

Asimismo, no hay que olvidar que la modalidad de conducta consistente en la evitación del delito, no presupone en todo caso que el delito impedido sea uno de aquellos en los que el sujeto ha tomado parte, lo que introduce una ulterior distinción con lo previsto en el art. 3 C.P. Por otra parte, es claro que las conductas de colaboración procesal dirigidas a facilitar la identificación de terceros son difícilmente reconducibles a la filosofía que late en el art. 3 C.P., salvo por la referencia implícita al previo abandono de la organización o de las actividades delictivas que exige el art. 57 bis b).

Lógicamente, estas y otras diferencias que se advierten entre ambos institutos impiden afirmar, sin más, que el art. 57 bis b) sea un simple caso de desistimiento/arrepentimiento. No sólo los presupuestos que determinan su aplicación son distintos, y son distintos también sus efectos, sino que -como veremos- no puede admitirse una coincidencia total entre el fundamento de la causa de remisión total de la pena y el de aquellos otros institutos.

Sin embargo, hechas esas precisiones, la semejanza me parece indiscutible y por eso ya se dijo que en el art. 57 bis b) se encierra *materialmente* una regla *especial* de desistimiento/arrepentimiento para el delito consumado, cuya naturaleza jurídica, *desde un punto de vista valorativo*, es -cual sucede en el desistimiento voluntario de consumar el delito- la de ser una causa de exclusión de la pena.

IV.2.2. El perdón judicial

Con respecto a la causa de remisión total de la pena también se ha dicho que "no es otra cosa que el perdón judicial de la pena"⁽¹²⁶⁾. Y, en efecto, algo de eso subyace en ella, aunque considero desacertado llevar a cabo una afirmación tan rotunda, porque ni en cuanto a su fundamento son instituciones coincidentes, ni tampoco puede asegurarse que lo dispuesto en el art. 57 bis b) suponga renunciar directamente a la imposición de la pena, cual acontece en el perdón judicial.

Decía ANTÓN ONECA⁽¹²⁷⁾, que la institución del perdón judicial consiste "en la facultad concedida a los jueces para que, una vez comprobada la culpabilidad del reo,

⁽¹²⁶⁾ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en *Código penal comentado*, V.V.A.A., coordinados por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y RODRÍGUEZ RAMOS, Madrid, 1990, p. 187. Por su parte, TERRADILLOS lo considera "equiparable a un espurio perdón judicial" ("El delito de terrorismo en el Proyecto de Código penal", *Cuadernos jurídicos*, 9, 1993, p. 76)

⁽¹²⁷⁾ *El perdón judicial*, Madrid, 1922, p. 6.

remitan en virtud de las excepcionales circunstancias concurrentes en el caso particular, la pena fijada al delito por la ley".

Asimismo, entendía este autor, que el perdón judicial era un peldaño más alto que la remisión condicional, respecto a la cual -decía- "sólo hay un paso, pero de gigante"⁽¹²⁸⁾, y ello, precisamente, por la excepcionalidad de las circunstancias subjetivas a que debía atenderse antes de concederlo⁽¹²⁹⁾. Tales circunstancias -que podían ser de tipo muy variopinto⁽¹³⁰⁾, debían conducir al Juez al convencimiento de "la absoluta falta de peligrosidad y la probabilidad mínima de la recaída"⁽¹³¹⁾.

Precisamente, en el carácter completamente extraordinario de las circunstancias que aconsejaban la indulgencia, cifraba ANTÓN ONECA la diferencia fundamental⁽¹³²⁾ con la remisión condicional de la pena, la cual, a su juicio, tiene por destinatarios a delincuentes de pequeña peligrosidad, de los que puede esperarse pero no asegurarse su corrección⁽¹³³⁾.

También por aquella razón, proponía ese autor que -de dar entrada en nuestro ordenamiento al perdón judicial -este instituto se configurase en un modo muy flexible, de forma que permitiera su concesión aun en los casos de delitos graves⁽¹³⁴⁾ o de reincidencia⁽¹³⁵⁾, y que, en fin, se dejase al libre arbitrio del Juez la decisión sobre su procedencia, pues "lo muy excepcional no admite previsión"⁽¹³⁶⁾.

⁽¹²⁸⁾ op. cit. en nota anterior, p. 8.

⁽¹²⁹⁾ op. cit., p. 9

⁽¹³⁰⁾ En este y en otros puntos, ANTÓN configura el instituto de un modo muy amplio. En la línea, pues, del Proyecto FERRI de 1921, el cual, no obstante, no fue siquiera asumido en Italia, donde el perdón judicial sólo puede concederse a los menores de dieciocho años en quienes concurren las circunstancias previstas en el art. 169 C.P. (Con carácter general, puede verse un artículo ya clásico de BELLAVISTA -"Il perdono giudiziale", Rivista penale, 1937, p. 481 y ss- así como las matizaciones, más recientes, de la Corte Costituzionale (s. n° 108, de 5 de Julio de 1973 y S. n° 154, de 7 Julio de 1976)

⁽¹³¹⁾ Op. cit., p. 37

⁽¹³²⁾ Y no tanto en el hecho de que no recayese condena

⁽¹³³⁾ Op. cit., p. 9

⁽¹³⁴⁾ Op. cit., p. 9, 39 y 87

⁽¹³⁵⁾ Op. cit., p. 40.

⁽¹³⁶⁾ Op. cit., p. 89.

Desde luego, si atendemos a lo expuesto, resulta fácil advertir algunos puntos de contacto entre el instituto previsto en el art. 57 bis b). 2 y el perdón judicial.

El primero y más obvio, es el hecho de que el Código configure la llamada remisión como una facultad judicial, por cuanto deja enteramente en manos del juzgador la decisión sobre la concesión o no del beneficio. Excepcionales son, por otra parte, las circunstancias sobre las que se fundamenta el art. 57 bis b). 2, y excepcional es también el círculo de delitos sobre los que puede recaer, pues, salvo que sean de aquellos que ocasionaron la muerte de otro o lesiones de los artículos 418, 419 o 421 C.P., la remisión puede concederse al responsable de cualesquiera delitos de los relacionados con la actividad de bandas armadas o elementos terroristas, incluso- téngase presente- a quien participó como cómplice en alguno de los delitos que, de ser autor, excluyen la posibilidad de remisión. Tan extraordinario es todo que, en efecto, el instituto de la remisión condicional se quedaba estrecho. Ahora bien, el que ello permita reconducir, sin más, el precepto estudiado al perdón judicial, es más discutible.

Sin duda, a través del cauce abierto por el art. 57 bis b). 2, se podrá atender -y sería conveniente, ya que el precepto existe, que así se hiciese- a aquellos casos en los que, ciertamente, las circunstancias revelen la innecesariedad de la pena desde la perspectiva de la prevención especial⁽¹³⁷⁾, con lo cual se estaría dando entrada a lo que es el principio inspirador del perdón judicial.

No obstante, una visión realista de las cosas aconseja no cifrar demasiadas esperanzas en aquel sentido. Y así es, porque tanto la voluntad legislativa como la letra de la ley favorecen más bien una interpretación del precepto en clave puramente utilitarista, lo cual, por otra parte, no quiere decir que sea vano todo esfuerzo para exigir a los órganos encargados de aplicarlo el que procuren -cuando las circunstancias subjetivas lo aconsejen y las objetivas no lo imposibiliten- entender el art. 57 bis b) como un instrumento que también permite prescindir de la pena en virtud del principio individualizador sobre el que se asienta el perdón judicial⁽¹³⁸⁾.

Queda, pues, por ver si -además de esa tímida vinculación valorativa- existe algún lazo formal de unión entre lo dispuesto en el art. 57 bis b). 2 y el perdón judicial, esto es, si en tal precepto lo que se contiene es una fórmula que -al igual que sucede v.g. en Italia (art. 169 C.P.)- desemboca en la no imposición de pena con la subsiguiente falta de inscripción alguna en el Registro. No obstante, se considera preferible abordar esta

⁽¹³⁷⁾ No obstante, es conveniente precisar que sólo cuando a ello no se opongan evidentes y poderosas razones de prevención general.

