

doctrina jurisprudencial sobre la "*chiamata di correo*" era cualquier cosa menos una doctrina consolidada y serena; debió haberse escuchado a quienes vaticinaban que con la legislación que estudiamos se produciría una nueva relajación de las exigencias y las cautelas a la hora de valorar la "*chiamata in correità*". Ciertamente, no obstante, que hubo sentencias⁽³⁰¹⁾ que no cayeron en la tentación de dejarse atrapar por lo que CORDERO llamó una "cultura del pentitismo"⁽³⁰²⁾, donde existía avidez de información que hizo que se bajara la guardia "come una delle possibili (anorché discutibili) risposte giudiziarie alle accresciuta domanda di difesa sociale"⁽³⁰³⁾.

Para poner fin a este apartado destinado a analizar la problemática general plantada por la legislación que nos ocupa, haremos referencia a otra cuestión de crucial importancia: la relativa a la **desprotección**, en que, en muchas ocasiones, se encontraban aquellos sujetos que habían decidido disociarse -colaborando o no- o, incluso más frecuentemente, los familiares de éstos. Se trataba de un complejo problema -que, por otra parte, afectaba más gravemente a los "*pentiti*" de la criminalidad de tipo mafioso- ante el cual el Estado no podía menos que reconocer su impotencia, porque si difícil era la protección del "pentito" mismo, más lo era la de sus familiares⁽³⁰⁴⁾.

En cualquier caso, lo cierto es que a medida que fue aumentando el número de sujetos que abandonaban las organizaciones terroristas, se desató una contraofensiva intimidatoria por parte de las mismas, tanto en las cárceles como fuera de ellas, que culminaría con asesinatos como el de William VACCHER, a manos de integrantes de Prima Línea o del hermano de Patrizio PECI, a manos de las "*Brigadas Rojas*"⁽³⁰⁵⁾.

⁽³⁰¹⁾ Así, entre otras Cass. 20 Ottobre 1976, Cassazione penale, 1977, p. 1261, *cit.* por VIVIANI, *La chiamata...*, Op. Cit., p. 248; especialmente significativa fue la de 3 de Junio de 1986, en la que la Corte de Casación anuló la dictada por la Corte di Assise di appello de Catania (Comentada por FIANDACA, "La chiamata...", *op. cit.*, p. 530 y ss, y por VIVIANI, *La chiamata...*, *op. cit.*, p. 268 y ss) y que vendría seguida por la Sentencia de 18 de Febrero de 1988 donde se resolvió un nuevo recurso de casación interpuesto contra la segunda resolución de la Corte de Catania (Puede verse en *La Giustizia penale*, 1989 (III), p. 155 y ss., con comentario de GROSSO, p. 156 y ss); Cass. 15 Dicembre 1988, en *Rivista penale*, 1989 (II), p. 994.

⁽³⁰²⁾ *Procedura penale*, 6ª Ed., Milano, 1981, *cit.* por LI VECCHI, "La chiamata...", *op. cit.*, p. 211.

⁽³⁰³⁾ FIANDACA, "La chiamata...", *op. cit.*, p. 532.

⁽³⁰⁴⁾ Vid. la intervención de VASSALLI -entonces Presidente de la Comisión de Justicia del Senado- en el Convegno in ricordo di P. Nuvolone, publicado bajo el título "*La legislazione premiale*", Op. cit., p. 328 y 329.

⁽³⁰⁵⁾ Vid. sobre la barbarie que se desencadenó en las cárceles italianas, los interesantes documentos recogidos por BERNARDI, "Dissociazione...", *op. cit.*, p. 14, nota 9, p. 15, notas 10 y 11, y p. 18,

Todo ello llevaba consigo -amen de una problemática humanamente insoslayable- una repercusión procesal de importancia: me refiero a las numerosas retractaciones que se produjeron, muchas de las cuales, sin duda, tenían en aquella situación su razón de ser⁽³⁰⁶⁾. Hasta tal punto esto era así que algún autor⁽³⁰⁷⁾ propugnaba que siempre que resultare probado que dicha retractación era debida a las presiones citadas, ello no fuere obstáculo para la concesión de los beneficios previstos; lo que no se decía era cómo se demostraba tal cosa, siendo que el amenazado era el primer interesado en ocultar la amenaza.

Se trataba, en definitiva, de un problema que no sólo preocupaba a la doctrina, sino también a quienes integraban el poder legislativo⁽³⁰⁸⁾ o judicial⁽³⁰⁹⁾, pero ante el que todos concluían reconociendo su impotencia.

IV.- LA CUESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ALEMÁN. LA LLAMADA "KRONZEUGENREGELUNG".

IV.1.- Introducción.

La cuestión que nos ocupa se rodea en el Derecho alemán de dos indiscutibles ventajas de las que carecía en los sistemas jurídicos que hasta ahora se han analizado. Frente a los ordenamientos anglosajones, dicha cuestión se desarrolla en un marco

nota 34; también puede verse LAUDI, I casi..., *op. cit.*, p. 64, nota 48.

⁽³⁰⁶⁾ Vid. MANCUSO, "Valutazione...", *op. cit.*, p. 691.

⁽³⁰⁷⁾ LAUDI, I casi..., *op. cit.*, p. 64.

⁽³⁰⁸⁾ De hecho el Proyecto gubernamental n. 1562 preveía en sus Arts. 13 y 14 un programa para la protección de aquellos disociados que habían colaborado con las autoridades; el texto puede consultarse en LAUDI, I casi..., *op. cit.*, p. 176 y 177. Por otra parte, el 23 de Noviembre de 1990 se aprobó un Proyecto de ley en este sentido (Vid. Il Sole 24 ore, de 24 de Noviembre de 1990, p. 3). Finalmente, por D-L de 15 de Enero de 1991, n. 8 (G.U. 15 Enero 1991, n.º12) quedaron aprobadas distintas medidas destinadas a la protección de todos aquellos imputados que colaboran de ese modo con la justicia (arts. 9 a 16). Dicho Decreto fue convertido en Ley de 15 de Marzo de 1991, n.64. sin sustanciales modificaciones (G.U.16 Marzo 1991, n.64)

⁽³⁰⁹⁾ Así fueron muchos los documentos y Congresos que al respecto fueron respaldados por la Magistratura; entre otros, el que bajo el título "La sicurezza dei testimoni", tuvo lugar en Turín los días 3-4 Junio 1988 (el texto de la relación presentada por BORGNA-LAUDI-RUSSO-SALUZZO, puede verse en La Gistizia penale, 1988 (III), p. 367 y ss.; en el mismo sentido la Conferencia organizada por el Consiglio Superiore della Magistratura en Noviembre de 1990 (Vid. La Repubblica, 13 de Noviembre de 1990); también pueden verse las interesantes declaraciones que sobre el tema hizo FALCONE en La Repubblica de 13 de Diciembre de 1990, p. 17.

procesal análogo al nuestro; frente al Derecho italiano, la ventaja radica en que su estudio se ha planteado por la doctrina sin el apasionamiento, en ciertos casos excesivo, que allí propiciaron determinadas circunstancias a las que se tuvo ocasión de hacer referencia.

Por otra parte, se hace necesario resaltar un dato de indudable interés. Este radica en el hecho de que el trato de favor que puede dispensarse a un sujeto que lleve a cabo conductas asimilables a las previstas en el art. 57 bis b), no ha sido abordado desde una sola perspectiva, material o procesal, sino desde ambas; esto es, para favorecer y premiar tales comportamientos se ha recurrido tanto a la vía de establecer causas de atenuación o exención de la pena⁽³¹⁰⁾, como a mecanismos procesales que permiten al Ministerio Fiscal abstenerse de ejercitar la acción penal en estos casos. Precisamente por ello es necesario referirse, siquiera sea brevemente, a determinadas manifestaciones del principio de oportunidad procesal íntimamente ligadas a ciertas causas de exclusión o atenuación de la pena que serán objeto de estudio. En relación con las citadas causas, me centraré -sin perjuicio de alguna otra referencia- en las consignadas en el § 129 a) V. del StGB y en el art. 4 de la ley de 9 de Junio de 1989⁽³¹¹⁾, ambas previstas para los delitos de terrorismo.

IV.2.- El principio de legalidad procesal. Sus excepciones.

Resulta casi innecesario decir que el objetivo que aquí se pretende no es, en modo alguno, adentrarse en el análisis de una cuestión procesal que desborda los razonables límites del presente estudio. Se trata, más bien, de evitar ofrecer un estudio mutilado de la cuestión que nos ocupa, y, para ello, es necesario referirse a determinadas manifestaciones del principio de oportunidad procesal que legislativamente aparecen

⁽³¹⁰⁾ NOTA ACLARATORIA: A lo largo de este epígrafe se utilizarán las expresiones "exención" o "exclusión" de la pena para referirse al hecho de que no se derive para el sujeto sanción penal alguna por la realización culpable de una conducta antijurídica. Sin embargo, debe tenerse presente que aquel efecto es consecuencia de haber aplicado, en cada caso, instituciones que, aunque análogas, no son idénticas.

Concretamente, en los preceptos que van a ser objeto de atención, la exención de pena trae su causa o bien de la llamada dispensa de pena (*Absehen von Strafe*), o bien de lo que podría traducirse como dispensa de la condena misma (*Absehen von Bestrafung*). En ambos casos, se excluye la sanción penal; pero en el primero de ellos, la condena -aunque no se imponga pena alguna- existe, cosa que no sucede en el segundo de los supuestos mencionados. Con carácter general, vid. JESCHECK, *Tratado...* op. cit., vol. II, p. 1173 y ss., así como bibliografía allí citada.

⁽³¹¹⁾ Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten, (Bundesgesetzblatt, 1989, Teil I, p. 1059 y ss.

vinculadas a causas de exclusión o atenuación de la pena que, como la prevista en el § 129 a)) V., tienen un interés muy especial.

Pues bien, en el sistema procesal alemán rige como principio general el de legalidad; así, conforme a lo dispuesto en el § 152.2 StPO, el Ministerio Fiscal queda obligado a intervenir siempre que existieran indicios fácticos suficientes de la comisión de un hecho punible, a no ser que legalmente se hubiere dispuesto lo contrario, de modo que, como precisa el § 170.1, si las investigaciones ofrecieran suficientes motivos para el ejercicio de la acción pública, aquel deberá ejercitarla por medio de la presentación del escrito de acusación ante el Tribunal competente⁽³¹²⁾. Ahora bien -como se habrá observado -el mismo § 152.2 StPO prevé la posibilidad de que legalmente se establezcan excepciones; éstas son, concretamente, las contenidas en los §§ 153 a 154 StPO⁽³¹³⁾.

Aún cuando todos los preceptos señalados tienen en común el ser manifestaciones del principio de oportunidad, sin embargo no todos responden a idénticas motivaciones. Siguiendo a ROXIN⁽³¹⁴⁾, se podrían agrupar en cuatro grandes grupos:

a.- Aquellos que se basan en la mínima importancia del delito cometido (*Geringfügigkeitsfälle*);

b.- los fundados en el hecho de que los intereses ínsitos en la persecución penal puedan verse satisfechos de otro modo;

c.- aquellos otros donde la excepción se basa en la existencia de intereses estatales de superior importancia; y, finalmente

⁽³¹²⁾ Vid., con carácter general, ROXIN, Strafverfahrensrecht, 20, völligneubearbeitete Auflage, München 1987, p. 67 y ss.; en lengua castellana, pueden verse: ROXIN/ARZT/TIEDEMANN, Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal, versión española, notas y comentarios de ARROYO ZAPATERO y GÓMEZ COLOMER, 1ª Ed., Barcelona, 1989, p. 169 y ss.; GÓMEZ COLOMER, El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, 1ª Ed., Barcelona 1985, p. 47 y ss.

⁽³¹³⁾ Vid. unas interesantes reflexiones al respecto en, GÖSSEL; "Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im rechtsstaatlichen Strafverfahren", en Festschrift für DÜNNEBIER zum 75. Geburtstag, Berlin -New York 1982, p. 121.

⁽³¹⁴⁾ Strafverfahrensrecht, *op. cit.*, p. 69 y ss. Una clasificación muy similar es la que realiza LAMMER, quien analiza aquellos preceptos desde la perspectiva de la institución del "testigo de la Corona", "Terrorbekämpfung durch Kronzeugen", ZRP, 1989, Heft 7, p. 251.

d.- los previstos en relación con hechos delictivos respecto a los cuales el ofendido puede mantener la acusación.

