
LA NEGOCIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
PENAL EN EL ÁMBITO DEL CRIMEN
ORGANIZADO. EL CASO DEL ARREPENTIDO
COLABORADOR DE LA JUSTICIA

ROBERTO A. OCHOA ROMERO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La regulación de la figura en la legislación penal española*. III. *La regulación de la figura en la legislación penal italiana*. IV. *La regulación de la figura en la legislación penal mexicana. Especial referencia a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*. V. *La perspectiva probatoria*.

I. INTRODUCCIÓN

A nadie sorprende ya que la delincuencia organizada sea un fenómeno delictivo que día con día amenace, con mucha más fuerza, a un gran número de países y a la gran mayoría de sus instituciones.¹ Las actividades propias de tan funestas organizaciones,

¹ Véase, en general, sobre el concepto y problemática de la delincuencia organizada, Anarte Borrallo, E., “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999; Choclán Montalvo, J. A., *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Madrid, 2000; Delgado Martín, J., *La Criminalidad Organizada*, Barcelona, 2001; García Ramírez, S., “La Delincuencia Organizada”, en *Criminalia*, número 2, mayo-agosto 1996; Insolera, G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bolonia, 1996; Martínez Bautista, S., “La Delincuencia Organizada”, en *Revista de Ciencias Criminológicas*, Barcelona, 1994; Ochoa Romero, R. A., “Reflexiones en torno al concepto de Delincuencia Organizada”

principalmente representadas por actos de terrorismo, extorsión, explotación sexual y, por supuesto, de tráfico de drogas, constituyen un claro signo de perversión y desarticulación social.

Este fenómeno criminal, por lo demás, trae aparejada una particular y muy peculiar peligrosidad en orden a las características que lo distinguen de otros comportamientos delictivos comunes. Entre tales características destacan: la fungibilidad de sus miembros (que permite el aseguramiento de sus objetivos prioritarios), su estructura sólidamente jerarquizada y su potencial económico y bélico pero, sobre todo, llama la atención su hermética y, sin duda, muy eficiente organización basada en códigos no escritos.

Ante esta problemática, muchos países se han visto en la necesidad de adecuar sus legislaciones penales y procesales penales con la finalidad de poder enfrentar a tan corrosivo fenómeno que, hasta nuestros días, no parece tener freno en su desbordado crecimiento. Así, se han creado distintos cuerpos legales y modificado otros ya existentes, con el ánimo de permitir a las autoridades encargadas de la persecución y posterior procesamiento de los miembros de grupos delincuentes organizados, realizar investigaciones más profundas y eficaces que puedan traducirse en el debilitamiento y desintegración de estos grupos criminales.

Un claro ejemplo de la indudable preocupación internacional por el frontal ataque a estos grupos delincuentes organizados, ha sido la introducción y adecuación de diversos instrumentos especiales de investigación que, por lo demás, han contaminado el ámbito del debido proceso penal y, por otro lado, evidencian en múltiples apartados la incapacidad del sistema penal ordinario para hacer frente a nuevas formas de criminalidad con tintes empresariales. Entre tales instrumentos especiales pueden mencionarse: el agente encubierto, las entregas vigiladas, la intervención de comunicaciones, y por supuesto la ya conocida figura

y sobre algunas organizaciones criminales actuales”, en *Derecho penal contemporáneo*, número 21, octubre-diciembre 2007; y, Zaffaroni, E. R., “En torno al concepto de “crimen organizado”, en *Nada personal...Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, coordinados por Julio E. S. Virgolini y Alejandro W. Slokar, AA.VV., Buenos Aires, 2001, pp. 9-15.

LA NEGOCIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

y, por cierto no poco controvertida, del *arrepentido colaborador de la justicia*.²

Tan controversial figura ha encontrado cabida en distintas legislaciones penales y, ciertamente, al margen de sus implicaciones sustantivas y procesales – que por cierto no son pocas particularmente de cara al irrestricto respeto del cuerpo de garantías dimanantes del principio de seguridad jurídica–, permite a las autoridades investigadoras obtener información, en principio potencialmente privilegiada, sobre la estructura, funcionamiento y operaciones de estos grupos criminales organizados, a cambio del otorgamiento de ciertos *beneficios* procesales y penitenciarios a favor del delincuente *arrepentido*.³

Tales beneficios se encuentran supeditados, por lo general, al cumplimiento de ciertos requisitos; entre éstos destacan: el abandono voluntario de las actividades delictivas, la comparecencia ante las autoridades con confesión de los hechos en que se hubiere participado y, además, la colaboración activa con las mismas a los efectos de impedir la producción del delito. Incluso,

² Véase, en general, sobre esta figura, Quintanar Díez, M., *La justicia penal y los denominados arrepentidos*, Madrid, 1996; Musco, E., “Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas”, en *Revista penal*, julio 1998; Benítez Ortúzar, I. F., “El “colaborador con la justicia” en materia de delitos relativos al tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Análisis crítico de la presunta figura ‘premier’ del artículo 376 del Código penal”, en Lorenzo Morillas Cueva (coord.), *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Madrid, 2003; Ochoa Romero, R. A., *Justicia penal y colaboración con la autoridad*, México, 2006.

³ Por una clara influencia italiana se ha denominado “arrepentido” a aquel sujeto que, en su carácter de procesado o sentenciado por alguno o algunos de los delitos que así lo prevén, colabora con la autoridad para la identificación y captura de otros delincuentes, así como para la identificación y desarticulación de las bandas o grupos organizados a los que hubiese pertenecido o con los que hubiera colaborado. En este caso, por tratarse de figuras homologables, utilizaremos tal denominación para referirnos también a la figura del colaborador de la justicia, al margen de la añeja discusión sobre si se trata o no de un término que lleve implícito el correcto significado, fundamento y alcances de la figura colaborativa. Y valga la presente nota en virtud de que la denominación del instituto no ha permanecido exenta de serias críticas. La concepción generalizada estima que la denominación de la figura no es la más adecuada (arrepentido), particularmente porque la actividad colaboracionista no implica ningún tipo de arrepentimiento, subjetivamente hablando, por parte del colaborador.

en la mayoría de las legislaciones que prevén la figura, se exige coadyuvar *eficazmente* a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o para impedir la actuación o el desarrollo de otras organizaciones o grupos criminales a los que se haya pertenecido o con los que se hubiere colaborado.

Esta figura, con independencia de las consecuencias que presenta desde la perspectiva garantista, en algunas experiencias ha dado grandes y muy fructuosos resultados. Por ejemplo, en Italia, país del que proviene fundamentalmente su regulación.⁴ No obstante, tal institución ha sido blanco de diversas y muy severas críticas por parte de la más calificada doctrina penal y procesal penal, particularmente por lo que ha supuesto en el plano procesal, la asignación de una desmesurada potencialidad probatoria a los elementos de convicción proporcionados por el colaborador, lo que ha constituido –y efectivamente así ha sucedido en múltiples ocasiones–, una flagrante vulneración del derecho a la presunción de inocencia y, en general, de otros principios fundamentales del proceso penal moderno.

Efectivamente, la problemática producida por el uso y abuso de los arrepentidos en el sistema penal, nos conduce a la íntima imbricación que existe entre cuestiones penales de carácter sustantivo y que, en definitiva, tienen relevancia político criminal y suponen una apuesta legislativa cargada de sentido político, y otra suerte de problemática, reiteramos, completamente interconectada, como lo es la estrictamente procesal penal y que, en definitiva, como se señalará, forma parte de la más amplia teoría de la prueba, en concreto, cuestiones como la admisibilidad y valoración de la misma, y que consistiendo en la admisibilidad y la valoración de la declaración del coimputado que señala a otro como copartícipe en una actividad delictiva, representa infinidad de problemas en la práctica; ello aunado a la falta de regulación de

⁴Véase Pavarini, M., “Lucha contra la criminalidad organizada y “negociación” de la pena”, en *Nada personal...Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, coordinados por Julio E. S. Virgolini y Alejandro W. Slokar, AA.VV., Buenos Aires, 2001, p. 24.