⁽¹³⁸⁾ ANTÓN ONECA, El perdón..., op. cit., p. 32 y ss.

cuestión al hilo de lo que se dirá sobre la remisión condicional de la pena, lo cual permitirá confrontar ambos regímenes. Se remite, pues, al lector al apartado siguiente.

IV.2.3. La suspensión condicional de la pena

En los dos apartados anteriores he tratado de poner de manifiesto la vinculación valorativa que, a mi juicio, existe entre la causa de remisión total de la pena y las llamadas causas de exclusión de la pena, de un lado, y, el perdón judicial, de otro, aunque respecto a este último tal vinculación sea, sin duda, más tenue.

Materialmente, por tanto, aquella figura se presenta como un instituto en el que se entrelazan ideas de distinto orden, las cuales, sin embargo, tienen en común el no ser reconducibles al género de ideas que se barajan en la Teoría del delito. Por una parte, se trata de dar entrada prioritariamente a intereses a los que no son ajenas un buen número de causas de exclusión de la pena, concretamente a aquellos cifrados en la utilidad que en ciertos casos pudiera derivarse de la renuncia a la pena. Por otra parte, y aunque sea de modo muy secundario, también es posible advertir en algunas de las conductas que sirven de presupuesto a la aplicación del art. 57 bis b). 2. una cierta falta de necesidad preventiva de pena, lo que acerca nuestro instituto tanto al perdón judicial como a aquellas otras causas de exclusión de la pena en las que -amén de ponderar también intereses de corte utilitario- este tipo de consideraciones se tuvieron en cuenta a la hora de decidirse legislativamente por la exención. Cuestión distinta es que este último tipo de criterios vayan a resultar de hecho absolutamente vanos para decidir sobre la concesión o no del beneficio a menos que vayan acompañados de aquella utilidad, que -como veremos en el siguiente capítulo- es el auténtico principio rector de la causa de remisión de la pena.

Y así están las cosas desde un punto de vista eminentemente valorativo.

Formalmente, sin embargo, nuestro instituto no parece sujetarse al régimen previsto para las causas de exclusión de la pena, en las que la exclusión de aquella no se sujeta a condición alguna y cuya apreciación en la sentencia obliga a la absolución con las consecuencias que de ello se derivan; unas consecuencias que podrían haberse producido con anterioridad si se hubiera dictado un auto de sobreseimiento libre (ex art. 637.3º L.E.Crim.). Sin embargo, nada hay en el art. 57 bis b) 2 que permita afirmar que sea esa la conclusión a la que aboca la concesión de la remisión.

Es más, el uso de la expresión "remisión de la pena" pudiera llevar a pensar que nos hallamos ante un caso especial de suspensión condicional de la ejecución de la pena.

De hecho, hay quien ha considerado el art. 57 bis b) apartado 2 como una regla específica de remisión condicional⁽¹³⁹⁾ o -en palabras de LAMARCA PÉREZ- como "un régimen especial y privilegiado" de dicha remisión⁽¹⁴⁰⁾, de modo que, según esta autora, en todo lo no previsto deberá aplicarse lo que se establece en los arts. 92 y siguientes para la remisión ordinaria⁽¹⁴¹⁾.

Desde luego, hay que estar de acuerdo con estos autores en que, ciertamente, el régimen suspensivo que introduce el art. 57 bis b) 2 se acerca más al previsto en nuestro Código para la remisión condicional que al que resultaría de haberse dado entrada en este precepto a un auténtico sustitutivo penal como pudiera ser la *probation* anglosajona, la cual, desde un principio, se concibió como un medio de reacción autónomo frente al delito, distinto de la pena, y asentado sobre la noción de vigilancia⁽¹⁴²⁾; y si algo hay claro en el art. 57 bis b) 2 es que el beneficiario de la remisión no queda sujeto a control de vigilancia alguno.

Sin embargo, a partir de ahí la cuestión se complica, y, a mi juicio, no resulta tan evidente el que nos hallemos ante una simple suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Personalmente, entiendo que -habida cuenta de cual es nuestro sistema procesal- la única posibilidad que el art. 57 bis b) 2 abre al intérprete es la de entender que se pronuncia la condena y se impone la pena que corresponda, la cual, finalmente, se perdona, condicionando dicho perdón a que el sujeto no vuelva a cometer delitos de los previstos en el art. 57 bis a). Al respecto, tres son las cosas que interesa resaltar:

a) Que se trata de un perdón, no de la simple suspensión de la ejecución; esto último supondría- dada la ausencia de un plazo a partir del cual estimar definitiva la remisión- convertir al sujeto en un penado de por vida; tal consecuencia puede eludirse si

⁽¹³⁹⁾ QUINTERO OLIVARES, Derecho penal, Parte general, Madrid, 1989, p. 661

⁽¹⁴⁰⁾ Tratamiento jurídico del terrorismo, Madrid, 1985, p. 346

⁽¹⁴¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁴²⁾ Vid. NUÑEZ BARBERO, Suspensión condicional de la pena y "probation" (Problemática acerca de su naturaleza jurídica), Universidad de Salamanca, 1970, especialmente, p. 35 y 36; MAQUEDA ABREU, Suspensión condicional de la pena y probation, Madrid, 1985, especialmente, p. 63 y 183.

se configura la remisión como un perdón, cuyo otorgamiento implica la extinción de la pena.

b) Que es necesaria una condena con la consiguiente imposición de pena, lo cual separa la causa de remisión de los esquemas clásicos del perdón judicial, y lo acerca a la llamada remisión condicional.

c) Finalmente, conviene tener presente que lo perdonado es, en realidad, lo que quedaba después de practicar las operaciones de determinación de la pena, de entre las cuales reviste singular importancia aquella por la que se valoran las especiales causas de atenuación previstas en el art. 57 bis b), de modo que, lo remitido es ese resto de pena; en definitiva, la pena ya atenuada, que será la que deberá cumplir el sujeto si infringe la condición a que se sujeta el perdón.

Desde luego, admitir una solución de ese tipo obliga a concluir que la causa de remisión es formalmente un instituto híbrido entre el perdón judicial y la remisión condicional, lo que, sin duda, no conduce a simplificar las cosas. Sin embargo, cualquier otra solución, o bien no encaja en nuestro sistema procesal, o bien conduce a consecuencias indeseables, o ambas cosas a un tiempo. Veámoslo.

De un lado, no cabe entender que la apreciación de aquella causa de remisión conduce a la absolución del sujeto; así es, no solo porque resulte absurdo pensar en una absolución sujeta a condición, sino porque, además, nada hay en el texto del precepto que autorice a plantear la cuestión en tales términos.

Por su parte, no menos insatisfactorio resulta entender que con el art. 57 bis b) 2 se da entrada a un sistema consistente en dictar sentencia condenatoria pero dejando en suspenso la imposición de la pena. Un sistema de ese tipo era, v.g., el que introducía la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 (arts. 74 y ss), el cual -como es sabido- resulta imposible de acomodar a las reglas procesales vigentes. Concretamente, en dicha Propuesta se inauguraba un sistema más propio de aquellos países donde se distingue una fase destinada a declarar la culpabilidad, y otra a la imposición de la pena; y así era por cuanto en el art. 74 se confería a los Tribunales la facultad de suspender el fallo de las sentencias condenatorias, de modo que había condena pero quedaba en suspenso la imposición de la pena. Tal posibilidad, sin embargo, no encuentra acomodo en nuestro actual sistema procesal⁽¹⁴³⁾, lo que por sí sólo aconseja no hacer discurrir al art. 57 bis b) por esos derroteros.

⁽¹⁴³⁾ Vid., en extenso, VALMAÑA OCHAITA, Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho Penal español, Madrid, 1990, especialmente, p. 39 y ss.; MAQUEDA ABREU, Suspensión..., op. cit., p. 206 y ss.

Pero es que aun hay más, pues a ese inconveniente viene a unirse otro de naturaleza material.