Pues bien, de entre todos ellos, van a ser los preceptos que podrían subsumirse en el apartado c los que deben concentrar nuestra atención, y, más concretamente los §§ 153 b) y 153 e) StPO.

A tenor del primero de los preceptos citados, la Fiscalía podrá abstenerse del ejercicio de la acción pública contando con la aprobación del Tribunal que sería competente para la vista principal, si se dieran los presupuestos bajo los cuales el Tribunal podría prescindir de la pena (apartado 1); por otra parte, si la acción ya hubiera sido ejercitada, el Tribunal podrá archivar el proceso, hasta el momento de comenzar la vista principal, con la aprobación del Ministerio Fiscal y del imputado (apartado 2).

Por tanto, si lo ahí dispuesto se pone en relación con la causa de exclusión de la pena prevista en el § 129 a))V resulta que, ante el integrante de una banda armada que se hubiere esforzado por impedir la continuación de la organización o la comisión de un delito, o bien que hubiere puesto en conocimiento de las autoridades lo que supiere, a fin de que las consecuencias delictivas pudieran llegar a evitarse, se podría optar por ambas vías, esto es, por archivar el proceso, o por aplicarle, en su momento, la causa de exclusión de la pena prevista en el Código Penal.

Por su parte, el § 153 e) StPO establece que si el proceso tuviera como objeto hechos punibles de la clase descrita en el § 74, apartado 1, números 2 a 4, y en el § 120, apartado 1, números 2 a 7, de la Ley Orgánica de los Tribunales, el Fiscal General Federal, con la aprobación del Tribunal competente, podrá abstenerse de perseguirlos, cuando el autor, después del hecho y antes de que conociera su descubrimiento, hubiere contribuido a evitar el peligro para la integridad o seguridad de la República Federal de Alemania, o para el orden constitucional; siendo todo ello también aplicable cuando el autor hubiere prestado aquella contribución revelando, después del hecho, a una autoridad lo que supiere sobre tentativas de alta traición, de puesta en peligro del Estado de Derecho democrático, o de traición a la Patria, y de puesta en peligro de su seguridad exterior, que tuvieren conexión con el hecho por el cometido (apartado 1); de otro lado, si la acción ya se hubiere ejercido, y dándose los presupuestos del apartado 1, tal competencia corresponde al Tribunal superior del Land competente, con la aprobación del Fiscal General Federal (apartado 2).

Dentro de la primera de las hipótesis previstas en el apartado 1, es donde hay que situar el delito de formación de asociaciones terroristas del § 129 a)) StGB; al

remitirse el § 153 e StPO al § 120 de la Ley Orgánica de los Tribunales en cuyo apartado 1, número 6, se recoge el citado precepto del Código Penal, resulta que a éste le es aplicable la posibilidad de archivo prevista en la ley procesal. Por tanto, una vez más, el ordenamiento ofrece la oportunidad de adelantar la impunidad cuando el sujeto hubiere realizado la conducta ya señalada, cuya analogía con alguna de las previstas en el art. 57 bis b) es indiscutible.

Idéntica analogía se observa con la segunda de las hipótesis que el mismo precepto prevé en el apartado 1, respecto a la cual hay que convenir con la doctrina⁽³¹⁵⁾ en que no se trata de un caso de arrepentimiento activo común, sino que el ámbito de éste se ha visto considerablemente sobrepasado.

Pues bien, todos los casos vistos -y algún otro, especialmente el § 153 d) StPO- ofrecen la posibilidad de "recompensar" comportamientos similares a aquellos para los que en el derecho material están previstas causas de exclusión de la pena; conductas que, o bien presentan cierta similitud con el arrepentimiento activo, o bien son análogas a lo que sería el comportamiento de colaboración propio del "testigo de la Corona".

Por todo ello, creo que asistía la razón a BERNSMANN⁽³¹⁶⁾ cuando -analizando aquellos preceptos de la ley procesal, con anterioridad a la vigencia del art. 4 de la ley de 9 de Junio de 1989- afirmaba que lo que podía servir de fundamento al legislador para introducir en el ordenamiento una "gran" regla del "testigo de la Corona", ya estaba contenido, al menos en sus líneas maestras, en los §§ 153 b), 153 d) y 153 e) StPO⁽³¹⁷⁾. Ello con independencia de que estos mecanismo procesales no puedan equipararse jurídicamente a una causa de exclusión de la pena, cuya eficacia desde el punto de vista de la cosa juzgada es bien distinta. Precisamente porque el legislador era consciente de que entre ambos tipos de instrumentos jurídicos existía aquel paralelismo, al introducir, con el art. 4 de la ley de 29 de Junio de 1989, lo que unánimemente se considera una auténtica regla del "testigo de la Corona", ofreció tanto la posibilidad de archivar el proceso -antes o después de ejercitada la acción- como la de prescindir en la sentencia de la imposición de la pena.

⁽³¹⁵⁾ BERNSMANN, "Kronzeugenregelungen des geltenden Rechts", JZ, 1988, p. 543 y bibliografía citada en nota 44, p. 543.

⁽³¹⁶⁾ "Kronzeugenregelungen...", *op. cit.*, p. 543 y ss.

⁽³¹⁷⁾ Cfr. MEYER, "Brauchen wir den Kronzeugen", ZR, 1976, Heft 2, p. 26; LAMMER, "Terrorbekämpfung...", *op. cit.*, p. 251.

IV.3 El recurso a causas de exclusión o atenuación de la pena. Especial referencia a las previstas para los delitos de terrorismo.

IV.3.1.- Introducción.

Dentro del Código penal alemán es posible encontrar en el ámbito de los delitos que atentan contra la llamada seguridad del Estado, un importante conjunto de causas de exclusión o atenuación de la pena que responden a consideraciones muy similares a las que, dentro de ese mismo ordenamiento, fundamentan las previstas para los delitos de terrorismo. Tal es el caso del § 83 a⁽³¹⁸⁾; del § 84.V⁽³¹⁹⁾; del § 87.III⁽³²⁰⁾; o, del § 98.II⁽³²¹⁾. Todos ellos son preceptos que, a juicio de la doctrina mayoritaria⁽³²²⁾, suponen el

⁽³¹⁸⁾ § 83a. *Tätige Reue.*

(1) In den den Fällen der §§ 81 und 82 kann das Gericht die Strafe nach seinen Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder von einer Bestrafung nach diesen Vorschriften absehen, wenn der Täter freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt und eine von ihm erkannte Gefahr, daß andere das Unternehmen weiter ausführen, abwendet oder wesentlich mindert oder wenn er freiwillig die Vollendung der Tat verhindert.

(2) In den Fällen des § 83 kann das Gericht nach Absatz 1 verfahren, wenn der Täter freiwillig sein Vorhaben aufgibt und eine von ihm verursachte und erkannte Gefahr, daß andere das Unternehmen weiter vorbereiten oder es ausführen, abwendet oder wesentlich mindert oder wenn er freiwillig die Vollendung der Tat verhindert.

(3) Wird ohne Zutun des Täters die bezeichnete Gefahr abgewendet oder wesentlich gemindert oder die Vollendung der Tat verhindert, so genügt sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, dieses Ziel zu erreichen.

⁽³¹⁹⁾ § 84.

(5) In den Fällen der Absätze 1 bis 3 Satz 1 kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder von einer Bestrafung nach diesen Vorschriften absehen, wenn der Täter sich freiwillig und ernsthaft bemüht, das Fortbestehen der Partei zu verhindern; erreicht er dieses Ziel oder wird es ohne sein Bemühen erreicht, so wird der Täter nicht bestraft.

⁽³²⁰⁾ § 87. (3) *Das Gericht kann von einer Bestrafung nach diesen Vorschriften absehen, wenn der Täter freiwillig sein Verhalten aufgibt und sein Wissen so rechtzeitig einer Dienststelle offenbart, daß Sabotagehandlungen, deren Planung er kennt, noch verhindert werden können.*

⁽³²¹⁾ § 98. (2) *Das Gericht kann die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder von einer Bestrafung nach diesen Vorschriften absehen, wenn der Täter freiwillig sein Verhalten aufgibt und sein Wissen einer Dienststelle offenbart. Ist der Täter in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 von der fremden Macht oder einem ihrer Mittelsmänner zu seinem Verhalten gedrängt worden, so wird er nach dieser Vorschrift nicht bestraft, wenn er freiwillig sein Verhalten aufgibt und sein Wissen unverzüglich einer Dienststelle offenbart.*

⁽³²²⁾ Vid. sobre el § 83.a: STREE, en SCHÖNKE/SCHÖDER, StGB Kommentar, 24, neubearbeitete Auflage, München, 1991, Rdn.1, p. 967; WILLMS, Leipziger Kommentar, Band IV, 10. Aufl., Berlin-New York, 1988, Rdn. 1 y ss., p. 39 y ss.; RUDOLPHI, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, Besonderer Teil, 4., neubearbeitete Auflage, 1991, Rdn. 1 y ss., p. 18 y ss.; LACKNER Strafgesetzbuch, 18., neubearbeitete Auflage, München, 1989, Rdn.1 y ss., p. 529 y 530; DREHER/TRÖNDLE, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 45., neubearbeitete Aufl., München 1991, Rdn. 1 y ss., p. 666 y 667. Sobre el § 84.V: STREE en op. arr. cit., Rdn. 26, p. 971; WILLMS, en op.

establecimiento de reglas especiales de desistimiento, aplicables a formas delictivas que, por su propia naturaleza, no podrían sujetarse a las reglas generales establecidas en el § 24 StGB, el cual exige como presupuesto que el delito no esté todavía consumado, cosa que, formalmente sucede en los tipos a que nos hemos referido. Ello no obstante, tanto en el caso del § 87.III como del § 98.II no basta el voluntario desistimiento del autor, sino que, además, se exige que éste revele a una autoridad lo que supiere (§ 98.II), y que lo haga en tiempo oportuno, de modo que las acciones cuya planificación conoce, todavía puedan impedirse. De otro lado, merece destacarse que se trata de preceptos a los que resulta aplicable la regla general del § 153 b) StPO - prevista para cualquier supuesto en que el Tribunal pudiera prescindir de la pena- así como los §§ 153 d) y e) StPO, por la remisión que en tales parágrafos se hace a los §§ 74 a) y 120 de la Ley Orgánica de los Tribunales.

No obstante la existencia de tales preceptos, la polémica no surgiría en Alemania hasta mediados de los años setenta, cuando comienza a plantearse la posibilidad de regular una causa de exclusión o de atenuación de la pena a favor de terroristas que, o bien se esforzaren en impedir la continuación de la organización o la comisión de delitos de los que constituían su objetivo, o bien colaborasen con las autoridades revelando lo que al respecto supieren aún cuando para ello tuvieren que inculpar a terceros. Esta tendencia coincide con una serie de hechos que conmocionaron a la sociedad de entonces: el asesinato en Noviembre de 1974 del Presidente del Tribunal de Cámara de Drenkmann, el secuestro del político berlinés Peter LORENZ, en Marzo de 1975, y el ataque que, con toma de rehenes, tuvo lugar el 24 de Abril de 1975 contra la embajada alemana en Estocolmo. Todo ello hizo que surgiera una sensación de inseguridad generalizada⁽³²³⁾, que unida a lo que, desde círculos diversos, se consideró un estado de necesidad ante el que enfrentaban las labores de investigación (*Ermittlungsnotstand*)⁽³²⁴⁾, propició la aparición de un nutrido conjunto de proyectos

arr. cit., Rdn. 20, p. 52; RUDOLPHI, en op. arr. cit., Rdn. 19, p. 24; DREHER/TRÖNDLE, en op. arr. cit., Rdn. 14 y ss, p. 671. Sobre el § 87.III: STREE, en op. arr. cit., Rdn. 18, p. 980; WILLMS, en op. arr. cit., Rdn. 19 y ss., p. 1012; WILLMS en op. arr. cit., Rdn. 11 y ss., p. 211 y ss.; DREHER/TRÖNDLE, en op. arr. cit., Rdn. 10 y 11; p. 718.

