. La reflexión con base en el principio de proporcionalidad exige comprobar, entre otras cosas, si los incentivos están cumpliendo con su función; es decir, si la detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos incluidos en su ámbito de aplicación o el grado de reparación del perjuicio causado al patrimonio público han mejorado (juicio de eficacia propio del subprincipio de idoneidad). Esto requiere la realización de estudios empíricos sobre el grado de consecución de los objetivos que, se supone, se quieren alcanzar.

    b. Análisis de este tipo, sin embargo, apenas se han realizado en España. Los únicos estudios disponibles sobre alguna de las figuras constitutivas del objeto de investigación son los llevado a cabo por el GRECO en 2009 y ORTIZ DE URBINA GIMENO en 2011 sobre la eximente del art. 426 CP. Estos estudios sólo pusieron de relieve que, desde su creación, la figura se había aplicado en dos ocasiones. No se analizaron otros aspectos que podrían haber proporcionado información útil como, por ejemplo, si los órganos judiciales españoles habían tratado de fomentar la colaboración de los implicados en delitos de cohecho a través de otras vías, como la aplicación de atenuantes genéricas, ni qué efectos habría tenido el recurso a esa estrategia.

6. Tampoco son convincentes las críticas realizadas con referencia al principio de igualdad, aunque sólo si se interpretan como alegatos para declarar la inconstitucionalidad de los incentivos por atentar contra el art. 14 CE. Sí resultan convincentes, en cambio, si se interpretan como propuesta *de lege ferenda* que sirva para incrementar, precisamente, su eficacia. Ello por lo siguiente:

    a. Tal y como lo interpreta el TC, el principio de igualdad no prohíbe las distinciones de trato, sino sólo que éstas carezcan de una justificación objetiva y razonable.

    b. Las críticas que más frecuentemente se han derivado del mencionado principio constitucional son dos. Por un lado, que los incentivos pueden reportar un trato

más beneficioso a quienes ostentan los puestos más altos de la organización criminal, que, paradójicamente, deberían ser merecedores de un reproche penal más intenso. Por otro lado, que los incentivos sólo permiten beneficiarse de un trato penológico más favorable a quienes hayan cometido determinados delitos.

c. Si se atiende a la finalidad que persiguen los incentivos, es discutible que una y otra distinción carezcan de justificación. En lo que se refiere a la primera, porque los incentivos proporcionan un trato más favorable a quien aporta la información de mayor utilidad. El hecho de que se ocupe uno u otro puesto en la organización criminal es indiferente. Es más: es discutible que, precisamente, quien ostente la información de mayor utilidad sea siempre quien se encuentra en los estratos superiores de la agrupación. Y, en lo que se refiere a la segunda, porque es un lugar común que los delitos incluidos en el ámbito de aplicación de los incentivos resultan muy difíciles de detectar, investigar y/o enjuiciar. No parece arbitrario, por tanto, limitar la aplicación de los incentivos sólo a quienes hayan cometido delitos de esas características.

d. Ahora bien, que no se considere arbitrario que sólo quienes hayan *cometido* ciertos delitos puedan beneficiarse de los incentivos no quiere decir que se considere que ésta sea la mejor opción, político-criminalmente hablando. Es discutible que siempre posea la mejor información sobre el hecho delictivo quien haya intervenido en su comisión (mejor dicho: quien *esté siendo investigado* por ello).

7. Dado que ninguna de las críticas realizadas por la doctrina española es plenamente convincente, es adecuado acudir a la de otros países sobre figuras similares. En la medida en que Alemania es un Estado con un sistema procesal semejante al español en el que también existen incentivos para la colaboración con las autoridades, parece razonable traer a la reflexión los análisis allí realizados.

8. A diferencia de lo que ocurre en España, en Alemania la apelación a los fines de la pena ha sido una práctica marginal. Los argumentos basados en la teoría de la pena se han rechazado por su alto grado de abstracción –por ejemplo: recompensar a los culpables de un hecho delictivo por su colaboración con las autoridades hace que la colectividad deje de confiar en la «inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico»–. Al nivel de generalidad con el que han sido formulados, es relativamente sencillo concebir hipótesis igual de generales que desmientan lo que las críticas afirman –por ejemplo: si recompensar a los culpables del hecho delictivo permite esclarecer crímenes que, de otra forma no habrían

sido resueltos, la colectividad no dejará de confiar en la «inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico»–.

9. La doctrina alemana ha considerado que, en líneas generales, los incentivos no son contrarios al principio de proporcionalidad. Esta opinión está fundada en numerosos estudios empíricos que se han ido elaborando desde que se creara el primer incentivo de su historia legislativa reciente –el §31 BtMG el 1 de enero de 1982–. A tenor de los hallazgos de esos estudios, la mayoría de los autores alemanes que han estudiado los incentivos afirman que:

    a. En primer lugar, pese a que no han puesto fin a las formas de criminalidad que, se supone, los incentivos estaban llamados a hacer desaparecer, han conseguido importantes avances en su persecución, sobre todo en los niveles medios e inferiores. No puede decirse, en consecuencia, que constituyan un medio inidóneo para la consecución de sus objetivos.

    b. En segundo lugar, estos resultados no habrían sido posibles a través de otros mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico alemán, como el recurso a las reglas generales de determinación de la pena del § 46 II StGB o a las facultades de archivo de los §§ 153 y ss. StPO. Además, la renuncia a la imposición de la pena ínsita en los incentivos es un instrumento que supone una lesión menos intensa de otros intereses valiosos como la que causarían otras estrategias de afrontamiento de los delitos más difíciles de perseguir, como la alteración de las reglas de la prueba o la flexibilización de medidas de investigación más invasivas de derechos fundamentales. Tampoco puede concluirse, por tanto, que no sean un medio necesario para la consecución de sus objetivos.

    c. Por último, los incentivos del Derecho alemán cuentan con varios límites que permiten ponderar el *si* y el *cómo* de la renuncia a la imposición del castigo. Los jueces y fiscales alemanes, además, parecen haber hecho uso de ellos con moderación (ha habido muy pocos casos de renuncia total a la imposición de la pena y todavía menos de archivo del procedimiento). Los incentivos resultan, por ello, respetuosos del juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

10. Hay cierto consenso entre los autores alemanes, en cambio, en que los incentivos no son compatibles con el principio constitucional de igualdad, consagrado en el art. 3 I GG. En su opinión, las diferencias de trato que crean algunos de ellos carecen de una justificación razonable, lo que las torna en arbitrarias. Concretamente, se han criticado los siguientes criterios de distinción, presentes en los §§ 31 BtMG y 46b StGB:

a. El que limita el ámbito de aplicación de los incentivos sólo a los responsables de haber cometido un tipo concreto de delito. Para algunos, este criterio de distinción no está justificado si se tiene en cuenta cuál es la finalidad de los incentivos. Tiene sentido exigir que el hecho sobre el cual el colaborador informa (el aquí llamado «hecho de referencia») sea un delito de los que, habitualmente, se afirma que son muy difíciles de perseguir. Menos defendible es, en cambio, que se exija que el hecho cometido por el colaborador (el aquí llamado «hecho originador») pertenezca a una categoría concreta de delitos o esté castigado con una pena determinada.

b. El que determina que sólo puedan beneficiarse de los incentivos los colaboradores que hayan dado lugar a una mejora del estado de la investigación. La finalidad perseguida puede justificar la exigencia de utilidad en la información aportada. Sin embargo, que la investigación mejore o no es algo que, muchas veces, no (sólo) dependerá del esfuerzo del colaborador, sino también de otros factores como, por ejemplo, la implicación de las autoridades.

c. El que requiere que el hecho cometido por el colaborador y el hecho sobre el cual éste informa se encuentren relacionados entre sí. Esa relación no garantiza, en todo caso, que la información del colaborador vaya a ser de mayor utilidad. La previsión de este requisito impide beneficiarse del trato penológico favorable a los colaboradores que, sencillamente, hayan sido testigos de otros delitos, lo cual no parece tener demasiado sentido si se tiene en cuenta cuál es la finalidad de los incentivos.

d. El que exige que el colaborador deba ofrecer su información a las autoridades antes de que se dicte el auto de apertura del juicio oral en el proceso seguido por el hecho originador; esto es, el delito cometido por el colaborador. Si la finalidad de los incentivos es mejorar la investigación del hecho sobre el cual éste informa, debería dar igual en qué momento del proceso sobre el hecho originador se coopere con las autoridades.

11. Por lo expuesto hasta aquí, parece justificado realizar un estudio empírico sobre la aplicación de las figuras constitutivas del objeto de investigación con la finalidad de completar las críticas que, hasta ahora, se les han realizado. Ese estudio ha consistido en el análisis de 178 SSTS sobre los delitos incluidos en su ámbito de aplicación dictadas entre el 31 de diciembre de 2010 y el 1 de enero de 2023.

12. Del análisis de sentencias resulta que los incentivos apenas parecen haber sido aplicados e, incluso, siquiera invocados. Ello porque tan sólo hubo una resolución en la que se aplicó uno de ellos: la atenuante del art. 434 CP (para los delitos de malversación). Junto a ella, hubo otros 5 casos en los que se solicitó la aplicación del art. 434 CP y otro en el que se pidió la de la atenuante del art. 305.6 II (para los delitos fiscales).

13. Las atenuantes de reparación del daño –arts. 21.5ª, 21.7ª en relación con esta última y 31 quater.1 c) CP– y de confesión –arts. 21.4ª, 21.7ª en relación con esta última y 31 quater.1 a) CP– han sido, en cambio, aplicadas con cierta frecuencia en los asuntos analizados. Esto sugiere que los intervinientes en el proceso penal prefieren recurrir a las atenuantes genéricas para «recompensar» la colaboración con las autoridades y la reparación de los perjuicios causados antes que a los incentivos que el legislador creó específicamente para ello.

14. Aun así, la proporción de procesos en los que se han aplicado las atenuantes de confesión y reparación del daño es, más bien, pequeña: a excepción de la de malversación, éstas nunca se han aplicado en más del 20% de los procesos analizados en cada muestra. A tenor de estos datos, no parece que los acusados por los delitos incluidos en el ámbito de aplicación de los incentivos tengan especial predilección por escoger la vía de la cooperación.

15. Un factor que podría explicar, al menos parcialmente, la aparente «aversión» a la colaboración con las autoridades podría ser la frecuencia con la que se aplica la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6ª CP). Ésta no sólo es, con diferencia, la atenuante que más veces se ha aplicado y de la que se ha beneficiado un mayor número de condenados: también es la que, con mayor frecuencia, se ha estimado como muy cualificada. Esto hace que, con la excepción de las muestras de delitos contra la Seguridad Social y cohecho, cuando se ha estimado la atenuante de dilaciones indebidas sin concurrir con ninguna otra atenuante, la consecuencia más frecuente haya sido la rebaja de pena en uno o en dos grados: la misma rebaja que posibilitan todos los incentivos que constituyen el objeto de la investigación (salvo, naturalmente, la eximente del art. 426 CP). En otras palabras: es posible obtener un trato penológico equiparable al que posibilitan la mayoría los incentivos para la colaboración con las autoridades, *pero sin colaborar con las autoridades*. Tan sólo se requiere que el proceso se prolongue lo suficiente. Tomando esto en consideración, una estrategia racional consiste en esperar lo máximo posible antes de cooperar: si no se acaba dictando una sentencia absolutoria, al menos podrá contarse con la estimación de la atenuante de dilaciones indebidas. Sólo si no es previsible que ésta se estime como muy cualificada, entonces lo racional será colaborar o resarcir el perjuicio

para que entre en concurso con una atenuante genérica de confesión o de reparación del daño, asegurando con ello una rebaja de pena en uno o dos grados en aplicación del art. 66.1.2ª CP.

16. Esto no quiere decir que la estrategia político-criminal consistente en fomentar la colaboración de los intervinientes en el hecho delictivo con las autoridades sea, aparentemente, inútil. Cuando se ha aplicado alguna atenuante de confesión (algo que ha sucedido en las muestras de delitos fiscales, cohecho y malversación), el número medio de acusados y de condenados ha aumentado de manera notable. Lo mismo puede decirse del número medio de acusados que, finalmente, han resultado condenados en cada procedimiento. Es más: los procesos que, en cada muestra, han dado lugar al mayor número de condenas por delitos incluidos en el ámbito de aplicación de los incentivos, son asuntos en los que alguno de los condenados se ha beneficiado de una atenuante de confesión.

17. Los órganos jurisdiccionales españoles, además, parecen ser generosos en cuanto a la aplicación de atenuantes genéricas con los acusados que han llegado a algún tipo de acuerdo con las acusaciones, se ajuste éste o no a los cauces previstos en la LECrim. Si bien los condenados conformes han sido minoritarios –con la notable excepción de la muestra de delitos contra la Seguridad Social, en la que un 78,82% de los condenados llegó a un acuerdo con las acusaciones–, la inmensa mayoría de ellos –salvo, de nuevo, los de la muestra de delitos contra la Seguridad Social– se ha beneficiado de la aplicación de atenuantes genéricas.

18. Por todo lo dicho hasta aquí, no creo que el legislador español deba renunciar al fomento de la colaboración de los intervinientes en el hecho delictivo en tareas como el esclarecimiento de los hechos y/o la identificación o captura de otros responsables. Otra cosa distinta es que, tal y como estén diseñados, los incentivos creados específicamente para ello aporten algo que no pueda conseguirse ya a través de las atenuantes genéricas. A ello hay que sumarle que estas últimas figuras no tienen limitado su ámbito de aplicación a quienes hayan *cometido* uno u otro delito. Quizás sería conveniente, en el futuro, dejar de crear incentivos «sectoriales» y, en su caso, establecer criterios que aseguren la aplicación de las atenuantes genéricas para «recompensar» con ellas a los infractores que cooperen con las autoridades.

19. Aun así, es necesario continuar con la investigación empírica para contar con un diagnóstico más preciso acerca de la utilidad de la estrategia consistente en fomentar la colaboración con las autoridades en los delitos económicos en general y de los incentivos

específicamente diseñados para ello en particular. La información que se ha plasmado en el último capítulo de este trabajo debe tomarse, pues, con cautela: sólo procede de un análisis de 178 SSTS. El hecho de que no se haya previsto que se evalúe, a través de la práctica de estudios más completos, el éxito o fracaso de las últimas eximentes por colaboración con las autoridades, creadas en 2022, es algo decepcionante.

SCHLUSSFOLGERUNGEN

1. Der Gesetzgeber hat die strafmildernden Umstände der Art. 305.6 II, 307.5 II, 308.8 II und 434 CP sowie den strafbefreienden Umstand des Art. 426 CP geschaffen, um die Beteiligten an den in ihren Anwendungsbereich fallenden Straftaten zu ermutigen, entweder ihre Information über der Straftat den Strafverfolgungsbehörden zu offenbaren oder den an öffentlichen Gütern entstandenen Schaden zu beheben. Der zu diesem Zweck gewählte Mechanismus ist der Verzicht auf die gesamte oder einen Teil der Strafe, die für die begangenen Straftaten verhängt werden würde. Mit anderen Worten stellen sie Anreize zur Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden oder zur Wiedergutmachung dar.