LA NEGOCIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

dicha figura tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales como en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

En el presente trabajo pondremos de relieve la problemática producida por el indiscriminado uso de los *arrepentidos* en el proceso penal. Problemática que se presenta agravada, como decíamos, por la falta de regulación de la también conocida como *prueba cómplice* a los efectos de que pueda resultar suficiente y eficaz para vulnerar, entre otros, el derecho fundamental a la presunción de inocencia y soportar, en consecuencia, una sentencia condenatoria.

II. LA REGULACIÓN DE LA FIGURA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

En la experiencia española, encontramos que la cuestionada figura colaborativa se encuentra prevista para los supuestos de delitos contra la salud pública, en el artículo 376, primer párrafo, del Código Penal español de 1995⁵ y, como ha sido costumbre en el país ibérico, también para los delitos de terrorismo, en el artículo 579, apartado 3o., del mismo ordenamiento penal español.⁶

⁵ Artículo 376. “En los delitos previstos en los artículos 368 al 372, los jueces o tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la 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 abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, y se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado y haya colaborado activamente con éstas, bien para impedir la producción del delito, 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 asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”.

⁶ Artículo 579.3. “En los delitos previstos en esta sección (delitos de terrorismo), los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado”.

Los antecedentes inmediatos de la regulación española fueron el artículo 57 bis b) del anterior Código penal español,⁷ que implicó la confirmación de la tendencia favoritista hacia el *arrepentido colaborador de la justicia*. Dicho artículo establecía la posibilidad de atenuación de la pena para el miembro de una organización terrorista que: a) hubiese abandonado voluntariamente las actividades delictivas y se hubiera presentado ante las autoridades confesando los hechos en que hubiese intervenido; o, b) por virtud del abandono de la vinculación criminal, hubiese 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.⁸

Actualmente, la redacción del artículo 579, apartado 3o., del Código Penal español de 1995 reúne, en los mismos términos, los requisitos del artículo 568 del Proyecto de Código penal de 1994, a los efectos de la obtención, a criterio del Tribunal, de una rebaja de la pena hasta en dos grados por colaboración con la autoridad en los delitos de terrorismo.⁹

Por su parte, la redacción del artículo 376, introducido novedosamente en el Código Penal de 1995, aparece en los mismos términos que el artículo 579.3, sólo que, en este caso, se hace referencia a los delitos relacionados con actividades de tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

⁷ Véase García España, E., *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa*, Granada, 2006, pp. 57 y ss.

⁸ En opinión de Mestre Delgado este sistema “se fundamenta en consideraciones de política criminal antiterrorista, que han sobrevalorado el principio de oportunidad sobre los criterios de legalidad. Primordialmente, la motivación de esta normativa radica en los propósitos de evitar la comisión futura de hechos delictivos por las organizaciones terroristas; de lograr un amplio auxilio a la administración de justicia en el descubrimiento y castigo de los responsables de los delitos ya cometidos; así como de favorecer el regreso a la convivencia civil de aquellas personas que, integradas en esas organizaciones delictivas, quieran abandonar esa actividad criminal”. Mestre Delgado, E., *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 226.

⁹ El tema es tan amplio como profundamente tratado por Benítez Ortúzar, I. F., *El colaborador con la Justicia*, Madrid, 2004, pp. 116 y ss. Véase igualmente Ochoa Romero, R. A., *Justicia penal y colaboración con la autoridad*, cit., pp. 213-223.

LA NEGOCIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Por su parte, el artículo 427 del mismo Código Penal español de 1995, consagra un supuesto premial distinto, evidentemente, al de las hipótesis atenuatorias contenidas en los artículos 376 y 579.3 del actualmente vigente Código Penal español. Dicha hipótesis es distinta, fundamentalmente, por cuanto aquella sí que es capaz de eximir de pena al particular que, denunciando el delito de cohecho, permite la persecución de la autoridad o funcionario que le ha requerido para la entrega de alguna dádiva o presente.¹⁰

En España se ha observado un gran avance por lo que respecta a la valoración de la declaración del coimputado arrepentido a efectos probatorios y es que, como decíamos, es en sede procesal donde la figura está vocacionalmente llamada a operar. Así, bajo la nueva tendencia jurisprudencial española se requiere de la existencia de un elemento de corroboración mínima para que dicha declaración pueda operar como prueba plena.¹¹ Anteriormente, esto es, hasta antes del viraje en la corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo español en 1997, la conocida también como *llamada de correo*, sí era considerada suficiente para soportar una sentencia condenatoria y por ende para enervar, *per se*, el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Posición que, desde luego, resultaba insostenible.

III. LA REGULACIÓN DE LA FIGURA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ITALIANA

El antecedente más importante de toda legislación en materia de arrepentimiento colaboracionista lo encontramos en Italia, país en el que desde varios años atrás se ha venido creando una eficiente legislación penal y procesal penal que ha sido pionera en

¹⁰ La excusa absolutoria prevista en el artículo 427 del Código Penal español de 1995 es tratada a profundidad por García España, E., *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa*, cit., pp. 109 y ss.

¹¹ Véase sobre la evolución de dicha valoración probatoria Quintanar Díez, M., “La moderna jurisprudencia constitucional en relación con el valor probatorio de las declaraciones inculpativas de los “arrepentidos”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 80, 2003.

la regulación de la figura de *colaboración con la autoridad*,¹² sobre todo, a partir de la denominada *Legislación de la Emergencia*, que surge en Italia en 1974 a propósito del combate al terrorismo difuso o de masa, especialmente de las conocidas como *Brigadas Rojas*, y que se extiende prácticamente hasta nuestros días.¹³

Efectivamente, mediante dicha legislación de excepción se introdujo el uso de los *arrepentidos* en el proceso penal, especialmente en causas dirigidas contra terroristas, aunque posteriormente se ampliara a aquellos procesos enderezados contra miembros de organizaciones de tipo mafioso y, más adelante, en aquellas causas instruidas por delitos contra la pública administración.

1. *Las tres fases de la emergencia*

Los principales rasgos de la primera fase de la emergencia pueden ser sintetizados en la ineficacia en el ámbito del terrorismo y de la criminalidad organizada, de las leyes excepcionales dictadas en Italia, y en la existencia de fuerte colisión de las disposiciones contenidas en las mismas con los principios y derechos que la Constitución italiana consagraba en materia penal, así como con las garantías propias del derecho y proceso penal ordinario.¹⁴ Su balance, por tanto, no podría ser positivo.

¹² Véase especialmente Sassano, F., *La nuova disciplina sulla collaborazione di giustizia*, Turín, 2002, pp. 3 y ss.

¹³ Cfr. especialmente Ferrajoli, L., “Emergenza penale e crisi della giurisdizione”, en *Dei Delitti e delle pene*, 1984, p. 271 y ss.; Ferrajoli, L., “Ravvedimento processuale e inquisizione penale”, en *Questione Giustizia*, 1982, p. 209; Padovani, T., “La soave Inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1981, pp. 529 y ss; Nuvolone, P., “Politica criminale e pentimento del reo”, en *L’Indice Penale*, 1982, pp. 143 y ss; Palazzo, F. C., *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, pp. 190 y ss; Pazienza, F., “La legislazione per l’emergenza”, en *L’Inice Penale*, 1982, pp. 51 y ss; Pelazza, G., “La politica delle emergenze, legislazione speciale, processi politici, espansione del carcerario”, en *Dei Delitti e delle pene*, 1985, pp. 149 y ss; Spagnolo, G., “Il riconoscimento della propria responsabilità nel diritto vigente e nelle prospettive di riforma”, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1980, p. 35.

¹⁴ Cfr. Ferrajoli, L., “Emergenza penale...”, cit., p. 278; Pelazza, G., “La política delle emergenze...”, cit., p. 150; Pazienza, F., “La legislazione per l’emergenza”, cit., pp. 53 y ss; Neppi Madona, G., “A quando la riforma dell’ordinamento penale? Terrorismo:

LA NEGOCIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

En la segunda fase¹⁵ se adoptó el término *emergencia penal* porque no sólo la legislación, sino también la práctica judicial, se ven afectadas por el cáncer de la excepcionalidad y, lo que era más grave, por la sistemática contraposición con principios y derechos constitucionales tradicionales.