En efecto, si se entiende que el art. 57 bis b) 2 excluye la imposición de la pena en la sentencia condenatoria, con ello se estaría dando entrada a la posibilidad de hacer de peor condición al sujeto que habiendo obtenido la remisión, posteriormente delinquiese frente a aquel otro que también lo hubiese hecho, pero al que sólo se le atenuó la pena conforme a lo previsto en el mismo precepto, la cual, al no quedar sujeta a condición alguna restará invariable con independencia de la comisión de futuros delitos de los previstos en el art. 57 bis a C.P.

Cosa distinta sucedería en relación con el beneficiario de la remisión que posteriormente delinquiese. Así sería porque al no haberse impuesto pena alguna, cuando la remisión se revocase por el incumplimiento de la condición, parece que devendría obligatoria la imposición y ejecución de la pena correspondiente a los tipos penales en que se subsumieron jurídicamente los hechos, tal y como acontece, según los esquemas clásicos, cuando no se impone en la sentencia la sanción correspondiente⁽¹⁴⁴⁾. Y ello pese a que en el orden lógico, el destinatario de la remisión haya sido previamente acreedor de la atenuación también prevista en el art. 57 bis b), y por tanto, pese a que lo remitido haya sido sólo el resto, que es, a mi juicio, lo que se sujeta a condición y lo que, en última instancia, deberá cumplir si infringe la condición impuesta.

Una vez desechadas las soluciones de la absolucón y la consistente en dejar en suspenso la imposición de la pena, creo haber clarificado que la única admisible es la que pasa por una condena con la consiguiente imposición de pena.

Partiendo de ahí, como es sabido, nuestro ordenamiento conoce la posibilidad de suspender la ejecución de la pena impuesta, de modo que es esa ejecución y no la condena misma, lo que se suspende, respetando con ello lo que para nuestro Derecho se establece en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la cual las sentencias condenatorias son puras y, por ello, cuando se decide conceder la remisión condicional ello se hace mediante resolución distinta y posterior a la sentencia firme (arts. 142.5º y 794.2 L.E.Crim.)

Ahora bien, ya adelanté que considero inadecuado admitir que en el art. 57 bis b) se consagra, sin mas, una simple modalidad de remisión condicional.

⁽¹⁴⁴⁾ MAQUEDA ABREU, Suspensión..., op. cit., p. 207 y 208.

Una solución de este tipo plantea grandes inconvenientes precisamente por la ausencia en el art. 57 bis b) 2 de un plazo, cumplido el cual se obtendría la remisión definitiva.

Cierto es que se ha dicho⁽¹⁴⁵⁾ que la falta de previsión legal expresa en este sentido, hace aplicable el plazo que para la remisión ordinaria se establece en el art. 92.2 C.P., sin embargo, creo que no hay nada en el texto que autorice a llegar a aquella conclusión.

Ante la ausencia de plazo, también se ha apuntado⁽¹⁴⁶⁾ la posibilidad de recurrir a los de prescripción; más concretamente, tal referencia debe entenderse hecha a los que establece el art. 115 C.P. para la prescripción de la pena que son -como en nuestro caso- los que presuponen la existencia de una sentencia condenatoria.

Sin embargo, con ello no es mucho lo que se avanza porque, de nuevo, se llega a la indeseable consecuencia de hacer al beneficiario de la remisión de peor condición que si hubiese cumplido efectivamente la condena; en este caso de cara a la rehabilitación del sujeto. La adopción de los plazos del art. 115 C.P. conduce prácticamente a convertir la remisión en un beneficio dudoso porque hace del sujeto un penado de por vida. Si la remisión no se tuviere por definitiva hasta que transcurrieran aquellos plazos, resultaría también que sólo a partir de entonces podría obtener la cancelación de los antecedentes penales⁽¹⁴⁷⁾, cosa que ya hubiera sucedido si el sujeto hubiera cumplido efectivamente la pena atenuada que se le impuso y que fue, en definitiva, la que se le remitió.

Una solución de este tipo se compeadece mal con el deseo de dar un mejor trato a quien sirvió en mayor medida a los objetivos que persigue el art. 57 bis b) 2, y peor aún con la posibilidad de utilizar este precepto como instrumento al servicio de la resocialización y como técnica de pacificación social. Asimismo, con esta solución viene a equipararse injustamente al sujeto a que se refiere el art. 57 bis b) con aquel otro que eludió el cumplimiento de la pena impuesta. Por todo ello, tampoco aquella solución puede llegar a satisfacernos.

⁽¹⁴⁵⁾ LAMARCA PÉREZ, Tratamiento..., op. cit. p. 346.

⁽¹⁴⁶⁾ COBO/VIVES, Derecho penal..., op. cit., p. 734.

⁽¹⁴⁷⁾ Desde luego, el instituto de la rehabilitación pierde su sentido cuando se opera a partir de plazos como el de prescripción de la pena, que son, lógicamente, superiores a la duración legal que para las penas se establece. De ahí que resulte superflua la operación de retrotraer el cómputo de los plazos a que se refiere el art. 118, nº 3 C.P. al día siguiente a aquél en que hubiere quedado cumplida la pena si no hubiese disfrutado de la remisión. Vid. sobre el modo de operar la rehabilitación en los supuestos de remisión condicional, BAEZA AVALLONE, La rehabilitación, Madrid, 1983, p. 299.

Menos satisfactorio resulta aún, por razones obvias, entender que nos hallamos ante una suspensión ilimitada de la ejecución de la pena, por cuya virtud el sujeto será a lo largo de toda su vida técnicamente un penado.

Recapitulando lo hasta aquí dicho, resulta, pues, que, por una parte, se ha convenido en que existen poderosas razones para entender que el art. 57 bis b) 2 presupone la existencia de condena y la determinación en ella de la pena. Por otra parte, se ha desechado la posibilidad de que dicha pena quede ilimitadamente en suspenso, así como el que la remisión definitiva se determine aplicando por analogía el plazo de cinco años que se establece en el art.92 C.P. ,o que para estimar extinguida la pena sea necesario esperar a que transcurra el tiempo previsto en el art.115 C.P. para la prescripción de la pena.

Así las cosas, considero que la única solución posible pasa -como ya adelanté- por entender que formalmente nos hallamos ante una figura híbrida entre la remisión condicional y el perdón judicial.

A diferencia de lo que sucede en los modelos clásicos de perdón judicial⁽¹⁴⁸⁾ existe una sentencia condenatoria con imposición de pena, con lo que coincide con la llamada remisión condicional. Ahora bien, el juez tiene la facultad de remitir esa pena, y remitir debe entenderse aquí en el sentido de perdonar. Sólo así es posible evitar las indeseables consecuencias a que conduce la inexistencia de un plazo. No hay necesidad de plazo alguno porque el perdón ha extinguido la pena, y, aun cuando se trate de una extinción sujeta a condición resolutoria, el sujeto no es un penado, de modo que la posible inscripción que de este perdón pudiera hacerse en el Registro lo sería a los solos efectos del posible incumplimiento de la condición. Asimismo, dicha condición no puede ir más allá de los plazos que se establecen para la prescripción de la pena, de modo que a partir de ese momento el perdón deberá estimarse irrevocable.⁽¹⁴⁹⁾

⁽¹⁴⁸⁾ Las legislaciones que acogen esta figura suelen excluir la imposición de pena; tal vea, para evitar -como decía ANTÓN ONECA (*El perdón...*, op. cit., p. 8)- esa cantidad de infamia que la sola condena supone. Así se estructura el perdón, por ejemplo, en Italia, donde, además de otorgar al juez la posibilidad de concederlo en la instrucción, se establece que si se concediese en la sentencia, ello obliga a abstenerse de pronunciar condena (art. 169 C.P.). Algo similar sucede en Alemania con la dispensa de pena (*Absehen von Strafe*), que, hasta cierto punto, podría asimilarse al perdón judicial, la cual, curiosamente se reserva para supuestos de desistimiento del delito consumado (*Rücktritt vom vollendeten Delikt*), a los que tuvimos ocasión de referirnos en el capítulo II, **vid. supra**.

Ello no obstante, nada obliga al legislador a operar de ese modo. Por tanto, bien podría decidirse por un perdón que -al igual que puede suceder con el del ofendido art. 112. 5 C.P.- se otorgase una vez impuesta la pena.