2. Obwohl versucht worden ist, die Vorschriften, die den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit darstellen, durch ihren Beitrag zur Erreichung bestimmter kriminalpolitischer Ziele zu legitimieren, bringt ihr Wortlaut zahlreiche Auslegungsprobleme, die ihre Anwendung erschweren. Ein Beispiel dieser Probleme ist die im Art. 426 CP enthaltene Anforderung, dass die Strafanzeige »vor der Eröffnung des Verfahrens« gestellt werden muss –muss dieses Verfahren wegen der von der Privatperson oder der vom Beamten begangenen Tat eingeleitet werden?–. Gleiches gilt für die Präklusionsfrist der Art. 305 Abs. 6, 307 Abs. 5 und 308 Abs. 8 CP –bezieht sich diese zeitliche Grenze nur auf den im ersten Satz enthaltenen strafmildernden Umstand, oder auch denjenigen des zweiten Satzes?– und die in Art. 434 CP enthaltene Voraussetzung, dass die Offenbarung des Täters »wirksam« sein muss –bedeutet dies, dass die Hilfe des Täters zu einem Aufklärungserfolg führen muss? Oder reicht es aus, wenn diese Hilfe zur Aufklärung der Tat geeignet ist?–. Ein bloßer Verweis auf die vermeintliche Grundlage dieser Vorschriften –die Erlangung bestimmter Ergebnisse– löst die besagten Auslegungsprobleme natürlich nicht; dieses Kriterium ist so weit, dass es zu gegensätzlichen Interpretationen Anlass geben kann.

3. Die Sichtweise, dass die Anreize mit den Strafzwecken unvereinbar sind, wie es die Theoretiker der in dieser Arbeit sogenannten »essentialistische Auffassung« behaupten, ist kein überzeugendes Argument für ihre Abschaffung. Mindestens drei Gründe sprechen gegen dieses Argument:

    a. Die Vertreter der »essentialistische Auffassung« gehen davon aus, dass die strafmildernden und -befreienden Umstände wegen des Nachtatverhalten des Täters (zu denen die Anreize, die den Untersuchungsgegenstand bilden, gehören)

denselben Zweck wie die Strafe erfüllen müssen, um legitim zu sein. Andernfalls würde dies bedeuten, dass der Staat der Verhängung einer Strafe –die aufgrund der Begehung einer Straftat verdient ist– weniger Bedeutung beimisst als der Verwirklichung bestimmter »außerstrafrechtlicher« Interessen. Es ist jedoch nicht klar, ob die Strafzwecke ein solides Kriterium darstellen, um die die Strafrechtsdogmatik interessierenden Fragen von denjenigen, die für sie nicht bedeutsam sind, zu unterscheiden. Darüber hinaus werden einige Ziele, die der Strafe zugeschrieben werden –die Verhinderung von rechtswidrigen Taten–, auch von anderen Rechtsbereichen verfolgt; dies ist z. B. der Fall vom Verwaltungssanktionsrecht–.

b. Die Schlussfolgerungen der Theoretiker der oben genannten Konzeption widersprechen gelegentlich dem strafrechtlichen Legalitätsprinzip. Einige der Autoren dieser Argumentationslinie schlagen vor, dass, um eine Strafmilderung oder -befreiung zu begründen, das Nachtatverhalten des Täters »freiwillig« sein muss. Viele von den im spanischen Strafgesetzbuch vorgesehenen strafmildernden oder -befreienden Umständen aufgrund eines Nachtatverhaltens des Täters –insbesondere die Anreize, die den hiesigen Untersuchungsgegenstand darstellen– erfordern die Voraussetzung der »Freiwilligkeit« nicht. Die Hinzufügung dieses im Gesetz nicht vorgesehenen Erfordernisses bedeutet für den Angeklagten eine Einschränkung der Möglichkeiten, seine Strafe reduziert zu sehen oder von ihr entlastet zu werden.

c. Die Argumentation der in der »essentialistischen Auffassung« einbezogenen Autoren führt zu widersprüchlichen Folgen im Hinblick der Anwendung des analogen strafmildernden Umstandes des Geständnisses (Abs. 7. im Zusammenhang mit Abs. 4. des Art. 21 CP). Diese Theoretiker behaupten, dass, wenn ein Täter den Strafverfolgungsbehörden sein Wissen über die von ihm begangenen Straftat offenbart, nachdem er weiß, dass ein Verfahren gegen ihn eröffnet wurde, keine Möglichkeit mehr gegeben ist, seine Strafe zu mildern. Der Grund dafür ist, dass sein Geständnis nicht als »freiwillig« angesehen werden kann. Andererseits schlagen jedoch die Autoren dieser Argumentationslinie vor, dass, falls dieses verspätete Geständnis sehr nützlich für die Aufklärung der Tat ist, ausnahmsweise eine Strafmilderung gewährt werden sollte; es ist fraglich, dass es einen wünschenswerten Sachverhalt darstellt, diese Bemühungen nicht zu honorieren, obwohl das Nachtatverhalten des Täters nicht »freiwillig« ist. Dieser Widerspruch würde vermieden werden, wenn schlechthin eine im Gesetz

nicht vorgesehene Voraussetzung (die »Freiwilligkeit« des Nachtatverhaltens) nicht hinzugefügt würde.

4. Bei der Kritik der Anreize scheint es eher angebrachter, eine »nuancierte Auffassung« wie die von María Luisa CUERDA ARNAU stützte im Hinblick das Verhältnis dieser Vorschriften zu den Strafzwecken zu vertreten. Im Gegensatz zur sogenannten »essentialistischen Auffassung« stellt diese »nuancierte« Sichtweise nicht in Frage, *ob* der Staat auf die Verhängung einer verdienten Strafe zugunsten anderer Interessen verzichten darf, sondern achtet darauf, *wie* ein solcher Verzicht durchgeführt werden muss, um legitim zu sein. Dies macht es notwendig, bestimmte Grundsätze in die Überlegungen einzubeziehen, die unbestreitbar zum Gegenstand der Strafrechtsdogmatik gehören, wie etwa der Verhältnismäßigkeits- und Gleichheitssatz.

5. Die Kritik, die die spanische Lehre im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geübt hat, ist nicht völlig überzeugend, weil ihre Prämissen nicht ausreichend entwickelt wurden. Die folgenden Gründe stützen diese Meinung:

    a. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordert unter anderem zu prüfen, ob die Anreize ihre Funktion erfüllt haben; d.h., ob sie den Grad der Aufdeckung, Ermittlung und Verfolgung der in ihren Anwendungsbereich fallenden Straftaten verbessert haben oder das Ausmaß der Wiedergutmachung des Schadens erhöht haben (Geeignetheit). Um dies zu bestätigen, sollten empirische Untersuchungen über die Wirksamkeit der Anreize durchgeführt werden.

    b. Fast keine Untersuchungen dieser Art liegen derzeit für Spanien vor. Die vom GRECO und von ORTIZ DE URBINA GIMENO in Jahren 2009 und 2011 bzw. durchgeführte Studien über den Art. 426 CP sind die einzigen empirischen Forschungen zu einer der Vorschriften, die den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit darstellen. In dieser Studie wurde lediglich hervorgehoben, dass Art. 426 zwischen 1996 und 2008 nur einmal angewandt worden war. Andere Aspekte, die nützliche Informationen hätten liefern können, wurden nicht analysiert, wie z.B. die Frage, ob die spanischen Strafverfolgungsbehörden versucht haben, die Zusammenarbeit der an Bestechungsdelikten Beteiligten durch andere Mittel zu fördern, wie z.B. die Anwendung allgemeiner strafmildernder Umstände (Art. 21 CP) und die möglichen Auswirkungen dieser Anwendung.

6. Auch die Kritik im Zusammenhang mit dem Gleichheitsgrundsatz vermag nicht zu überzeugen, insbesondere, wenn sie als Argument für die Verfassungswidrigkeit der Anreize wegen Verstoßes gegen Art. 14 CE interpretiert wird. Sie ist jedoch

vielversprechender, wenn sie als *de lege ferenda*-Vorschlag formuliert wird, mit dem versucht wird, den Grad der Wirksamkeit der Anreize zu erhöhen:

a. Nach der Auslegung des spanischen Verfassungsgerichts verbietet der Gleichheitsgrundsatz das Bestehen von unterschiedlichen Behandlungen nicht, sondern die Tatsache, dass diese Ungleichbehandlungen keine objektive und angemessene Rechtfertigung haben.

b. Es gibt vor allem zwei Kritikpunkte, die im Licht des Gleichheitsgrundsatzes geäußert wurden. Zum einen würden die Anreize auf die Täter, die eine höhere Position in der kriminellen Organisation innehaben, angewandt werden, weil sie die nützlichste Information für die Strafverfolgungsbehörden verfügen. Dies stellt ein Paradox dar, weil, wie es von den Kritikern der Anreize geäußert wird, denn da sie sich in einer höheren Ebene der Organisation befinden, diese Täter einen stärkeren Vorwurf verdienen würden. Zum anderen würden die Anreize zu Ungleichbehandlungen führen, weil sie nur auf die Täter, die bestimmten Straftaten begangen haben, angewandt werden können.

c. Betrachtet man den Zweck der Anreize, ist es zweifelhaft, ob beide Unterscheidungen nicht gerechtfertigt sind. Einerseits ermöglichen die analysierten Vorschriften lediglich, dass die Täter, die über die nützlichsten Informationen verfügen, eine günstigere Behandlung erhalten. Die Ebene der kriminellen Organisation (falls sie besteht), in der sie sich befinden, keine Rolle spielt. Im Übrigen ist es fraglich, dass die Täter der oberen Ebenen stets die brauchbarsten Informationen besitzen. Andererseits ist es ein Gemeinplatz, dass die Straftaten, die im Anwendungsbereich der Anreize fallen, schwer aufzudecken, zu ermitteln und zu verfolgen sind. Es scheint nicht willkürlich zu sein, die Anwendung der Anreize auf diese Art von Straftaten zu beschränken.

d. Die Tatsache, dass es nicht als unangebracht anzusehen ist, dass lediglich die Täter, die bestimmte Straftaten begangen haben, die günstigere Behandlung erfahren dürfen, bedeutet jedoch nicht, dass dies die beste kriminalpolitische Strategie darstellt. Es ist fraglich, dass nur diejenigen, die an der Straftat teilgenommen haben (besser gesagt: diejenigen, gegen die wegen einer diesen Straftaten *ermittelt* wird), immer von der nützlichsten Information für die Strafverfolgungsbehörden verfügen. Es scheint vernünftiger, zwischen der Tat, die der Gehilfe *begangen hat* und derjenigen, *über die er informiert*, zu unterscheiden. Es ist nur gerechtfertigt, dass die Beschränkung des

Anwendungsbereiches der Anreize im Zusammenhang mit *letzteren Taten* durchgeführt wird.

7. Da keine der Kritiken der spanischen Lehre gegen die analysierten Anreize völlig überzeugend ist, ist es nützlich, die Meinungen von Autoren anderer Länder, in denen ähnliche Vorschriften bestehen, in Betracht zu ziehen. Deutschland ist ein Staat, dessen strafprozessuales System dem spanischen ähnelt und in dessen Rechtsordnung auch Anreize vorgesehen werden, mit denen versucht ist, die Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden zu ermutigen. Deswegen ist es für vorliegende Untersuchung von Interesse, auch die Auffassungen in der deutschen Lehre zum Thema zu berücksichtigen.

8. Anders als in Spanien ist in Deutschland die Berufung auf die Strafzwecke, um die Anreize der Kritik zu Untersuchung nicht verbreitet. Diese Art von Argumenten –z.B.: das Gewähren einer Strafmilderung oder -befreiung für die Strafverfolgungsgehilfen würde das Vertrauen der Bevölkerung in der »Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung erschüttern«– wird wegen ihrer hohen Abstraktion abgelehnt; auf dieser Ebene ist es relativ einfach, andere gegensätzliche Argumente zu bilden –z.B. wenn die Strafverfolgungsgehilfen zur Aufklärung schwerer Straftaten dergestalt beigetragen haben, dass ohne ihre Auskunft die Ermittlung erfolglos geblieben wäre, würde das Vertrauen der Bevölkerung in der »Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung« nicht erschüttert werden–.

9. Im Allgemeinen behauptet die deutsche Lehre, dass die Anreize nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen. Diese Auffassung wird u.a. begründet mit mehreren empirischen Studien, die seit Inkrafttreten der ersten Kronzeugenregelung Deutschlands jüngster Geschichte –§ 31 BtMG im 1. Januar 1982– durchgeführt wurden. Laut diesen Untersuchungen vertritt die h.M. der Autoren, die sich mit den Kronzeugenregelungen beschäftigt haben, Folgendes:

    a. Die Formen der Kriminalität, die mit Hilfe der Anreize beseitigt werden sollten, bestehen noch. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie ein nicht geeignetes Mittel gegen diese Arten von Delinquenz darstellen, weil, insbesondere nach der Meinung der Praktiker, dank dieser Vorschriften wichtige Fortschritte gegen die in ihrem Anwendungsbereich enthaltenen Straftaten geschaffen wurden.

    b. Diese vielversprechenden Ergebnisse wären durch die Anwendung andere Rechtsvorschriften –wie etwa den Rückgriff auf die allgemeinen Strafzumessungsregeln des § 46 II StGB oder die Einstellungsmöglichkeiten der

§§ 153 ff. StPO– nicht erreicht worden. Außerdem stellt der in den Anreizen enthaltene Verzicht auf die Verhängung der Strafe ein weniger schädliches Mittel bezüglich anderer wichtiger Interessen dar als z.B. die Veränderung der Beweisregeln oder die Lockerung der Voraussetzungen grundrechtseingreifender Ermittlungsmaßnahmen wie etwa den Rückgriff auf V-Leute oder Telekommunikationsüberwachung. Es scheint nicht vernünftig zu sein pauschal zu behaupten, dass die Kronzeugenregelungen kein erforderliches Instrument darstellen.

c. Die Kronzeugenregelungen des deutschen Rechts weisen mehrere Anwendungsbeschränkungen auf, die den Staatsanwälten und Gerichten das *Ob* und *Wie* des Strafverzichtes zu ermessen ermöglichen. In Anbetracht der Ergebnisse der zu Verfügung empirischen Studien, haben die deutschen Staatsanwälte und Gerichte einen mäßigen Gebrauch von Kronzeugenregelungen gemacht: die Fälle, in denen ein völliges Absehen von Strafe oder eine Verfahrenseinstellung der Gehilfen gewährt wurde, sind sehr wenige. Die Kronzeugenregelung scheint auch im engeren Sinne ein verhältnismäßiges Mittel gegen die Kriminalität zu sein.