⁽³²³⁾ Vid. *Die Zeit*, 7 Marzo de 1975, cit. por JAHREISS, "Zum Ruf nach dem sogenannten Kronzeugen. Das Mitglied einer Bande von Schwerstverbrechern als "Staats-Zeuge" mit zugesicherter Belohnung für rechtsförderliche Aussage", en *Festschrift für Richard LANGE*, Berlin-New York, 1976, p. 768.

⁽³²⁴⁾ Incluso, algunos proyectos legislativos consignaban expresamente como presupuesto la concurrencia de tal situación: así el presentado por el Gobierno del land Nordrhein-Westfalen (Dr 176/75) exigía que "*die Aufklärung der Tat oder die Ergreifung der Tädel Führer oder Hintermänner auf andere weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre*". Puede consultarse en JAHREISS, "Zum Ruff...", op. cit., p. 769; en el mismo sentido, el Proyecto del Gobierno (BT-Drucks 7/4005, puede verse en STURM, "Zur Bekämpfung terroristischer Vereinigungen -Ein Beitrag zum Gesetz

legislativos⁽³²⁵⁾, que propugnaban la introducción en el Código Penal de lo que dio en llamarse una "*Kronzeugenregelung*"⁽³²⁶⁾, que debía operar dentro del delito de formación de asociaciones terroristas. Fruto de todo ello, fue la introducción en el StGB de un nuevo párrafo, el 129 a), con cuyo apartado V se satisfacían, aunque sólo en parte, aquellas pretensiones. De él tendré ocasión de ocuparme más adelante.

Siguiendo aquella orientación -y, en parte debido a la presión que en este sentido se ejerció desde círculos policiales⁽³²⁷⁾- pronto se pensó en trasladar aquellos planteamientos al ámbito de los delitos de tráfico de drogas, y así logró aprobarse lo que se consideró "*eine weiche/kleine Kronzeugenregelung*"⁽³²⁸⁾, aplicable a los citados delitos, y contenida en el § 31 de la *Betäubungsmittelgesetz (BtMG)* de 1 de Enero de 1981⁽³²⁹⁾, a cuyo tenor:

"Das Gericht kann die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2 des Strafgesetzbuches) oder von einer Bestrafung nach § 29 Abs. 1, 2, 4 oder 6 absehen, wenn der Täter.

vom 18 August 1976", *MDR*, 1977, p. 8, nota 20. No obstante, algún autor se permitió cuestionar la existencia de aquella "*Ermittlungsnotstand*" (MEYER, "Brauchen...", *op. cit.*, p. 27), al tiempo que otros entendían que era inadecuado consignarla como presupuesto en el texto de la ley (JAHRREISS, "Zum Ruf...", *op. cit.*, p. 778 y 779). Puede verse un detallado análisis de los proyectos más relevantes en JAEGER, *Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung von §31 BtMG*, Frankfurt, Bern, New York, 1986, p.4 y ss.

⁽³²⁵⁾ HILGER, "Die Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten", *NJW*, 1989, Heft 38, p. 2377, nota 2; LAMMER, "Terrorbekämpfung...", *op. cit.*, p. 249, nota 1; MAYER, "Brauchen...", *op. cit.*, p. 25 y ss.; STURM, "Zur Bekämpfung...", *op. cit.*, p. 7, nota 3.

⁽³²⁶⁾ Con tal denominación, la doctrina alemana se viene refiriendo a la regla por cuya virtud el Estado concede ciertos beneficios punitivos al responsable de un delito al que tal regla se aplica, el cual, o bien coopera con las autoridades en la investigación de hechos punibles de aquella clase, o bien se presta, en su caso, a actuar como testigo de la acusación contra quienes tomaron parte en el mismo tipo de hechos. Por tanto, la actividad del "*Kronzeuge*" debe ir más allá de lo que pudiera configurarse, en sentido amplio, como simple desistimiento, pues, en líneas generales, es la que se predica del testigo de la Corona en los ordenamientos anglosajones, de donde la doctrina alemana toma literalmente la expresión. En contra de la denominación de "*Kronzeuge*", por considerar más adecuada la de "*Staats-Zeuge*": JAHREIS, "Zum Ruf...", p. 767, y LAMMER, "Terrorbekämpfung...", *op. cit.*, p. 249.

⁽³²⁷⁾ JUNG, "Der Kronzeuge-Garant der Wahrheitsfindung oder Instrument der Überführung?", *ZRP*, 1986, Heft 2, p. 41 y p. 42.

⁽³²⁸⁾ WEIGEND, "Anmerkungen zur Diskussion um den Kronzeuge aus der Sicht des amerikanischen Rechts", *Festschrift für H-H. JESCHECK zum 70 Geburtstag*, Zweiter Halband, Berlín, 1985, p. 1349, y LAMMER, "Terrorbekämpfung...", *op. cit.*, p. 249.

⁽³²⁹⁾ Vid. por todos, JAEGER, *Der Kronzeuge...*, *op. cit.*

1. *durch freiwillige Offenbarung seines Wissens wesentlich dazu beigetragen hat, daß die Tat über seinen eigenen Tatbeitrag hinaus aufgedeckt werden konnte, oder.*

2. *freiwillig sein Wissen so rechtzeitig einer Dienststelle offenbart, daß Straftaten nach § 29 Abs. 3, § 30 Abs. 1, von deren Planung er weiß, noch verhindert werden können".*

En realidad, no se trataba de una auténtica regla del "testigo de la Corona" con el significado que -como vimos- se le otorga en el Derecho anglosajón; ello por cuanto el precepto no exigía que la colaboración prestada por el imputado llegara al extremo de inculpar a terceros, pero, sin duda, representaba un paso importante en aquel sentido⁽³³⁰⁾; por ello, no tardaron en alzarse voces que -amen de cuestionar la posible eficacia de tal regla⁽³³¹⁾- alertaban de los peligros que derivaban de la escasa credibilidad que podía concederse a tales sujetos⁽³³²⁾, de aquellos otros que surgirían si llegaba a convertirse en instrumento habitual en la lucha contra el narcotráfico, hasta convertir en rutinaria su aplicación⁽³³³⁾, y de otros inconvenientes que resultaban de la regulación legal que de tal regla se había hecho⁽³³⁴⁾.

⁽³³⁰⁾ Así, BERNSMANN, "Kronzeugenregelungen...", *op. cit.*, p. 540; JUNG, "Der Kronzeuge...", *op. cit.*, p. 41; WELGEND, "Anmerkungen...", *op. cit.*, p. 1334 y 1335.

⁽³³¹⁾ En este sentido, entre otros: BERNSMANN, "Kronzeugenregelungen...", p. 539 y 540; WEIGEND, "Anmerkungen...", *op. cit.*, p. 1337. De hecho -según afirma JUNG (Der Kronzeuge...", *op. cit.*, p. 42)- las esperanzas que en tal regla se habían puesto quedaron defraudadas, y así se desprendía de determinados informes elaborados bajo la iniciativa del Gobierno; además, en al práctica, no tuvo excesiva aplicación sino que -según el banco de datos que sobre la ley ordenó crear el Ministro de la Juventud, la familia y a salud- la mayor parte de casos de colaboración con las autoridades se resolvían con la aplicación del § 49 StGB.

⁽³³²⁾ JAEGER, Der Kronzeuge... *op. cit.*, p. 88 y ss. ; WEIGEND, "Anmerkungen...", p. 1348; JUNG, "Der Kronzeuge...", *op. cit.*, p. 38.

⁽³³³⁾ WEIGEND, "Anmerkungen...", p. 1335; JUNG, "Der Kronzeuge...", *op. cit.*, p. 41 y p. 42.

⁽³³⁴⁾ Así, WEIGEND criticó no solo la vaguedad de la fórmula legislativa empleada y el excesivo marco que se había concedido a la discrecionalidad judicial, sino también el hecho de haber configurado el precepto como una especie de "tipo de resultado", por cuya virtud la concesión de los beneficios podía hacerse depender de hechos que, como la eficiencia policial, o el bagaje de conocimientos que ya tuvieran en su poder las autoridades, quedaban fuera de las posibilidades de control del sujeto; a juicio de este autor una interpretación en aquel sentido contravendría la prohibición de arbitrariedad consignada en el art. 3, de la Constitución, así como los principios que orientan -según el § 46 StGB- el sistema alemán de determinación de la pena. "Anmerkungen...", *op. cit.* p. 1335 y ss.; en extenso, JAEGER, Der Kronzeuge... *op. cit.* p. 40 y ss.

IV.3.2. El § 129 a)V StGB.

Cómo ya se dijo, la introducción en el Código penal del § 129 a) -con su discutido apartado quinto- se produjo tras un ir y venir de proyectos legislativos en aquel sentido, que, tras levantar una amplia polémica⁽³³⁵⁾, desembocarían en la Ley de 18 de Agosto de 1976 (Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO, des G.V.G, der BRAO und del St Vollz G)⁽³³⁶⁾.

En el § 129 a) StGB se sanciona la fundación, participación y colaboración con una asociación terrorista, así como la propaganda que de ella se hiciere (apartado 1), resultando punible, además, la mera tentativa de fundar una asociación de aquella clase (apartado 3). En tal precepto se produce un aumento de las penas que para la formación de cualesquiera otras asociaciones criminales están previstas en el § 129 StGB; ahora bien, paralelamente, se establece, en el apartado quinto, la posibilidad de prescindir de la condena (*Absehen von Bestrafung*) o, en su caso, de atenuar la pena. Tal posibilidad estaba ya prevista en el §129 VI StGB para todo tipo de asociaciones criminales; de modo que nuestro precepto se limita a remitirse a lo allí dispuesto.* Pues bien, a tenor del § 129VI :

"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".

⁽³³⁵⁾ Vid. JUNG, *Straffreiheit für den Kronzeugen?* Köln, Berlin, Bonn, München, 1974, p. 7; SCHMINCK GUSTAVUS, *El renacimiento del Leviatan*, trad. del italiano de Rodríguez Aguilera, Barcelona, 1982, p. 57.

⁽³³⁶⁾ *Bundesgesetzblatt*, I, p. 2181.

(*) Precisamente por ello, cuando se citen comentarios al Código penal, la cita lo será -salvo que expresamente se diga lo contrario- al § 129.VI, al que los distintos comentaristas se remiten al abordar el estudio del § 129 a).V.

En realidad, lo dispuesto en el § 129 a)V (ex remisión al § 129VI), quedaba muy lejos de lo que habían sido las distintas iniciativas legislativas. Así, por ejemplo, el Proyecto del Gobierno (BF-Drucks 7/4005) tenía más amplias pretensiones al permitir que la misma previsión figurase para el caso de el autor "*wesentlich dazu beigetragen hat, daß die Tat über seinen eigenen Tatbeitrag hinaus aufgeklärt werden konnte oder Rädelsführer oder Hintermänner ergriffen werden konnten...*" (§129aV, nº3, Proyecto gubernamental)⁽³³⁷⁾

Precisamente, por esta limitación que sufrió el texto definitivo, y por el hecho de que en todo caso la atenuación o exclusión de la pena sólo alcanzase a la pena correspondiente por el delito previsto en el § 129 a), se dijo que el apartado V no contenía una auténtica regla del "testigo de la Corona", sino sólo "*eine kleine Kronzeugenregelung*" en la que, no obstante, subyacía aquella idea, y representaba un paso importante en aquel sentido⁽³³⁸⁾.

En realidad -como afirma JUNG⁽³³⁹⁾- el legislador lo que hizo fue desarrollar la concepción del desistimiento, creando para ello un precepto específico que, entre otras cosas, se retiraba de las reglas generales del § 24 en el hecho de darle entrada pese a la consumación del delito de formación de asociación terrorista. En efecto, sólo para el caso de tentativa de fundación, prevista en el apartado 3, era posible aplicar el § 24 StGB⁽³⁴⁰⁾. Del mismo modo, tal posibilidad debía admitirse en relación con los concretos delitos -distintos, aunque vinculados, al de formación de asociación terrorista- que el sujeto hubiere comenzado a ejecutar y aún no estuviesen consumados; Esto último tiene su razón de ser en el hecho de que, en principio, el desistimiento de un delito concreto sólo produce efecto respecto a este, de modo que no eximirá de la pena correspondiente al delito de formación de asociaciones terroristas, a menos que -como bien puntualizan

⁽³³⁷⁾ Puede verse en STURM, "Zur Bekämpfung...", Op. cit., p. 8, nota 20.