⁽¹⁴⁹⁾ No creo que, a esos efectos, tal plazo resulte controvertido si se tiene en cuenta que puede

Concluyendo, pues, nos hallamos ante el perdón de la pena impuesta en la sentencia condenatoria, sujeto a la condición resolutoria que el inciso último del art. 57 bis b) establece.

Por lo demás, hay que entender que quedan también perdonadas las penas accesorias; y que se mantienen la responsabilidad civil y las costas procesales ante la imposibilidad de hacer extensiva a ellas la remisión *de la pena* a que se refiere el art. 57 bis b). 2.

En cualquier caso, no es que la solución que se ofrece me parezca la idónea. Sólo me parece la mejor de las posibles. Por obvias razones de seguridad jurídica, el principio de legalidad obliga o bien a configurar el perdón como incondicionado, o bien, a establecer expresamente un plazo pasado el cual sea definitivo, solución que entiendo más aconsejable.

Creo, por otra parte, que semejante obviedad no le era desconocida al legislador. De hecho, en el texto original de lo que luego sería la L.O. 9/1984 y que el Gobierno remitió a las Cortes, se preveía un límite mínimo a la suspensión, que, posteriormente se suprimió en el Informe de la Ponencia⁽¹⁵⁰⁾, sin que se fijara uno máximo. Ello provocó el que diferentes enmiendas versaran sobre la necesidad de establecer un plazo mínimo y otro máximo⁽¹⁵¹⁾. Y lo mismo sucedió en la discusión del art. 57 bis b).⁽¹⁵²⁾

Quizá sujetando ilimitadamente a condición resolutoria la extinción de la pena, el legislador ha perseguido -por vía inadecuada- equilibrar la finalidad eminentemente utilitaria que el precepto persigue y la función de tutela que a la pena corresponde. En la remisión condicional esta última función se garantiza suficientemente con el plazo de dos a cinco años que para la suspensión establece el art. 92.2 C.P. , un plazo relativamente breve porque está pensado para una institución que sí está basada en la idea de

beneficiar incluso a quien se ha sustraído de la ejecución de la pena. Por otra parte, debe tenerse presente que dicha solución difiere de aquella que consiste en configurar el instituto que nos ocupa como una remisión condicional sujeta al plazo de prescripción de la pena. Así es desde el momento en que aquí sólo se toma en consideración dicho plazo para estimar irrevocable el perdón de una pena ya extinguida, no, por tanto, a los efectos de entender extinguida la pena. Se evita, pues, el inconveniente a que conducía esta última solución.

⁽¹⁵⁰⁾ Vid. B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Serie A, II Legislatura, p. 1117 y ss.

⁽¹⁵¹⁾ Así, por ejemplo, enmienda nº 130 de Grupo Parlamentario Vasco.

⁽¹⁵²⁾ Enmienda nº 18, presentada por el Sr. ZUBIA ATXAERANDIO en nombre del Grupo Vasco.

prevención especial⁽¹⁵³⁾; en definitiva, un plazo razonable para asegurar la no comisión de delitos por parte de sujetos responsables de delitos menores, y cuya posibilidad de recaída se habrá considerado⁽¹⁵⁴⁾ prácticamente nula.

En nuestro caso, sin embargo, la situación es, cuando menos, parcialmente distinta.

Ciertamente habrá casos en que la concesión del beneficio responda a una feliz fusión entre la utilidad prioritariamente perseguida y la ausencia de necesidad preventiva de pena. Pero habrá otros en los que no esté tan claro que la efectiva ejecución de la pena no era necesaria desde consideraciones de prevención especial, y, sin embargo, la contribución del sujeto al logro de los objetivos utilitarios sea de entidad tal que convierta prácticamente en obligada la concesión del beneficio, a menos que se quiera correr el riesgo de menoscabar la posible eficacia de este tipo de instrumentos, truncando las expectativas de los potenciales destinatarios de estos beneficios.

Lógicamente, no podían ser esos los deseos de un legislador tan pragmático. Pero tampoco podía ser tan incauto como para creer que los sujetos que mayores posibilidades de colaboración tuvieran iban a ser también los menos necesitados de pena. Tal vez fue pensando en estos casos que se le ocurrió la desafortunada solución que el art. 57 bis b) 2 nos ofrece, y que, repito, no creo que sea mero fruto de la imprevisión legislativa⁽¹⁵⁵⁾.

Sin embargo, se hace necesario recordar al legislador que las exigencias de la prevención no pueden redundar en una pérdida de las garantías que el principio de legalidad representa; y que, por tanto, una vez que se ha optado por la remisión total de la pena es imprescindible fijar un plazo a partir del cual el perdón sea definitivo.

Ciertamente, no parece suficiente el plazo previsto, por ejemplo, en el art. 92.2 C.P.; incluso el de cinco años que en alguna enmienda se propuso⁽¹⁵⁶⁾ podría resultar insuficiente en ciertos casos. Sin embargo, cualquier otro superior a aquellos e inferior al

⁽¹⁵³⁾ En tal sentido, MAQUEDA ABREU, Suspensión condicional..., op. cit., p. 182; NUÑEZ BARBERO, Suspensión condicional..., op. cit., p. 56 y 73 y ss.

⁽¹⁵⁴⁾ Así debiera ser al menos. Y ello aunque a nadie se le oculte que -como bien dice MAQUEDA- la aplicación de la remisión condicional en la práctica judicial española es hoy "rutinaria, indiscriminada y automática" (Suspensión condicional..., op. cit., p. 168.

⁽¹⁵⁵⁾ Como, por otra parte, tampoco lo fue en Italia, vid., v.g., LAUDI/MILETTO/CASELLI/PERDUCA, La dissociazione..., op. cit., 102 y ss.

⁽¹⁵⁶⁾ Enmienda nº 18 del Grupo Parlamentario Vasco (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación permanente, III Legislatura, 1988, nº 95, 17 Marzo 1988, p. 5961).

fijado para la prescripción del delito me parecería razonable. Más concretamente, considero que el plazo máximo que, en cada caso, puede fijarse a la suspensión es el equivalente al necesario para la rehabilitación de la pena atenuada que se hubiere impuesto al sujeto, y que es la que habría cumplido si no se le hubiere remitido.

Sin embargo, no ha sido ese el criterio escogido en los proyectos de reforma, pues- como en su momento se dijo⁽¹⁵⁷⁾- tanto en el Anteproyecto como en el Proyecto de Código penal de 1992 el plazo elegido ha sido el de prescripción del delito.

V. CONCLUSIÓN

Tanto la causa de atenuación como la de remisión de la pena, son institutos que deben *ubicarse sistemáticamente fuera de la Teoría jurídica del delito*, por cuanto, como se trató de demostrar, no pueden reconducirse a la antijuridicidad o a la culpabilidad, y ni tan siquiera a la punibilidad, que entendida como elemento conceptual del delito con el que se expresa la referencia normativa a la pena, resulta inalterada.

Concretamente, por lo que se refiere a **la causa de atenuación**, se convino en considerarla *materialmente como una circunstancia*, esto es, como elemento accidental del delito ajeno a las categorías esenciales y a través del cual se da entrada en la determinación de la pena a diversas consideraciones de naturaleza político-criminal y/o utilitarias, semejantes a las que orientan las llamadas causas de exclusión de la pena.

No obstante, ya se precisó que desde un planteamiento eminentemente *formal* de la cuestión, nuestra causa de atenuación se separaba de las circunstancias en sentido estricto, por cuanto no se limitaba a cumplir la función meramente accidental que a aquellas corresponde. Contrariamente a ello, el legislador quiso dotarla de un *régimen privilegiado en la determinación de la pena* que la hiciese apta para cumplir con el objetivo eminentemente -aunque no exclusivamente- utilitarista a que respondía su introducción en el Código; y ello obligaba, entre otras cosas, a no sujetarla al régimen ordinario de compensación establecido en el art. 61 4º C.P.