10. Dagegen behauptet die Mehrheit der deutschen Autoren, die sich mit Kronzeugenregelungen beschäftigt haben, dass diese Rechtsvorschriften gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 I GG verstoßen. Ihrer Meinung nach ergibt sich dies daraus, dass die Ungleichbehandlungen, der die Kronzeugenregelungen Anlass geben, keine vernünftige Rechtfertigung innehaben und deswegen als willkürlich anzusehen. Insbesondere werden folgende Unterscheidungskriterien der §§ 31 BtMG und 46b StGB kritisiert:

a. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Kronzeugenregelung auf die Täter, die einige konkrete Arten von Straftaten begangen haben. Nach Ansicht mehrerer Autoren ermangelt dieses Unterscheidungskriterium einer Rechtfertigung, wenn man das Ziel, das die Kronzeugenregelungen verfolgen präsent hat. Es ist sinnvoll vorauszusetzen, dass die Straftat, *über die* der Gehilfe den Strafverfolgungsbehörden informiert (die sogenannte *Bezugstat*), zu einem konkreten Kreis von Straftaten, die schwer zu ermitteln sind, gehört. Es ist aber nicht so nachvollziehbar, dass es erforderlich ist, dass die Tat, die der Gehilfe *begangen hat* (die sogenannte *Anlasstat*), diese Merkmale erfüllen muss, oder dass sie mit einer Mindeststrafe bedroht sein muss.

b. Das Erfordernis, dass die Offenbarung der Gehilfen zu einen Aufklärungserfolg führen muss. In Anbetracht des Zieles, das die Kronzeugenregelungen verfolgen, ist es rechtfertigt, dass die potenziellen Begünstigten der Anreize nützliche Informationen für die Ermittlung den Strafverfolgungsbehörden teilen müssen. Die Erreichung konkreter Ergebnisse aber wird normalerweise nicht nur von der Qualität der offenbarten Information abhängen, sondern auch von vielen anderen Faktoren wie etwa die Sorgfalt der Polizei und der Staatsanwaltschaft.

c. Die Voraussetzung, dass die Tat, die der Gehilfe begangen hat (*Anlasstat*) und die Tat, über die der Gehilfe die Strafverfolgungsbehörden informiert (*Bezugstat*), im Zusammenhang stehen müssen (das sogenannte »Konnexitätserfordernis«). Das Bestehen dieser Bindung stellt nicht sicher, dass die Information, die der Gehilfe offenbart, nützlicher für die Ermittlung ist. Dieses Erfordernis vermeidet, dass den Tätern, die lediglich Zeugen anderer Straftaten sind, die Strafmilderung oder das Absehen von Strafe gewährt werden können. Dies erscheint nicht sinnvoll im Hinblick auf das Ziel der Kronzeugenregelungen.

d. Das Erfordernis, dass der Gehilfe seine Information vor dem Beschluss der Eröffnung des Hauptverfahrens im Prozess über die *Anlasstat*, offenbaren muss. Wenn das Ziel der Kronzeugenregelungen die Aufklärung der *Bezugstat* ist, sollte das Moment des Verfahrens über die Anlasstat, in dem die Offenbarung geschieht, keine Rolle spielen.

11. In Anbetracht der obigen Ausführungen schien es gerechtfertigt, eine eigene empirische Studie über die Anreize der spanischen Rechtsordnung durchzuführen, um die bisher an ihnen geübte Kritik zu ergänzen. Diese Untersuchung besteht in einer Analyse von 178 vom Spanischen Obersten Gerichtshof (TS) zwischen 31. Dezember 2010 und 1. Januar 2023 beschlossenen Urteilen (SSTS), die handeln über die im Anwendungsbereich enthaltene Straftaten der Anreize.

12. Aus der Urteilsanalyse geht hervor, dass die Anreize offenbar kaum angewandt und von den Parteien vorgebracht werden. Es gab nur ein Urteil, in dem ein Anreiz Anwendung gefunden hat: es handelt um Art. 434 CP (Veruntreuung). Daneben gab es 5 weitere Fälle, in den Art. 434 CP in Betracht kam und einen weiteren, in dem Art. 305.6 II vorgebracht wurde. In keinen dieser Fälle wurden die Anreize angewandt.

13. Die allgemeinen strafmildernden Umstände in Sachen Wiedergutmachung –Art. 21, Abs 5. und 7., und Art. 31 Abs. 1 c) CP– und Geständnis –art. 21, Abs 4. und 7., und Art. 31 Abs. 1 a) CP– kamen im Gegensatz viel öfter zur Anwendung. Dies deutet darauf hin,

dass die Beteiligten im Strafverfahren lieber auf andere Vorschriften zurückgreifen, um die Kooperation oder Behebung des Schadens zu belohnen, als auf die Anreize, die der Gesetzgeber zur Erreichung diese Ziele geschaffen hat.

14. Trotzdem ist der Anteil der Verfahren, in denen die allgemeinen mildernden Umstände Anwendung gefunden haben, eher gering: mit Ausnahme der Stichprobe von Urteilen über Veruntreuung wurden sie in keinem Fall in mehr als 20% der Verfahren gebraucht. In Betracht dieser Angaben scheint es nicht, dass die Angeklagten normalerweise die Strategie der Kooperation wählen.

15. Ein Faktor, der teilweise die offensichtliche »Abneigung« gegen die Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden erklären könnte, könnte in der Häufigkeit liegen, mit der der strafmildernde Umstand der unangemessenen Verzögerungen (art. 21 Abs. 6 CP) angewandt wird. Dieser Strafmilderungsgrund ist nicht nur derjenige, der am häufigsten angewandt wurde und derjenige mit der höchsten Zahl von Begünstigten, sondern auch derjenige Strafmilderungsgrund, der (mit Ausnahme der Stichprobe von Delikten gegen die Sozialversicherung und Bestechungsdelikten) am öftesten als »sehr qualifiziert« angewandt wurde. Dies ermöglicht, dass, wenn diesen Umstand allein zur Anwendung kam, die häufigste Folge ist, dass die Strafe ein oder zwei Grade reduziert wurde: das ist die gleiche Strafmilderung, die alle die Anreize, die den Untersuchungsgegenstand darstellen (außer der Strafbefreienden Umstand des Art. 426 CP), zu gewähren erlauben. Mit anderen Worten: es ist möglich, eine strafrechtliche Behandlung zu erhalten, die genauso günstig ist wie diejenige, die die Anreize zur Kooperation zu gewähren erlauben, *aber ohne Kooperation*. Es muss lediglich eintreten, dass das Strafverfahren lange genug dauert. Deswegen stellt es eine vernünftige Strategie dar, so lange wie möglich zu warten, bevor man kooperiert oder den Schaden behebt: wenn man nicht freigesprochen wird, kann man zumindest mit der Strafmilderung wegen unangemessenen Verzögerungen rechnen. Nur wenn es vorhersehbar ist, dass dieser Grund nicht als »sehr qualifiziert« angewandt werden, wird die rationale Entscheidung, Informationen zu offenbaren oder den Schaden zu beheben sein, sodass sie in Konkurrenz mit einem anderen Strafmilderungsgrund wegen Geständnis (Art. 21, Abs. 4.) oder Wiedergutmachung (Art. 21, Abs. 5) steht, wodurch eine Strafmilderung von ein oder zwei Graden laut der Strafzumessungsregel des Art. 66, Abs. 1., Satz 2. CP gewährt werden kann.

16. Dies bedeutet nicht, dass die kriminalpolitische Strategie, die darin besteht, die Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden durch Strafverzichte zu ermutigen, nutzlos ist. Wenn der mildernde Umstand des Geständnisses (Art. 21, Abs. 4 CP) angewandt wurde –was in den Stichproben von Steuerhinterziehung,

Bestechungsdelikten und Veruntreuung der Fall war–, hat sich die Zahl von Angeklagten und Verurteilten beachtlich erhöht. Gleiches gilt für den durchschnittlichen Anteil von Angeklagten, die am Ende des Verfahrens verurteilt wurden. Darüber hinaus sind die Verfahren, in denen die höchste Zahl von Verurteilten wegen der Begehung einer in dem Anwendungsbereich der Anreize enthaltenen Straftat erreicht wurde, diejenigen, in denen die Strafmilderung aufgrund von Geständnis zumindest einem Verurteilten gewährt wurde.

17. Die spanischen Strafgerichte scheinen bei der Anwendung allgemeiner strafmildernder Umstände mit den Angeklagten, die eine Absprache mit der Anklage erreicht haben, großzügig zu sein, unabhängig davon, ob diese Absprache im Einklang mit der spanischen Strafprozessordnung (LECrim) steht oder nicht. Obwohl die Verurteilten, die eine Absprache erreicht hatten, eine Minderheit darstellen –mit der bemerkenswerten Ausnahme der Stichprobe von Delikten gegen die Sozialversicherung, in der ein 78,82% der Verurteilten eine Absprache erreicht hat–, hat aber die große Mehrzahl von ihnen –noch einmal mit der Ausnahme der Stichprobe von Delikten gegen die Sozialversicherung– eine Begünstigung wegen des Gebrauchs eines allgemeinen strafmildernden Umstandes erhalten.

18. Nach allem, was bisher gesagt wurde, bin ich nicht der Meinung, dass der spanische Gesetzgeber die Strategie der Förderung der Kooperation durch Strafverzichten ablehnen sollte. Eine andere Frage ist ob, in Anbetracht ihrer Ausgestaltung die spezifischen dafür geschaffenen Anreize, damit etwas erreicht wird, das mit der bloßen Anwendung der allgemeinen strafmildernden Umstände nicht erlangt werden kann. Außerdem muss man in Betracht ziehen, dass der Anwendungsbereich der allgemeinen strafmildernden Umstände nicht beschränkt auf die Täter ist, die bestimmte Straftaten *begangen* haben. Vielleicht wäre es in der Zukunft vernünftig, keine neue »sektorale« Anreize vorzusehen und gegebenenfalls Kriterien zu etablieren, mit denen die Anwendung der allgemeinen strafmildernden Umstände sicherzustellen wäre, um mit ihr die Beteiligten an der Straftat, die mit den Strafverfolgungsbehörden kooperiert haben, zu belohnen.

19. Weitere empirische Untersuchungen sind erforderlich, um eine genauere Diagnose der Nützlichkeit der Strategie zur Förderung der Kooperation im Bereich der Wirtschaftskriminalität –und insbesondere der für diesen Zweck konzipierten Anreize– zu erstellen. Die im letzten Kapitel der Arbeit enthaltenen Information muss aber mit der gebührenden Vorsicht eingeschätzt werden: sie stammt lediglich aus einer Analyse von 178 Urteilen. Die Tatsache, dass es nicht vorgesehen ist, eine Studie dieser Art über den

Erfolg oder Scheitern von den im Jahr 2022 geschaffenen Strafbefreienden Umstände der Art. 262, Abs.3, und 288 bis CP durchzuführen, ist enttäuschend.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R.:

- *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*. Comares: Granada, 2002.
- «La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 23.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», en *RPJ*, n.º 63, 2001, pp. 71-120.
- «Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política», en *ADPCP*, Tomo LI, n.º 1-3, 1998, pp. 365-587.

ALONSO GALLO, J.: «El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012», en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n.º 34, 2013, pp. 15-38. Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3801/documento/art01.pdf?id=4603 [Consulta: 06/07/2024].

ALTENHAIN, K.: «§ 261 Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte», en KINDHÄUSER, U.; NEUMANN, U., y PAEFFGEN, H.U.: *Strafgesetzbuch. Band 3.* Nomos: Baden-Baden, 5ª ed., 2017, pp. 516-587.

AMBOS, K.: «Die Kronzeugenregelung in Deutschland», en *ZStW,* n.º 132(1), 2020, pp. 24-55.

AYALA GÓMEZ, I.: «Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social», en *Memento Penal Económico y de la Empresa*. Francis Lefebvre: Madrid, 2016, pp. 729-754.

BARJA DE QUIROGA, J., *et al.*: *Código Penal, Comentarios, concordancias, jurisprudencia e índice analítico*. Colex: A Coruña, 18ª edición, 2021.

BECKEMPER, K.: «¿Violación del principio de igualdad a la hora de sobreseer un procedimiento a condiciones? La legitimidad del § 153a StPO en la ley alemana», en DOVAL PAIS, A. (dir.); GUTIÉRREZ PÉREZ, E. (dir.), *et al.*: *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal*. *Volumen I*. Aranzadi: Cizur Menor, 2023, pp. 329-347.

BECKER, P.: «§ 31 Strafmilderung oder Absehen von Strafe», en BOHNEN, W., y SCHMIDT, D.: *Betäubungsmittelgesetz. Mit BtMVV und NpSG*. C.H. Beck: Múnich, 2020, pp. 380-386.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del «arrepentido»*. Dykinson: Madrid, 2004.

BERMAN, M.N.: «Dos tipos de retribucionismo», en DUFF, R.A.; GREEN, S.P. (eds.), *et al.*: *Fundamentos filosóficos del Derecho penal*. Marcial Pons: Madrid, 2020, pp. 425-453.

BERNSMANN, K.: «Kronzeugenregelungen des geltenden Rechts», en *JZ*, n.º 11, 1988, pp. 539-545.

BREUCKER, M.: *Die Bewährung der Kronzeugenregelung in der gerichtlichen Praxis*. Tesis doctoral: Universidad de Turingia, 1997.

BREUCKER, M, y ENGBERDING, R.: *Die Kronzeugenregelung. Erfahrungen, Anwendungsfälle, Entwicklungen*. Richard Boorberg: Stuttgart, 1999.

CALDERÓN SUSÍN, E.: *Arrepentimiento espontáneo*. Edersa: Madrid, 1990.

CAMARERO GONZÁLEZ, G., y CRESPO BARQUERO, P.: «Art. 426», en DEL MORAL GARCÍA, A. (dir.); ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (coord.), *et al.*: *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia. Tomo II. Arts. 234 a 616 quáter*. Comares: Granada, 2018, pp. 2575-2584.

CANCIO MELIÁ, M., y OUBIÑA BARBOLLA, S.: «Section I – Chapter 7: Spain», en DONINI, M.; BIN, L., y DIAMANTI, F. (eds.): *Preventing international terrorism. European models of rewarding measures for judicial cooperators*. Jovene Editore: Nápoles, 2021, pp. 259-297.

CANO PAÑOS, M.A.: «Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania. Análisis de la legislación penal y procesal en las décadas de 1970-1980», en *RECPC*, n.º 10-14, 2008, pp. 5-24. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-14.pdf [Consulta: 26/08/2023].

CGPJ:

- *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal,* 2013. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal [Consulta: 12/04/2024].
- *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 2012. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal- [Consulta: 04/04/2024].

- *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 2009. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organcia-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal [Consulta: 06/07/2024].
- *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 2006. Disponible en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_anteproyecto_de_Ley_Organica_por_el_que__se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995__de_23_de_noviembre__del_Codigo_Penal [Consulta: 26/03/2024].

CHRISTOPH, S.: *Der Kronzeuge im Strafgesetzbuch*. *Die Ermittlungshilfe gemäß §46b StGB aus dogmatischer und empirischer Perspektive*. Nomos: Augsburg, 2019.

COVARRUBIAS CUEVAS, I.: «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy», en *Ius et Praxis*, Año 24, n.º 3, 2018, pp. 477-524. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n3/0718-0012-iusetp-24-03-00477.pdf [Consulta: 05/06/2024].

CUERDA ARNAU, M.ª L.:

- «El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna», en *Estudios penales y criminológicos*, n.º 25, 2004, pp. 3-68. Disponible en: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4071/pg_005-070_penales25.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consulta: 06/07/2023].
- *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Ministerio de Justicia e Interior: Madrid, 1995.

DE LA MATA BARRANCO, N.J.:

- «Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», en *Cuadernos penales José María Lidón*, n.º 6, 2009, pp. 151-182. Disponible en: http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon06.pdf [Consulta: 01/12/2023].
- *El principio de proporcionalidad penal*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2007.

DE VICENTE REMESAL, J.: *El comportamiento postdelictivo*. Universidad de León: León, 1985.

DEL MORAL GARCÍA, A., y ABASCAL JUNQUERA, A.: «Art. 305», en DEL MORAL GARCÍA, A. (Dir.); ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (Coord.), *et al*.: *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*. *Tomo II*. Granada: Comares, 2018, pp. 1897-1909.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «El delito de cohecho», en ASÚA BATARRITA, A. (ed.). *et al*.: *Delitos contra la Administración Pública*. Instituto Vasco de Administración Pública: Bilbao, 1997, pp. 161-178.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta: Madrid, 2ª ed., 2013.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: «La superatenuación por "regularización tardía" y la compra de la impunidad. Motivos para una derogación», en DEMETRIO CRESPO, E., y SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A.: *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*. Atelier: Barcelona, 2019, pp. 42-64.

ELZO IMAZ, J. (coord.), *et al*.: *Euskalerria en la encuesta europea de valores. ¿Son los vascos diferentes?* Universidad de Deusto: Zamudio, 1992.

ENTRENA FABRÉ, R.: *El delito de malversación.* Tirant lo Blanch: Valencia, 1999.

ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: «Art. 307», en DEL MORAL GARCÍA, A. (dir.); ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (coord.), *et al*.: *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia. Tomo II. Arts. 234 a 616 quáter*. Comares: Granada, 2018, pp. 1911-1933.

FABEL, T.: *Geldwäsche und tätige Reue*. N.G. Elbert: Marburgo, 1997.

FARALDO CABANA, P.:

- *Las causas de levantamiento de la pena*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2000.
- «La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los núms.4º y 5º en relación con el núm.6º del artículo 21 del Código Penal de 1995)», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 1, 1997, pp. 237-258.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general.* BdeF: Buenos Aires, 2014.

FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2018.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO:

- *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24* (sic) *de noviembre, del Código Penal*, 2013.

- *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en materia de delitos contra la Hacienda Pública, contra la Seguridad Social, contra los derechos de los trabajadores, falsificación de certificados y malversación)*, 2012. Disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_04.pdf [Consulta: 04/04/2024].

FRAHM, L.N.: *Die allgemeine Kronzeugenregelung. Dogmatische Probleme und Rechtspraxis des §46b StGB*. Duncker & Humblot: Berlin, 2014.

GALLEGO SOLER, J.I.: «Artículo 305», en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.); MIR PUIG, S. (dir.); VERA SÁNCHEZ, J.S. (coord.), *et al.*: *Comentarios al Código Penal. Reformas LO 1/2015 y LO 2/2015*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2015, pp. 1056-1072.

GALLEGO SOLER, J.I., y VERA SÁNCHEZ, J.S.: «Artículo 376», en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.); MIR PUIG, S. (dir.); VERA SÁNCHEZ, J.S. (coord.), *et al.*: *Comentarios al Código Penal. Reformas LO 1/2015 y LO 2/2015*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2015, pp. 1291-1294.

GARCÍA DEL BLANCO, V.:

- «Conflicto de intereses: la víctima en el proceso y en la ejecución penal», en GIL GIL, A., y MACULAN, E. (dirs.): *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*. Dykinson: Madrid, 2017, pp. 275-307.
- «La dudosa eficacia de los beneficios premiales por arrepentimiento en terrorismo», en CUERDA RIEZU, A., y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (dirs.): *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*. Tecnos: Madrid, 2009, pp. 99-121.

GARCÍA ESPAÑA, E.: *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa*. Comares: Granada, 2006.

GARCÍA-MORENO, B.: *Del* whistleblower *al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2020.

GARCÍA PÉREZ, J.J.: «Artículo 426», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *et al.*: *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*. *Tomo II.* Sepín: Madrid, 4ª ed., 2016.

GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad en el Derecho penal*. Aranzadi: Pamplona, 1997.

GARRO CARRERA, E.:

- «Expectativas de las víctimas y Derecho penal. Propuesta 2.0 sobre el papel de la atenuante de reparación del daño 25 años después de la entrada en vigor del Código Penal», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso* Penal, n.º 62, 2021.
- «Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa. Claves para una reelaboración», en *InDret*, n.º 1, 2013. Disponible en https://indret.com/wp-content/uploads/2013/01/Garro-Carrera-Comportamiento-postdelictivo-y-delincuencia-asociativa.pdf [Consulta: 06/07/2024].
- «La atenuante de confesión: discusión sobre su fundamento», en ASÚA BATARRITA, A., y GARRO CARRERA, E. (eds.), *et al*.: *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*. Universidad del País Vasco: Bilbao, 2009, pp. 157-196.

GARRO CARRERA, E., y ASÚA BATARRITA, A.: *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2008.

GOENA VIVES, B.: *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Marcial Pons: Madrid, 2017.

GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa): *Tercera Ronda de Evaluación: Informe de evaluación relativo a España (Tema 1)*, 2009. Disponible en: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c9d6d [Consulta: 01/12/2023].

HIGUERA GUIMERÁ, J.F.: *Las excusas absolutorias*. Marcial Pons: Madrid, 1993.

HOYER, A.: «Die Figur des Kronzeugen: Dogmatische, verfahrensrechtliche und kriminalpolitische Aspekte», en *JZ*, n.º 5, 1994, pp. 233-240.

IGLESIAS RÍO, M.A.: «Delitos contra la Hacienda Pública y la seguridad social: Arts. 305 a 310 bis CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2013, p. 824.

JAEGER, M.: *Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung von §31 BtMG*. Peter Lang: Frankfurt del Meno, 1986.

JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T.:

- *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares: Granada, 5ª ed., 2002 (trad. OLMEDO CARDENETE).

- *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. Duncker & Humblot: Berlín, 5ª ed., 1996.

JEßBERGER, F.:

- «*Nulla poena* quamvis *in culpa*: Anmerkungen zur Kronzeugenregelung in § 46b StGB», en FAHL, C., *et al.*: *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag: ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe*. C.F. Müller: Heidelberg, 2015, pp. 1153-1166.
- *Kooperation und Strafzumessung*. Duncker & Humblot: Berlín, 1999.

JUNG, H.:

- «Der Kronzeuge – Garant der Wahrheitsfindung oder Instrument der Überführung?», en *ZRP*, H.2, 1986, pp. 38-42.
- *Straffreiheit für den Kronzeugen?* Carl Heymanns: Colonia, 1974.

KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*. Trotta: Madrid, 2011 (traducción al español de la primera edición, de 1934, a cargo de ROBLES MORCHÓN, G., y SÁNCHEZ, F. F.).

KINDHÄUSER, U., y HILGENDORF, E.: *Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar*. Nomos: Baden-Baden, 9ª ed., 2022.

KINDHÄUSER, U., y SCHUMANN, K.H.: *Strafprozessrecht*. Nomos: Baden-Baden, 6ª ed., 2022.

KNEBA, N.: *Die Kronzeugenregelung des §46b StGB*. Duncker & Humblot: Berlín, 2011.

KRAUSE, J.: «§ 261 Geldwäsche», en VOGEL, J., *et al.*: *Leipziger Kommentar*. *Strafgesetzbuch*. *Band 13, §§ 242-262*. De Gruyter, Berlín, 13ª ed., 2022

KRAUß, M.: «§ 129 Bildung krimineller Vereinigungen», en STEINSIEK, M., *et al.*: *Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch. 7. Band, §§80 bis 121*. De Gruyter: Berlín, 12ª ed., 2009, pp. 306-382.

KUNERT, K.H., y BERNSMANN, K.: «Neue Sicherheitsgesetze – mehr Rechtssicherheit? – Zu dem Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten vom 9.6.1989 (BGBl I, 1059)», en *NStZ*, 1989, pp. 449-461.

KÜHL, K.: «Neue Gesetze gegen terroristische Straftaten», en *NJW*, n.º 13, 1987, pp. 737-747.

LAMARCA PÉREZ, C.: «La última recepción de la normativa antiterrorista», en *ADPCP*, Tomo XLII, n.º 3, 1989, pp. 956-988.

LAMMER, D.: «Kronzeugenregelung und Strafzumessung», en *JZ*, n.º 10, 1992, pp. 510-517.

LANDERA LURI, M.: *Excusas absolutorias basadas en conductas positivas postconsumativas. Acciones contratípicas.* Tirant lo Blanch: Valencia, 2018.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: «Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador», en JORGE BARREIRO, A., *et al.*: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

LLOBET ANGLÍ, M.: «Delitos contra el orden público», en SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª (dir.); RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *et al.*: *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*. Atelier: Barcelona, 8ª ed., 2023, pp. 455-483.

MAIER, S.: «§ 46b Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten», en VON HEINTSCHEL-HEINEGG, B.: *Münchener Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 2: §§ 38-79b.* C.H. Beck: Múnich, 4ª ed., 2020, pp. 391-428.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas absolutorias en Derecho Español. Doctrina y jurisprudencia*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2014.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Comentarios al Código Penal (tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*. Wolters Kluwer: Madrid, 2016.

MAÑALICH RAFFO, J.P.:

- «El desistimiento de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma. Una aplicación del modelo del delito imperfecto», en *InDret*, n.º 3, 2020, pp. 260-284. https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1558.pdf [Consulta: 06/07/2024].
- «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», en *InDret*, n.º 2, 2015. Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1126.pdf [Consulta: 06/07/2024].

MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C.: «El delito de malversación», en QUINTERO OLIVARES, G (dir.), *et al.*: *Comentarios a la reforma penal de 2015*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 691-697.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *El desistimiento en Derecho penal*. Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid: Madrid, 1994.

MEHRENS, S.: *Die Kronzeugenregelung als Instrument zur Bekämpfung organisierter Kriminalität*. Iuscrim: Friburgo de Brisgovia, 2001.

MIR PUIG, C.:

- «Artículo 426», en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.); MIR PUIG, S. (dir.); VERA SÁNCHEZ, J.S. (coord.), *et al*.: *Comentarios al Código Penal. Reformas LO 1/2015 y LO 2/2015*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2015, pp. 1437-1438.
- «Artículo 434», en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.); MIR PUIG, S. (dir.); VERA SÁNCHEZ, J.S. (coord.), *et al*.: *Comentarios al Código Penal. Reformas LO 1/2015 y LO 2/2015*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2015, pp. 1472-1473.

MIR PUIG, S.:

- *Derecho penal. Parte general*. Reppertor: Barcelona, 9ª ed., 2011.
- «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», en *ADPCP*, n.º 1, Tomo XXXIX, n.º 1, 1986, pp. 49-58.

MONTERO, F.:

- *Equivalentes funcionales de la pena retributiva*. *Teoría general y aplicación práctica al desistimiento de la tentativa, la regularización tributaria y la confesión*. Atelier: Barcelona, 2023.
- «Desistimiento de la tentativa. Su consideración a la luz de la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción», en *ADPCP*, vol. LXXIV, 2021, pp. 735-763.
- «La regularización tributaria como equivalente funcional de la pena retributiva», en *InDret*, n.º 2, 2020, pp. 304-349.

MORALES PRATS, F.:

- «Artículo 305», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), y MORALES PRATS, F. (coord.), *et al*.: *Comentarios al Código Penal Español*. *Tomo II (Artículos 234 a DF. 7ª)*. Thomson Reuters Aranzadi: Cizur Menor, 7ª ed., 2016, pp. 547-618.
- «Artículo 307 ter», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), y MORALES PRATS, F. (coord.), *et al*.: *Comentarios al Código Penal Español*. *Tomo II (Artículos 234 a DF. 7ª)*. Thomson Reuters Aranzadi: Cizur Menor, 7ª ed., 2016, pp. 652-656.

MORALES PRATS, F., y RODRÍGUEZ PUERTA, M.ª J.: «Artículo 426», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), y MORALES PRATS, F. (coord.), *et al*.: *Comentarios al Código Penal Español*. *Tomo II (Artículos 234 a DF. 7ª)*. Thomson Reuters Aranzadi: Cizur Menor, 7ª ed., 2016, pp. 1395-1398.

MÜHLHOFF, U., y MEHRENS, S.: *Das Kronzeugengesetz im Urteil der Praxis*. Nomos: Baden-Baden, 1999.

MÜHLHOFF, U, y PFEIFFER, C.: «Der Kronzeuge – Sündenfall des Rechtsstaats oder unverzichtbares Mittel der Strafverfolgung?», en *ZRP*, H.4, 2000, pp. 121-127.

MUÑAGORRI LAGUÍA, A.: «Notas sobre fiscalidad, evasión de capitales y destrucción social», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.), y DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.): *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 343-359.

NEUHEUSER, S.: «§ 261 Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte», en ALTENHAIN, K., *et al.*: *Münchener Kommentar. Strafgesetzbuch. Band. 4: §§ 185-262*. C.H. Beck: Múnich, 4ª ed., 2021, pp. 2126-2185.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.:

- «La colaboración con la justicia de los condenados por terrorismo yihadista: posibles enseñanzas a partir de un estudio jurisprudencial», en *RECPC*, n.º 23, 2021. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-05.pdf [Consulta: 06/07/2024].
- «La atenuante analógica de confesión tardía en casos de terrorismo yihadista: ¿un rayo de esperanza para las denostadas medidas premiales?», en *La Ley Penal*, n.º 141, 2019.
- *Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena*. Thomson Reuters Aranzadi: Cizur Menor, 2017.

OBSERVATORIO DEL DELITO FISCAL: *Primer informe del Observatorio Administrativo previsto en el Convenio de 30 de junio de 2005 entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Secretaría de Estado de Justicia en materia de prevención y lucha contra el fraude fiscal,* 2006. Disponible en: https://www3.agenciatributaria.gob.es/static_files/Sede/Agencia_Tributaria/Planificacion/Plan_prevencion_del_fraude_fiscal/observatorio_es_es.pdf [Consulta: 04/04/2024].

OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho.* Tirant lo Blanch: Valencia, 1999.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.:

- «Delitos contra la Administración Pública», en SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª (dir.); RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *et al.*: *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*. Atelier: Barcelona, 8ª ed., 2023, pp. 385-421.
- «¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental», en CARNEVALLI RODRÍGUEZ, R. (coord.), *et al*.: *Derecho, sanción y justicia penal*. BdeF: Buenos Aires, 2017, pp. 419-444.

- «Análisis económico y delito: lo que hay y lo que puede haber», en *Economía industrial*, n.º 398, 2015, pp. 55-64.
- «Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde las teorías de la pena (o viceversa)», en MIR PUIG, S. (dir.); CORCOY BIDASOLO, M. (dir.); GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *et al.*: *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*. Marcial Pons: Madrid, 2012, pp. 385-407.
- «Delitos contra la Administración Pública», en SILVA SÁNCHEZ, J.M.ª (dir.); RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *et al.*: *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*. Atelier: Barcelona, 3ª ed., 2011, pp. 327-358.

ORTIZ PRADILLO, J.C.:

- Whistleblowing, *colaboración eficaz con la justicia y proceso penal*. La Ley: Madrid, 2024.
- *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia*. Wolters Kluwer: Madrid, 2018.

OSTENDORF, H.: «§ 129 Bildung krimineller Vereinigungen», en KINDHÄUSER, U.; NEUMANN, U., y PAEFFGEN, H.U.: *Strafgesetzbuch. Band 2.* Nomos: Baden-Baden, 5ª ed., 2017, pp. 756-772.

PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I.: «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? Un análisis dogmático a la luz del art. 252 del Proyecto de Reforma del Código Penal de 4 de octubre de 2013», en *InDret*, n.º 1, 2015. Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1103.pdf [Consulta: 26/12/2023].

PATZAK, J.: «§ 31 Strafmilderung oder Absehen von Strafe», en PATZAK, J.; VOLKMER, M., y FABRICIUS, J: *Betäubungsmittelgesetz*. C.H. Beck: Múnich, 10ª ed., 2022, pp. 971-1005.

PEGLAU, J.:

- «Neues zur „Kronzeugenregelung“ – Beschränkung auf Zusammenhangstaten», en *NJW*, 2013, pp. 1910-1913.
- «Überlegungen zur Schaffung neuer „Kronzeugenregelungen“», en *ZRP*, 2001, H.3, pp. 103-105.

PÉREZ BARBERÁ, G.: «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena», en *InDret*, n.º 4, 2014. Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1081.pdf [Consulta: 06/07/2024].

POZUELO PÉREZ, L.:

- «La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia», en *RECPC*, n.º 22, 2020. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-17.pdf [Consulta: 06/07/2024].
- *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2003.

QUINTANAR DÍEZ, M.: *La justicia penal y los denominados «arrepentidos»*. Edersa: Madrid, 1996.

QUINTERO OLIVARES, G.: «Artículo 434», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), y MORALES PRATS, F. (coord.), *et al*.: *Comentarios al Código Penal Español*. *Tomo II (Artículos 234 a DF. 7ª)*. Thomson Reuters Aranzadi: Cizur Menor, 7ª ed., 2016, pp. 1434-1435.