⁽³³⁸⁾ Así: BERNSMANN, "Kronzeugenregelungen...", op. cit., p. 542; HILGER, "Die Kronzeugenregelung...", op. cit., p. 2378; JUNG, "Der Kronzeuge...", op. cit., p. 38; LENCKNER, en SCHÖNKE/ SCHRÖDER, StGB Kommentar, op. cit., Rdn. 20, p. 1125; RUDOLPHI, Systematischer Kommentar, Band II: Besonderer Teil, op. cit., Rdn. 26, p. 45.

⁽³³⁹⁾ "Der Kronzeuge...", Op. cit., p. 41; en el mismo sentido, WEIGEND, "Anmerkungen...", Op. cit., p. 1334 RUDOLPHI, Systematischer Kommentar..., Op. cit., Rdn. 24, p. 45 y § 129 a).V, Rdn. 8, p. 49.

⁽³⁴⁰⁾ BUBNOFF, Leipziger Kommentar, Band IV: Besonderer Teil, 10. Auflage, Berlin-New York, 7. Abschnitt, Rdn. 29, p. 56; LENCKNER, en SCHÖNKE/ SCHRÖDER, StGB Kommentar, op. cit., Rdn 18, p. 1124; donde, además, deja planteada la interesante cuestión de si cabría que el sujeto se beneficiase de la regla especial para el caso de que su desistimiento fracasara.

LENCKNER y RUDOLPHI⁽³⁴¹⁾- con dicha conducta se llenen también los presupuestos que, según el apartado V del § 129.a, permitirían la exención o atenuación de la pena correspondiente a ese delito. Y tal cosa no siempre ocurrirá: piénsese en el caso de quien desiste de un concreto delito pero nada hace para evitar, o posibilitar que sean las autoridades quienes traten de evitar otros distintos, cuya planificación le es conocida.

Pues bien, fuera de los casos vistos, era necesario crear una regla especial, a cuya exégesis se pasa a continuación.

En el apartado primero de la misma están previstas dos hipótesis: la primera, consiste en el *esfuerzo serio y voluntario* del sujeto por *impedir la continuación de la asociación*, y la segunda, en ese mismo esfuerzo destinado a *impedir la comisión de un hecho de los que constituyen el objetivo de la organización*. En estos casos, el Tribunal, facultativamente, puede prescindir de la condena o atenuar la pena, según su criterio. Aquí hay que convenir con la doctrina⁽³⁴²⁾ en que el precepto no exige que aquel esfuerzo se vea seguido del éxito. Tal conclusión aparece avalada, al menos en lo que se refiere a la primera de las hipótesis vistas, por el inciso último del apartado segundo, por cuya virtud si aquel esfuerzo por impedir la continuación de la asociación se viera coronado por el éxito, resulta obligatorio conceder la impunidad al sujeto, no pudiendo, por tanto, el Tribunal optar por la mera atenuación de la misma.

Hasta tal punto pone el legislador el acento en el esfuerzo serio y voluntario del sujeto, y no tanto en el resultado de aquél, que, incluso en determinados casos en los que el éxito se produjera, debería excluirse la aplicación de los beneficios; así cuando dicho éxito fuera ajeno al esfuerzo del sujeto, o bien cuando hubiere de negarse la seriedad de dicho esfuerzo: así ocurriría cuando para la evitación del resultado el sujeto no hubiere llevado a cabo todo lo que, según su representación, era necesario y, pese a ello, su conducta resultare exitosa, o cuando su esfuerzo se hubiere dirigido sólo a la evitación de un delito, siendo que podía y debía haberlo dirigido a la evitación de varios, respecto de los cuales nada hizo⁽³⁴³⁾. Con relación a este último supuesto, podría objetarse que

⁽³⁴¹⁾ En SCHÖNKE/ SCHRÖDER, StGB Kommentar, *op. cit.*, Rdn. 23, p. 1125; Systematischer Kommentar, *op. cit.*, Rdn. 29, p. 45, respectivamente.

⁽³⁴²⁾ Así. BUBNOFF, Leipziger Kommentar, *op. cit.*, Rdn. 27, p. 27, JESCHECK Lehrbuch des Strafrechts, 4, vollständig neubearbeitet und erweiterte Auflage, Berlin, 1988, p. 492, nota 37; LENCKNER, en SCHÖNKE/ SCHRÖDER, StGB Kommentar, *Op. cit.*, Rdn. 20, p. 1125; MAURACH-SCHROEDER-MAIWALD, Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband II, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte. Ein Lehrbuch, 7, neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 1991, p. 372; RUDOLPHI, Systematischer Kommentar, *op. cit.*, Rdn. 27, p. 45.

⁽³⁴³⁾ Así, LENCKNER, en SCHÖNKE/ SCHRÖDER, StGB Kommentar, *op. cit.*, Rdn. 19 y 21, p. 1125

respecto al delito efectivamente evitado sí concurrió el esfuerzo voluntario y serio del autor; sin embargo, quizá ello sería una interpretación excesivamente pegada al texto de la ley y contraria a su espíritu. La consideración a que el precepto responde es -como dice LENCKNER⁽³⁴⁴⁾- la de servir de estímulo al miembro de una organización terrorista para que disminuya el peligro que la existencia de ésta comporta, y sería ingenuo decir que tal disminución se produce por la evitación de solo un delito; en efecto, se ha eliminado el peligro que el delito concreto representaba, pero para recompensar tal conducta ya está el § 24 StGB. Este es, a mi juicio, el precepto que debería aplicarse, quedando, por tanto subsistente, la responsabilidad por el delito previsto en el § 129 a), cuyo apartado primero valora en mayor medida la voluntariedad y seriedad del esfuerzo que el resultado del mismo; precisamente por ello concede aquellos beneficios pese a la esterilidad del esfuerzo; de otro modo, podría llegarse al absurdo de aplicar el § 129.a V al miembro de una organización terrorista que evita un delito como maniobra táctica para cometer otro de mayor envergadura, o para posibilitar que otros lo cometan.

Por lo que se refiere al apartado 2 del § 129 a).V, aquí la conducta consiste en la *revelación que en tiempo oportuno se hace a las autoridades de los hechos penales cuya planificación se conoce*, de modo que aún puedan ser evitados. En este caso, queda dentro de lo que son las facultades discrecionales del Tribunal el prescindir de la condena o, simplemente, atenuar la pena correspondiente al delito del § 129.a).

Respecto a este supuesto, existe cierta unanimidad⁽³⁴⁵⁾ en considerar que es necesario el éxito, esto es, la efectiva evitación de los delitos a que la revelación se refería, de modo que es el sujeto quien debe correr con el riesgo de una posible ineficiencia policial. Sin embargo, creo que no están exentos de razón quienes -como BERNSMANN⁽³⁴⁶⁾- afirman que, para gozar de la exención de pena o de su atenuación por el delito del § 129.a, basta con que el sujeto hubiere ofrecido oportunamente a las autoridades los conocimientos a que nos hemos referido, con independencia de que aquellas consigan evitarlos o no. Esto es así, porque -como atinadamente afirma

⁽³⁴⁴⁾ En SCHÖNKE/ SCHRÖDER, StGB Kommentar, *op. cit.*, Rdn. 20, p. 1125.

⁽³⁴⁵⁾ Así, BUBNOFF, Leipziger Kommentar, *op. cit.*, Rdn. 27, p. 56, LENCKNER, en SCHÖNKE/ SCHRÖDER, StGB Kommentar, *op. cit.*, Rdn. 22, p. 1125; RUDOLPHI, Systematischer Kommentar, *op. cit.*, Rdn. 28, p. 45.

⁽³⁴⁶⁾ "Kronzeugenregelungen...", *op. cit.*, p. 543.

LENCKNER⁽³⁴⁷⁾ - el hecho de la revelación es apto para constituir por sí solo el esfuerzo voluntario y serio al que se refiere el apartado 1, el cual permite la atenuación o exención de la pena con independencia del éxito o fracaso del intento; por ello -continúa LENCKNER- "frente al apartado 1, el apartado 2 sólo tiene un significado propio cuando la revelación a que se refiere el apartado 2 no es expresión de un esfuerzo "serio", así cuando el sujeto lleva a cabo dicha revelación a través de un tercero cuya falta de formalidad ,o cuya falta de exactitud le es conocida"⁽³⁴⁸⁾ y, pese a todo, el delito se evita.

Llegamos así a lo que es el único caso en que la exención de pena es obligatoria, de modo que el sujeto no será castigado cuando *consigue impedir la continuación de la asociación o cuando esto tiene lugar independientemente de sus esfuerzos*. En realidad, se trata de una disposición idéntica a la regla general contenida en el § 24.II,2⁽³⁴⁹⁾.

Por tanto, resulta irrelevante que el éxito se produzca por causas distintas al comportamiento del sujeto, quien, no obstante, deberá haberse esforzado voluntaria y seriamente en conseguirlo⁽³⁵⁰⁾.

IV.3.3.- El art. 4 de la Ley de 9 de Junio de 1989 (Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten).

A mediados de los años ochenta, cobró, de nuevo, fuerza la vieja polémica sobre la conveniencia de introducir una "gran" regla del "testigo de la Corona" en el ámbito de los delitos de terrorismo. Volvió a hablarse de la existencia de una "*Ermittlungsnotstand*", esto es, de una situación de necesidad ante la que se enfrentaban las labores de investigación criminal, de entidad tal que no era posible afrontarla con las

⁽³⁴⁷⁾ En SCHÖNCKE/ SCHRÖDER, StGB Kommentar, *op. cit.*, Rdn. 22, p. 1125.

⁽³⁴⁸⁾ *Ibidem*. Vid. también, BLEI, *Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Studienbuch*, 12.,Aufl.,München, 1983, p.299, y LENCKNER en SCHÖNCKE/ SCHRÖDER, StGB Kommentar, *op. cit.*, Rdn. 22, p. 1125.

⁽³⁴⁹⁾ MAURACH-SCHROEDER-MAIWALD, Strafrecht. Besonderer Teil, Teilband II, *op. cit.*, p. 372.

⁽³⁵⁰⁾ BUBNOFF, Leipziger Kommentar, *op. cit.*, Rdn. 28, p. 56; LENCKNER, en SCHÖNCKE/ SCHRÖDER, StGB Kommentar, *op. cit.*, Rdn. 19, p. 1125; RUDOLPHI, Systematischer Kommentar, *op. cit.*, Rdn. 25, p. 45.

técnicas usuales de lucha contra el delito. Una "gran" regla del "testigo de la Corona" -cuya amplitud, no obstante, no podía ser la que se otorgaba en los ordenamientos anglosajones⁽³⁵¹⁾- podía, según sus partidarios, hacer frente a aquella situación. Por una parte, con ella se atacaba desde dentro la organización al debilitar la confianza recíproca entre sus miembros; por otra parte, posibilitaba la aclaración de delitos ya perpetrados y el descubrimiento de sus culpables. Sin embargo, no era esta una solución pacífica. Así, no sólo se cuestionó⁽³⁵²⁾ la existencia misma de aquella "*Ermittlungsnotstand*" -que, en última instancia, se consideraba lo único capaz de justificar la creación de una regla de aquel tipo⁽³⁵³⁾- sino que también hubo quien dijo que detrás de todo ello se escondía la errónea consideración de que todo puede y debe ser aclarado, y, en fin, que suponía un enfrentamiento entre la funcionalidad de la Administración de Justicia penal y principios básicos del Estado de Derecho que impiden la obtención de la verdad a cualquier precio⁽³⁵⁴⁾.

Pues bien, tras una serie de numerosas iniciativas legislativas⁽³⁵⁵⁾ en aquel sentido, se aprobó el texto definitivo por Ley de 9 de Junio de 1989, posteriormente modificada por Ley de 16 de Febrero de 1993 con el fin de prorrogar su vigencia, originariamente limitada hasta el 31 de Diciembre de 1992. Su art. 4 dice así:

⁽³⁵¹⁾ La doctrina insistió en la limitación que en aquel sentido suponía la vigencia del principio de legalidad procesal, y, en general, la distinta configuración del sistema procesal alemán; así, entre otros, FÜLLKRUG, "Unzulässige...", *Op. cit.*, p. 121; MEYER, "Brauchen...", *op. cit.*, p. 26; puede verse, también, la bibliografía citada por BERNSMANN, "Kronzeugenregelungen...", *op. cit.*, p. 539, nota 6.