Es en esta fase en la que la magistratura asume la iniciativa en la lucha contra el terrorismo y hacia la cual se dirigen la atención y el apoyo de la mayor parte de las fuerzas políticas.¹⁶

Uno de los rasgos fundamentales de esta segunda fase lo fue el *gigantismo procesal*, con la correspondiente apertura de megainvestigaciones contra centenares de imputados, a quienes se les multiplicaban los delitos adeudados y se les hacía sufrir una ampliación desmesurada de los procesos.

Evidentemente, con la introducción de la atormentada figura del *arrepentido* colaborador de la justicia, se produjo la distorsión y, en definitiva, la caída de toda una serie de instituciones de no escasa importancia, recogidas como derechos fundamentales en la Constitución italiana. Entre ellos, podemos distinguir el derecho al silencio, el derecho a la presunción de inocencia, el principio de tercioedad en la posición del juez, el principio de legalidad penal o el principio de igualdad.

La tercera fase de la *emergencia*, situada entre el año 1988 y nuestros días,¹⁷ implicó la ampliación de la cultura del *pentitismo* a sectores distintos al del terrorismo, como son el caso de la mafia o de los delitos relacionados con el narcotráfico.

le tre logiche del 625”, en *Il Ponte*, 1980, pp. 184 y ss; Bernardi, A., “Dissociazione e collaborazione nei delitti con finalità di terrorismo”, en *Questione Giustizia*, 1982, pp. 3 y ss; Padovani, T., “La soave inquisizione...”, cit., pp. 539 y ss; Pulitano, D., “Misure antiterrorismo. Un primo bilancio”, en *Democrazia e Diritto*, 1981, pp. 78 y ss.

¹⁵ Puede ser situada entre los años 1979 y 1987.

¹⁶ Véase Ferrajoli, L., “Emergenza penale...”, cit., pp. 280 y ss.

¹⁷ Cfr. Pavarini, M., “Per aprire un dibattito su criminalità organizzata e legislazione di emergenza”, en *Dei delitti e delle pene*, 1992, pp. 31 y ss; Stortoni, L., “Criminalità organizzata e legislazione di emergenza”, en *Dei delitti e delle pene*, 1992, pp. 39 y ss; Gamberini, A., “Emergenza, legislazione speciale e riforma penale”, en *Dei delitti e delle pene*, 1992, pp. 53 y ss; Rinaldi, S., “Un dibattito sulla risposta istituzionale alla criminalità organizzata”, en *Dei delitti e delle pene*, 1992, pp. 57 y ss; Guazzaloca, B., “Differenziazione esecutiva e legislazione d’emergenza in materia penitenziaria”, en *Dei delitti e delle pene*, 1992, pp. 123 y ss.

En relación con la tercera fase de la emergencia penal, cabe destacar la Ley de 29 de mayo de 1982, núm. 304, conocida como *Ley sobre arrepentidos y disociados*. El artículo 1o. de dicha ley preveía una causa de no punibilidad para el responsable de los delitos de asociación subversiva, asociación con finalidad de terrorismo o de eversión del orden democrático, conspiración política mediante acuerdo o asociación, y banda armada, si el culpable disolvía o determinaba la disolución de la asociación o de la banda, o, desistía del acuerdo, se retiraba de la asociación o de la banda, se entregaba sin oponer resistencia, o abandonando las armas, proporcionaba información sobre la estructura y sobre la organización de la asociación o banda.

De esta forma, el legislador italiano disponía una causa de no punibilidad operable en aquellos casos en que, además de haberse observado un comportamiento disociativo manifestado en hechos, se llevaba a cabo una cierta colaboración del sujeto con la autoridad del Estado.

Más adelante, la Ley de 26 de junio de 1990, núm. 162, introdujo la conocida figura del arrepentimiento –llamado colaborativo o procesal–, en materia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, modificando la precedente normativa emanada de la Ley de 27 de diciembre de 1975, núm. 685.

En cuanto a la regulación de la colaboración con la autoridad en los delitos relacionados con actividades mafiosas, cabe mencionar el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1991, núm. 152, que en su artículo 8o. introduce en el ámbito de los delitos de mafia, la figura del colaborador con la autoridad, o *arrepentido de mafia*, premiado también con una *superatenuación* de las penas.¹⁸

Es importante mencionar que la regulación de la figura del colaborador de la justicia en materia de delitos mafiosos, no se presentó sino hasta la tercera fase de la emergencia, fundamentalmente en razón de que, durante la primera fase, el Estado italiano se encontraba volcado sobre el combate al terrorismo aparecido

¹⁸ Véase sobre esta disposición en concreto Nanula, G., *La lotta alla mafia*, Milán, 1992, pp. 118-122; Nanula, G., *La lotta alla mafia, aggiornamento con la legge 7 agosto 1992*, núm. 356, Milán, 1992, pp. 4-5.

LA NEGOCIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

en la década de los años setenta, lo que naturalmente facilitó el crecimiento del fenómeno mafioso.¹⁹ En efecto, los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado italiano, se dedicaron a dicho combate olvidando o marginando el ataque a la mafia.²⁰

IV. LA REGULACIÓN DE LA FIGURA EN LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

En nuestro país, a partir de la entrada en vigor de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se establecieron en México un conjunto de normas sustantivas y procesales, completadas con otras de carácter reglamentario, que operan, sin ninguna duda, como una especie de derecho penal paralelo al ya existente,²¹ y que contempla hipótesis claras de colaboración con la autoridad.

En la mencionada Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se prevé la figura del *arrepentido colaborador de la justicia* aplicable en aquellos casos que la propia ley establece como de delincuencia organizada. Tales supuestos conforman un catálogo de delitos de especial gravedad entre los que destacan el terrorismo, el tráfico de drogas, el tráfico de armas y la trata de personas, entre otros muchos.

¹⁹ Sobre el fenómeno mafioso véase especialmente Gambetta, D., *La mafia siciliana. Un'industria della protezione privata*, Turín, 1992, pp. 41 y ss.

²⁰ La razón que al respecto esgrime Padovani es que, a pesar de los grandes episodios sangrientos rubricados por la mafia en los años setenta, “un manto de silencio cae rápidamente sobre el fenómeno mafioso: los años setenta son los del terrorismo. Todos los magistrados, o casi todos, lo más selecto de las fuerzas del orden, están comprometidos en la lucha contra las Brigadas Rojas y otras organizaciones terroristas. Pocas son las personas que se interesan por la mafia. Y es entonces cuando se produce el despegue del tráfico de estupefacientes y cuando la mafia se convierte en la poderosa organización criminal que es actualmente. En aquella época se cometió un grave error, precisamente cuando se habían reunido todas las condiciones necesarias para su comprender y combatir”. Padovani, M., *Mafia*, Barcelona, 1992, pp. 129 y 130.

²¹ En la opinión de Colín Sánchez este régimen representa “un conjunto de normas sustantivas y adjetivas, complementadas con otras de orden reglamentario, todo lo cual acusa carencia de técnica jurídica, pérdida de tiempo y sobre todo un nuevo derecho penal que funcionará en forma paralela al ya existente”. Colín Sánchez, G., *Derecho mexicano de procedimientos penales*, México, 2003, p. 836.

Tales supuestos colaboracionistas se encuentran señalados, por una parte, en el artículo 35 de la citada Ley Federal y por otra en el artículo 36 del mismo cuerpo legal. En estos supuestos se estipulan puntuales beneficios procedimentales y penitenciarios, dirigidos a aquellos miembros de la delincuencia organizada que colaboren con la autoridad a efectos de identificar y capturar a otros miembros de la organización criminal de mayor o idéntica jerarquía que el colaborador.

En efecto, si un miembro del crimen organizado presta ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada, podrá recibir alguno o algunos de los beneficios señalados en el artículo 35 de la mencionada Ley federal en materia de crimen organizado, según se trate del momento procedimental en que se presente la actividad colaboracionista.