ROCA DE AGAPITO, L.:

- «Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado», en *Diario La Ley*, n.º 10230, 2023.
- «Delitos de malversación: arts. 432 y ss.», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2013, pp. 921-929.

RODRÍGUEZ, J.L.: *Teoría analítica del Derecho.* Marcial Pons: Madrid, 2021.

RODRÍGUEZ HORCAJO, D.: *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*. Marcial Pons: Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G.: «La nueva configuración del fraude de subvenciones», en *Diario La Ley*, n.º 4326, 2019.

ROSS, A.: *Sobre el Derecho y la Justicia*. Eudeba: Buenos Aires, 5ª ed., 1995, pp. 251-255 (traducción al español de la primera edición en inglés, de 1958 –a su vez traducción de la edición original en danés de 1953–, a cargo de CARRIÓ, G.R).

ROXIN, C.: *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto: Buenos Aires, 2000 (traducción al español de la 25ª edición en alemán de, 1998, a cargo de CÓRDOBA, G.E., y PASTOR, D.R).

ROXIN, C., y SCHÜNEMANN, B.: *Strafverfahrensrecht*. C.H. Beck: Múnich, 30ª ed., 2022.

RUCKDÄSCHEL, M.P.: *Das Verhältnis von Absehen von Strafe im materiellen Recht und Verfahrenseinstellung nach § 153b StPO*. Sierke Verlag: Gotinga, 2006.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: «El coimputado que colabora con la justicia penal», en *RECPC*, n.º 7, 2005. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf [Consulta: 11/12/2023].

SÁNCHEZ MELGAR, J.:

- «Artículo 305», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *et al*.: *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*. *Tomo II*. Sepín: Madrid, 2016, pp. 2143-2198.
- «Artículo 307 ter», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *et al*.: *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*. *Tomo II*. Sepín: Madrid, 2016, pp. 2217-2221.
- «Artículo 434», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *et al*.: *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo II.* Sepín: Madrid, 2016, pp. 3013-3014.

SANZ MULAS, N.: «Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales», en *RECPC*, n.º 19-05, 2017. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-05.pdf [Consulta: 11/04/2024].

SCHÄFER, J., y ANSTÖTZ, S.:

- «§ 129 Bildung krimineller Vereinigungen», en SCHÄFER, J., *et al.*: *Münchener Kommentar. Strafgesetzbuch*. *Band III: §§80-184k*. C.H. Beck: Múnich, 4ª ed., 2021, pp. 648-704.
- «§ 129a Bildung terroristischer Vereinigungen», en SCHÄFER, J., *et al.*: *Münchener Kommentar. Strafgesetzbuch*. *Band III: §§80-184k*. C.H. Beck: Múnich, 4ª ed., 2021, pp. 704-731.

SCHMITT, B.: «§ 153b Absehen von der Verfolgung bei möglichem Absehen von Strafe», en MEYER-GOßNER, L., y SCHMITT, B.: *Strafprozessordnung*. *Mit GVG und Nebengesetzen*. C.H. Beck: Múnich, 65ª ed., 2022, pp. 907-908.

SCHNEIDER, U.: «§ 46b Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten», en GRUBE, A., *et al.*: *Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 4: §§ 38-55*. De Gruyter: Berlín, 13ª ed., 2020, pp. 451-467.

SCHROEDER, F.C.: «Absehen von der Strafe und Absehen von der Strafverfolgung», en WEßLAU, E. (ed.), *et al.*: *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008*. De Gruyter: Berlín, 2008, pp. 543-553.

SHAPIRO, J.N.: *The terrorist's dilemma*. Princeton University Press: Princeton, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª:

- *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Atelier: Barcelona, 2018.
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo.* BdeF: Buenos Aires, 2ªed., 2012.
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. J.M. Bosch: Sevilla, 1992.

STOCK, J., y KREUZER, A.: *Drogen und Polizei*. Forum Verlag Godesberg: Bonn, 1996.

STRENG, F.: «§ 46b Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten», en KINDHÄUSER, U.; NEUMANN, U., y PAEFFGEN, H.U.: *Strafgesetzbuch. Band 1*. Nomos: Baden-Baden, 5ª ed., 2017, pp. 2039-2048.

TERRADILLOS BASOCO, J.M.: «Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (Art. 307 ter)», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 855-862.

VALEIJE ÁLVAREZ, I.: «Malversación (arts. 432, 433, 434 y 435)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), GÓRRIZ ROYO, E (coord.), y MATALLÍN EVANGELIO, A. (coord.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2ª ed., 2015, 1197-1208.

VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: «La malversación (o cuando el legislador se hace trampas al solitario)», en PÉREZ MANZANO, M. (coord.), *et al.*: *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta CTocildo*. Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid (Facultad de Derecho): Madrid, 2020, pp. 785-798.

VARONA GÓMEZ, D.; KEMP, S, y BENÍTEZ I MANRIQUE, O.: «La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad», en *InDret*, n.º 1, 2022, pp. 307-336. Disponible en: https://indret.com/wp-content/uploads/2022/01/1679.pdf [Consulta: 06/07/2024].

WEBER, K.: «§ 31 Strafmilderung oder Absehen von Strafe», en WEBER, K.; KORNPROBST, H., y MAIER, S.: *Betäubungsmittelgesetz*. C.H. Beck: Múnich, 6ª ed., 2021, pp. 1157-1192.

WEIDER, H.J.: «Die Strafmilderung für den Aufklärungsgehilfen nach § 31 Nr.1 BtMG», en *NStZ*, 1984, p. 397.

WEIGEND, T.: «Das „Opportunintätsprinzip“ zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz», en *ZStW*, n.º 109(1), 1997, pp. 103-121.

WEßLAU, E., y DEITERS, M.: «§ 153b Absehen von der Verfolgung bei möglichem Absehen von Strafe», en ALBRECHT, A.H., *et al.*: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK. Band III: §§ 137-197 StPO*. Carl Heymanns: Colonia, 5ª ed., 2016, pp. 418-421.

WIDMAIER, G.: «Das Dilemma der Kronzeugenregelung», en *ZRP*, H.4, 1991, pp. 148-149.

WILLENMANN, J.: «Contra las prácticas argumentativas de apelación a la "teoría de la pena" en la dogmática penal», en *Política criminal*, vol. 12, n.º 24, 2017, pp. 754-785. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v12n24/0718-3399-politcrim-12-24-00754.pdf [Consulta: 06/07/2024].

ANEXOS

ANEXO 1: ART. 57 BIS B) CP73 (CAP. II)

1. En los delitos a que se refiere el artículo 57 bis, a), serán circunstancias cualificadas para la graduación individual de las penas:

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

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

2. En los supuestos mencionados en el apartado anterior el Tribunal impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito, sin tener en cuenta para ello la elevación de pena establecida en el artículo anterior. Asimismo, podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para identificar a los delincuentes, evitar el delito o impedir la actuación o el desarrollo de las bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, siempre que no se imputen al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los artículos 418, 419 y 420, números 1.º y 2.º del Código Penal. Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos a que se refiere el artículo 57 bis, a).

ANEXO 2: TENOR LITERAL (EN SU REDACCIÓN VIGENTE) DE LOS INCENTIVOS PARA LA COLABORACIÓN CON LAS AUTORIDADES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ALEMÁN (CAP. III)

§ 153b StPO: Absehen von der Verfolgung bei möglichem Absehen von Strafe

(1) Liegen die Voraussetzungen vor, unter denen das Gericht von Strafe absehen könnte, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Gerichts, das für die Hauptverhandlung zuständig wäre, von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen.

(2) Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht bis zum Beginn der Hauptverhandlung mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten das Verfahren einstellen.

§ 31 BtMG: Strafmilderung oder Absehen von Strafe

Das Gericht kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 des Strafgesetzbuches mildern oder, wenn der Täter keine Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verwirkt hat, von Strafe absehen, wenn der Täter

1. durch freiwilliges Offenbaren seines Wissens wesentlich dazu beigetragen hat, daß eine Straftat nach den §§ 29 bis 30a, die mit seiner Tat im Zusammenhang steht, aufgedeckt werden konnte, oder

2. freiwillig sein Wissen so rechtzeitig einer Dienststelle offenbart, daß eine Straftat nach § 29 Abs. 3, § 29a Abs. 1, § 30 Abs. 1, § 30a Abs. 1 die mit seiner Tat im Zusammenhang steht und von deren Planung er weiß, noch verhindert werden kann.

War der Täter an der Tat beteiligt, muss sich sein Beitrag zur Aufklärung nach Satz 1 Nummer 1 über den eigenen Tatbeitrag hinaus erstrecken. § 46b Abs. 2 und 3 des Strafgesetzbuches gilt entsprechend.

§ 129 StGB: Bildung krimineller Vereinigungen

(…)

(7) Das Gericht kann die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder von einer Bestrafung nach diesen Vorschriften absehen, wenn der Täter

1. sich freiwillig und ernsthaft bemüht, das Fortbestehen der Vereinigung oder die Begehung einer ihren Zielen entsprechenden Straftat zu verhindern, oder

2.freiwillig sein Wissen so rechtzeitig einer Dienststelle offenbart, daß Straftaten, deren Planung er kennt, noch verhindert werden können;

erreicht der Täter sein Ziel, das Fortbestehen der Vereinigung zu verhindern, oder wird es ohne sein Bemühen erreicht, so wird er nicht bestraft.

(…)

§ 129a StGB: Bildung terroristischer Vereinigungen

(…)

(7) § 129 Absatz 7 gilt entsprechend.

(…)

Art. 4 KronzG: Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten

§ 1

Offenbart der Täter oder Teilnehmer einer Straftat nach § 129a des Strafgesetzbuches oder einer mit dieser Tat zusammenhängenden Straftat selbst oder durch Vermittlung eines Dritten gegenüber einer Strafverfolgungsbehörde sein Wissen über Tatsachen, deren Kenntnis geeignet ist,

1. die Begehung einer solchen Straftat zu verhindern,

2. die Aufklärung einer solchen Straftat, falls er daran beteiligt war, über seinen eigenen Tatbeitrag hinaus zu fördern oder

3. zur Ergreifung eines Täters oder Teilnehmers einer solchen Straftat zu führen,

so kann der Generalbundesanwalt mit Zustimmung eines Strafsenats des Bundesgerichtshofes von der Verfolgung absehen, wenn die Bedeutung dessen, was der Täter oder Teilnehmer offenbart hat, insbesondere im Hinblick auf die Verhinderung künftiger Straftaten, dies im Verhältnis zu der eigenen Tat rechtfertigt.

§ 2

In den Fällen des § 1 kann das Gericht im Urteil von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern; dabei kann es bis zum gesetzlichen Mindestmaß der angedrohten Strafe herabgehen oder statt auf Freiheitsstrafe auf Geldstrafe erkennen. Beabsichtigt das Gericht, das Verfahren nach § 153b Abs. 2 der Strafprozeßordnung einzustellen, so ist die nach dieser Vorschrift erforderliche Zustimmung der Staatsanwaltschaft vom Generalbundesanwalt zu erteilen.

§ 3

Die §§ 1 und 2 sind auf Straftaten nach § 220a des Strafgesetzbuches nicht anzuwenden. Bei Straftaten nach den §§ 211, 212 des Strafgesetzbuches ist ein Absehen von Verfolgung und Strafe nicht und eine Strafmilderung nach § 2 Satz 1 nur bis zu einer Mindeststrafe von drei Jahren zulässig; die Möglichkeit, von Verfolgung und Strafe wegen anderer, mit einer solchen Tat zusammenhängender Straftaten nach den §§ 1 und 2 abzusehen oder die Strafe nach § 2 zu mildern, bleibt unberührt. Satz 2 findet in den Fällen des Versuchs, der Anstiftung oder der Beihilfe keine Anwendung.

§ 4

Ein Dritter im Sinne des § 1 ist nicht verpflichtet anzuzeigen, was ihm in seiner Eigenschaft als Vermittler anvertraut worden ist.

§ 5

Die §§ 1 bis 3 sind nur anzuwenden, wenn das Wissen über die Tatsachen bis zum 31. Dezember 1999 offenbart worden ist.

Art 5 KronzG: Kronzeugenregelung bei organisiert begangenen Straftaten

Artikel 4 §§ 1 bis 5 gilt sinngemäß für die Offenbarung durch einen Täter oder Teilnehmer einer Straftat nach § 129 des Strafgesetzbuches oder einer mit dieser Tat zusammenhängenden, mit zeitiger Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedrohten Tat, wenn die Zwecke oder die Tätigkeit der Vereinigung auf die Begehung von Taten im Sinne des § 100a Absatz 2 der Strafprozessordnung gerichtet sind. Gemäß Artikel 4 §§ 1 und 2 Satz 2 zuständig sind die Staatsanwaltschaft und das Gericht, das für die Hauptverhandlung zuständig wäre.

§ 261 StGB: Geldwäsche

(…)

(8) Nach den Absätzen 1 bis 6 wird nicht bestraft,

1. wer die Tat freiwillig bei der zuständigen Behörde anzeigt oder freiwillig eine solche Anzeige veranlasst, wenn nicht die Tat zu diesem Zeitpunkt bereits ganz oder zum Teil entdeckt war und der Täter dies wusste oder bei verständiger Würdigung der Sachlage damit rechnen musste, und

2. in den Fällen des Absatzes 1 oder des Absatzes 2 unter den in Nummer 1 genannten Voraussetzungen die Sicherstellung des Gegenstandes bewirkt.

(…)

§ 46b StGB: Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten

(1) Wenn der Täter einer Straftat, die mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist,

1. durch freiwilliges Offenbaren seines Wissens wesentlich dazu beigetragen hat, dass eine Tat nach § 100a Abs. 2 der Strafprozessordnung, die mit seiner Tat im Zusammenhang steht, aufgedeckt werden konnte, oder

2. freiwillig sein Wissen so rechtzeitig einer Dienststelle offenbart, dass eine Tat nach § 100a Abs. 2 der Strafprozessordnung, die mit seiner Tat im Zusammenhang steht und von deren Planung er weiß, noch verhindert werden kann,

kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs. 1 mildern, wobei an die Stelle ausschließlich angedrohter lebenslanger Freiheitsstrafe eine Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren tritt. Für die Einordnung als Straftat, die mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe bedroht ist, werden nur Schärfungen für besonders schwere Fälle und keine Milderungen berücksichtigt. War der Täter an der Tat beteiligt, muss sich sein Beitrag zur Aufklärung nach Satz 1 Nr. 1 über den eigenen Tatbeitrag hinaus erstrecken. Anstelle einer Milderung kann das Gericht von Strafe absehen, wenn die Straftat ausschließlich mit zeitiger Freiheitsstrafe bedroht ist und der Täter keine Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verwirkt hat.

(2) Bei der Entscheidung nach Absatz 1 hat das Gericht insbesondere zu berücksichtigen:

1.die Art und den Umfang der offenbarten Tatsachen und deren Bedeutung für die Aufklärung oder Verhinderung der Tat, den Zeitpunkt der Offenbarung, das Ausmaß der Unterstützung der Strafverfolgungsbehörden durch den Täter und die Schwere der Tat, auf die sich seine Angaben beziehen, sowie

2.das Verhältnis der in Nummer 1 genannten Umstände zur Schwere der Straftat und Schuld des Täters.

(3) Eine Milderung sowie das Absehen von Strafe nach Absatz 1 sind ausgeschlossen, wenn der Täter sein Wissen erst offenbart, nachdem die Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 207 der Strafprozessordnung) gegen ihn beschlossen worden ist.