Por lo que concierne a **la causa de remisión total de la pena**, se puso de manifiesto su *parentesco formal con el perdón judicial*, de un lado, y *con la suspensión condicional de la pena* prevista en los arts. 92 y siguientes del Código. En base a ello, se

⁽¹⁵⁷⁾ Vid. supra, Capítulo I, III.13

consideró que en el art. 57 bis b) 2 se daba entrada formalmente a una figura híbrida, por cuya virtud se concede al Tribunal la facultad de perdonar la pena resultante después de aplicar el régimen atenuatorio previsto en el mismo precepto; una pena, por tanto, consignada en la sentencia condenatoria y que sería la que debería ejecutarse si el beneficiario incumpliera la condición resolutoria a que se sujeta el perdón y, por tanto, la extinción de la pena.

Desde un *planteamiento valorativo*, sin embargo, la afinidad mayor no la mantiene con aquellos institutos, sino más bien *con las llamadas causas de exclusión de la pena*.

A mi juicio, la causa de remisión se asimila materialmente a aquellas causas- de naturaleza material, no procesal- que tienen en común el excluir la aplicación de la pena por causas ajenas al injusto o a la culpabilidad, las cuales sólo pueden explicarse por la ponderación legislativa de otros y diversos intereses, en base a los cuales pudiera resultar conveniente prescindir de la pena.

Con la remisión, por tanto, se trataría de dar entrada a criterios de oportunidad, que -al igual que sucede en alguna de aquellas causas, y, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, en el perdón judicial- no pueden explicarse exclusivamente en clave de prevención especial, sino que, más bien, pudieran situarse en una línea intermedia entre aquel tipo de consideraciones basadas en el fin de la pena y aquellas otras con las que trata de obtenerse una utilidad distinta.

A desentrañar cuáles sean *en nuestro caso concreto* aquellos criterios y aquellos intereses que, a fin de cuentas, están tanto a la base de la causa de remisión como de la causa de atenuación de la pena, va destinado el próximo capítulo.

CAPITULO CUARTO
FUNDAMENTO

I.- PLANTEAMIENTO GENERAL.

En el art. 57 bis b) nos encontramos con una causa de atenuación de la pena o, en su caso, de remisión total de la misma, aplicables -según dice el citado precepto- a "los delitos a que se refiere el art. 57 bis a)) ", esto es, "a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes". Resulta, pues, que, según el tenor literal del precepto, la atenuación o remisión pueden recaer sobre el conjunto de la responsabilidad criminal que en aquel concepto se imputare al sujeto. Se trata, pues, de encontrar un fundamento, una razón que justifique tan benévolo tratamiento.

A tal efecto, parece oportuno exponer, en primer lugar, las razones que, a juicio del legislador, justificaban el proceder de aquel modo, y, en segundo lugar, las consideraciones que al respecto ha hecho la doctrina, la cual -mayoritariamente- se ha mostrado especialmente crítica con el planteamiento legislativo. Ofrecer al lector estas reflexiones sólo tiene por objeto poner de manifiesto la necesidad de un replanteamiento de la cuestión relativa al fundamento del art. 57 bis b); y ello por cuanto, a mi juicio, no puede convencer la entusiasta defensa que el legislador hizo del precepto, pero tampoco el modo en que, usualmente, se argumenta para calificar de injustificable la norma; y esto último, con independencia de que se pueda asumir como propia la valoración negativa a que se llega desde razonamientos que, globalmente no asumo porque, con justicia, se pueden considerar "ligeros" por quienes -como GARCÍA VALDÉS⁽¹⁾-estiman aceptable, razonable y adecuado el recurso a este tipo de técnicas.

⁽¹⁾ "La legislación antiterrorista. Derecho vigente y proyectos continuistas", R.F.D.U.C. nº 6. Monográfico, p. 328 y 329. Del mismo autor, Vid., Temas de Derecho Penal, Madrid, 1992, p. 256 y 269 y ss..

II - LA POSICIÓN DEL LEGISLADOR.

A lo largo del *iter* de elaboración de la L.O. 3/1988, de 25 de mayo- en virtud de la cual, como es sabido, se reformó el Código Penal y se introdujo, entre otros, el art. 57 bis b)- ocuparon un papel muy destacado las discusiones en torno a nuestro precepto que -como se reconoció⁽²⁾- fue el que suscitó las mayores discrepancias.

El legislador de 1988 parecía confiar -como ya vimos que hacía el de 1981 (art. 174 bis c), o el de 1984 (art. 6 L.O. 9/84)- en la eficacia que similares instrumentos normativos habían tenido en Italia para erradicar el terrorismo, sin llegar, siquiera, a cuestionarse -pese a las advertencias del Sr. SARTORIUS⁽³⁾- la conveniencia o inconveniencia de tales técnicas para luchar contra el terrorismo español, y, más concretamente, contra el protagonizado por E.T.A.

A juicio del legislador, era necesario anteponer "ante cualquier consideración la necesidad de una represión efectiva de las conductas criminales que caracterizan el terrorismo"⁽⁴⁾, y para ello consideraba apropiado el art. 57 bis b), el cual, a su juicio, no sólo venía avalado por razones de oportunidad política, sino también por el hecho de ser socialmente justo y técnica y jurídicamente correcto⁽⁵⁾. Poco más se alegó en defensa del Proyecto. En sucesivas intervenciones, el portavoz del Grupo Socialista -Sr. NAVARRETE MERINO- se limitó a contestar a una sola de las objeciones que los distintos enmendantes habían hecho al texto propuesto por el Gobierno: me refiero, naturalmente, a las críticas que suscitaron aquellas modalidades de conducta que auspiciaban la inculpación de otros partícipes para poder gozar de los beneficios previstos, comportamiento que en las diversas enmiendas no dudó en calificarse como "delación"⁽⁶⁾. Ante las consideraciones que en este sentido se hicieron al Proyecto, el

⁽²⁾ Así lo afirmaba el Sr. NAVARRETE MERINO, encargado de la defensa del Proyecto. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados; Pleno y Diputación Permanente, III Legislatura, 1988, nº 95, Sesión de 17 de Marzo 1988, p. 5966.

⁽³⁾ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, III Legislatura 1988, nº 95, 17 Marzo 1988, p. 5959 y 5960.

⁽⁴⁾ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación permanente, III Legislatura, 1988, nº 95, 17 Marzo 1988, p. 5966.

⁽⁵⁾ Op. cit. en nota anterior, p. 5967

⁽⁶⁾ Así, en las enmiendas presentadas por la Agrupación de Izquierda Unida-Esquerra Catalana (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, III Legislatura, 1988, nº 239, 9 Marzo 1988, p. 8529) y en la defendida por BANDRÉS en nombre del Grupo Parlamentario Mixto (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación

defensor del mismo respondió con una serie de argumentos tendentes a restar al precepto su carácter de técnica excepcional, y con los que, además, se pretendía combatir las críticas que, desde perspectivas éticas se habían hecho al art. 57 bis b). Decía el Sr. NAVARRETE que los "escrúpulos morales" que los enmendantes mostraban carecían de sentido desde el momento en que la colaboración con las autoridades aparece en nuestro ordenamiento como un método habitual de lucha contra el delito. A su juicio, no existía diferencia alguna entre la colaboración ciudadana o el deber de denuncia que establece el art. 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las conductas del art. 57 bis b) que tan polémicas estaban resultando; y, si resultaba que aquellas modalidades de colaboración se asumían con auténtico consenso, y siendo que, a su modo de ver, todas eran una y la misma cosa, resultaba también que eran incomprensibles los argumentos que habían esgrimido los enmendantes⁽⁷⁾; es más, respecto a las enmiendas que proponían que la modalidad de conducta consistente en la confesión fuera objeto de una nueva redacción, de modo que quedase claro que aquélla quedaba limitada al reconocimiento de la propia responsabilidad de quien confesaba⁽⁸⁾, se manifestó de un modo similar; no obstante, este caso el paralelismo lo fue con la atenuante de arrepentimiento espontáneo. A su entender, no eran admisibles las enmiendas hechas en el sentido señalado porque ello supondría hacer a los terroristas de mejor condición que a otros delincuentes; así sería, en su opinión, si en el 57 bis b se limitase expresamente el alcance de la confesión, limitación inexistente en el art. 9.9ª, en el cual -según su interpretación- se daba entrada no sólo a la confesión de la propia responsabilidad, sino también a la que abarcaba la de otros partícipes⁽⁹⁾. De este modo, si alguna duda les quedaba a Sus Señorías sobre cuál era en este punto la voluntad legislativa -cosa que resultaba evidente en aquellas modalidades de conducta que exigían directamente la colaboración- aquella quedó por completo despejada.