Esta Ley federal –al igual que un buen número de instituciones de novedosa manufactura en ella contenidas–, representa una indudable muestra de la preocupación imperante en el país para reducir, a su mínima potencia, el fenómeno delictivo más dañino de toda la República; sin embargo, también hace evidente, como avanzamos *ut supra*, la incapacidad del sistema penal ordinario para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad con tintes empresariales.

En este orden de ideas es importante subrayar, que para combatir a la delincuencia de tipo organizativo no son suficientes notables reformas u ostentosas adecuaciones legales. Hace falta que las disposiciones normativas encaminadas a dicho fin, sean eficaces o, cuando menos, medianamente útiles para combatir este tipo de delitos. Pero su eficacia, sin embargo, no depende sólo de la cantidad de personas que aparentemente puedan ser detenidas o procesadas a la luz de tales disposiciones (como en el caso de los maxiprocesos italianos) depende, sobre todo, de que su aplicación no colisione con los principios fundamentales del proceso penal moderno, ni conculque cualquiera de las garantías fundamentales que en materia penal se encuentran establecidas en la Constitución general de la República.

LA NEGOCIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

En este sentido, la controversial figura colaborativa –aunque prevista en la multicitada Ley especial–, se encuentra totalmente huérfana en cuanto a su operatividad.

No ha sido estudiado ni calculado el valor probatorio de la declaración del colaborador, sobre todo porque dicha colaboración se traduce, efectivamente, en una declaración de coimputado que adquiere el *status* de colaborador. Tampoco resulta suficiente que el Poder Judicial de la Federación se pronuncie sobre el valor probatorio que posee una declaración de coimputado,²² si no se analiza, jamás, el elemento subjetivo condicionante que supone aquella suerte de coacción “premier”, pues no reviste, evidentemente, el mismo valor probatorio la declaración de un simple coimputado, que la declaración de un *coimputado colaborador de la justicia* que, por definición, posee un claro interés en cooperar.

Sin embargo, y aunque en ambos casos las manifestaciones inculpatorias provengan de un individuo con clarísimo interés en el proceso, se debe distinguir –sobre todo desde el punto de vista procesal penal–, entre el individuo que declara en contra de otro u otros coimputados, esto es, *coimputación en sentido estricto* o en *sentido amplio* según sea el caso,²³ de aquel que presta declaración como consecuencia del ofrecimiento de un beneficio procesal penal legalmente consagrado: *coimputado colaborador de*

²² El Poder Judicial de la Federación ha reconocido en jurisprudencia firme que “el dicho del coacusado, cuando no pretende eludir su responsabilidad, sino que admitiéndola, hace cargos a otro acusado, hace fe como indicio”. Entre otras: Quinta Época, Primera Sala, Apéndice de 1995, t. II, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 74, p. 42; Octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, Apéndice de 1995, t. II, Tesis 456, p. 269; y, Octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, Apéndice de 1995, t. II, Tesis 457, p. 269.

²³ La distinción vendría dada a propósito de la imputación a un compañero de proceso (*coimputación en sentido estricto*) y de la imputación a un compañero de delito pero no de proceso (*coimputación en sentido amplio*). La distinción permite, a nuestro juicio, determinar la potencialidad probatoria de los elementos inculpativos; en el primer caso nos encontramos ante elementos de prueba indiciarios y, en el segundo de ellos, ante una *notitia criminis*. Véase sobre tales categorías, Florian, E., *De las pruebas penales*, t. II, “De la prueba en particular”, versión castellana de Jorge Guerrero, Bogotá, 1982, pp. 129-132.

la justicia; y es en este último caso en el que el juzgador debe conducirse con el más profundo sigilo.²⁴

Pues bien, según se desprende del texto de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, si un miembro del crimen organizado presta ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada, podrá recibir alguno o algunos de los beneficios señalados en el artículo 35 de la mencionada Ley federal, según se trate del momento procedimental en que se realice la actividad colaboracionista. Tales beneficios por colaboración con la justicia, de acuerdo con el texto del citado artículo 35, pueden comprender:

- I. En el supuesto de que no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la indagatoria iniciada por su colaboración no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona.
- II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos podrá ser reducida hasta en dos terceras partes.
- III. Si durante el proceso penal el indiciado aporta pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena correspondiente a los delitos por los que se juzga podrá reducirse hasta en una mitad.
- IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otor-

²⁴ En Italia se han presentado no pocos casos en los que los grupos mafiosos han utilizado falsos arrepentidos para lograr desviar las investigaciones policiales.

LA NEGOCIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

gársele la remisión parcial de la pena, hasta dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta.

Por supuesto que en la imposición de las penas, así como de los beneficios que se señalan en el mencionado artículo, el órgano jurisdiccional deberá sujetarse a lo dispuesto por los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, así como atender a la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador.²⁵

1. *El beneficio previsto en la fracción I del artículo 35*

La fracción I del artículo 35 citado constituye, en pocas palabras, una patente de impunidad. Representa la posibilidad con que cuenta el delincuente colaborador para *negociar* abiertamente con la autoridad investigadora. Negociación mediante la cual obtiene una total impunidad por el solo hecho de *relatar* a la autoridad todo aquello que sepa en relación con un delito en materia de delincuencia organizada y, sobre todo, de sus responsables. En consecuencia, apreciamos que en esta fracción se consagra una figura muy próxima a la del “informante” del sistema jurídico anglosajón.

La mencionada figura del “informante” del sistema jurídico anglosajón, al igual que la hipótesis contenida en la fracción I del artículo 35 de la ley mexicana sobre delincuencia organizada, se encuentra fundamentada en uno de los principales pilares de dicho sistema cual es el *principio de oportunidad*, y “por cuya virtud los titulares del ejercicio de la acción penal están autorizados a

²⁵ De la lectura del artículo 52 del Código Penal Federal, vemos que es precisamente la fracción VI de éste la que parece dar soporte a lo dispuesto en el citado artículo 35 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Y decimos que es este artículo el que parece dar mayor soporte a las hipótesis contenidas en el artículo 35 señalado, en razón de que los beneficios contemplados para los colaboradores de la justicia, contemplan solamente parámetros máximos de reducción de penas, con lo que será finalmente el juzgador quien, teniendo en cuenta las normas de individualización de la pena establecidas en el citado numeral –sobre todo la relativa al comportamiento postdelictivo–, fijará la que corresponda al colaborador en función de beneficio obtenido.

no ejercitarla e, incluso, a retirar la acción ya emprendida pese a la existencia de un hecho que pudiera ser constitutivo de delito y de un sujeto que apareciera como probable responsable del mismo”.²⁶ En este caso, aun cuando tal figura no se encuentra prevista en nuestra legislación penal, la fracción I del artículo 35 permite alcanzar los mismos beneficios.

En esta fracción, en virtud de que no se precisa ningún elemento cronológico que pudiera limitar la operatividad del beneficio, vemos que la actividad colaboracionista podría tener lugar, bien en el momento en que el potencial colaborador fuese detenido en flagrancia por la comisión de alguno de los delitos que señala el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, bien cuando se presentase voluntariamente ante la Representación Social de la Federación, o cuando fuese detenido por virtud de una orden ministerial emitida en caso urgente. Reiteramos, la detención o presentación del inculpado tendrá que llevarse a cabo con motivo de la comisión de alguno o algunos de los delitos que señala la Ley federal de la materia, pues de lo contrario no serían de aplicación ninguna de sus disposiciones.