ANEXO 3: TENOR LITERAL (EN SU REDACCIÓN VIGENTE) DE LOS DELITOS DE SIMULACIÓN DE DELITO (§ 145D STGB) Y DE DENUNCIA FALSA (§ 164 STGB) EN EL ORDENAMIENTO ALEMÁN (CAP. IV)

§ 145d StGB: Vortäuschen einer Straftat

(1) Wer wider besseres Wissen einer Behörde oder einer zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Stelle vortäuscht,

1. daß eine rechtswidrige Tat begangen worden sei oder

2. daß die Verwirklichung einer der in § 126 Abs. 1 genannten rechtswidrigen Taten bevorstehe,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in § 164, § 258 oder § 258a mit Strafe bedroht ist.

(2) Ebenso wird bestraft, wer wider besseres Wissen eine der in Absatz 1 bezeichneten Stellen über den Beteiligten

1. an einer rechtswidrigen Tat oder

2. an einer bevorstehenden, in § 126 Abs. 1 genannten rechtswidrigen Tat

zu täuschen sucht.

(3) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer

1. eine Tat nach Absatz 1 Nr. 1 oder Absatz 2 Nr. 1 begeht oder

2. wider besseres Wissen einer der in Absatz 1 bezeichneten Stellen vortäuscht, dass die Verwirklichung einer der in § 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 dieses Gesetzes, in § 31 Satz 1 Nummer 2 des Betäubungsmittelgesetzes oder in § 4a Satz 1 Nummer 2 des Anti-Doping-Gesetzes genannten rechtswidrigen Taten bevorstehe, oder

3. wider besseres Wissen eine dieser Stellen über den Beteiligten an einer bevorstehenden Tat nach Nummer 2 zu täuschen sucht,

um eine Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe nach § 46b dieses Gesetzes, § 31 des Betäubungsmittelgesetzes oder § 4a des Anti-Doping-Gesetzes zu erlangen.

(4) In minder schweren Fällen des Absatzes 3 ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

§ 164 StGB: Falsche Verdächtigung

(1) Wer einen anderen bei einer Behörde oder einem zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Amtsträger oder militärischen Vorgesetzten oder öffentlich wider besseres Wissen einer rechtswidrigen Tat oder der Verletzung einer Dienstpflicht in der Absicht verdächtigt, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen ihn herbeizuführen oder fortdauern zu lassen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer in gleicher Absicht bei einer der in Absatz 1 bezeichneten Stellen oder öffentlich über einen anderen wider besseres Wissen eine sonstige Behauptung tatsächlicher Art aufstellt, die geeignet ist, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen ihn herbeizuführen oder fortdauern zu lassen.

(3) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer die falsche Verdächtigung begeht, um eine Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe nach § 46b dieses Gesetzes, § 31 des Betäubungsmittelgesetzes oder § 4a des Anti-Doping-Gesetzes zu erlangen. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.

ANEXO 4: SSTS ESTUDIADAS EN EL ANÁLISIS EMPÍRICO (CAP. V)

1. Muestra de delitos fiscales (N=84)

Resolución	Roj.	Sentencias fases previas
STS 904/2022, de 17 de noviembre	STS 4110/2022	Instancia: SAP Almería (2ª) 3/2021, de 8 de enero (Roj.: SAP AL 32/2021)
STS 895/2022, de 11 de noviembre	STS 4144/2022	Instancia: SAP Madrid (15ª) 361/2020, de 30 de septiembre (Roj.: SAP M 12457/2020)
STS 747/2022, de 27 de julio	STS 3236/2022	Instancia: SAP Murcia (3ª) 364/2019, de 7 de noviembre (Roj.: SAP MU 2247/2019)
STS 409/2022, de 26 de abril	STS 1595/2022	Instancia: SAP Barcelona (21ª) 163/2019, de 25 de junio (Roj.: SAP B 17427/2019)
STS 209/2019, de 22 de abril	STS 1369/2019	Instancia: SAP Madrid (3ª) 30/2018, de 18 de enero (Roj.: SAP M 282/2018)
STS 381/2022, de 20 de abril	STS 1646/2022	Instancia: SAP Madrid (5ª) 2/2020, de 11 de febrero (Roj.: SAP M 719/2020)
STS 369/2022, de 18 de abril	STS 1593/2022	Instancia: SAP Madrid (23ª) 492/2020, de 3 de noviembre (Roj.: SAP M 13436/2020); Apelación: STSJ Madrid (1ª) 169/2021, de 19 de mayo (Roj.: STSJ M 5213/2021)
STS 363/2022, de 8 de abril	STS 1503/2022	Instancia: SAP Madrid (17ª) 9/2020, de 13 de enero (Roj.: SAP M 1624/2020)
STS 145/2022, de 17 de febrero	STS 643/2022	Instancia: SAP Barcelona (2ª) 680/2019, de 23 de octubre (Roj.: SAP B 14626/2019)
STS 1002/2021, de 17 de diciembre	STS 4939/2021	Instancia: SAP Zaragoza (1ª) 291/2016, de 23 de septiembre (Roj.: SAP Z 1252/2016); Primera casación: STS 213/2018, de 7 de mayo (Roj.: 1552/2018); Nueva instrancia: SAP Zaragoza (1ª) 227/2019, de 25 de mayo (Roj.: SAP Z 1165/2019); Nueva casación: STS 1002/2021, de 17 de diciembre (Roj.: STS 4939/2019)

STS 917/2021, de 24 de noviembre	STS 4352/2021	Instancia: SAP Madrid (4ª) 129/2018, de 8 de abril de 2019 (Roj.: SAP M 4793/2019); Apelación: STSJ Madrid (1ª) 223/2019, de 30 de octubre (Roj.: STSJ M 11441/2019)
STS 846/2021, de 4 de noviembre	STS 4043/2021	Instancia: SAP Madrid (16ª) 191/2019, de 22 de marzo (Roj.: SAP M 3057/2019); Apelación: STSJ Madrid (1ª) 196/2019, de 2 de octubre (Roj.: STSJ M 9108/2019)
STS 796/2021, de 20 de octubre	STS 3944/2021	Instancia: SAP Málaga (9ª) 54/2019, de 4 de marzo (Roj.: SAP MA 1268/2019)
STS 639/2021, de 15 de julio	STS 2874/2021	Instancia: SAP Barcelona (6ª) 388/2019, de 7 de junio (Roj.: SAP B 8549/2019)
STS 619/2021, de 9 de julio	STS 3252/2021	Instancia: SAN (4ª) 9/2019, de 23 de abril (Roj.: SAN 1485/2019)
STS 601/2021, de 7 de julio	STS 2738/2021	Instancia: SAN (3ª) 24/2019, de 30 de mayo (Roj.: SAN 2125/2019)
STS 448/2021, de 26 de mayo	STS 2094/2021	Instancia: SAP Las Palmas (6ª) 129/2019, de 10 de mayo (Roj.: SAP GC 1390/2019)
STS 429/2021, de 20 de mayo	STS 2089/2021	Instancia: SAP Madrid (2ª) 49/2019, de 30 de enero (Roj.: SAP M 302/2019)
STS 434/2021, de 20 de mayo	STS 2257/2021	Instancia: SAP Madrid (7ª) 134/2019, de 4 de marzo (Roj.: SAP M 2062/2019)
STS 307/2021, de 9 de abril	STS 1326/2021	Instancia: SAN (3ª) 18/2019, de 4 de abril (Roj.: SAN 1205/2019); Nueva instancia: SAN (1ª) 16/2021, de 2 de junio (Roj.: SAN 2168/2021)
STS 212/2021, de 10 de marzo	STS 916/2021	Instancia: SAP Madrid (17ª) 831/2018, de 20 de diciembre (Roj.: SAP M 18267/2018)
STS 196/2021, de 4 de marzo	STS 776/2021	Instancia: SAP Barcelona (2ª) 100/2019, de 11 de febrero (Roj.: SAP B 17351/2019)
STS 160/2021, de 24 de febrero	STS 589/2021	Instancia: SAP Madrid (16ª) 189/2019, de 21 de marzo (Roj.: SAP M 3058/2019)
STS 115/2021, de 11 de febrero	STS 556/2021	Instancia: SAP Madrid (16ª) 44/2019, de 25 de enero (Roj.: SAP M 1125/2019)
STS 108/2021, de 10 de febrero	STS 368/2021	Instancia: SAP Madrid (23ª) 56/2019, de 23 de enero (Roj.: SAP M 803/2019)

STS 686/2020, de 14 de diciembre	STS 4205/2020	Instancia: SAP Bizkaia (2ª) 5/2019, de 15 de enero (Roj.: SAP BI 12/2019)
STS 586/2020, de 5 de noviembre	STS 3621/2020	Apelación: SAP Barcelona (6ª) 554/2019, de 9 de septiembre (Roj.: SAP B 12338/2019)/Instancia: SJPe nº7 de Barcelona de 26 de febrero de 2019 (Roj.: SJP 4270/2019)
STS 507/2020, de 14 de octubre (Gürtel)	STS 3191/2020	Instancia: SAN (2ª) 20/2018, de 17 de mayo (Roj.: SAN 1915/2018)
STS 496/2020, de 8 de octubre (Rayo Vallecano)	STS 3201/2020	Instancia: SAP Madrid (17ª) 545/2018, de 16 de julio (Roj.: SAP M 14343/2018) (Rayo Vallecano)
STS 359/2020, de 1 de julio	STS 2101/2020	Instancia: SAP Madrid (2ª) 629/2018, de 6 de septiembre (Roj.: SAP M 16431/2018); Nueva instancia: SAP Madrid (2ª) 377/2020, de 30 de julio (Roj.: SAP M 9051/2020)
STS 296/2020, de 10 de junio	STS 2797/2020	Instancia: SAP Barcelona (5ª) 113/2018, de 11 de febrero (Roj.: SAP B 3605/2018)
STS 238/2020, de 26 de mayo	STS 1309/2020	Instancia: SAP Badajoz (1ª) 31/2018, de 27 de junio (Roj.: SAP BA 645/2018)
STS 168/2020, de 19 de mayo (Rayo Vallecano)	STS 997/2020	Instancia: SAP Madrid (6ª) 402/2018, de 30 de mayo (Caso Rayo Vallecano) (Roj.: SAP M 6839/2018)
STS 40/2020, de 6 de febrero	STS 596/2020	Instancia: SAN 13/2018, de 4 de mayo (Roj.: SAN 2469/2018)
STS 675/2019, de 21 de enero de 2020	STS 194/2020	Instancia: SAN (3ª) 6/2018, de 12 de febrero (Roj.: SAN 498/2018)
STS 441/2019, de 2 de octubre	STS 3125/2019	Instancia: SAP Madrid (17ª) 777/2017, de 30 de noviembre (Roj.: SAP M 18347/2017)

STS 284/2019, de 30 de mayo	STS 1851/2019	Primera instancia: SAP Huelva (1ª) 302/2015, de 22 de julio (Roj.: SAP H 593/2015); casación: STS 341/2016, de 21 de abril (Roj.: STS 1682/2016); Nueva instancia: SAP Huelva (1ª) 289/2017, de 31 de octubre (Roj.: SAP H 910/2017); Nueva casación: STS 284/2019, de 30 de mayo (Roj.: STS 1851/2019)
STS 693/2019, de 29 de abril	STS 813/2020	Instancia: SAP Barcelona (10ª) de 29 de diciembre de 2017 (Roj.: SAP B 11722/2017)
STS 123/2019, de 8 de marzo	STS 757/2019	Instancia: SAP Pontevedra (4ª) 7/2018, de 2 de marzo (Roj.: SAP PO 280/2018); Casación: STS 123/2019, de 8 de marzo (Roj.: STS 757/2019); Nueva instancia: SAP Pontevedra (4ª) 29/2021, de 18 de junio (Roj.: SAP PO 931/2021)
STS 89/2019, de 19 de febrero	STS 504/2019	Instancia: SAP Madrid (23ª) 744/2017, de 18 de diciembre (Roj.: SAP M 17566/2017)
STS 746/2018, de 13 de febrero de 2019	STS 392/2019	Instancia: SAP Pontevedra (4ª) 38/2017, de 30 de junio (Roj.: SAP PO 1336/2017)
STS 632/2018, de 12 de diciembre	STS 4176/2018	Instancia: SAP Madrid (2ª) 450/2017, de 30 de junio (Roj.: SAP M 18415/2017)
STS 612/2018, de 29 de noviembre	STS 4002/2018	Instancia: SAP Madrid (3ª) 324/2018, de 4 de mayo (Roj.: SAP M 6091/2018)
STS 602/2018, de 28 de noviembre	STS 4037/2018	Instancia: SAN (3ª) 21/2017, de 28 de septiembre (Roj.: SAN 3729/2017)
STS 561/2018, de 15 de noviembre	STS 3812/2018	Apelación: STSJ Cataluña (201ª) 29/2017, de 28 de septiembre (Roj.: STSJ CAT 5040/2017) / Instancia: SAP Barcelona (5ª) 50/2017, de 23 de enero (Roj.: SAP B 15217/2017)
STS 426/2018, de 26 de septiembre	STS 3492/2018	Instancia: SAP Barcelona (8ª) 343/2017, de 12 de mayo (SAP B 6764/2017)
STS 407/2018, de 18 de septiembre	STS 3159/2018	Instancia: SAP Pontevedra (2ª) 156/2016, de 21 de julio (Roj.: SAP PO 1632/2016)

STS 310/2018, de 26 de junio	STS 2753/2018	Instancia: SAN (1ª) 8/2017, de 13 de marzo (Roj.: SAN 499/2017)
STS 290/2018, de 14 de junio	STS 2286/2018	Instancia: SAP (8ª) Málaga 443/2016, de 17 de octubre (Roj.: SAP MA 1461/2016)
STS 277/2018, de 8 de junio (Nòos)	STS 2056/2018	Instancia: SAP (1ª) Islas Baleares 13/2017, de 17 de febrero (Roj.: SAP IB 40/2017)
STS 157/2018, de 5 de abril	STS 1301/2018	Instancia: SAP Madrid (23ª) 225/2017, de 4 de abril (Roj.: SAP M 5316/2017)
STS 756/2018, de 13 de marzo	STS 1515/2019	Instancia: SAN (2ª) 7/2017, de 31 de marzo (Roj.: SAN 1273/2017)
STS 752/2018, de 26 de febrero	STS 643/2019	Instancia: SAP Jaén (2ª) 233/2017, de 17 de octubre (Roj.: SAP J 936/2017)
STS 740/2018, de 6 de febrero (Mourinho)	STS 274/2019	Instancia: SAP Madrid (2ª) 591/2017, de 29 de septiembre (Roj.: SAP M 12282/2017) (Mourinho)
STS 45/2018, de 26 de enero	STS 265/2018	Instancia: SAN 10/2017, de 3 de abril (Roj.: SAN 1189/2017)
STS 704/2018, de 15 de enero	STS 36/2019	Instancia: SAP Valencia (5ª) 244/2016, de 26 de abril (Roj.: SAP V 8/2016)
STS 253/2017, de 11 de diciembre	STS 4830/2017	Instancia: Instancia: SAP Murcia (3ª) 561/2016, de 27 de octubre (Roj.: SAP MU 2451/2016)
STS 751/2017, de 23 de noviembre	STS 4214/2017	Instancia: SAP Madrid (16ª) 513/2016, de 30 de septiembre (Roj.: SAP M 12571/2016)
STS 749/2017, de 21 de noviembre	STS 4008/2017	Instancia: SAN (1ª) 22/2016, de 27 de julio (Roj.: SAN 2770/2016)
STS 649/2017, de 3 de octubre	STS 3493/2017	Instancia: SAP Barcelona (7ª) 698/2016, de 18 de octubre de 2016 (Roj.: SAP B 13497/2016)
STS 407/2017, de 6 de junio	STS 2269/2017	Instancia: SAP Madrid (1ª) 217/2016, de 29 de abril (Roj.: SAP M 5512/2016)
STS 306/2017, de 27 de abril	STS 1646/2017	Instancia: SAP Madrid (30ª) 368/2016, de 31 de mayo (Roj.: SAP M 7379/2016)
STS 116/2017, de 23 de febrero (Falciani)	STS 471/2017	Instancia: SAP Madrid 280/2016, de 29 de abril (Roj.: SAP M 3742/2016)

