

## PRÓLOGO

Mi querido colega y amigo Marcelo Riquert, autor de este libro, me ha hecho el gran honor de pedirme unas líneas que puedan acompañar su trabajo. Hay múltiples contenidos del texto que merecen mención y discusión en sí mismos, desde luego. Pero teniendo en cuenta que quien esto firma no es, desde luego, especialista en las cuestiones tratadas, ni siquiera cuenta con la *venia docendi* para Derecho Procesal Penal, pudiera parecer que poco tendrá que decir sobre una monografía que trata un problema jurídico-procesal específico. Sin embargo, esta condición de *penalista del común* del prologuista lo identifica también como individuo que integra el *target* del libro que el lector tiene en sus manos: a cualquiera que le preocupe el Derecho Penal, lo que aquí se trata le ha de interesar poderosamente —solo aparentemente se trata de un sector particular y específico—.

Creo, entonces, que cumplo con el encargo de Marcelo si tan solo destaco —a modo de *teaser*, habría que decir hoy— tres aspectos de la obra que me parecen especialmente idóneos para despertar el apetito del lector (si no está ya hambriento con la lectura del título y el prestigio del autor): *qué* se aborda, *cómo*, y *por quién*.

— I —

Empezando con el *qué*, como todos sabemos, hay un espectro que recorre el Derecho Penal de Occidente en los últimos años: la impetuosa irrupción de la criminalidad organizada (*rectius*: del subsistema penal específico establecido para *combatirla*) en el ordenamiento penal. El corazón mismo de la convulsa situación político-criminal de los últimos tiempos late precisamente en este ámbito: es el escenario de diversos fenómenos de cambios estructurales en el sistema penal. Un cambio estructural es, sin duda, la introducción de mecanismos de negociación entre la acusación pública y el imputado o acusado. Y estos mecanismos alcanzan su máximo *esplendor* en el plano del mercadeo entre fiscalía y acusado

dispuesto a declarar en contra de otros acusados, a cambio de notables ventajas: la delación premiada, como la identifica correctamente, llamándola por su nombre, nuestro autor —dejándose de eufemismos, circunloquios o zarandajas como “colaborador eficaz”—, supone un verdadero cambio de paradigma. En el altar de la “efectividad” se sacrifica todo el diseño del proceso penal.

En el análisis de los problemas concretos que genera la revisión de esta vía procesal en la legislación argentina, el autor destaca la condición de producto de importación desde la globalización, y acude, en consecuencia, con detalle, a las fuentes italianas, sin duda el máximo referente cuando se trata de evaluar los beneficios y los costes del llamado *pentitismo*. También subraya Riquert un abuso político-criminal muy presente tanto en Argentina como en España: la táctica de usar la génesis o la aprobación de acuerdos internacionales o de normas supranacionales (en el caso de la Unión Europea) como subterfugio para promover —para declararla obligatoria, ineludible— una agenda legislativa que sin la vitola “es de la ONU” o “viene de Bruselas” generaría determinados costes políticos a quien la propone.

Por otra parte, el análisis comparativo que el autor hace, partiendo de su anterior monografía de 2011 referida a la regulación anteriormente en vigor, muestra con toda claridad una de las características más notables de este tipo de legislación de emergencia: su capacidad para contaminar el conjunto del ordenamiento, la tendencia a normalizar la excepción que cualquier análisis histórico confirma y que se halla presente —como Riquert destaca— también en el tema concreto analizado, en el que hay una constante presión para que las “técnicas especiales de investigación”, en los términos de la Convención de Palermo, dejen de considerarse especiales.

Particular interés tiene el análisis de Riquert para España (y seguro que también para alguna otra república hermana en América Latina), pues en este ámbito no hay apenas experiencias y es urgente aprender de lo sucedido en otros ordenamientos próximos. La *virginidad* española en este campo viene determinada por una diferenciación muy notable que existe entre los ordenamientos europeos continentales y los latinoamericanos en este ámbito: mientras que cabe observar los mismos fenómenos expansivos en legislación material y procesal, hasta el momento, el papel de *motor* político-criminal de esta evolución lo desempeña, en términos de equivalencia funcional, a cada lado del Atlántico un fenómeno colectivo diferente. Así, cabe pensar que el papel que —sobre todo en algunos países americanos, probablemente aún más que en la Argentina— corresponde a las grandes organizaciones criminales (en particular, las dedicadas a la distribución de drogas) halla su equivalente funcional en Europa en la criminalidad organizada política, el terrorismo. Como es sabido, entre los países de Occidente no hay ninguno (pues el caso de Irlanda del Norte es política y jurídicamente diferente) que haya sufrido, como consecuencia de su peculiar historia