A la vista de lo expuesto, resulta fácil advertir que la defensa del Proyecto no fue sino la defensa del recurso a la colaboración como instrumento de lucha contra el

Permanente, III Legislatura, 1988, nº 95, 17 Marzo 1988. p. 5958).

⁽⁷⁾ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, III Legislatura, 1988, nº 95, Sesión de 17 Marzo 1988, p. 5966 y 5967.

⁽⁸⁾ En tal sentido, la enmienda presentada por Izquierda Unida-Esquerra Catalana (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, III Legislatura, 1988, nº 239, Sesión 9 Marzo 1988, p. 8529) y también la presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 67-3, Sesión de 12 de Febrero de 1988, p. 12 y 13).

⁽⁹⁾ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, III Legislatura, 1988, nº 95, Sesión de 17 Marzo 1988, p. 5967.

terrorismo, sin que se considerase relevante ni quién prestaba tal colaboración, ni el modo de recabarla. Sin duda, el legislador español estaba convencido -como en su día lo estuvieron también el italiano⁽¹⁰⁾ o el alemán⁽¹¹⁾ -de que con tales métodos era posible aumentar la capacidad de reacción del ordenamiento contra ese tipo de delincuencia, a cuyos protagonistas se trataba de estimular con la adopción de estas medidas a la colaboración directa con las autoridades, lo cual no sólo suponía -como ya señalaban LARDIZÁBAL o PACHECO⁽¹²⁾- introducir la sospecha recíproca entre los sujetos como elemento desestabilizador en el seno de la organización, sino que posibilitaba también la obtención de logros directos como podían ser la evitación de delitos futuros, la aclaración de los ya cometidos, así como la identificación o captura de otros responsables.

Por contra, para nada se refirió el legislador- cosa que sí había hecho, aunque de pasada, el legislador de 1984⁽¹³⁾ y muy especialmente el legislador italiano ⁽¹⁴⁾ -a las posibilidades que el art. 57 bis b) podía ofrecer como instrumento de pacificación y resocialización. Quizá porque -como se dijo⁽¹⁵⁾- el modo en que estaba concebido lo hacía absolutamente inoperante en tal sentido.

⁽¹⁰⁾ Así, en relación con la Ley de 1980, el defensor del Proyecto confiaba en que con tales medidas fuera posible "aumentare la capacità reattiva dell'ordinamento alla sfida della delinquenza e dell'eversione, di favorire il fenomeno della "dissociazione" dei gruppi terroristici" (Relazione del Ministro di grazia e giustizia. Puede consultarse en CHELAZZI, La dissociazione dal terrorismo, Milano, 1981, p. 123). En el mismo sentido, se manifestaba el legislador de 1982, vid. Discusiones de la Comisión de Justicia, Sesión 28 Enero. 1982, en LAUDI, I casi di non punibilità dei terroristi pentiti, Milano, 1983, p. 288.

⁽¹¹⁾ Vid. BERNSMANN, "Die "Kronzeugenregelung", Neue Zeitschrift Für Strafrecht, 1989, Heft 10, Teil 2, p. 456; HILGER "Die "Kronzeugenregelung" bei terroristischen Straftaten", NJW, 1989, Heft 38, p. 2377; MEYER, "Brauchen wir den Kronzeuge?" ZR, 1976, Heft 2, p. 25 y 26; STURM, "Zur Bekämpfung terroristischer Vereinigungen", MDR, 1977, p. 7, nota 4.

⁽¹²⁾ Vid. Capítulo I, nota 25 y nota 65, respectivamente

⁽¹³⁾ Muy significativa era ya la rúbrica del art. 6 L.O. 9/84: "Atenuación de penas en el desistimiento con propósito de reinserción social"

⁽¹⁴⁾ La referencia a las posibilidades que este tipo de técnicas ofrecían desde el punto de vista de la reinserción de los "marginales" aparecía ya en la Ley de 1982 (Vid. Relazione al disegno di legge n. 1562 o los trabajos de la Comisión de Justicia del Senado, en LAUDI, I casi... op. cit. p. 33, nota 25, respectivamente) y esa fue, sin duda, la orientación prioritaria de la Ley de 1987; como ya se dijo en el Capítulo II, la voluntad legislativa era en este último caso favorecer ante todo la disociación y la reinserción, prescindiendo de la colaboración, lo cual suponía un cambio radical respecto a la legislación anterior. (Así lo reconoció expresamente el Ministro de Justicia en la defensa que hizo del Proyecto gubernamental. Puede verse en CASELLI/LAUDI/MILETO/PERDUCA, La dissociazione dal terrorismo, Milano 1989, p. 185.

⁽¹⁵⁾ En este sentido se manifestaron BANDRÉS y SARTORIUS por entender que difícilmente podía esperarse la reinserción -al menos en Euskadi- de aquellos terroristas cuya colaboración hubiere consistido en inculpar a terceros. Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y

Sin duda -y sin que ello suponga prejuicio alguno- lo cierto es que la defensa que se hizo del Proyecto no hizo sino confirmar lo que algún enmendante había dicho: que la *ratio* que animaba al precepto no podía entenderse si no era desde la más estricta lógica policial⁽¹⁶⁾.

III. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA. CRÍTICA.

En la moderna doctrina española⁽¹⁷⁾ existe cierta unanimidad en considerar que son razones político-criminales de conveniencia y utilidad pública las que fundamentan el art. 57 bis b): con él se trataría no sólo de provocar la disolución de las organizaciones, sino también de evitar futuros delitos y reprimir los ya cometidos. Tal opinión coincide tanto con la expresada por nuestros comentaristas históricos⁽¹⁸⁾ como por la doctrina extranjera⁽¹⁹⁾, y tal coincidencia se extiende al hecho de considerar insuficientes aquellas razones para justificar el proceder legislativo. Ciertamente, los hay también⁽²⁰⁾ que no comparten esta valoración negativa; pero es una posición absolutamente minoritaria, como minoritaria fue la de quienes en épocas pasadas elogiaron preceptos hasta cierto punto similares al que nos ocupa; por esta razón, me limito a dejar constancia de esta otra

Diputación Permanente. III Legislatura, 1988, nº 95, Sesión 17 Marzo 1988, p. 5957 y ss.

⁽¹⁶⁾ SARTORIUS, op. cit. en nota anterior, p. 5960.

⁽¹⁷⁾ Nota aclaratoria: En el presente epígrafe se recogerán no solo las consideraciones referidas expresamente al fundamento del art. 57 bis b), sino también aquellas otras que, en su momento se hicieron en relación con aquellos otros preceptos que eran los antecedentes más inmediatos del nuestro: el art. 174 bis c. C.P. y el art. 6 L.O. 9/84; y así se hace porque en el tema que nos concierne, lo que entonces se dijo sigue siendo igualmente válido.

⁽¹⁸⁾ De motivos de "conveniencia pública" hablaron ya PACHECO (Vid. Cap. I, nota 73) o VIZMANOS y ALVAREZ MARTÍNEZ (Vid. Cap. I, nota 63)

⁽¹⁹⁾ Vid. CHELAZZI, *La dissociazione...*, op. cit. p. 6 y 7 y p. 59; MADDALENA, *Le circostanze attenuante per i terroristi "pentiti"*, Milano 1984, p. 123 y ss y 143 y ss; HILGER, "Die "Kronzeugenregelung"...", op. cit. p. 2377; JUNG, "Der Kronzeuge - Garant der Wahrheitsfindung oder Instrument der Überführung?", *ZR*, 1986, p. 38.