STS 88/2017, de 15 de febrero	STS 482/2017	Instancia: SAP Madrid (17ª) 133/2016, de 17 de marzo (Roj.: SAP M 3831/2016)
STS 44/2017, de 1 de febrero	STS 360/2017	Instancia: SAP CA 810/2016
STS 970/2016, de 21 de diciembre	STS 5658/2016	Instancia: SAP Islas Baleares (2ª) 161/2015, de 29 de octubre (Roj.: SAP IB 1887/2015)
STS 890/2016, de 25 de noviembre	STS 5671/2016	Instancia: SAP Badajoz (1ª) 1/2016, de 11 de enero (SAP BA 1/2016)
STS 892/2016, de 25 de noviembre	STS 5182/2016	Instancia: SAP Madrid (16ª) 77/2016, de 10 de febrero (Roj.: SAP M 1005/2016)
STS 717/2016, de 27 de septiembre	STS 4173/2016	Instancia: SAP Jaén (2ª) 252/2015, de 16 de noviembre (Roj.: SAP J 875/2015)
STS 665/2016, de 20 de julio	STS 3700/2016	Primera instancia: SAP Ourense (2ª) 469/2013, de 4 de diciembre (Roj.: SAP OU 886/2013); Primera casación: STS 704/2014, de 24 de octubre (Roj.: STS 4456/2014); Segunda instancia: SAP Ourense (2ª) 425/2014, de 27 de noviembre (Roj.: SAP OU 991/2014); Segunda casación: STS 523/2015, de 5 de octubre (Roj.: STS 4369/2015); Tercera instancia: SAP Ourense (2ª) 401/2015, de 13 de noviembre (Roj.: SAP OU 790/2015); Tercera casación: STS 665/2016, de 20 de julio (Roj.: STS 3700/2016)
STS 499/2016, de 9 de junio	STS 2589/2016	Instancia: SAN (3ª) 6/2015, de 6 de marzo (Roj.: SAN 611/2015)
STS 413/2016, de 13 de mayo	STS 2294/2016	Instancia: SAN (2ª) 7/2015, de 10 de abril (Roj.: SAN 1994/2015)
STS 223/2016, de 16 de marzo	STS 1177/2016	Instancia: SAP La Rioja (1ª) 95/2015, de 23 de junio (Roj.: SAP LO 322/2015)
STS 508/2015, de 27 de julio (Ballena Blanca)	STS 3699/2015	Instancia: SAP MA 1794/2013

STS 486/2015, de 16 de julio	STS 3472/2015	Instancia: SAP Barcelona (2ª) 1077/2014, de 11 de diciembre (Roj.: SAP B 14405/2014)
STS 609/2015, de 4 de febrero	STS 186/2016	Instancia: SAN (1ª) 6/2015, de 6 de febrero (Roj.: SAN 1500/2015)
STS 741/2014, de 12 de noviembre	STS 4654/2014	Instancia: SAP Bizkaia (6ª) 16/2014, de 14 de marzo (Roj.: SAP BI 820/2014)
STS 586/2014, de 23 de julio	STS 3085/2014	Instancia: SAP Castellón (1ª) 354/2013, de 25 de noviembre (Roj.: SAP CS 1310/2013)
STS 494/2014, de 18 de junio	STS 3078/2014	Instancia: SAP Asturias (8ª) 61/2013, de 25 de noviembre (Roj.: SAP O 3271/2013)
STS 456/2014, de 5 de junio	STS 2270/2014	Instancia: SAP Madrid (5ª) 84/2013, de 10 de diciembre (Roj.: SAP M 18832/2013)
STS 182/2014, de 11 de marzo	STS 1013/2014	Instancia: SAN 7/2013, de 3 de abril (Roj.: SAN 3431/2013)
STS 832/2013, de 24 de octubre	STS 5811/2013	Instancia: SAP Madrid (4ª) 80/2012, de 29 de junio (Roj.: SAP M 11087/2012)
STS 356/2013, de 19 de abril	STS 2104/2013	Instancia: SAP Bizkaia (6ª) 60/2012, de 13 de julio (Roj.: SAP BI 3310/2012)
STS 235/2013, de 19 de marzo	STS 1639/2013	Instancia: SAP Almería (2ª) 91/2012, de 12 de marzo (Roj.: SAP AL 1081/2012)

2. Muestra de delitos contra la Seguridad Social (N=21)

Resolución	Roj.	Sentencias fases previas
STS 640/2022, de 23 de junio	STS 2691/2022	Instancia: SAP Barcelona (10ª) 54/2020, de 28 de enero (Roj.: SAP B 14764/2020)
STS 561/2022, de 8 de junio	STS 2225/2022	Instancia: SAP Barcelona (3ª) 531/2019, de 4 de noviembre (Roj.: SAP B 17096/2019)
STS 551/2022, de 2 de junio	STS 2287/2022	Instancia: SJPe nº2 de Las Palmas de Gran Canaria 144/2019, de 11 de junio (Roj.: SJP 4290/2019); Apelación: SAP Las Palmas (6ª) 283/2019, de 9 de octubre (Roj.: SAP GC 2463/2019)

STS 539/2022, de 31 de mayo	STS 2319/2022	Instancia: SAP Valladolid (4ª) 282/2019, de 14 de octubre (Roj.: SAP VA 1171/2019); Apelación: STSJ Castilla y León (1ª) 4/2020, de 21 de enero (Roj.: STSJ CL 410/2020)
STS 227/2022, de 10 de marzo	STS 952/2022	Instancia: SAP Alicante (10ª) 80/2020, de 26 de febrero (Roj.: SAP A 4354/2020); Apelación: STSJ Comunidad Valenciana (1ª) 207/2020, de 30 de octubre (Roj.: STSJ CV 9562/2020)
STS 833/2021, de 29 de octubre	STS 3975/2021	Instancia: SAP Cantabria (3ª) 174/2019, de 3 de mayo (Roj.: SAP S 1092/2019); Apelación: STSJ Cantabria (1ª) 13/2019, de 25 de septiembre (Roj.: STSJ CANT 649/2019)
STS 811/2021, de 25 de octubre	STS 3894/2021	Instancia: SAP Valencia (4ª) 412/2019, de 17 de julio (Roj.: SAP V 6490/2019)
STS 518/2021, de 14 de junio	STS 2370/2021	Instancia: SAP Palencia (1ª) 10/2019, de 11 de abril (Roj.: SAP P 137/2019)
STS 283/2021, de 29 de marzo	STS 1297/2021	Instancia: SAP Las Palmas (2ª) 75/2019, de 1 de marzo (Roj.: SAP GC 3/2019)
STS 48/2021, de 21 de enero	STS 75/2021	Instancia: SAP Zamora (1ª) 12/2018, de 30 de julio (Roj.: SAP ZA 350/2018); Apelación: STSJ Castilla y León (1ª) 1/2019, de 16 de enero (Roj.: STSJ CL 1/2019)
STS 698/2020, de 16 de diciembre	STS 4294/2020	Apelación: STSJ Aragón (1ª) 44/2018, de 4 de diciembre (Roj.: STSJ AR 1881/2018) / Instancia: SAP Zaragoza (1ª) 176/2018, de 29 de junio (Roj.: SAP Z 1373/2018)
STS 150/2020, de 18 de mayo	STS 896/2020	Apelación: STSJ Aragón (1ª) 35/2018, de 5 de octubre (Roj.: STSJ AR 1888/2018) / Instancia: SAP Zaragoza (1ª) 128/2018, de 18 de mayo (Roj.: SAP Z 740/2018)
STS 101/2020, de 10 de marzo	STS 1937/2020	Instancia: SAP Granada (1ª) 176/2018, de 28 de marzo (Roj.: SAP GR 432/2018)
STS 552/2019. de 12 de noviembre	STS 3683/2019	Instancia: SAP Valencia (2ª) 233/2018, de 19 de abril (Roj.: SAP V 6322/2018)

STS 524/2019, de 30 de octubre	STS 3426/2019	Instancia: SAP Valencia (1ª) 33/2018, de 18 de octubre (Roj.: SAP V 6320/2018)
STS 725/2018, de 29 de enero de 2019	STS 236/2019	Instancia: SAP Vitoria (2ª) 260/2017, de 26 de septiembre (Roj.: SAP VI 590/2017)
STS 582/2018, de 22 de noviembre	STS 4001/2018	Instancia: SAP Segovia (1ª) 12/2017, de 14 de julio (Roj.: SAP SG 242/2017)
STS 564/2018, de 19 de noviembre	STS 3891/2018	Instancia: SAP Vitoria (2ª) 268/2017, de 4 de octubre (Roj.: SAP VI 810/2017)
STS 799/2017, de 11 de diciembre	STS 4526/2017	Instancia: SAP Vitoria (2ª) 69/2017, de 24 de febrero (Roj.: SAP VI 91/2017)
STS 657/2017, de 5 de octubre	STS 3610/2017	Instancia: SAP Zaragoza (3ª) 540/2016, de 9 de noviembre (Roj.: SAP Z 1917/2016)
STS 625/2015, de 22 de diciembre	STS 5806/2015	Instancia: SAN (3ª) 27/2013, de 30 de octubre (Roj.: SAN 4952/2013)

3. Muestra de fraude de subvenciones (N=24)

Resolución	Roj.	Sentencias fases previas
STS 948/2022, de 13 de diciembre	STS 4500/2022	Instancia: SAP Valencia (5ª) 154/2020, de 24 de abril (Roj.: SAP V 464/2020)
STS 709/2022, de 13 de julio	STS 2831/2022	Instancia: SAP Jaén (3ª) 399/2019, de 16 de diciembre (Roj.: SAP J 1708/2019); STSJ Andalucía (201ª) 261/2020, de 7 de octubre (Roj.: STSJ AND 19850/2020)
STS 561/2022, de 8 de junio	STS 2225/2022	Instancia: SAP Barcelona (3ª) 531/2019, de 4 de noviembre (Roj.: SAP B 17096/2019)
STS 1002/2021, de 17 de diciembre	STS 4939/2021	Instancia: SAP Zaragoza (1ª) 291/2016, de 23 de septiembre (Roj.: SAP Z 1252/2016); Primera casación: STS 213/2018, de 7 de mayo (Roj.: 1552/2018); Nueva instrancia: SAP Zaragoza (1ª) 227/2019, de 25 de mayo (Roj.: SAP Z 1165/2019); Nueva casación: STS 1002/2021, de 17 de diciembre (Roj.: STS 4939/2019)

STS 804/2021, de 20 de octubre	STS 3941/2021	Instancia: SAP Murcia (3ª) 279/2018, de 27 de junio (Roj.: SAP MU 945/2018)
STS 776/2021, de 14 de octubre	STS 3771/2021	Instancia: SAP Ourense (2ª) 191/2019, de 19 de junio (Roj.: SAP OU 342/2019)
STS 470/2021, de 2 de junio	STS 2197/2021	Instancia: SAP Bizkaia (1ª) 21/2019, de 5 de abril (Roj.: SAP BI 1047/2019)
STS 156/2021, de 24 de febrero	STS 638/2021	Instancia: SAP Zaragoza (6ª) 155/2019, de 29 de abril (Roj.: SAP Z 640/2019); Apelación: STSJ Aragón (1ª) 54/2019, de 16 de septiembre (Roj.: STSJ AR 1968/2019)
STS 439/2020, de 10 de septiembre	STS 2856/2020	Instancia: SAP Granada (1ª) 568/2017, de 23 de noviembre (Roj.: SAP GR 1832/2017)
STS 367/2019, de 3 de julio	STS 2498/2019	Instancia: SAP Lugo (2ª) 199/2017, de 20 de noviembre (Roj.: SAP LU 598/2017)
STS 234/2019, de 8 de mayo	STS 1470/2019	Instancia: SAP Valencia (5ª) 587/2017, de 9 de noviembre (Roj.: SAP V 3991/2017)
STS 81/2019, de 13 de febrero	STS 412/2019	Instancia: SAP Murcia (3ª) 369/2017, de 11 de septiembre (Roj.: MU 2391/2017)
STS 197/2018, de 25 de abril	STS 1468/2018	Instancia: SAP Almería (3ª) 86/2017, de 22 de febrero (Roj.: SAP AL 163/2017)
STS 756/2018, de 13 de marzo	STS 1515/2019	Instancia: SAN (2ª) 7/2017, de 31 de marzo (Roj.: SAN 1273/2017)
STS 736/2018, de 5 de febrero	STS 273/2019	Instancia: SAP Coruña (2ª) 397/2017, de 31 de julio (Roj.: SAP C 1791/2017)
STS 543/2017, de 12 de julio	STS 2809/2017	Instancia: SAP Barcelona (8ª) 825/2016 (Roj.: SAP B 11826/2016)
STS 455/2017, de 21 de junio	STS 2528/2017	Instancia: SAP Salamanca (1ª) 14/2016, de 21 de junio (Roj.: SAP SA 357/2016)
STS 316/2017, de 3 de mayo	STS 1671/2017	Instancia: SAP Málaga (9ª) 467/2016, de 13 de julio (Roj.: SAP MA 2575/2016)
STS 22/2017, de 23 de enero	STS 96/2017	Instancia: SAP (1ª) 600/2015, de 14 de diciembre (Roj.: SAP SE 3500/2015)
STS 890/2016, de 25 de noviembre	STS 5671/2016	Instancia: SAP Badajoz (1ª) 1/2016, de 11 de enero (Roj.: SAP BA 1/2016)

STS 509/2015, de 10 de julio	STS 3514/2015	Instancia: SAP Teruel (1ª) 13/2014, de 21 de octubre (Roj.: SAP TE 173/2014)
STS 277/2015, de 3 de junio	STS 2563/2015	Instancia: STSJ Comunidad Valenciana (1ª) 4/2014, de 27 de mayo (Roj.: STSJ CV 1628/2014)
STS 149/2015, de 11 de marzo	STS 960/2015	Instancia: SAP Cádiz (3ª) 253/2013, de 22 de julio (Roj.: SAP CA 1481/2013)
STS 1030/2013, de 28 de noviembre	STS 6649/2013	Instancia: SAP Valladolid (4ª) 484/2012, de 30 de noviembre (Roj.: SAP VA 1624/2012)