⁽³⁵²⁾ BERNSMANN, "Die Kronzeugenregelung", *NZS*, 1989, Heft 10, p. 457.

⁽³⁵³⁾ En tal sentido se manifestó mayoritariamente la doctrina: FÜLLKRUG, "Unzulässige...", *op. cit.*, p. 121; JUNG, "Der Kronzeuge...", *op. cit.*, p. 38, p. 40 y ss; LAMMER, "Terrorbekämpfung...", *Op. cit.*, p. 250.

⁽³⁵⁴⁾ En este sentido, JUNG, "Der Kronzeuge...", *op. cit.*, p. 38, 40 y 42; no obstante, el citado autor no olvidaba que el buen funcionamiento de la Administración de Justicia penal es también un objetivo deseable desde el punto de vista constitucional.

⁽³⁵⁵⁾ El texto definitivo reproducía, sustancialmente, lo dispuesto en el art. 3 del Proyecto gubernamental de 27.5. 1988 (BT-Dr 11/2834); el texto de dicho Proyecto puede consultarse en LAMMER, "Terrorbekämpfung...", *op. cit.*, p. 249, nota 2. Sobre las diferentes iniciativas legislativas, pueden verse, entre otros: BERNSMANN, "Die Kronzeugenregelung", *op. cit.*, p. 456; HASSEMER, "Die Kronzeugenregelung", *op. cit.*, p. 79 y ss.; HILGER "Die Kronzeugenregelung...", *op. cit.*, p. 2377; JAEGER, *Der Kronzeuge...* *op. cit.* p. 4 y ss.

§ 1

Offenbart der Täter oder Teilnehmer einer Straftat nach § 129 a) des Strafgesetzbuches oder einer mit dieser Tat zusammenhängenden Straftat selbst oder durch Vermittlung eines Dritten gegenüber einer strfverfolgungsbehörde 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 Täter 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, 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 § 153 b 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 § 220 a 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 Vermittler anvertraut worden ist.

§ 5

Die §§ 1 bis 3 sind nur anzuwenden, wenn das Wissen über die Tatsachen bis zum 31. Dezember 1995 offenbart worden ist.

El texto transcrito introdujo ciertas restricciones respecto a lo que habían sido anteriores proyectos⁽³⁵⁶⁾, las cuales, no obstante, fueron consideradas insuficientes⁽³⁵⁷⁾. Por otra parte, supuso la introducción de una "gran" regla del "testigo de la Corona", desde el momento en que no limitaba sus efectos al delito del § 129 a), sino que el Tribunal atenuaría o, en su caso, prescindiría de la pena correspondiente a *todos* los delitos que el sujeto hubiere cometido en relación con el de formación de una asociación terrorista, siempre que no fueran de los que impedían la aplicación de los beneficios recogidos en el art. 4⁽³⁵⁸⁾.

A continuación, se analizará el art. 4, cuyas disposiciones -como bien afirma LENCKNER⁽³⁵⁹⁾- son ley especial frente a los establecido en el StGB, y, consecuentemente, resultan de aplicación preferente.

El art. 4 es -como dice LAMMER⁽³⁶⁰⁾- un precepto híbrido, en el cual se ofrecen tanto soluciones de naturaleza procesal como jurídico material. En efecto, para determinados sujetos y previo cumplimiento de una serie de requisitos que veremos, se permite la adopción de alguna de las *medidas* siguientes:

⁽³⁵⁶⁾ Así, respecto al Proyecto de 31-10-1986 (BT-Dr. 10/6286).

⁽³⁵⁷⁾ HASSEMER "Die Kronzeugenregelung", *op. cit.*, p. 79.

⁽³⁵⁸⁾ BERNSMANN, "Die Kronzeugenregelung", *op. cit.*, p. 456, nota 53; LENCKNER, en SCHÖNKE/ SCHRÖDER, StGB Kommentar, *op. cit.*, § 129.a, Rdn. 8, p. 1129; FÜLLKRUG, "Unzulässige...", *op. cit.*, p. 120 y 121, autor que consideró este precepto como una especie de inadmisibile "Generalabsolution" por una pluralidad inconcreta de delitos.

⁽³⁵⁹⁾ En SCHÖNKE/ SCHRÖDER, StGB Kommentar, *op. cit.*, § 129.a, Rdn. 8, p. 1129.

⁽³⁶⁰⁾ "Terrorbekämpfung...", *op. cit.*, p. 249.

a.- *Prescindir de la persecución penal* (art. 4 § 1);

b.- *Archivar el proceso*, una vez que ha tenido lugar el ejercicio de la acción. (art. 4, § 2); o

c.- *Prescindir de la pena o atenuarla en la sentencia* (art. 4, § 2).

En el primero de los casos vistos, la decisión corresponde adoptarla al Fiscal General Federal, quien, no obstante, deberá contar con la aprobación de la Sala de lo penal del Bundesgerichtshof⁽³⁶¹⁾. En cualquier caso, dicha decisión carece del valor de cosa juzgada⁽³⁶²⁾. Ambos extremos -la falta de autonomía del Fiscal General Federal, y la posibilidad de reabrir el procedimiento- deberán ser puestas en conocimiento del potencial "testigo de la Corona" desde el inicio de las negociaciones. Esto debe ser así -aunque nada diga el art. 4 -porque, de otro modo, se vulnerarían las reglas esenciales que presiden el "fair trial", y, más concretamente el § 136 a) StPO, que configura como método de interrogatorio prohibido el prometer al sujeto la obtención de ventajas no previstas en la ley; y la ley no prevé que el Fiscal General sea quien tenga la última palabra en cuanto a la decisión de archivo, y que éste, en caso de producirse, tenga efectos de cosa juzgada⁽³⁶³⁾

Antes de optar por esta modalidad de archivo, deberá haberse realizado la ponderación a que se refiere el art. 4 § 1, al exigir que sólo se prescinda de la persecución, cuando la significación de lo que el autor o el partícipe han revelado en orden a evitar futuros delitos, sea de una entidad similar a la que tenían los hechos de que tales sujetos fueran responsables.

Se trata de una cláusula basada en el principio de proporcionalidad, con la que se trata de asegurar un cierto equilibrio entre las "contraprestaciones". Sin embargo, su significación práctica se ve limitada desde el momento en que está llamada a operar en la

⁽³⁶¹⁾ En el proyecto gubernamental se preveía que la aprobación fuera competencia del Juez de la investigación; no obstante, ante las críticas de que por ello fue objeto, se optó por esta otra solución, la cual, sin embargo, no está exenta de problemas. Vid. BERNSMANN, "Die Kronzeugenregelung", *op. cit.*, p. 459 y 460.

⁽³⁶²⁾ BERNSMANN, "Die Kronzeugenregelung", *op. cit.*, p. 460; LAMMER, "Terrorbekämpfung...", *op. cit.*, p. 250.

⁽³⁶³⁾ En tal sentido, LAMMER, "Terrorbekämpfung...", *op. cit.*, p. 251; MEYER, "Brauchen...", *op. cit.*, p. 27. En general, sobre los problemas que una regla del "testigo de la Corona" plantea desde la perspectiva del § 136.a StPO: FÜLLKRUG, "Unzulässige...", *op. cit.*, p. 119 y ss.

fase de investigación, donde difícilmente estarán suficientemente claros los hechos penales que el sujeto -todavía mero sospechoso- ha podido realizar; por otra parte, a nadie se le oculta la dificultad que encierra el evaluar anticipadamente el auténtico significado de la ayuda que dicho sujeto ha prestado⁽³⁶⁴⁾.

La segunda posibilidad a que se ha hecho referencia, deriva de la remisión que el art. 4 hace a lo dispuesto en el § 153 b.2 StPO. Como tuvimos ocasión de ver en páginas atrás, en tal precepto se autoriza al Tribunal a archivar el proceso una vez ejercitada la acción, y hasta el momento de la vista principal, cuando se dan los presupuestos bajo los cuales podría prescindir de la pena; para proceder a tal archivo, el Tribunal deberá contar, además, con la aprobación del Fiscal General Federal (art. 4, § 2).

Una vez abierto el juicio oral, la única posibilidad era aquella mencionada en tercer lugar, esto es, la consistente en prescindir en la sentencia de la pena, o en atenuarla, según criterio discrecional del Tribunal.

A continuación, vamos a ver los *requisitos* necesarios para poder gozar de uno de aquellos beneficios.

En primer lugar, es necesaria la *revelación* que el sujeto hace a una autoridad encargada de la persecución de hechos penales; revelación que debe ser idónea para:

- a.- *Evitar la perpetración* de un delito de la clase a que la ley va referida; o
- b.- *Permitir la aclaración* de tal tipo de hechos; o bien,
- c.- *Permitir la captura* de un autor o partícipe en los mismos.

Como puede observarse, la gama de comportamientos admisibles es más amplia de lo que se establecía en otros preceptos que ya han sido analizados.

Por lo que se refiere a la evitación de futuros delitos, no es este, evidentemente, un supuesto nuevo, sino que goza de gran raigambre en el StGB, pese a lo cual no todos los Proyectos lo contemplaron como uno de los que permitía la aplicación de los citados beneficios, lo cual no deja de ser sintomático⁽³⁶⁵⁾.

⁽³⁶⁴⁾ Vid. sobre este extremo: BERNSMANN, "Die kronzeugenregelung", Op. cit., p. 460; HILGER, "Die "Kronzeugenregelung " ..., op. cit., p. 2377; LAMMER, "Terrorbekämpfung...", op. cit., p. 250.

⁽³⁶⁵⁾ Así, Proyecto de 31.10.1986 (BT-Dr. 10/6286). A juicio de HASSEMER, la introducción que de tal conducta se hizo en el Proyecto gubernamental no respondía al serio convencimiento de que con tal regla se impidiere la comisión de futuros delitos -según él, la fórmula empleada impedía la

Por el contrario, sí que resultaban novedosas las dos conductas restantes. La consistente en posibilitar la captura del autor o partícipe⁽³⁶⁶⁾ en uno de aquellos delitos, exigía inculpar a terceros. Lo mismo podía suponer el segundo de los comportamientos vistos: la revelación idónea para aclarar un delito en que el sujeto que la hiciera hubiere participado, debía -por así exigirlo el art. 4, § 1, n° 2- ir más allá de lo que había sido su propia contribución al hecho; por tanto, tratándose de un delito plurisubjetivo, ello implicaba la identificación de los restantes partícipes. Ello no obstante, la ley no exigía que tal inculpación tuviere lugar en forma de testimonio prestado en el juicio oral, sino que bien podía consistir en la simple declaración que al respecto se hacía en la fase de investigación y que carecía, por tanto, de todo valor probatorio, aunque no por ello dejase de plantear otros problemas que la doctrina se encargó de señalar, y de los que, más adelante, me ocuparé.

Pues bien, la revelación hecha por el sujeto debía ser idónea para la consecución de alguno de aquellos objetivos. La ley no exigía más, y, concretamente, la doctrina entendió que no era necesario que efectivamente hubiere conducido a aquellos resultados, de modo que los riesgos que podían derivarse de la ineficiencia policial, o de cualquier otra causa que no fuera la inidoneidad "*ex ante*" de la revelación, eran irrelevantes⁽³⁶⁷⁾.

Para poner fin al análisis de las conductas que nos ocupan, hay que señalar que la ley permitía al sujeto servirse de un tercero para llevar a cabo la revelación (art. 4 § 1). En realidad, se estaba pensando en la dinámica propia de este tipo de negociaciones: el sujeto hace su "oferta" a través, por ejemplo, de un Abogado y, sin correr riesgo alguno, tiene conocimiento de lo que los destinatarios de aquella están dispuestos a entregarle a cambio. Ahora bien, para ello era necesario garantizar el derecho del mediador al secreto. Eso es lo que hace el art. 4 § 4, que -como dice BERNSMANN⁽³⁶⁸⁾-prevalece frente a lo dispuesto en el § 138 StGB, el cual sanciona la omisión de denuncia de hechos penales

consecución de ese objetivo- sino que respondía al simple deseo de acallar las críticas, "Die Kronzeugenregelung...", *op. cit.*, p. 80.

⁽³⁶⁶⁾ A juicio de BERNSMANN, la utilización de tales términos era inadecuada, y podía dar lugar a que se interpretase en el sentido de que era necesario para gozar de los beneficios, el que tales sujetos resultaran efectivamente condenados como autores o partícipes de delito o delitos de que se tratara, "Die Kronzeugenregelung", *op. cit.*, p. 459.