⁽²⁰⁾ En repetidas ocasiones, se ha manifestado GARCÍA VALDÉS a favor de este tipo de preceptos, con argumentos muy similares a los que en su día utilizaron AZCUTIA (Vid. Cap. I, nota 110) o GONZÁLEZ SERRANO (Vid. Cap. I, nota 111). A juicio de GARCÍA VALDÉS, "parece razonable emplear todos los medios legales para lograr el objetivo fundamental de combatir el terrorismo, y esta técnica de los "arrepentidos" lo es", técnica que, por ello, entiende "aceptable" y cuya regulación estima "adecuada". "La legislación antiterrorista...", op. cit., p. 328 y 329.

corriente de pensamiento, y paso a profundizar en la que es, indiscutiblemente, mayoritaria.

Al respecto, afirma ARROYO⁽²¹⁾ que "el fundamento es puramente político-criminal: la evitación de nuevos delitos por parte de los elementos terroristas y el auxilio a la Administración de Justicia en el castigo de los responsables de los ya cometidos, careciendo de interés aquí la hipotética menor reprochabilidad "moral" o jurídica del sujeto o la reparación del daño", por lo que no podía equipararse la atenuación prevista en el art. 174 bis c, C.P. a la genérica de arrepentimiento espontáneo. En el mismo sentido, se manifestó el citado autor en relación con el art. 6 L.O. 9/84 y, más concretamente, con respecto a aquellas hipótesis de conducta que exigían la colaboración (apt. 1b y apt. 2); por el contrario, entendía ARROYO que el beneficio previsto para la conducta de "mero abandono" (apt. 1.a) -que suponía una novedad respecto al art. 174 bis c- era posible justificarla también desde consideraciones distintas: como manifestación de un Derecho penal orientado a la reinserción⁽²²⁾.

Esta distinción entre lo que vienen denominándose conductas de "mera disociación" y comportamientos de colaboración, es también asumida por TERRADILLOS quien considera que la atenuación por el hecho del abandono bien puede fundamentarse en las mismas razones que la circunstancia 9ª del art. 9, pero no así los beneficios con los que -en expresión del autor- se prima la delación⁽²³⁾.

En un sentido similar se había manifestado ya GARCÍA-PABLOS en relación con el art. 174 bis c) C.P., que -como es sabido- sólo preveía comportamientos de colaboración y no de mero abandono. A juicio de este autor, el fundamento de tal precepto no podía equipararse al de la atenuante genérica por cuanto aquel sólo podía basarse en razones pragmáticas y utilitarias, que no eran sino el "evitar la comisión de futuros delitos por los terroristas y de castigar a los responsables de los ya cometidos, procurando del "arrepentido" una colaboración eficaz con las autoridades"⁽²⁴⁾, o -como decía DE LA CUESTA.- a diferencia de la atenuante 9ª art. 9, donde también se trataba

⁽²¹⁾ "La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de Mayo", C.P.C. nº 15, 1981, p. 418.

⁽²²⁾ "Terrorismo y sistema penal", en Reforma Política y Derecho, Madrid, 1985, p. 180.

⁽²³⁾ Terrorismo y Derecho. Comentario a las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, de Reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Madrid 1988, p. 78 y ss.

⁽²⁴⁾ Asociaciones ilícitas y terroristas, en Comentarios a la Legislación Penal, dirigidos por COBO DEL ROSAL y coordinados por BAJO FERNÁNDEZ, T. II, Madrid 1983, p. 165; Estudios penales, Barcelona 1984, p. 364.

"de premiar un móvil ético (arrepentimiento) que podría manifestar, *a posteriori*, una menor culpabilidad, en el art. 6 de la Ley de Bandas Armadas eran las mismas consideraciones preventivo-generales, el frío cálculo realista costo-beneficio que inspiran toda la Ley lo que dominaban: evitación de nuevos delitos por parte de las bandas armadas y terroristas y el auxilio a las autoridades de investigación"⁽²⁵⁾

También LAMARCA PÉREZ era de la opinión de que con el art. 6 L.O. 9/84 no se trataba de "satisfacer ninguna exigencia de justicia que atienda a los móviles éticos o al espontáneo arrepentimiento del inculpado", sino que aquél respondía "claramente a preocupaciones utilitarias y de política criminal"⁽²⁶⁾, las mismas que, a juicio de dicha autora están a la base del art. 57 bis b), un precepto respecto al cual no cree posible "alegar fundamentos jurídicos sólidos"⁽²⁷⁾.

Asímismo, MESTRE DELGADO insiste en que sólo desde perspectivas utilitaristas es posible fundamentar este tipo de preceptos⁽²⁸⁾, opinión que comparten plenamente GARCÍA SAN PEDRO⁽²⁹⁾, MUÑOZ CONDE⁽³⁰⁾, MORILLAS CUEVAS⁽³¹⁾, DE VICENTE REMESAL⁽³²⁾ o CALDERÓN SUSÍN⁽³³⁾. No obstante, el último de los

⁽²⁵⁾ "Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas", C.P.C., nº 30, 1986, p. 577 y 578.

⁽²⁶⁾ Tratamiento jurídico del terrorismo, Madrid, 1985, p. 321 y 322.

⁽²⁷⁾ "La última recepción de la normativa antiterrorista", A.D.P.C.P. 1989, p. 974.

⁽²⁸⁾ "Este sistema normativo (sc. art. 6 L.O. 9/84) -dice el autor- se fundamenta en consideraciones de política criminal antiterrorista, que han sobrevalorado el principio de oportunidad sobre los criterios de legalidad", Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional, Madrid, 1987, p. 226.

⁽²⁹⁾ "Atenuación, remisión de penas y libertad condicional", en Comentarios a la legislación penal, op. cit. T. XI, Madrid 1990, p. 62.

⁽³⁰⁾ A juicio de este autor, "La motivación político criminal del precepto (sc. art. 174 bis c. C.P.) es evidente ("a enemigo que huye puente de plata") y el pragmatismo que pretende ha hecho ir más allá de lo que permite, por ejemplo, la atenuante de arrepentimiento espontáneo. Sin embargo, tanto para los acusados, como para las autoridades se presta el precepto a todo tipo de chantajes y negociaciones que "ensucian" aún más la ya de por sí "sucia" guerra contra el terrorismo", Derecho Penal. Parte Especial, 5º Ed. Sevilla 1983, p. 577.

⁽³¹⁾ Teoría de las consecuencias jurídicas del delito, Madrid 1991, p. 98.

⁽³²⁾ Este autor distingue dos clases de lo que él llama comportamiento postdelictivo positivo (CPP): de un lado, el representado por la atenuante genérica y, de otro, los tipos especiales de CPP, por ejemplo, el recogido en los Arts. 174 bis c. C.P. y 6 L.O. 9/84. A su entender, la justificación de estos últimos es más controvertida que la de la atenuante genérica porque mientras ésta puede justificarse desde consideraciones preventivo-generales y especiales, no ocurre así con preceptos como el 174 bis c. C.P. o el art. 6 L.O. 9/84, "independientemente de que estos tipos especiales se consideren acertados o, al menos, necesarios desde un punto de vista político, politicocriminal, de conveniencia pública o, simplemente, práctico". El comportamiento postdelictivo, Universidad de León, 1985, p. 326 y ss.

⁽³³⁾ Arrepentimiento espontáneo (Estudio del artículo 9-9ª del Código Penal), Madrid, 1990, p. 294 y ss.

autores citados se sitúa en la línea de quienes otorgaban un fundamento al menos parcialmente distinto a la modalidad de conducta consistente en el mero abandono con confesión de la propia responsabilidad. Según CALDERÓN, la hipótesis prevista en la letra a, apt. 1, art. 57 bis b), se corresponde con una de las modalidades de la atenuante novena y tendría, por tanto, su mismo fundamento: podría justificarse no sólo desde perspectivas utilitaristas sino también desde los fines de la pena, tal y como dicho autor hace en relación con la atenuante genérica. Sin embargo, estima CALDERÓN que esta doble fundamentación no cabe en relación con las hipótesis que benefician una conducta de colaboración, lo que no es otra cosa que una "especie de derecho premial (o de gracia)", criticable en la medida en que puede suponer un estímulo a la delación⁽³⁴⁾.