política en el siglo XX, tanto terrorismo durante tanto tiempo. Y a pesar de que el Derecho Penal antiterrorista español cuenta desde hace décadas con una previsión legal para la delación premiada, como es obvio, la situación se presenta de modo muy, muy, distinto en un grupo de criminalidad organizada económica (por mucho que se genere una identidad de grupo, nunca tiene la fuerza del vínculo de autores por convicción que suelen ser los terroristas) que en una organización terrorista: en lo que alcanzo a ver, no ha habido ni un solo caso de aplicación a sujetos condenados por delitos terroristas. La incorporación de una previsión similar, hace algunos años, para la criminalidad organizada común —aunque carece de una regulación completa como la ley argentina— aún está pendiente de mostrar cómo funciona en la realidad, por lo que este libro de Riquert y la experiencia que relata deberán ser considerados para el futuro de la regulación correspondiente en España.

Habría muchos más elementos a destacar que ponen en claro que el objeto de este libro es importante; pero ya con lo dicho, parece claro que se trata de un área de trabajo muy necesaria. Sin embargo, alguien que conozca la materia penal solo por sus repercusiones académicas, por las publicaciones de la disciplina, podría alcanzar la impresión de que se trata de un área secundaria, muy específica. De hecho, cabe afirmar que la doctrina dominante en los países de nuestro entorno sigue alegremente publicando sobre los arcanos de la tentativa inidónea irreal (con lo que no quiere decirse que esto no deba estudiarse) y considerando que todo lo relacionado con la criminalidad organizada forma parte del Derecho Penal accesorio, esto es, como señala el autor, como una criminalidad “no convencional” que demanda soluciones “no convencionales”, excepciones que no han de preocupar a quien trabaja con *la regla*. Esta actitud no es inocua. Abre la puerta a que un día, nos podamos encontrar como en los EE.UU., donde una versión enloquecida del *plea bargaining* ha convertido en una antigualla excepcional —*sit venia verbo*— el artículo de exportación político-jurídica más importante, glorificado en miles de productos audiovisuales: el juicio oral contradictorio, al que solo llegan porcentajes ridículos de todos los procesos penales ante la desigualdad de armas entre el acusado y una fiscalía que puede cargar su mano en la “negociación” con unas penas realmente impresionantes. Andamos en una época de tanta convulsión política en Occidente que puede llegarse a la actitud de estos días de la primera ministra nada más y nada menos que del Reino Unido, que ha afirmado recientemente tras un atentado, con los cadáveres aún calientes, que si hay que derogar los derechos humanos para “proteger a la ciudadanía”, se derogan (y así nos hablamos de que sin funcionarios de policía —habiéndose recortado los recursos asignados a estos servicios precisamente por esta ciudadana en cuanto ministra del interior— no hay prevención posible). En este sentido, hay en Argentina desde hace tiempo, por lo que sé, y en España, últimamente, una tendencia a una aplicación muy extendida de los preceptos en

cuestión, más allá de los contornos de la definición criminológica de “criminalidad organizada”. Así, por ejemplo, está imputada en estos días como organización criminal (dedicada a la comisión de delitos de corrupción), una importante subdivisión territorial del partido político que gobierna hoy en España, alejándose por tanto la utilización procesal de los dispositivos penales dirigidos contra el crimen organizado del mucho de la imagen común del crimen organizado, centrada en traficantes de drogas, personas o armas, redes de extorsión violenta, etcétera.

— II —

Para aproximarnos al *cómo*, a la perspectiva metodológica de la presente obra, hemos de retomar la constatación anterior: las cuestiones relativas a la criminalidad organizada son un área de trabajo *Cenicienta*, apenas tratada por el mundo de la teoría jurídica. Y esto no solo responde a la visión del tema como un sector de regulación especialísimo, fuera de las reglas comunes.

Como el propio Riquert subraya, cabe explicar la falta de interés por toda la regulación, material y procesal, del dispositivo de *lucha* contra la criminalidad organizada no solo por este juego de etiquetas de Derecho Penal nuclear vs. accesorio, sino también porque resulta poco atractivo someterlo a análisis en una publicación. Por un lado, el objeto de estudio, en cuanto tema de estudio teórico, puede resultar incómodo en un sentido político-criminal: no es fácil el papel de censor de la legislación en medio del estruendo en los medios de comunicación en torno al necesario *combate* contra la criminalidad organizada, vivida por la ciudadanía como una amenaza gravísima (si se trata de “ellos —los *enemigos*— o nosotros —los ciudadanos—”, ¿de qué lado queda el crítico de una legislación desbordada, pero que *vende* eficacia con éxito?). Y tampoco es fácil en el plano técnico-dogmático, porque se trata de reglas cuya frecuentemente apresurada aprobación y deficiente redacción (como muestra nuestro autor en múltiples puntos de esta obra) dificulta en muchas ocasiones una interpretación sistemática y racional. Finalmente, parece que muchos teóricos consideran en su fuero interno que este campo del Derecho Penal materialmente pertenece a un “Derecho Penal” del enemigo —no me cabe duda que instrumentos jurídicos como la delación premiada son los que Günther Jakobs identifica como tal—, a un Derecho de excepción que está huérfano de toda legitimidad (y puede, según parece para algunos, y *sit venia verbo*, “contaminar” a quien lo estudia). Por otro lado, también desde la perspectiva de la profesión, estando los letrados defensores dedicados a la defensa en procesos de criminalidad organizada confinados en la mayoría de los países aún a un cierto nicho dentro del cuerpo de la abogacía, parece que publicar sobre este subsistema penal puede no encontrar el favor de un número adecuado de lectores.