La principal pregunta en torno a la hipótesis de la fracción I del artículo 35, sería: ¿qué sucede con la persecución y posterior sanción del delito por razón del cual hubiera sido detenido o se hubiere presentado ante la autoridad el potencial colaborador? La solución en este caso no parece sencilla. En nuestra opinión, el procedimiento penal que se inicie con motivo de su detención o presentación, deberá continuar hasta sus últimas consecuencias, pues de la lectura de la fracción I del artículo 35 que ahora se comenta, se desprende que la patente de impunidad está llamada a operar sobre un delito distinto o sobre las circunstancias de

²⁶ Cuerda Arnau, M. L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 132. En el mismo orden señala Borja Jiménez que el principio de oportunidad “puede ser eficaz en la lucha contra la delincuencia organizada, pues a cambio de la renuncia a la solicitud de procesamiento del sospechoso, se puede obtener su colaboración para perseguir a otros sospechosos de mayor relevancia, para evitar futuros delitos o para dismantelar la correspondiente organización criminal”. Borja Jiménez, E., *Curso de política criminal*, Valencia, 2003, p. 102.

LA NEGOCIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

un delito distinto a aquel por el cual hubiere sido detenido o se hubiere presentado el inculpado.

En este primer supuesto, la actividad colaboracionista consiste en aportar elementos de prueba o coadyuvar al inicio de una averiguación previa. Por su parte, el beneficio consiste en no tener en cuenta tales elementos de prueba, o aquellos derivados de la averiguación previa iniciada con motivo de la actividad colaboracionista, en contra del colaborador.

La consecuencia benéfica contemplada en segundo lugar nos queda clara. Sin embargo, se muestra como innecesario el primer supuesto de la fracción comentada, toda vez que resultaría ilógico que un sujeto que se presta para colaborar, se autoinculpe por virtud de su propia colaboración, proporcionando al Ministerio Público, voluntariamente, elementos de prueba desfavorables para su eventual defensa.

Está claro que la información que aporte el colaborador, no puede ser considerada en su contra. Distinto es que se diga que los elementos de prueba que arroje la averiguación previa iniciada por la colaboración, no se tendrán en cuenta en su contra. Por lo tanto, creemos que la disposición comentada debería quedar reducida al beneficio consistente en no considerar como elementos de cargo en contra del *arrepentido*, la información obtenida como consecuencia de su colaboración.

Por otro lado, la disposición que se comenta no señala cuál es el objeto o cuáles debieran ser las consecuencias objetivas de la colaboración; sin embargo, de una interpretación teleológica de la disposición, desprendemos que los elementos de prueba que aporte el colaborador deberán ser útiles sólo para el inicio de una averiguación previa; aunque en la práctica la autoridad ministerial les pueda dar un uso distinto.

2. El beneficio previsto en la fracción II del artículo 35

Por lo que respecta a la fracción II del mismo artículo 35 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, podemos decir, en principio, que su pésima redacción la podría hacer colisionar

frontalmente con lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución general de la República.

La citada fracción II conduce a pensar, inexorablemente, en que la colaboración con la autoridad se lleve a cabo durante el procedimiento penal de averiguación previa; sin embargo, está claro que el beneficio previsto (reducción de la pena) está encaminado a operar, naturalmente, en fase judicial. Por lo tanto, no nos queda claro cómo es que la actividad de colaboración, en este caso consistente en la aportación de indicios que permitan la *consignación* de otros miembros de la delincuencia organizada, y que serán valorados a tales efectos, por el propio Ministerio Público, puede repercutir en una rebaja de la pena en una sede procesal en la cual no se está actuando todavía, esto es, en fase judicial.

En otras palabras, resultaría inadmisibles que el Ministerio Público de la Federación, que no tiene entre sus funciones la de fijar las penas por los delitos que investigue, sino sólo dilucidar si unos determinados hechos pueden ser constitutivos de delito y, por otro lado, si se encuentra acreditada la probable responsabilidad del indiciado, se inmiscuya en una labor que corresponde a la autoridad jurisdiccional por mandato constitucional y, más aún, pudiera tener cierta injerencia en la fijación del *quantum* de pena.

En consecuencia, esta posibilidad de otorgamiento del beneficio de reducción de la pena, parecería inaplicable.

No obstante, si se analizan las disposiciones que rigen la etapa procesal de conclusiones en el Código Federal de Procedimientos Penales, encontramos que el propio Ministerio Público debe hacer del conocimiento del juez las circunstancias que deberá este último tener en cuenta para la aplicación de la pena, según se desprende de los artículos 292 y 293 del Código Federal de Procedimientos Penales, lo que finalmente permitiría, en apariencia, la aplicación del beneficio.

Evidentemente el Ministerio Público no es la institución encargada de fijar las penas. Sin embargo, en fase de conclusiones el Ministerio Público debe aportar al juez de la causa todos aquellos datos que se deba tener en cuenta para la individualización de la pena, máxime cuando sucede, como en este caso, que es sólo el

Ministerio Público quien tiene conocimiento de la circunstancia atenuatoria, y más aún, cuando ha sido la misma institución ministerial la que ha llevado a cabo la valoración y determinado los alcances de la misma.

Finalmente, queda mencionar que la problemática suscitada por la fracción que ahora se comenta, se podría evitar señalando que el beneficio debe operar en la propia sede en la que se presta la colaboración, debiendo contemplarse las ventajas que pueda otorgar la propia autoridad que directamente lleva a cabo la valoración de la información. En el supuesto que ahora se estudia, la autoridad que evalúa la capacidad de los indicios para *consignar* a otra u otras personas, no otorga el beneficio, sino que, solamente, da a conocer las circunstancias que deberá considerar la autoridad que, finalmente, *podrá otorgar o no* el beneficio, lo que le permite al Ministerio Público un amplio margen de discrecionalidad en su solicitud.

Por último queda señalar que el beneficio en este supuesto de colaboración, es aplicable al delito o delitos materia de la averiguación previa dentro de la cual el colaborador se encuentra involucrado y en la cual éste aporta los indicios.

3. El beneficio previsto en la fracción III del artículo 35

De entre los supuestos de colaboración con la autoridad que han sido expuestos, nos parece que el único que se encuentra medianamente bien estructurado –sin que ello precise que se comparta la disposición o que se consideren anuladas sus serias implicaciones en sede procesal–, es el contenido en la fracción III del mismo artículo 35 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Esto es así puesto que es el órgano jurisdiccional y solamente él, quien está facultado, por mandato constitucional, para imponer las penas de forma exclusivísima. En consecuencia, si es el órgano jurisdiccional el que deberá evaluar la calidad de las pruebas aportadas por el colaborador, podrá él mismo, de manera legítima, optar por la concesión del beneficio de reducción de la pena.

No obstante la mejor redacción de la fracción que se comenta, la operatividad de esta circunstancia atenuante específica no se encuentra exenta de sinsabores.

En efecto, se menciona en la citada fracción que el colaborador de la justicia deberá aportar *pruebas ciertas*, suficientes para *sentenciar* a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión.

Así, la primera condición que aparece como requisito *sine qua non* para la actualización de la presente circunstancia atenuante, es que las *pruebas* que aporte el indiciado deberán ser *suficientes* para *sentenciar* a otros delincuentes; además, debe tratarse de pruebas *ciertas*. Tal condición obliga a pensar en que los elementos de prueba que aporte el *arrepentido*, deberán tener relación directa con otros delincuentes que se encuentren, necesariamente, sujetos a un proceso penal. En este sentido, y en virtud de que la fracción que ahora se estudia no señala nada expresamente, entendemos que la actividad colaboracionista podrá cristalizar en la sentencia de un compañero de proceso o en la de una persona distinta al mismo, pero que también se encuentre sujeta a un proceso penal.

La problemática que provoca la presente hipótesis, gira en torno a la valoración de las pruebas que aporte el colaborador, es decir, en torno a la calificación de tales pruebas como *ciertas* y *suficientes*. Sobre ello cabe decir que, en función de que en este caso la colaboración *debe permitir la sentencia* de otro u otros delincuentes, entendemos que las pruebas que aporte el inculcado deberán tener relación directísima con los elementos que conforman la responsabilidad del acusado y que, en sintonía con la acusación ministerial, permitirán al órgano jurisdiccional dictar resolución condenatoria en contra del nuevo acusado. En estos casos, el encausado colaborador se convierte, indebidamente, en una especie de coadyuvante del Ministerio Público, o de *cooperador oficial*, que opera totalmente al margen de la ley.