⁽³⁶⁷⁾ Así, entre otros, BERNSMANN, "Die Kronzeugenregelung", *op. cit.*, p. 460; HILGER, "Die Kronzeugenregelung...", *op. cit.*, p. 2378.

⁽³⁶⁸⁾ "Die Kronzeugenregelung", *op. cit.*, p. 461.

cuyos planes se conocen; no obstante, es discutible que tal exoneración debiera también regir cuando el mediador omitiere la denuncia de aquellos hechos, que por su gravedad, resultan excluidos del ámbito de aplicación del art. 4, y de cuya futura comisión tuviere conocimiento.

Por lo que se refiere al *ámbito de aplicación* del precepto, el art. 4 resulta aplicable al delito previsto en el § 129 a) y a cualesquiera otros a él conexos, salvo que se tratare del delito de genocidio previsto en el § 220a) StGB. Este último es, sorprendentemente, el único delito que queda totalmente exceptuado de cualquier tipo de beneficio, quizá, entre otras cosas, porque el pasado histórico de una nación es algo que pesa mucho. Tratándose de los delitos de asesinato (§ 211 StGB) y homicidio (§ 212 StGB) no cabe ni prescindir de la persecución, ni eximir de pena, pero no se excluye la posibilidad de su atenuación, ni tampoco que quienes fueran responsables de hechos tales, se vieran exentos de toda persecución o de la pena en relación con otros delitos que hubieren cometido (art. 4 § 3). Ante tal estado de cosas, no se puede menos que suscribir las críticas que al respecto se hicieron⁽³⁶⁹⁾.

Pero aún hay más; el mismo § 3 permitía que la aplicación de los beneficios previstos en los §§ 1 y 2 del art. 4, quedará inalterada para los casos de inducción o complicidad en aquellos delitos. Sin duda, ello respondía a una consideración "desequilibrada, normativamente inconsecuente e injusta"⁽³⁷⁰⁾; ello porque, además de la gravedad del injusto a que aquellas conductas se referían, no podía entenderse cómo se había dado al inductor un tratamiento distinto al del autor, siendo como es que jurídicamente resulta equiparado a éste en virtud de lo dispuesto en el § 26 StGB.

Finalmente, conviene recordar que es ésta una Ley que, como todas las italianas, tiene carácter temporal, por lo que los comportamientos allí previstos sólo comportarán los nada despreciables beneficios contenidos en la misma si se realizan antes del 31 de Diciembre de 1995.

⁽³⁶⁹⁾ Así, entre otros, BERNSMANN, "Die Kronzeugenregelung", *op. cit.*, p. 460; HASSEMER "Die Kronzeugenregelung", *op. cit.*, p. 79; LAMMER, "Terrorbekämpfung...", *op. cit.*, p. 250.

⁽³⁷⁰⁾ HASSEMER, "Die Kronzeugenregelung", *op. cit.*, p. 79; en el mismo sentido BERNSMANN, "Die Kronzeugenregelung", *op. cit.*, p. 460.

IV.4.- La posición de la doctrina.

Sin duda, una abrumadora mayoría de los autores que en Alemania se han ocupado del tema se muestra declaradamente en contra de la regla del "testigo de la Corona". Como ocurría en Italia, las críticas se dirigen no hacia aquellas modalidades de conducta que, en esencia, sólo implican un desarrollo de la idea que subyace en el desistimiento o en el arrepentimiento activo, sino hacia aquellas otras que suponen la colaboración del sujeto en el descubrimiento, captura, o eventual declaración de culpabilidad de un tercero; en definitiva, hacia aquellas que de un modo más exacto pueden encuadrarse en la institución del "testigo de la Corona".

Pues bien, han sido muchas las *objeciones* que se han opuesto a la citada institución; sin embargo, después de haber analizado aquellas que se suscitaron en Italia, ninguna es nueva. Por ello, se considera innecesario reproducir planteamientos y argumentaciones ya conocidas. Me limitaré, pues, a señalar, de un modo muy breve, las que alcanzaron mayor predicamento.

Concretamente, una de las críticas más generalizadas lo fue la que entendía que con tal tipo de preceptos se vulneraba el *principio de legalidad procesal* y, con ello, la *igualdad de la persecución penal*⁽³⁷¹⁾. No obstante, también es posible encontrar autores que -pese a no ser partidarios de la institución que nos ocupa- consideran que se ha sobredimensionado el papel que debe desempeñar el principio de legalidad procesal, o que este ha sido malentendido, y, por ello relativizan las críticas en aquel sentido. Si bien se mira, no están exentos de razón quienes afirman la compatibilidad del principio de oportunidad con las exigencias propias de un Estado de Derecho y, más concretamente, con el art. 20 de la Constitución alemana. Dicho precepto no obliga indefectiblemente a la persecución de todo hecho penal sino que -como señala HILGER⁽³⁷²⁾- permite una "*Guterabwagung*", que es precisamente lo que sirve de fundamento a otras excepciones al principio de legalidad que se recogen en el ordenamiento alemán y que se consideran mayoritariamente como constitucionalmente inobjectables⁽³⁷³⁾.

⁽³⁷¹⁾ Así, entre otros: BERNSMANN, "Die Kronzeugenregelung", *op. cit.*, p. 458; HASSEMER, "Die Kronzeugenregelung", *op. cit.*, p. 80. SCHMINCK-GUSTAVUS, "El renacimiento...", *op. cit.*, p. 57.

⁽³⁷²⁾ "Die Kronzeugenregelung", *op. cit.*, p. 2378.

⁽³⁷³⁾ En este sentido, además del autor citado en la nota anterior: JAHREISS, "Zum Ruf...", *op. cit.*, p. 775 y ss.; KRAUSS, "Sicherheitsstaat und Strafverteidigung", *Strafverteidiger*, 7/1989, p. 321; LAMMER, "Terrorbekämpfung...", *op. cit.*, p. 251 y 252.

En cualquier caso, se ha dicho que, aún haciendo abstracción de la posible vulneración del principio de legalidad, este tipo de reglas suponen la introducción de múltiples disfunciones en el seno del proceso penal. Las críticas que en tal sentido se han hecho podrían clasificarse en dos grandes grupos: de un lado, las que atienden a las vulneraciones de los derechos del imputado que podrían producirse cuando éste asumiere, además, el papel de "testigo de la Corona"; de otro lado, las que centran su atención en las indeseables consecuencias que la institución que analizamos podría suponer en relación con el sujeto acusado por el "testigo de la Corona".

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones plantadas, se hacía necesario dilucidar fundamentalmente si la vigencia de una regla de aquel tipo podía contravenir el *derecho del imputado a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo*. Como no podía ser de otro modo, el ordenamiento reconoce al imputado -sujeto procesal y medio de prueba- el derecho a no declarar contra sí mismo (§§ 136.I, 2; 163 a III.2; 163 a IV.2; 243 IV StPO). La cuestión se complicaba cuando se analizaba a la luz del § 136 a) I StPO, el cual sanciona la utilización de métodos de interrogatorio que pudieran menoscabar la libertad del imputado a la hora de decidir voluntariamente si desea declarar o no hacerlo. Más concretamente, era necesario resolver si se estaba vulnerando la prohibición -contenida en aquel precepto- de utilizar promesas de ventajas no previstas en la ley. Desde este punto de vista, los preceptos estudiados eran, sencillamente, algunas de entre otras reglas legales que permiten la obtención de un beneficio a cambio de la realización de un comportamiento determinado. Por tanto, la mera existencia de tales preceptos, y su utilización conforme a lo previsto en la ley, no suponía la infracción del § 136 a I StPO cuando el imputado decidía declarar motivado por las ventajas que de tal declaración podían derivarse. Ahora bien, sí que podían originar grandes problemas determinadas actuaciones de los poderes públicos, realizadas al amparo de aquellos preceptos. Así, el mero hecho de ocultar al sujeto determinados extremos de la promesa realizada, de modo que aquel pudiese llevarse a engaño sobre el alcance de la misma⁽³⁷⁴⁾, permitía calificar la referida promesa de indebida, y, consiguientemente, su utilización como método de interrogatorio prohibido. Por otra parte, no deben olvidarse las ulteriores consecuencias que se derivarían de una utilización indebida de las disposiciones que se vienen analizando, pues ello supondría la imposibilidad de aprovechar cualesquiera resultados probatorios que tuvieren su origen en la vulneración del § 136 a I (§136 a III StPO)⁽³⁷⁵⁾.

⁽³⁷⁴⁾ Por ejemplo, si se ocultare al sujeto el carácter provisional del archivo de la causa, o la necesidad de que la decisión del Ministerio Fiscal en aquel sentido recibiera la confirmación del Tribunal competente. Vid. LAMMER, "Terrorbekämpfung...", *op. cit.*, p. 251; MEYER, "Brauchen...", *op. cit.*, p. 27.

Por lo que se refiere a los problemas que pudieran originarse para el sujeto acusado por el "testigo de la Corona", estos no son otros que los que se derivan de la *escasa credibilidad de la declaración de un copartícipe*⁽³⁷⁶⁾.

En cuanto a este extremo, la doctrina ha insistido hasta la saciedad en los peligros que, desde este punto de vista, encierra una regla del "testigo de la Corona". Tales peligros resultan del carácter naturalmente interesado que tiene la declaración de un copartícipe- máxime cuando está motivada por la esperanza de obtener una ventaja cierta- y, también, de otros inconvenientes que vendrían a sumarse a aquel. Entre estos últimos, no es el menos importante, el que una regla de aquel tipo pueda favorecer una dejación de las funciones propias del Ministerio Fiscal o del órgano jurisdiccional. Por otra parte, la cuestión se hace más problemática cuando se elimina la confrontación. Tal cosa puede ocurrir cuando la colaboración del copartícipe finaliza en la fase de investigación sin quedar obligado a prestar testimonio en el juicio oral, o también cuando aquel se sirve de la posibilidad de utilizar un tercero como mediador, posibilidad que, como vimos, ofrece el § 1 del art. 4 de la ley de 9 de Junio de 1989, donde, a su vez, se concedía al mediador el derecho al secreto (§ 4, art. 4).

Por todo ello, la doctrina ha insistido en la necesidad de evitar la depreciación que del juicio oral puede suponer una regla del "testigo de la Corona", así como en la de restablecer la igualdad de oportunidades procesales a través de una adecuada protección del derecho de defensa⁽³⁷⁷⁾y, en última instancia, en la necesidad de atenuar los riesgos que son inherentes a ellas adoptando, por ejemplo, las medidas de corroboración que con tan larga y fructífera tradición cuentan en los ordenamientos anglosajones⁽³⁷⁸⁾.

⁽³⁷⁵⁾ Esta problemática es analizada desde la perspectiva de la institución del "testigo de la Corona", pro FÜLLKRUG, "Unzulässige...", *op. cit.*, p. 119 y ss.

⁽³⁷⁶⁾ Esta es una referencia constante en cualesquiera de los trabajos que sobre el tema hemos citado; no obstante, a título ejemplificativo, pueden verse: MEYER, "Brauchen...", *op. cit.*, p. 26; LAMMER, "Terrorbekämpfung...", *op. cit.*, p. 252; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 72; TURNER/GALLANDI, "Kronzeuge und strafprozessualer Wahrheitsbegriff", *ZRP*, 1988, Heft 4, p. 118.

⁽³⁷⁷⁾ BERNSMANN, "Die Kronzeugenregelung...", *op. cit.*, p. 458; HASSEMER, "Die Kronzeugenregelung...", *op. cit.*, p. 80; KRAUSS, "Sicherheitsstaat...", *op. cit.*, p. 322; LAMMER, "Terrorbekämpfung...", *op. cit.*, p. 251 y 252; MEYER, "Brauchen...", *op. cit.*, p. 27; SCHMINCK-GUSTAVUS, *El renacimiento...*, *Op. cit.*, p. 57.