¿Por qué este tema, entonces? Sobre todo, cuando se publica a fondo como aquí, y no se formula un breve anatema, ¿para qué bajar al barro? Como el autor de este libro hizo en un estudio anterior —los cambios notables introducidos por la nueva regulación impiden considerar al que el lector ahora tiene en sus manos, una segunda edición del primero, de 2011— y también aquí anuncia expresamente, se trata de encontrar “respuestas posibles” en una “realidad necesitada de racionalización”. Esto es: como Riquert muestra con toda claridad, se trata de un campo de tensión evidente entre las garantías y la eficacia, en el que en muchos casos, el dique se ha desbordado y nuestro autor detecta soluciones que considera inadmisibles. En particular, destaca con mucha claridad cómo la regulación de la delación premiada trastoca toda la dinámica del proceso. Sin embargo, hay otros muchos segmentos de la regulación que mediante una adecuada reconstrucción interpretativa pueden servir como obstáculos efectivos frente a desequilibrios gravísimos. A este intento de responder al “¿qué hacer?” ante el nuevo Derecho positivo se enfrenta este libro. Como dice el autor: un empeño en el que “nada es sencillo”.

— III —

Queda, finalmente, el *quién*. Por un lado, como sucede a cualquier europeo occidental que provenga del mundo de la universidad, me llama la atención cómo sigue en marcha y expandiéndose el sistema público universitario (en la Argentina y otras repúblicas americanas) gracias al esfuerzo, obviamente supererogatorio, de quien ha de tener otra ocupación para ganarse la vida, convirtiéndose la participación en el sistema científico y de docencia universitaria en un esfuerzo en gran medida altruista en el que hay que sacrificar tiempo personal, estando el laboral ya consumido por otras tareas. Por otro lado, en particular para el mundo del Derecho, cuando profesor y autor coinciden, como es el caso de Marcelo Riquert, en la persona de un juez —el jurista por excelencia—, cabe esperar, como aquí sucede, el más feliz de los mestizajes. El miembro del Poder Judicial, Riquert, evita los errores del teórico que desconoce el foro: los problemas ficticios, las soluciones inviables, las preocupaciones ajenas a los problemas del sistema judicial real. El profesor Riquert sabe enmarcar en un contexto teórico mucho más amplio del que corresponde a la *praxis* de cualquier juez o tribunal, y allegar recursos dogmáticos a los problemas concretos desde las minas de las obras y problemas generales de la disciplina. El hecho de que el análisis contenido en este libro recorre todo el arco desde los principios y fundamentos hasta las cuestiones de detalle queda felizmente reflejado en la división entre razones de orden general y de orden particular.

Más allá del prestigio personal del autor, la doble *auctoritas* de quien es un teórico reconocido de la materia, a la vez que un importante agente responsa-

ble del sistema penal real, subrayan aún más el mensaje global de este libro, que a mi juicio cuadra perfectamente con la siguiente exhortación de otro referente de la disciplina, que fue profesor y juez, el gran maestro Winfried Hassemer, escrita en una de sus últimas obras: “sobre todo son los especialistas en Derecho Penal los que más deben estar alejados de la exactitud en la búsqueda de la verdad, y preocuparse mucho más por la clase de verdad y por los métodos con los que esperan encontrarla”.

\* \* \*

A estas alturas de estas *líneas iniciales* cabe esperar que el lector haya dejado de leer ya hace varias páginas, y —en un ejercicio de inteligencia— haya pasado directamente al texto del presente libro: las cuestiones tratadas son de máximo interés y urgencia. Al menos, cabe esperar que esta presentación haya servido para explicar por qué razones vivo como un honor muy especial que Marcelo haya pensado que *mea parvitas* podía hacer de telonero de un libro de máximo interés.

**MANUEL CANCIO MELIÁ**

CEGUILLA - ALDEALENGUA DE PEDRAZA (SEGOVIA),  
VERANO BOREAL DE 2017