Finalmente, queda decir que la circunstancia atenuante en estos casos, siguiendo la redacción de la fracción III del artículo 35 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, comprenderá todos los delitos por los cuales se le esté juzgando al colaborador, lo que la convierte en un superpremio a la colaboración.

4. *El beneficio previsto en la fracción IV del artículo 35*

Por su parte, la fracción IV del artículo 35 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, supone la posibilidad de colaboración con la autoridad para el delincuente sentenciado, de manera similar a como lo establece la Ley Orgánica General Penitenciaria española en su artículo 72 para la obtención del tercer grado de tratamiento penitenciario.²⁷

En efecto, en esta disposición se prevé un beneficio consistente en la remisión parcial de la pena hasta en dos terceras partes, para el delincuente que, encontrándose en fase de ejecución de sentencia, colabore con la autoridad aportando *pruebas ciertas* que puedan ser suficientemente valoradas por el órgano jurisdiccional para *sentenciar* a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión.

Se establece así otro mecanismo de negociación entre el colaborador y la autoridad; mecanismo mediante el cual el colaborador consigue una más pronta liberación a cambio de una derrama de información que sea suficiente para *sentenciar* a otros miembros de la delincuencia organizada.

En estos supuestos, la información que aporte el colaborador deberá facilitar la obtención de una sentencia en contra del nuevo procesado –se entiende condenatoria por supuesto–, para efectos de que se actualice el presente supuesto premial; cuando menos, los elementos de prueba que aporte el colaborador, deberán ser suficientes para que el juez que los valore pueda declarar cerrada la instrucción.

En estos casos, la autoridad competente deberá valorar la gravedad de los ilícitos cometidos por dicho colaborador y las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.

²⁷ Véase Ochoa Romero, R. A., *Justicia penal y colaboración con la autoridad*, cit., pp. 272 y ss.

5. *Una circunstancia atenuante específica de colaboración con la autoridad prevista en el artículo 36*

El artículo 36 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que por cierto goza de una mejor redacción, consagra una circunstancia atenuante específica dirigida a aquellos potenciales colaboradores de la justicia que puedan suministrar información que, previa corroboración, conduzca a la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada. El mencionado artículo 36 señala:

“En el caso de que existan pruebas distintas a la autoinculpación en contra de quien colabore con el Ministerio Público de la Federación, a solicitud de éste se le podrán reducir las penas que le corresponderían hasta en tres quintas partes, siempre y cuando, a criterio del juez, la información que suministre se encuentre corroborada por otros indicios de prueba y sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador”.

En este supuesto encontramos una circunstancia atenuante específica que opera bajo ciertos esquemas de colaboración, y que supone la reducción de hasta tres quintas partes de la pena que le correspondería al colaborador por el delito cometido, en el supuesto de que éste aporte datos que, *previa corroboración*, conduzcan a la *detención y procesamiento* de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que él.²⁸

²⁸ La importancia de la colaboración como condicionante para la obtención del beneficio, se mide en este supuesto en función de la relevancia que la información aportada pueda tener de cara a la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía. Por ello, nos parece por demás correcto que se exija a tales efectos que la información se encuentre debidamente corroborada; sobre todo, porque lo contrario implicaría otorgar un valor desmesurado a la sola declaración del coimputado, permitiendo que tal información colmara, por sí sola, los extremos de la probable responsabilidad y el cuerpo del delito, pudiendo ser utilizada como elemento probatorio único para detener y procesar a otros individuos. Ello implicaría una flagrante violación de la práctica totalidad de garantías que en materia penal consagra la Constitución de la República.

LA NEGOCIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

En primer lugar, debemos mencionar que el mencionado beneficio deberá ser solicitado por el Ministerio Público de la Federación, y operará siempre y cuando, a criterio del órgano jurisdiccional, la información aportada se encuentre debidamente corroborada²⁹ por otros elementos probatorios, y sea relevante *para la detención y procesamiento* de otros delincuentes que deberán ser, necesariamente, de mayor peligrosidad o jerarquía que el *arrepentido*. Nótese el evidente rompimiento del triángulo procesal.

Por otro lado, la comentada figura supone un claro beneficio para el delincuente de mayor envergadura. Así, para que el cooperador pueda, efectivamente, prestar eficaz ayuda a los órganos de administración de justicia, aportando elementos de *particular importancia* para la investigación –en este caso para la detención y procesamiento de otros delincuentes de mayor peligrosidad o jerarquía–, deberá tratarse, sin duda, de alguno de los principales dirigentes³⁰ o “jefes” de alguna organización

²⁹ En cuanto al elemento de corroboración, existen diversas tesis que lo sostienen y con las que estamos, como se ha dicho *ut supra*, indudablemente de acuerdo. Por ejemplo, la tesis del Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIV, julio de 1994, p. 492, que a la letra reza: “El artículo 19 constitucional exige que los elementos que arroja la averiguación previa sean bastantes para demostrar la corporeidad del delito de que se trate y la presunta responsabilidad del inculpado; de modo que la simple declaración del coincepado en la que le hace imputaciones en relación a su participación en la comisión de una conducta delictiva, no constituye la pluralidad de datos a que se refiere el precepto constitucional referido y, por tanto, la misma es insuficiente para tener por demostrado tanto el cuerpo del delito como la probable responsabilidad del peticionario del amparo, en su comisión, por lo que en todo caso la citada declaración del coincepado debe ser robustecida con otros indicios o medios de prueba”. Véase en este mismo sentido la Tesis del Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, en *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII, mayo de 1994, p. 410.

³⁰ En este sentido señala Terradillos Basoco que en el caso de España “las numerosas objeciones críticas no han sido suficientemente convincentes para un legislador que insiste en mantener un proceso inquisitivo, en el que la defensa se transforma en asistencia de la acusación y cuyo objetivo natural –la búsqueda de la verdad forense– se sustituye por la averiguación de la actitud subjetiva del acusado. Así, quien más se beneficia es quien más sabe, y se corre el riesgo, particularmente grave en el contexto español, de que sea la propia ley quien estimule un comportamiento policial orientado primordialmente a obtener la delación”. Terradillos Basoco, J., *Terrorismo y derecho. Comentario a las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1988, p. 80. En el mismo sentido, Campo

criminal, pues serán sólo ellos los que posean, en régimen de privilegio,³¹ datos potencialmente relevantes para una ulterior investigación y proceso.³²

6. Operatividad de la figura

La mencionada circunstancia atenuante sólo podrá actualizarse en sede procesal, primeramente porque es el Ministerio Público de la Federación quien debe solicitar al juez la aplicación del

Moreno, J. C., *El arrepentimiento postdelictual*, Valencia, 1995, p. 72; Mestre Delgado, E., *Delincuencia terrorista...*, cit., p. 230; Muñoz Conde, F., “Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada”, en *La criminalidad organizada ante la justicia*, dirigido por Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, Sevilla, 1996, p. 152.

³¹ En la opinión de Bueno Arus, “estas medidas de derecho penal premial pueden ser defendidas desde un punto de vista de política criminal, o, más bien, de política *tout court*, descaradamente utilitarista, o pueden ser criticadas desde la perspectiva de la moral social, que padece con el fomento de actividades socialmente repudiadas como lo es la delación de los compañeros, o aun desde la perspectiva de la justicia y del principio de igualdad, puesto que la política de premiar al delincuente que sea útil beneficiará más a los cabecillas de las bandas, que tendrán más datos que ofrecer y más responsabilidades que hacerse perdonar, y menos a los simples asociados, que de ordinario carecerán de información interesante que “vender” a las autoridades estatales”. Bueno Arus, F., “Medidas jurídicas eficaces para reprimir la delincuencia organizada y las actividades terroristas”, en *Revista Jurídica Española La Ley*, 1990, núm. 1, p. 966.