⁽³⁷⁸⁾ Así, TURNER/GALLANDI, "Kronzeuge...", *op. cit.*, p. 118; LAMMER, "Terrorbekämpfung...", *op. cit.*, p. 252; JAHRREIS, "Zum Ruf...", *op. cit.*, p. 772. Debe tenerse presente, además, que en el ordenamiento procesal alemán se cuenta con un medio importante para sancionar las falsas

Además de las críticas hasta ahora vistas -a las que podrían sumarse *otras*⁽³⁷⁹⁾- se ha objetado que los inconvenientes que la existencia de una regla del "testigo de la Corona" conlleva, no se ven compensados desde un punto de vista práctico, por cuanto la *eficacia de dicha regla es altamente dudosa*.

Desde este punto de vista, se ha dicho que las motivaciones ideológicas que subyacen en la criminalidad terrorista, son un importante obstáculo para el éxito de este tipo de medidas: los responsables de esta clase de delitos no sólo no se dejan impresionar fácilmente ante ellas, sino que, incluso, una regla del "testigo de la Corona" podría producir un efecto contrario al perseguido, al aumentar el sentimiento de solidaridad entre los integrantes de la organización, como respuesta a un mecanismo con el cual las Autoridades pretenden fomentar la "traición"⁽³⁸⁰⁾. Pero incluso -se ha añadido aún dejando a un lado esas particularidades de la delincuencia terrorista, reglas de este tipo se muestran en si mismas ineficaces, como lo demuestran muchos años de inútil vigencia del § 31 de la ley sobre estupefacientes(BtMG)⁽³⁸¹⁾-; entre otras cosas, porque los sujetos que optaban por acogerse a ellas, o bien ocupaban en las organizaciones un rol secundario, o bien la habrían abandonado muy anteriormente, por lo que carecen de información importante, o, cuando menos, reciente.

declaraciones por las que se hubiere obtenido el beneficio; nos referimos al juicio de revisión en contra del reo establecido en el § 362 StPO.

⁽³⁷⁹⁾ Así, se ha dicho que reglas de este tipo redundan en una indeseable pérdida de credibilidad en la Administración de Justicia, por representar un síntoma de debilidad de ésta (JUNG "Der Kronzeuge...", *op. cit.*, p. 40 y 42; LAMMER, "Terrorbekämpfung...", *op. cit.*, p. 252); o que alteran desfavorablemente la sensibilidad jurídica de la comunidad, con la consiguiente puesta en peligro de la función de prevención general de la pena (JUNG, "Der Kronzeuge...", *op. cit.*, p. 38; MEYER, "Brauchen...", *op. cit.*, p. 27; BERNSMANN, "Kronzeugenregelungen...", *op. cit.*, p. 540 y 544). Se ha objetado también la posibilidad de que tal tipo de preceptos puedan producir un cierto efecto criminógeno, auspiciado por la esperanza de poderse acoger más tarde a los beneficios (LAMMER, "Terrorbekämpfung...", *op. cit.*, p. 252. Algún autor ha planteado los inconvenientes que podrían surgir para la resocialización de un sujeto que es, al mismo tiempo, un "traidor" y un criminal impune (LAMMER, *ibidem*). Finalmente, tampoco se ha desatendido la problemática que este tipo de reglas plantea en relación con la protección del potencial "testigo de la Corona" (HILGER, "Die Kronzeugenregelung...", *op. cit.*, p. 2378; JAEGER, Der Kronzeuge... *op. cit.* p.95 y ss.; JUNG, Straffreiheit... *op. cit.* p.85 y ss.; LAMMER, *ibidem*); MIDDENDORF, "Der Kronzeuge. historisch-kriminologisches Gutachten", ZStW, (85) 1973, p. 1102 y ss.). Vid. también, HASSEMER, "Die Kronzeugenregelung...", *op. cit.*, p. 80, apartado c.

⁽³⁸⁰⁾ BERNSMANN, "Die Kronzeugenregelung...", *op. cit.*, p. 457; HASSEMER, "Die Kronzeugenregelung...", *Op. cit.*, p. 80; LAMMER, "Terrorbekämpfung...", *op. cit.*, p. 252.

⁽³⁸¹⁾ Vid. nota anterior.

De otro lado, se ha considerado que la ineficacia aludida aumenta a consecuencia de la regulación legal que se hace de este tipo de reglas: en general, suele tratarse de fórmulas excesivamente ambiguas, en las que discrecionalidad judicial es excesiva, y, en fin, donde no se establecen garantías sobre el incumplimiento de lo acordado, ni tampoco sobre la firmeza de los beneficios concedidos; todo ello provoca el retraimiento del potencial "testigo de la Corona", que acaba por entender que aquello es un "negocio" poco claro⁽³⁸²⁾.

Pues bien, éste es el clima -desde luego, nada pacífico- en que se ha desarrollado la cuestión que nos ocupa. La valoración global que de éste tipo de reglas ha hecho la doctrina alemana no ha sido positiva. Por ello, y porque no desconoce que es corriente en la práctica judicial -que siempre lo fue, y que continuará siéndolo- el que el comportamiento postdelictivo y la colaboración procesal del imputado conduzca a un tratamiento punitivo más benevolente, aboga por la utilización de otros medios que permitan "premiar" ese tipo de conductas. Uno de ellos podía ser, por ejemplo, la utilización de las posibilidades que, en el marco de determinación de la pena, ofrece el § 46.II StGB, o el recurso, en casos muy determinados, a la vía del indulto⁽³⁸³⁾.

⁽³⁸²⁾ BERNSMANN, "Die Kronzeugenregelung...", *op. cit.*, p. 457, 458 y 460. Esta fue, precisamente, una de las razones por las que en algún Proyecto se estableció que una vez se hubiera prescindido de la persecución o se hubiere archivado el proceso, no cabía reiniciar un nuevo procedimiento sobre el mismo hecho (Proyecto del Gobierno de Nodrheim-Westfalen-Dr. 176/75; § 153 f.III. StPO; puede verse en JAHRREISS, "Zum Ruf...", *op. cit.*, p. 769.

⁽³⁸³⁾ Sobre lo dicho, Vid: BRUNS, Strafzumessungsrecht. Allgemeiner Teil, Köln, 1967, p. 521 y JAGUSCH, Die Praxis der Strafzumessung, Berlín, 1956, ambos cit. por MIDDENDORF. "Der Kronzeuge...", *op. cit.*, p. 1119, notas 37 y 38; MEYER, "Brauche...", *op. cit.*, p. 27.

Precisamente, con anterioridad a la vigencia de la legislación analizada, tuvo lugar en Alemana un conocido proceso contra miembros del grupo conocido como "Baader-Meinhof"(R.A.F.), en el cual -tras la necesaria separación de procesos- actuó como "testigo de la Corona", un antiguo militante de aquella organización -RUHLAND- quien a cambio, fue indultado de la pena ya atenuada, que le había sido impuesta. Vid. al respecto: JUNG, Straffreiheit..., *op. cit.*, p. 5 y ss.; BERNSMANN, "kronzeugenregelungen...", *op. cit.*, p. 542, nota 38; RUAUBALL, Die Baader-Meinhof-Gruppe, Aktuelle Dokumente, Berlín-New York, 1973, p. 78 y ss.; *cit.* por MIDDENDORF, "Der Kronzeuge...", *op. cit.*, p. 1118, nota 31.

CAPITULO TERCERO
NATURALEZA JURÍDICA

I.-PLANTEAMIENTO

En el art. 57 bis b), nos encontramos con una serie de conductas que, partiendo del abandono de la vinculación criminal como común denominador de todas ellas, presentan los siguientes rasgos definitorios:

1.-En primer lugar, el tratarse de comportamientos que el ordenamiento juzga favorablemente por las consecuencias beneficiosas que de ellos pueden derivarse.

2.-En segundo lugar el ser conductas que acaecen cuando el delito asociativo ya está consumado; o lo que es lo mismo, ser conductas que se articulan sobre lo que podría denominarse una regla *especial* de desistimiento para el delito consumado⁽¹⁾.

Evidentemente, el abandono no puede considerarse como un caso común de arrepentimiento activo o de desistimiento⁽²⁾ desde el momento en que el art. 3 C.P. exige para ello que el delito no esté todavía consumado. Y aquí lo estará siempre que el sujeto

⁽¹⁾ **Nota aclaratoria:** Con la utilización del término "desistimiento" no se pretende equiparar la institución prevista en el art. 57 bis b) C.P. con la regulada en el art. 3 C.P., pues es obvio que lo impide el hecho de estar ante un delito consumado. Con el uso de aquella expresión lo que se hace es, de un lado, evitar el término "arrepentimiento" por las connotaciones éticas que el mismo tiene, y de otro, adherirse a la utilización que comúnmente se hace en Alemania de su equivalente (*Rücktritt vom vollendeten Delikt*) para referirse a supuestos asimilables al que nos ocupa, en los cuales la consumación impide que opere la regla general del § 24 StGB, no obstante lo cual el Código Penal alemán prevé una regla específica para el caso de que el sujeto cese en su previa actividad delictiva, o bien la contrarreste. Vid., a título meramente ejemplificativo, SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, StGB Kommentar, 24. Aufl., München, 1991, § 24, Rdn. 116 y 117, p. 389 y 390, o RUDOLPHI, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, 4. Aufl., 1991, § 129, Rdn. 24 p. 45

⁽²⁾ En el mismo sentido, GARCÍA-PABLOS, Asociaciones ilícitas en el Código Penal, Barcelona, 1977, p. 256.

hubiere sido miembro o colaborador de una asociación ilícita. Así es, si se admite -como aquí se hace- que el bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita es "la propia institución estatal, su hegemonía frente a cualquier otra organización que persiga fines contrarios o antitéticos a los de aquella"⁽³⁾, de modo que para la consumación no es necesario siquiera que eventualmente resulten lesionados otros bienes jurídicos concretos.

Sin embargo, lo cierto es que entre la conducta de abandono y la que sirve de base al desistimiento existe un paralelismo evidente⁽⁴⁾: el delito de asociación ilícita es lo que MANZINI⁽⁵⁾ denominaba "delito típicamente permanente", que, además, responde a una técnica de anticipación de las barreras punitivas y en el que el bien jurídico podría calificarse de instrumental. Así, del mismo modo que la fase posterior a la consumación tiene en estos casos relevancia penal a efectos de participación, igualmente es posible dotar de relevancia al comportamiento por cuya virtud se pone fin a la situación antijurídica. Con el abandono no sólo se pone fin a la lesión del bien jurídico específicamente protegido, sino también al peligro que para otros bienes puede suponer la existencia de una organización que persigue aquellos fines contrarios o antitéticos a los de la institución estatal, fines que por imperativo constitucional deben ser delictivos (ex art. 22 C.E.).

En efecto, con el abandono no se borra la lesión ya producida, ésta restará inalterada como hecho histórico, pero ello no impide que *prima facie* deba negarse cualquier tipo de relevancia al hecho del abandono. En realidad, es lo mismo que sucede en el art. 226.2. El que en este último precepto se exija que el sometimiento tenga lugar antes de la lesión efectiva del bien jurídico, tiene su razón de ser en el hecho de que la situación sólo es reversible hasta ese momento y no, por razones obvias, una vez producida la lesión. No es, pues, -pese a lo que ESER diga⁽⁶⁾- fruto de la casualidad el que el legislador conceda especiales efectos al desistimiento tras la consumación sólo en

⁽³⁾ GARCÍA-PABLOS, *Asociaciones...*, op. cit. p. 144; en el mismo sentido VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte Especial*, (con BOIX/ ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC), Valencia 1993, p. 74.

⁽⁴⁾ En el mismo sentido, PROSDOCIMI, "Il recesso dal reato consumato: Profili di diritto penale comparato", en *La legislazione premiale*, Milano, 1987, p. 155 y 156.

⁽⁵⁾ *Trattato di Diritto Penale italiano*, Vol. VI, Torino 1962, 4ª Ed., p. 191; cit. por GARCÍA-PABLOS, *Asociaciones...*, op. cit. p. 256, nota 177.

⁽⁶⁾ En SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, *Strafgesetzbuch Kommentar...*, op. cit., § 24, Rdn 116, p. 389.

determinados casos y que, aun entre ellos, establezca diferencias en cuanto al momento límite en que el desistimiento puede operar.

Precisamente por todo ello, y utilizando palabras de PACHECO en relación con el art. 143 C.P. 1848⁽⁷⁾, "nada tiene de extraño, pues, que si en rigor de lógica no se podía aplicar aquí, nuestra doctrina del arrepentimiento, haya sin embargo querido extenderla la ley, haciéndolo del modo posible y con las variaciones o modificaciones que le ha inspirado la conveniencia pública"⁽⁸⁾.