4. Muestra de cohecho (N=30)

Resolución	Roj.	Sentencias fases previas
STS 1002/2021, de 17 de diciembre	STS 4939/2021	Instancia: SAP Zaragoza (1ª) 291/2016, de 23 de septiembre (Roj.: SAP Z 1252/2016); Primera casación: STS 213/2018, de 7 de mayo (Roj.: 1552/2018); Nueva instrancia: SAP Zaragoza (1ª) 227/2019, de 25 de mayo (Roj.: SAP Z 1165/2019); Nueva casación: STS 1002/2021, de 17 de diciembre (Roj.: STS 4939/2019)
STS 657/2021, de 28 de julio	STS 3275/2021	Instancia: SAN (2ª) 10/2019, de 27 de mayo (Roj.: SAN 1900/2019)
STS 427/2021, de 20 de mayo	STS 2086/2021	Instancia: SAP Málaga (2ª) 118/2019, de 29 de marzo (Roj.: SAP MA 3126/2019)
STS 664/2020, de 3 de diciembre	STS 4291/2020	Instancia: SAN 31/2018, de 29 de junio (Roj.: SAN 2467/2018)
STS 507/2020, de 14 de octubre (Gürtel)	STS 3191/2020	Instancia: SAN 20/2018, de 17 de mayo (Roj.: SAN 1915/2018)
STS 482/2020, de 30 de septiembre (EMARSA)	STS 3893/2020	Instancia: SAP Valencia (1ª) 349/2018, de 19 de junio (Roj.: SAP V 1960/2018)
STS 245/2020, de 27 de mayo	STS 4515/2020	Instancia: SAP (3ª) Málaga 130/2018 (Roj.: SAP MA 1619/2018)

STS 626/2019, de 18 de diciembre	STS 4216/2019	Apelación: STSJ Canarias (Secc. 1ª) 22/2018, de 6 de junio (Roj.: STSJ ICAN 1174/2018). Instancia: SAP(TJ) Las Palmas (100ª) 225/2017, de 24 de julio (Roj.: SAP GC 2578/2017)
STS 402/2019, de 12 de septiembre	STS 3110/2019	Instancia: SAP Oviedo (Sección 3ª) 387/2017, de 12 de septiembre (Roj.: SAP O 2337/2017)
STS 257/2019, de 22 de mayo	STS 1601/2019	Apelación: STSJ (Secc. 1ª) de Castilla y León 2/2018, de 8 de enero (Roj.: STSJ CL 17/2018). Instancia: SAP(TJ) Zamora (100ª) 15/2017, de 9 de junio (Roj.: SAP ZA 253/2017)
STS 613/2018, de 29 de noviembre	STS 4046/2018	Instancia: SAP (9ª) Málaga 278/2017, de 4 de julio (Roj.: SAP MA 2562/2017)
STS 463/2018, de 11 de octubre	STS 4061/2018	Instancia: SAP (6ª) Santa Cruz de Tenerife 14/2017, de 26 de enero (Roj.: SAP TF 2832/2017)
STS 290/2018, de 14 de junio	STS 2286/2018	Instancia: SAP Málaga (8ª) 443/2016, de 17 de octubre (Roj.: SAP MA 1461/2016)
STS 214/2018, de 8 de mayo	STS 1551/2018	Instancia: STSJ Comunidad Valenciana (1ª) 2/2017, de 8 de febrero (Roj.: STSJ CV 1/2017)
STS 400/2017, de 1 de junio	STS 2800/2017	Instancia: SAP Barcelona (8ª) 260/2016, de 27 de mayo (Roj.: SAP B 7998/2016)
STS 795/2016, de 25 de octubre	STS 4622/2016	Instancia: STSJ Cataluña (1ª) 25/2015, de 5 de noviembre (Roj.: STSJ CAT 11181/2015)
STS 552/2015, de 23 de septiembre	STS 4123/2015	Instancia: SAP Barcelona (4ª) de 27 de mayo de 2014 (Roj.: SAP B 4136/2014)
STS 508/2015, de 27 de julio (Ballena Blanca)	STS 3699/2015	Instancia: SAP Málaga (1ª) 535/2013, de 4 de octubre (Roj.: SAP MA 1794/2013)
STS 342/2015, de 2 de junio	STS 2718/2015	Instancia: SAP Huelva (3ª) 105/2014, de 31 de marzo (Roj.: SAP H 644/2014)
STS 14/2015, de 26 de enero	STS 217/2015	Apelación: STSJ Islas Baleares (1ª) 1/2014, de 19 de mayo (Roj.: STSJ BAL 344/2014)/Instancia: SAP Islas Baleares 4/2013, de 11 de diciembre (Roj.: SAP IB 2548/2013)

STS 773/2014, de 28 de octubre	STS 4627/2014	Instancia: SAP Valladolid (2ª) 411/2013, de 22 de noviembre (Roj.: SAP VA 1396/2013)
STS 586/2014, de 23 de julio	STS 3085/2014	Instancia: SAP Castellón (1ª) 354/2013, de 25 de noviembre (Roj.: SAP CS 1310/2013)
STS 487/2014, de 9 de junio	STS 2563/2014	Instancia: SAP Málaga (2ª) 179/2013, de 16 de abril (Roj.: SAP MA 1/2013)
STS 394/2014, de 7 de mayo	STS 2019/2014	Instancia: SAP Islas Baleares (1ª) 1536/2013, de 26 de julio (Roj.: SAP IB 1536/2013)
STS 123/2014, de 20 de febrero	STS 724/2014	Instancia: SAP Málaga (3ª) 268/2013, de 6 de mayo (Roj.: MA 2581/2013)
STS 990/2013, de 30 de diciembre	STS 6695/2013	Instancia: SAP Barcelona (9ª) de 27 de julio de 2011 (Roj.: SAP B 6528/2011)
STS 944/2013, de 11 de diciembre	STS 5902/2013	Instancia: SAP Málaga (8ª) 514/2012, de 1 de octubre (Roj.: SAP MA 3960/2012)
STS 684/2013, de 3 de septiembre	STS 4753/2013	Instancia: SAP Málaga (8ª) 1/2012, de 18 de enero (Roj.: SAP MA 4/2012)
STS 636/2012, de 13 de julio	STS 5634/2012	Instancia: SAP Cádiz (3ª) 219/2011, de 8 de julio (Roj.: SAP CA 570/2011)
STS 424/2012, de 23 de abril	STS 1918/2013	Instancia: STSJ Comunidad Valenciana (1ª) 2/2012, de 30 de enero (Roj.: STSJ CV 1/2012)

5. Muestra de malversación (N=19)

Resolución	Roj.	Sentencias fases previas
STS 859/2022, de 2 de noviembre	STS 4105/2022	Instancia: SAP Granada (2ª) 236/2020, de 21 de julio (Roj.: SAP GR 766/2020)
STS 749/2022, de 13 de septiembre (EREs)	STS 3258/2022	Instancia: SAP Sevilla (1ª) 490/2019, de 19 de noviembre (Roj.: SAP SE 1101/2019)
STS 507/2020, de 14 de octubre (Gürtel)	STS 3191/2020	Instancia: SAN 20/2018, de 17 de mayo (Roj.: SAN 1915/2018)
STS 482/2020, de 30 de septiembre	STS 3893/2020	Instancia: SAP Valencia (1ª) 349/2018, de 19 de junio (Roj.: SAP V 1960/2018)
STS 627/2019, de 18 de diciembre	STS 4342/2019	Instancia: SAP Almería (3ª) 116/2018, de 5 de marzo (Roj.: SAP AL 1042/2018)

STS 568/2019, de 21 de noviembre	STS 3704/2019	Instancia: SAP Almería (100ª) 74/2018, de 14 de febrero (Roj.: SAP AL 492/2018)//Apelación: STSJ Andalucía (1ª) 41/2018, de 22 de mayo (Roj.: STSJ AND 18121/2018)
STS 693/2019, de 29 de abril	STS 813/2020	Instancia: SAP Barcelona (10ª) de 29 de diciembre de 2017 (Roj.: SAP B 11722/2017)
STS 66/2019, de 7 de febrero	STS 282/2019	Instancia: SAN (3ª) 2/2018, de 12 de enero (Roj.: SAN 2022/2018)
STS 613/2018, de 29 de diciembre	STS 4046/2018	Instancia: SAP (9ª) Málaga 278/2017, de 4 de julio (Roj.: SAP MA 2562/2017)
STS 341/2018, de 10 de julio	STS 2648/2018	Instancia: SAP Madrid (100ª) 651/2016, de 1 de diciembre (Roj.: SAP M 16161/2016)//Apelación: STSJ Madrid (1ª) 21/2017, de 31 de mayo (Roj.: STSJ M 3482/2017)
STS 277/2018, de 8 de junio (Nòos)	STS 2056/2018	Instancia: SAP (1ª) Islas Baleares 13/2017, de 17 de febrero (Roj.: SAP IB 40/2017)
STS 229/2018, de 17 de mayo	STS 1916/2018	Instancia: SAP Mérida (3ª) 559/2017, de 7 de junio (Roj.: SAP BA 559/2017)
STS 197/2018, de 25 de abril	STS 1468/2018	Instancia: SAP Almería (3ª) 86/2017, de 22 de febrero (Roj.: SAP AL 163/2017)
STS 461/2017, de 21 de junio	STS 2444/2017	Instancia: SAP Las Palmas (100ª) 70/2016, de 19 de febrero (Roj.: SAP GC 543/2016) /Apelación: STSJ Canarias (1ª) 4/2016, de 17 de noviembre (Roj.: STSJ ICAN 3821/2016)
STS 83/2017, de 14 de febrero	STS 570/2017	Instancia: SAP Málaga (8ª) 642/2015, de 18 de diciembre (Roj.: SAP MA 2732/2015)
STS 527/2016, de 16 de junio	STS 2899/2016	Instancia: SAP Ourense (2ª) 433/2015, de 2 de diciembre (Roj.: SAP OU 798/2015)
STS 625/2015, de 22 de diciembre	STS 5806/2015	Instancia: SAN 4952/2013
STS 508/2015, de 27 de julio	STS 3699/2015	Instancia: SAP Málaga (1ª) 535/2013, de 4 de octubre (Roj.: SAP MA 1794/2013)

STS 427/2015, de 1 de julio	STS 3233/2015	Instancia: SAP Cáceres (100ª) 57/2014, de 21 de febrero (Roj.: SAP CC 103/2014)//Apelación: STSJ Extremadura (1ª) 1/2014, de 23 de octubre (Roj.: STSJ EXT 1644/2014)

ANEXO 5: SENTENCIAS ANALIZADAS EN EL ESTUDIO COMPLEMENTARIO (CAP. V)

5.1. Muestra relacionada con el art. 305.6 II CP (N=12)

Sentencia	Roj.
SAP Madrid (2ª) 259/2020, de 4 de junio	SAP M 5628/2020
SAP Zaragoza (6ª) 83/2020, de 2 de marzo	SAP Z 237/2020
SAP Madrid (4ª) 16/2019, de 16 de enero	SAP M 2586/2019
SAP Bizkaia (1ª) 86/2018, de 17 de diciembre	SAP BI 2177/2018
SAP Barcelona (2ª) 431/2018, de 19 de junio	SAP B 7848/2018
SAP Madrid (17ª) 409/2018, de 30 de mayo	SAP M 7275/2018
SAP Madrid (29ª) 279/2018, de 23 de mayo	SAP M 7525/2018
SAP Lleida (1ª) 82/2018, de 28 de febrero	SAP L 315/2018
SAP Madrid (7ª) 935/2017, de 12 de diciembre	SAP M 16484/2017
SAP Barcelona (21ª) 266/2017, de 27 de septiembre	SAP B 15405/2017
SAP Barcelona (8ª) 47/2016, de 27 de enero	SAP B 836/2016
SAP Barcelona (8ª) 31/2016, de 21 de enero	SAP B 183/2016

5.2. Muestra relacionada con el art. 307.5 II CP (N=3)

Sentencia	Roj.
SAP A Coruña (1ª) 135/2022, de 28 de marzo	SAP C 938/2022
SAP A Coruña (2ª) 128/2022, de 22 de marzo	SAP C 843/2022
SAP Madrid (6ª) 432/2019, de 21 de junio	SAP M 10049/2019

5.3. Muestra relacionada con el art. 426 CP (N=19)

Sentencia	Roj.
SAP Zamora (1ª) 28/2022, de 21 de diciembre	SAP ZA 544/2022
SAP Barcelona (3ª), de 20 de septiembre de 2022	SAP B 9663/2022
SAP Barcelona (10ª), de 8 de septiembre de 2022	SAP B 9291/2022
SAN (2ª) 15/2022, de 22 de julio	SAN 3640/2022
SAP Alicante (3ª) 247/2021, de 7 de julio	SAP A 644/2021
SAP Madrid (7ª) 518/2020, de 21 de diciembre	SAP M 15277/2020
SAN (2ª) 20/2020, de 25 de noviembre	SAN 3074/2020
SAN (4ª) 15/2020, de 12 de noviembre	SAN 2969/2020
SAP Santander (3ª) 320/2020, de 30 de septiembre	SAP S 607/2020
SAP Alicante (10ª) 457/2019, de 27 de diciembre	SAP A 4430/2019
SAP Bizkaia (2ª) 305/2019, de 17 de diciembre	SAP VI 833/2019
SAP Granada (2ª) 369/2019, de 30 de septiembre	SAP GR 2755/2019
SAP Las Palmas (6ª) 246/2019, de 16 de septiembre	SAP GC 1500/2019
SAP La Rioja (1ª) 90/2019, de 11 de julio	SAP LO 319/2019
SAP Huelva (1ª) 289/2017, de 31 de octubre	SAP H 910/2017
SAP Almería (2ª) 266/2017, de 30 de junio	SAP AL 721/2017
SAP Huelva (1ª) 302/2015, de 22 de julio	SAP H 593/2015
SAP Málaga (1ª) 586/2014, de 7 de noviembre	SAP MA 1780/2014
SAP Granada (1ª) 612/2011, de 2 de noviembre	SAP GR 1502/2011

5.4. Muestra relacionada con el art. 434 CP (N=24)

Sentencia	Roj.
SAP Castellón (1ª) 339/2021, de 3 de diciembre	SAP CS 924/2021
SAP Barcelona (21ª) 324/2021, de 14 de octubre	SAP B 12896/2021
SAP Barcelona (21ª) 252/2021, de 22 de julio	SAP B 16149/2021
SAP Granada (1ª) 258/2021, de 30 de junio	SAP GR 1747/2021
SAP Madrid (5ª) 59/2020, de 19 de noviembre	SAP M 13417/2020
SAP Las Palmas (2ª) 163/2020, de 15 de julio	SAP GC 876/2020
SAP Álava (2ª) 305/2019, de 17 de diciembre	SAP VI 833/2019
SAP Las Palmas (6ª) 246/2019, de 16 de septiembre	SAP GC 1500/2019
SAP Málaga (2ª) 428/2018, de 5 de diciembre	SAP MA 3133/2018
SAP Córdoba (2ª) 439/2018, de 2 de noviembre	SAP CO 1580/2018
SAP Santander (3ª) 413/2017, de 13 de diciembre	SAP S 919/2017
SAP Málaga (2ª) 477/2017, de 29 de noviembre	SAP MA 2107/2017
SAP Zaragoza (1ª) 307/2017, de 8 de noviembre	SAP Z 2287/2017
SAP Málaga (2ª) 373/2017, de 28 de septiembre	SAP MA 2746/2017
SAP Jaén (2ª) 204/2017, de 22 de septiembre	SAP J 775/2017
SAP Asturias (3ª) 387/2017, de 12 de septiembre	SAP O 2337/2017
SAP Barcelona (10ª) 16/2017, de 30 de diciembre	SAP B 12941/2016
SAP Sevilla (7ª) 80/2016, de 14 de diciembre	SAP SE 2684/2016
SAP Santander (3ª) 275/2016, de 28 de septiembre	SAP S 448/2016
SAP Zaragoza (1ª) 291/2016, de 23 de septiembre	SAP Z 1252/2016
SAP Córdoba (2ª) 290/2016, de 6 de julio	SAP CO 1165/2016

SAP Islas Baleares (2ª) 180/2015, de 2 de diciembre	SAP IB 2120/2015
SAP Zaragoza (6ª) 319/2015, de 1 de diciembre	SAP Z 2408/2015
SAP Badajoz (1ª) 37/2015, de 28 de septiembre	SAP BA 949/2015