³² En efecto, como bien señala Vercher Noguera, la colaboración con la autoridad constituye “un sistema arbitrario puesto que mayores ventajas se conceden a aquellos terroristas que pueden proporcionar más información y de mejor calidad. Esto pone en una situación especialmente privilegiada a los dirigentes y líderes de las organizaciones terroristas que están, obviamente, en mejores condiciones de proporcionar información que el simple terrorista de a pie, aun a pesar de que el líder o dirigente, por su actividad organizadora y de dirección, puede tener una mayor responsabilidad que un simple miembro de la organización”. Vercher Noguera, A., *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco*, Barcelona, 1991, pp. 367 y 368. En el mismo sentido señalan Cobo del Rosal y Quintanar Díez que esta figura “se perfila en realidad como una suerte de *instrumento utilitarista* al servicio de la autoridad investigadora o instructora que se ofrece como “medio de pago”, ya no de una confesión *stricto sensu* (autoinculpación), sino de una declaración delatoria que *además* debe ser *f fuente probatoria* respecto de otros responsables. Es decir, se premia más cuanto más se sabe. O lo que es lo mismo, cuanto mejor colocado se esté dentro de la organización criminal”. Cobo del Rosal, M. y Quintanar Díez, M., “Delitos contra el orden público (V). Delitos de Terrorismo”, en *Compendio de derecho penal español (Parte especial)*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Madrid-Barcelona, 2000, p. 1056.

LA NEGOCIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

beneficio y, en segundo lugar, porque será este último quien, en última instancia, valorará la relevancia de los datos aportados por el colaborador, a efectos de la concesión de la atenuante.

El requisito previo a la solicitud ministerial del beneficio, es *que existan pruebas distintas a la autoinculpación* en contra del colaborador, esto es, que existan en la causa otros elementos probatorios que inculpen al colaborador, además de su confesión o cuando no exista tal confesión. Y decimos que puede existir o no existir confesión del acusado, en atención a que este elemento probatorio por sí mismo no es suficiente para acreditar la responsabilidad penal del inculpado, y en caso de que existiese sólo la confesión como prueba de cargo, sin otras pruebas que incriminasen al colaborador, tampoco habría ninguna condena sobre la cual aplicar el beneficio atenuatorio.

Ahora bien, en este supuesto colaboracionista no parece necesaria la material detención o, en su caso, el formal procesamiento de otro miembro de la delincuencia organizada para que se perfeccione la atenuante, sino sólo que la información que aporte el colaborador *sea relevante* para la potencial detención y posterior procesamiento de otros delincuentes de mayor envergadura.

Por otro lado, resulta sumamente importante señalar que, en los casos en que la información que suministre el colaborador, consista solamente en una “*llamada en correidad*”, ésta deberá encontrarse totalmente corroborada, es decir, dicha declaración inculpatoria tendrá que aparecer revestida por otros muchos elementos de prueba a fin de que, con esa sola aportación, pueda ser concedido el beneficio atenuatorio.

Al respecto, según ha referido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la declaración aislada de un coimputado posee el valor de un mero indicio. Por lo tanto, si tal declaración se encuentra debidamente corroborada en autos, cobra relevancia como prueba.³³

³³ Pero tal declaración constituirá indicio hasta el momento en que se encuentre totalmente corroborada; esto es, que para efectos de que tal información pueda operar como indicio, deberá encontrarse plenamente acreditada. Dicho de otra manera, la declaración inculpatoria del arrepentido no puede considerarse como uno de los indicios que, debidamente concatenados y corroborados con otras pruebas, son suficientes

De acuerdo con la doctrina de la Suprema Corte, la declaración de un coimputado tiene el valor probatorio de un indicio,³⁴ siempre y cuando aquel no busque excluir su responsabilidad en los hechos;³⁵ es decir, que tal declaración deberá ser desinteresada y, además, encontrarse corroborada por otros elementos de prueba.³⁶

para vulnerar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Tal declaración constituirá indicio siempre y cuando se encuentre, como decíamos, debidamente corroborada para, posteriormente, ser concatenada con otras pruebas para así formar parte del acervo probatorio de cargo. Tal afirmación encuentra soporte en el siguiente criterio: la “llamada prueba de indicios, en donde cada uno de ellos, si bien en forma autónoma y aislada no tienen mayor valor, en su conjunto puedan adquirir eficacia probatoria plena, por relacionarse y vincularse lógicamente entre sí para crear absoluta convicción, sin olvidar que la prueba circunstancial precisa para su integración *que se encuentren acreditados los hechos indiciarios* y que exista un enlace más o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca; de ahí que la apreciación que de las pruebas haga el Juez en los términos aludidos, aparte de que se ajusta a las reglas tutelares que rigen la prueba en materia penal, porque conforme lo dispone la ley se valora la prueba circunstancial, sirve para presumir la materialidad del delito”. Tesis I.6o.P.52 P, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVII, marzo de 2003, p. 1738.

³⁴ En estas condiciones, la declaración del coimputado arrepentido deberá revestirse con las formalidades propias de la prueba indiciaria. Véase sobre la prueba de indicios Colín Sánchez, G., *Derecho mexicano de procedimientos penales*, cit., pp. 537 y ss.; Díaz De León, M. A., *Tratado sobre las pruebas penales*, México, 1991, pp. 429 y ss.; Hernández Pliego, J. A., *El proceso penal mexicano*, México, 2002, pp. 519-521. Por lo que respecta a la prueba indiciaria, también conocida como circunstancial, cabe aclarar que no debe confundirse el término *indicio* con el de *presunción*, toda vez que constituyen institutos que, sin bien es cierto se encuentran íntimamente unidos, no son lo mismo. Así, como bien señala Hernández Pliego, la presunción “consiste en enlazar causalmente los indicios existentes, de una manera lógica y natural. Esa vinculación de indicios será la verdad conocida y a partir de ella, mediante una inferencia de carácter lógico, arribaremos a la verdad que se busca”. Es decir, el *indicio* es aquel hecho probado del cual se extrae, por medio de una *presunción*, un hecho desconocido.

³⁵ “El señalamiento del coimputado; cuando no elude su responsabilidad, sino que admitiéndola, hace cargos a otro acusado, hace fe plena como indicio para fundar un auto de formal prisión”. Tesis del Primer Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito, en *Semanario Judicial de la Federación*, t. I, Segunda Parte-1, enero a junio de 1988, p. 169.

³⁶ Así lo ha reconocido el Poder Judicial de la Federación: “La imputación del coacusado en contra del quejoso es insuficiente para justificar su responsabilidad penal, cuando aquélla no es corroborada con diverso medio de prueba”. Tesis del Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, en *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII, mayo de 1994, p. 410.

LA NEGOCIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Pues bien, la hipótesis sostenida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por diversos tribunales colegiados de circuito, en el sentido de otorgar validez probatoria a la declaración del coimputado, únicamente bajo la premisa de que ésta se emita de manera completamente desinteresada, se pulveriza en el momento en que las declaraciones vertidas por un coacusado en juicio, provienen de una *promesa premial* por parte de la autoridad a la luz de los supuestos comprendidos en los artículos 35 y 36 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, pues ¿qué mayor interés puede tener una persona sujeta a un proceso penal que sea mayor al de un trato procesal o penitenciario más favorable?³⁷

El *pentitismo* en México supone la posibilidad de obtención de diversos beneficios para aquellas personas que, colaborando con la autoridad, aporten datos que resulten suficientes para la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada. Esto es, que de la actividad colaboracionista se obtengan datos *relevantes* para la investigación o procesamiento de otras personas, posiblemente involucradas con el colaborador en los mismos o en otros, a cambio de ciertos beneficios consistentes en un trato indagatorio, procesal o penitenciario más favorable.