3.-En tercer lugar, el último de aquellos caracteres definitorios a que se aludía está en el hecho de tratarse de conductas que *no siempre* van a estar en relación *directa* con todos y cada uno de los delitos a los cuales, sin embargo, se va a extender la atenuación o la remisión de la pena.

Ocurre, pues, algo distinto a lo que sucede, v.g., en el caso del desistimiento en la tentativa o del arrepentimiento en la frustración; en estos casos, el sujeto pone fin a la actividad previa o la neutraliza y, en virtud de ello, se excluye la pena correspondiente a la tentativa o a la frustración, pero, en modo alguno, la que pudiera corresponder por otros delitos que, aunque conexos al desistido o evitado, no se vieron afectados por el posterior comportamiento del sujeto.

Sin embargo, en el art. 57 bis b), las cosas son muy distintas.

Así es porque sólo en el supuesto del abandono de una organización puede decirse que exista -como veíamos- una conducta asimilable a la que sirve de base al desistimiento que opera en las formas imperfectas de ejecución. Incluso para el caso de que la actividad del sujeto consistiera en impedir la comisión de un delito futuro, habría de matizarse que no es preciso que exista una relación antagónica directa entre esta conducta posterior y la que previamente hubiere realizado el sujeto; y así es porque en el art. 57 bis b) tiene cabida el comportamiento consistente en evitar un delito en el que quien lo impide no hubiere tomado parte. Y, en fin, lo mismo podría decirse respecto a aquellos casos en que la actividad del sujeto consista en la colaboración procesal para el descubrimiento de terceros responsables, conducta ésta en la que también hay que admitir que la relación que mantiene con las actividades terroristas que se imputaren al sujeto es sólo genérica. Sin embargo, nada obsta a que la atenuación o la remisión de la pena se extiendan al conjunto de los delitos relativos a la actividad de bandas armadas de que fuere responsable el sujeto.

⁽⁷⁾ El contenido de tal precepto puede consultarse en Cap. I, p. 22 y 23.

⁽⁸⁾ El Código Penal concordado y comentado, Madrid, T. II, 1856, 2ª Ed., p. 81.

A diferencia, pues, de lo que sucede en el art. 3 C.P., en la mayor parte de los casos la relación entre el comportamiento posterior y el anterior del sujeto es sólo genérica, esto es, el comportamiento postdelictivo de aquél va referido al mismo tipo de delitos a que va a aplicarse el art. 57 bis b), lo cual es suficiente para que la atenuación o la remisión se extienda a todos ellos.

De todo lo dicho, se desprende que nos hallamos ante un conjunto de supuestos que, en un entendimiento global, podrían considerarse como un *caso especial de comportamiento postdelictivo positivo* -utilizando la terminología acuñada por DE VICENTE REMESAL⁽⁹⁾ -*que se articula a partir del "desistimiento" de un delito ya consumado* -el asociativo- y cuyos efectos - la atenuación o remisión de la pena- se extienden no sólo al delito con el cual la conducta posterior presenta una relación directa, sino también *al conjunto de los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes, que se imputaren al sujeto, respecto de los cuales basta con que su comportamiento postdelictivo mantenga una relación meramente genérica.*

A mi juicio estas notas que caracterizan los comportamientos previstos en el art.57 bis b) impiden considerar que estemos ante conductas por cuya virtud resulten afectados directa o indirectamente alguno de los elementos esenciales del delito.

A continuación, paso a exponer las razones que me llevan a plantear la cuestión en los términos propuestos.

II.-CUESTIONES COMUNES. SU AJENEIDAD A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO. ESPECIAL REFERENCIA A LA PUNIBILIDAD.

Admitir o negar que el comportamiento postdelictivo afecte de modo directo o indirecto a la antijuridicidad, a la culpabilidad, o al elemento conceptual de la punibilidad, presupone, lógicamente, una opción previa a favor de una determinada concepción dogmática en torno a cada uno de aquellos elementos.

⁽⁹⁾ El comportamiento postdelictivo, Universidad de León, 1985, p. 39 y ss.

Así, no podrán aceptar que resulte afectada la **antijuridicidad** los que comparten -como es el caso de quien escribe- la concepción del tipo como tipo de injusto, como conjunto de características en las que se materializa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y, consiguientemente, adoptan una concepción eminentemente *objetiva* de la antijuridicidad⁽¹⁰⁾. Si asumimos como válida esta concepción dogmática, no podrá admitirse que la antijuridicidad resulte modificada directamente, y ni siquiera de un modo indiciario⁽¹¹⁾, por comportamientos que tienen lugar una vez que la lesión o el peligro ya se han verificado; a partir de ese momento, la contrariedad entre la conducta y la norma es total y no queda condicionada ni a la reparación del daño causado, ni a la evitación de otras consecuencias adicionales.

Cosa distinta es que conductas como las contenidas en el art. 57 bis b) puedan afectar a la *gravedad* del delito, que se mide atendiendo no sólo al contenido de injusto y a la reprochabilidad del autor, sino también ponderando otras circunstancias -como el mal causado- que aunque ajenas a aquellas categorías, sí pueden alterar la *necesidad de tutela*. Así, cuando el sujeto voluntariamente limita el alcance de su actuar precedente y atenúa con ello el resultado dañoso sobre el objeto de la *lesión*, cabe afirmar una disminución de la necesidad de tutela, aun cuando su posterior conducta para nada afecte al objeto de protección: el bien jurídico definitivamente lesionado o puesto en peligro.

Un planteamiento similar cabría hacer en relación con la posibilidad de que las conductas que examinamos pudieran afectar a la **culpabilidad**.

Si la culpabilidad se entiende -como aquí se hace- como el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico y, consiguientemente, se la conceptúa como culpabilidad por el *acto aislado*⁽¹²⁾, no cabe admitir que ésta resulte modificada por conductas que acontecen una vez que está íntegramente realizado el tipo de injusto.

⁽¹⁰⁾ Vid COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia, 1990, p. 241 y 231 y ss.

⁽¹¹⁾ Vid. sobre estas teorías una detallada exposición y crítica en DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, op. cit. p. 227 y ss. Entre ellas, merece una atención especial la opinión de quienes -como HERTZ- mantienen la modificación directa del injusto a través del comportamiento postdelictivo, y, también la de aquellos otros que se sitúan dentro de la llamada construcción indiciaria. No obstante, la mayoría afirma la relevancia del comportamiento postdelictivo sobre el injusto en mucha menor medida que sobre la culpabilidad.

⁽¹²⁾ Vid COBO/VIVES, *Derecho penal...*, op. cit. p. 407 y ss.

Distinto será, lógicamente, el tratamiento que la cuestión que nos ocupa recibirá por parte de quienes mantienen un concepto de culpabilidad como "culpabilidad por la conducción de vida", o por quienes -como HERTZ- rechazan expresamente esa construcción, y optan por entenderla como "culpabilidad de hecho y autor". Desde cualquiera de las dos posiciones expuestas, no hay dificultades para conceder al comportamiento postdelictivo valor autónomo para modificar de un modo directo la culpabilidad.

Para los primeros⁽¹³⁾ no sólo no hay inconveniente alguno en hacerlo, sino que incluso es conclusión obligada el otorgar esa relevancia al comportamiento postdelictivo; y ello porque el juicio de culpabilidad se amplía a la personalidad global del sujeto, y en él lo relevante no es ya el hecho aislado sino el reproche que puede formularse a aquél por haber llegado a ser lo que es. Para quienes se sitúan en esta línea, la vinculación de la culpabilidad con el hecho concreto carece de sentido desde el momento en que éste no es sino algo inevitable dada la personalidad de su autor, y, por tanto, aquel hecho no pasa de ser un acontecimiento más, el cual, no obstante, presenta la peculiaridad de ser el que sirve para iniciar un juicio de culpabilidad de contornos más amplios.

Tampoco quienes se sitúan en la segunda de las orientaciones apuntadas⁽¹⁴⁾, encuentran obstáculo alguno para admitir que el comportamiento postdelictivo pueda afectar directamente a la culpabilidad, aunque discrepen entre ellos sobre las modalidades de aquél que pueden afectar a la categoría en estudio. Para estos -a diferencia de los anteriores- el objeto de referencia del juicio de culpabilidad es el hecho aislado, que, al menos, tiene un papel limitador; sin embargo, el juicio de reproche no puede desatender los acontecimientos que tienen lugar con posterioridad a la comisión del delito y hasta el momento del juicio, en la medida en que permitan ofrecer conclusiones sobre la actitud interna del sujeto y, consiguientemente- según esta teoría- sobre su culpabilidad.

Distinto es -respecto a estas últimas orientaciones, pero también respecto a lo que aquí se asume -el planteamiento de quienes se sitúan dentro de la llamada construcción indiciaria⁽¹⁵⁾. Para los partidarios de esta teoría -dominante en Alemania- el comportamiento postdelictivo sólo puede servir como indicio de la culpabilidad por el hecho aislado. Parten, estos autores, de la culpabilidad como "culpabilidad por el hecho

⁽¹³⁾ Vid. en extenso, DE VICENTE REMESAL, El comportamiento..., op. cit., p. 252 y ss.

⁽¹⁴⁾ Vid. DE VICENTE REMESAL, El comportamiento..., op. cit., p. 261 y ss.

⁽¹⁵⁾ Vid. DE VICENTE REMESAL, El comportamiento..., op. cit., p. 275 y ss.

aislado", de modo que el momento al que hay que referir la culpabilidad es el momento de la comisión del delito, a partir del cual queda invariable; el comportamiento posterior sólo sirve, pues, en la medida en que sea un síntoma, un indicio de la mayor o menor culpabilidad en el momento de la comisión del delito.

A mi modo de ver, las cosas son, por el contrario, muy distintas. Si el Derecho penal es Derecho penal del hecho, entonces la culpabilidad ha de entenderse también como "culpabilidad por el hecho aislado".

En consecuencia, no pueden convencer las teorías que otorgan relevancia autónoma al comportamiento postdelictivo. Y no -por razones obvias- la que parte de la culpabilidad como "culpabilidad por la conducción de vida", que -como bien se ha dicho⁽¹⁶⁾- sólo oculta consideraciones fundadas en la prevención especial, lo cual, sin duda, es menos problemático cuando -como aquí- se trata de atenuar o de remitir la pena; pero ello no impide seguir manteniendo que no es la culpabilidad la sede en que deben instalarse ese tipo de consideraciones. Tampoco puede convencer una concepción como la de HERTZ, en la cual lo único que varía respecto a la primera es -como bien dice DE VICENTE REMESAL⁽¹⁷⁾- "la concreción del espacio temporal de referencia, porque la primera toma en cuenta sobre todo la vida anterior del culpable hasta el momento de la comisión del delito, mientras que HERTZ se centra en un ámbito de referencia cuyo comienzo marca la acción delictiva, que discurre -"Lebensführung"- hasta el momento de la celebración del juicio"; de ahí que le sean aplicables a HERTZ las mismas críticas que él dirige contra la "culpabilidad por la conducción de vida" en su formulación tradicional.

Por otra parte, tampoco cabe admitir -pese a lo que digan sus sostenedores- que la llamada construcción indiciaria sea de todo punto compatible con la idea de culpabilidad por el hecho aislado. Decir -como ellos hacen- que el comportamiento posterior sólo se tiene en cuenta en tanto que indicio de la culpabilidad en el momento de la comisión del delito, no es más que una metáfora con la que trata de ocultarse la creencia de que en el momento de la consumación -o en el momento de iniciar la ejecución, si se trata de formas imperfectas- no están presentes todos los elementos que fundamentan el juicio de reproche. En realidad -como en múltiples ocasiones se ha dicho- cuando los partidarios de la construcción indiciaria hablan de conclusiones "psicológicamente fundadas" extraídas de ese comportamiento posterior a la lesión o a la puesta en peligro, y de las que es posible inducir el grado de culpabilidad en el *momento* de la comisión del delito, operan con criterios que distan mucho de ser algo claro, porque dejan sin explicar cómo

⁽¹⁶⁾ Vid. COBO/VIVES, Derecho penal..., op. cit. p. 417, nota 25, y autores allí citados.

⁽¹⁷⁾ El comportamiento..., op. cit., p. 271