³⁷ La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido en jurisprudencia firme que la declaración del coimputado cuando no busca excluir su propia responsabilidad hace fe como indicio. Sin embargo, consideramos que la afirmación resulta un tanto aventurada en tratándose del dictado de una sentencia condenatoria. Es decir, si la declaración desinteresada del coimputado constituye, bajo tales circunstancias, un indicio, ello supone asignarle *ex ante* un desmesurado valor probatorio en virtud de que dicha declaración no cumple aún con los requisitos que la propia Corte ha establecido para el perfeccionamiento de los indicios. En efecto, si consideramos que la declaración del coimputado cuando es desinteresada hace fe como indicio, únicamente bastaría para dictar una sentencia condenatoria, la aparición de otros indicios. Empero, consideramos que en tratándose de la declaración inculpativa de un arrepentido, no puede tenerse como indicio por el solo hecho de no buscar su autoexculpación, sino que, muy particularmente en estos casos, y definitivamente en todos los que suponen la valoración de una coimputación en sentido estricto, debe considerarse como indicio sólo si se encuentra previamente corroborada, pues como ya también lo ha señalado la Corte, para que pueda operar la prueba de indicios se requiere, primeramente, que se encuentren acreditados los hechos indiciarios, esto es, que se encuentren probados los hechos de los cuales se desprenderán otros hechos no conocidos.

V. LA PERSPECTIVA PROBATORIA

El problema de la naturaleza y potencialidad probatoria de la declaración de un coimputado es un tema sumamente complicado. En efecto, como bien señala Quintanar Díez, “las denominadas declaraciones de coimputado, como declaraciones realizadas por un imputado de haber intervenido con él en la ejecución del delito perseguido otro correo al que se “implica” y acusa en la declaración, no puede considerarse *stricto sensu* ni confesión ni puro testimonio”.³⁸ Lo anterior es así, básicamente porque la primera requiere que los hechos confesados perjudiquen a quien realiza la declaración y no a un tercero, “debiendo tratarse de manifestaciones o declaraciones *contra se*, y suponiendo una

auto-incriminación del hecho delictivo por el que se procede”;³⁹ y, por otra parte, tampoco puede otorgársele a dicha categoría la naturaleza de prueba testifical,⁴⁰ pues tal prueba testifical debe proceder de un verdadero *testigo*, en otras palabras, de un tercero ajeno a los hechos objeto del proceso y no, como sucede en este caso, de quien funge como inculpado en él y, por lo tanto, es sujeto con interés en el juicio.⁴¹

Determinar claramente este “valor probatorio” es de vital importancia, sobre todo para sustentar debidamente una eventual sentencia condenatoria en contra del coimputado delatado, ya que es necesario no sólo que el juzgador tenga, por encima de cualquier duda, la certeza de culpabilidad, sino que, además, dicha certeza debe basarse en una “mínima actividad probatoria de cargo” que, para el caso de las declaraciones de coimputados, no parece muy clara.

³⁸ Quintanar Díez, M., *La justicia penal...*, cit., pp. 314 y 315. En el mismo sentido Seoane Spiegelberg, J. L., “Aspectos procesales del delito de tráfico de drogas”, en *Actualidad Penal*, 1996-1, p. 350.

³⁹ Vázquez Sotelo, J. L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, 1984, pp. 130-131.

⁴⁰ Véase Díaz Pita, M. P., *El coimputado*, Valencia, 2000, pp. 350 y ss.

⁴¹ Véase Quintanar Díez, M., *La justicia penal...*, cit., p. 315; Vázquez Sotelo, J. L., *Presunción de inocencia...*, cit., p. 131.

LA NEGOCIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Para el caso de la declaración inculpatória de un coimputado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado: “La imputación de un coacusado *cuando elude su responsabilidad*, resulta ineficaz para el pronunciamiento de una sentencia condenatoria, pues constituye un simple indicio por sí solo insuficiente para constituir prueba plena”.⁴²

A mayor abundamiento, nuestro máximo órgano judicial ha dicho también: “Es verdad que la Corte ha establecido jurisprudencia en el sentido de que no debe desestimarse la imputación que un acusado hace en contra de otro, cuando no trata de eludir su propia responsabilidad; pero es evidente que a *esa sola imputación no puede asignársele valor de prueba plena*, pues se dejarían de observar los principios reguladores de dicha prueba establecidos en todos los códigos de procedimientos penales que rigen en la República. *El cargo proveniente del coacusado, produce indicio, pero es menester asociarlo a otros para que, en conjunto, constituyan prueba completa*, y si la condena se basa sólo en la imputación del coacusado, es violatoria de garantías”.⁴³

El elemento de corroboración para los casos de las declaraciones de coimputados, aplica incluso cuando se está en presencia de una declaración prestada en fase de averiguación previa y retractada en el juicio. En estas hipótesis se deberá acudir a aquella que se encuentre corroborada por otros elementos de prueba que la hagan verosímil, a pesar de que el propio coacusado se retracte de ella.⁴⁴

⁴² Tesis de Jurisprudencia, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en *Semanario Judicial de la Federación*, L, Segunda Parte, p. 13.

⁴³ Tesis de Jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en *Semanario Judicial de la Federación*, parte LXXXI, p. 3506.

⁴⁴ En este sentido la tesis de la Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en *Semanario Judicial de la Federación*, T. 163-168, Séptima Parte, p. 29: “Por disposición del artículo 21 constitucional, que reglamenta el Código de Procedimientos Penales, es el Ministerio Público quien tiene competencia para proceder a la investigación de los delitos mediante la incoación de la averiguación previa y la consignación a los tribunales, con fines de persecución de los delitos mediante el ejercicio de la acción correspondiente; en consecuencia, la confesión rendida por un coacusado ante dicha autoridad conserva eficacia probatoria en el juicio contra el acusado, aunque el propio coacusado se retracte ante el juzgador alegando que declaró bajo presión, cuando es apoyada con otros elementos de prueba que la confirman y la hacen verosímil”.

No obstante, la problemática en torno a las declaraciones inculpatorias de los coacusados en estos supuestos de delincuencia organizada, no gira solamente alrededor de su corroboración mínima, tiene mucho que ver también con el móvil de la propia declaración.

Así, podríamos estar de acuerdo en que no puede negarse valor probatorio alguno a una declaración de esta naturaleza; sin embargo, sí afirmamos que tales deposiciones, a los mencionados efectos, deben corroborarse mediante ciertos parámetros que no pueden ser tan endebles como la simple ausencia del ánimo de exculpación.

Cierto es que la no exculpación proporciona cierto nivel de fiabilidad, subjetivamente hablando, a un atestado de este tipo, pero no menos cierto es que no constituye el único interés que pudiera tener un coimputado al deponer en juicio en contra de otro u otros que pudieran haber intervenido con él en el delito.

Tal es el caso de la motivación por venganza, odio, o por *promesa de trato procesal o penitenciario posterior más favorable*. Nos referimos aquí, específicamente, a las declaraciones inculpatorias de coimputados obtenidas por virtud de los ofrecimientos premiales contemplados, tanto en las cuatro fracciones del artículo 35, como en el artículo 36, ambos de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

En estos casos, el órgano jurisdiccional debe actuar bajo el más profundo recelo, pues no solamente se trata de declaraciones interesadas –por no decir coartadas– sino que, aún más allá, se trata de manifestaciones que, por provenir de un procesado, pueden perfectamente ser falsas en virtud del derecho constitucional que le asiste al inculpado a no declarar contra sí mismo, aunado a que, como inculpado, no es sujeto de protesta de conducirse con verdad.

Así las cosas, ante la declaración inculpatoria de un coimputado no solamente debe estarse al hecho de que busque o no eludir su responsabilidad en los hechos, sino que, además de no perseguir su inocencia, debe estar corroborada por otros elementos de prueba que la confirmen y la hagan verosímil, pero sobre todo, careciendo, siempre, de cualquier tipo de interés que la provoque,

LA NEGOCIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

condición que, en los supuestos contenidos en los artículos 35 y 36 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, simple y sencillamente no se cumple.

En conclusión, vemos que las deposiciones del coimputado *arrepentido* no constituyen prueba plena, sino sólo un elemento indiciario liso y llano de potencialidad probatoria indeterminada, por ser objeto de corroboración para efectos de constituir prueba de cargo; por ello, las disposiciones premiales incluidas en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, por lo que respecta especialmente al Ministerio Público de la Federación, quedan reducidas, en principio, a un interesante y no poco controvertido medio de investigación que representa, paralelamente, un instrumento de negociación de la responsabilidad criminal sumamente riesgoso –especialmente desde el punto de vista garantista–, ara la persona del coimputado delatado.