Mención aparte merece -por la dureza de su crítica- la opinión de GARCÍA RIVAS. Este autor no dudó en considerar que el art. 6 de lo que entonces era todavía proyecto de ley antiterrorista era una "motivación a la delación"⁽³⁵⁾, y no sólo directamente, a través de las hipótesis que de un modo explícito exigían la inculpación de terceros, sino también de un modo solapado, por el peligro que existía de que lo que en principio era una mera conducta de abandono y confesión de la propia responsabilidad, se convirtiera en la práctica en una motivación más, aunque encubierta, a la delación. Se trataba, pues, de un precepto que, según este autor, sólo podía explicarse en clave utilitarista y que -como también habían señalado otros autores, respondía a "nuevas técnicas de control social, denominadas de "estimación" junto, o en lugar de, las tradicionales de desaliento (...) de forma que junto a la prevención intimidatoria se coloca la prevención "incentivadora"⁽³⁶⁾. A este tipo de técnicas respondían, pues, preceptos como el que analizamos, los cuales -en opinión de GARCÍA RIVAS- pugnan con cualquier tipo de interés resocializador⁽³⁷⁾, y también con las más elementales garantías constitucionales que deben regir en todo proceso⁽³⁸⁾.

⁽³⁴⁾ Op. y Loc. cit. en nota anterior.

⁽³⁵⁾ "Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político", Poder Judicial nº 10. Marzo 1984, p. 107 y ss.

⁽³⁶⁾ Op. cit. en nota anterior, p. 109 y 110.

⁽³⁷⁾ Op. y loc. cit. en nota anterior.

⁽³⁸⁾ Op. cit. en nota anterior, p. 110 y 111.

Una vez expuestas las consideraciones más representativas que se han hecho sobre el fundamento del art. 57 bis b) -u otros preceptos análogos- es posible extraer, a modo de resumen, las dos conclusiones siguientes:

1ª - La opinión absolutamente mayoritaria es la que consiste en entender que el fundamento del art. 57 bis b) es eminentemente pragmático, esto es, que tal precepto se fundamenta en la pretensión de provocar la desarticulación de las organizaciones terroristas, evitar la comisión de futuros delitos, así como castigar los ya cometidos mediante el descubrimiento de sus responsables, objetivos que se persiguen motivando a los sujetos, a través de los beneficios previstos, a la realización de determinadas conductas que se consideran aptas para la consecución de aquel fin.

Sólo algunos autores han admitido -aunque tímidamente- que la modalidad de conducta consistente en el abandono voluntario de las actividades con confesión de los hechos en que hubiere participado el sujeto, así como aquellas otras que consisten en la evitación de un daño, podrían fundamentarse no sólo en razones utilitarias sino también en consideraciones distintas. Más concretamente, se ha pretendido explicar este otro tipo de comportamientos desde los fines de la pena, emparentándolos con la atenuante de arrepentimiento espontáneo, circunstancia que -para los autores que han establecido aquel paralelismo- no sólo se fundamenta en razones de utilidad, sino también en base a una cierta relajación de los mecanismos preventivos, tanto generales como especiales.

2º - La doctrina mayoritaria no parece considerar suficiente aquel fundamento utilitario para justificar el precepto. Así se desprende de la valoración negativa que en general le merece el art. 57 bis b); baste recordar la opinión de LAMARCA PÉREZ, según la cual no es posible alegar a favor de dicho artículo "fundamentos jurídicos sólidos".⁽³⁹⁾

Las manifestaciones que se han hecho en este sentido tienen, sin duda, su razón de ser en el hecho de que los diversos autores hayan centrado su atención en aquellas modalidades de conducta que implican la colaboración con las autoridades, y, más concretamente, en aquellas en que la colaboración requerida implica la inculpación de terceras personas: en lo que, mayoritariamente, ha venido calificándose como "delación".

Pues bien, ante tales planteamientos, se hacen necesarias una serie de consideraciones críticas.

⁽³⁹⁾ Vid, en este Cap., nota 27.

La primera consiste en resaltar que la doctrina se ha contentado con asumir como fundamento del art. 57 bis b) lo que era la finalidad que el legislador perseguía con la creación de este precepto. Ello le ha llevado a no indagar más allá; no se ha tratado de ver si era posible encontrar un fundamento objetivo independiente de la voluntad legislativa, y, lo que es más importante, tampoco se ha contemplado la posibilidad de que las distintas normas contenidas en el art. 57 bis b) pudieran ser objeto de un distinto tratamiento ya en sede de fundamento.

Tratar de encontrar la justificación de una norma no es, a mi juicio, simplemente indicar el motivo por el cual el legislador decide en un sentido o en otro. Del mismo modo que ante un precepto incriminador nadie se contenta con decir que la justificación le viene dada por la finalidad -que, en última instancia también puede considerarse política⁽⁴⁰⁾- que el legislador persigue, así debe procederse también cuando nos hallamos ante preceptos como el 57 bis b. De no razonar en estos términos se incurre en el error de confundir la finalidad legislativa con el fundamento de la norma, que son cosas distintas aunque no tengan por qué excluirse recíprocamente. No se trata, pues, de decir que no puedan coincidir, lo que se quiere decir es que asumir "*ab initio*" que son una y la misma cosa supone optar por un modo de proceder metodológico que, personalmente, no considero adecuado. Lo adecuado es, a mi entender, tratar de buscar en las normas una "*ratio*" objetiva, que podrá o no coincidir con la finalidad legislativa, y que, en todo caso, puede sobrevivir a aquella finalidad, la cual -como es sabido- puede dejar de tener sentido por el solo hecho de que se produzca un cambio en las circunstancias sociales, históricas o políticas que motivaron al legislador a proceder de una determinada manera.

Sin embargo, no ha sido aquél el planteamiento que se ha hecho de la cuestión que nos ocupa. Resultado de ello es que tanto la causa de atenuación como la de remisión de la pena -y, por tanto, las diversas conductas que en ellas se contemplan- han sido reconducidas a un *fundamento unitario y común*: el utilitario, el que se ajusta a la finalidad que el legislador persigue. De este modo, no se ha destacado suficientemente la distinción que ya en sede de fundamento puede hacerse dentro del 57 bis b; los esfuerzos que en tal sentido se han hecho -y de los que se ha dejado constancia- no sólo han sido aislados, sino que incluso éstos son insuficientes. Sin embargo, es necesario distinguir entre el fundamento de la causa de atenuación, de un lado, y, el de la causa de remisión total de la pena, de otro, y aun dentro de ellas marcar las diferencias que en este punto

⁽⁴⁰⁾ Precisamente por ello, afirma VASALLI que cuando se afirma que el fundamento de las llamadas "causas de no punibilidad" es un fundamento de conveniencia política, no se dice algo que sea privativo de ellas, ello por cuanto "una razón política está, en última instancia, a la base de todo el edificio del Derecho penal y no solo de las causas de no punibilidad (...)", voz "Cause di non punibilità", *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano 1960, p. 618.

existen entre las diversas conductas que integran cada una de aquéllas. Y digo esto porque, aunque el fundamento utilitario no puede, en modo alguno, ponerse en duda, no es menos cierto que en el caso de determinadas conductas previstas en el art. 57 bis b), es posible también fundamentar la atenuación o remisión de la pena que provocan -además de en la utilidad de tales comportamientos- en consideraciones distintas.

La segunda de las reflexiones que se quería hacer trae, en parte, su razón de ser de lo anterior: la doctrina tampoco se ha planteado si ese fundamento político criminal utilitario es o no compatible con los fines de la pena; no sólo lo ha asumido como fundamento único, sino que, además, sus críticas al precepto no han ido dirigidas de un modo directo a mostrar la *posible insuficiencia* del mismo en ciertos casos para justificar la renuncia, total o parcial, a la pena. Por el contrario, cuando la doctrina ha considerado jurídicamente injustificable el precepto lo ha hecho centrando su atención en otras cuestiones; concretamente, sus objeciones han girado en torno al tan traído y llevado tema de la "delación". Esta clase de críticas sin embargo, no son, a mi entender, las únicas que pueden hacerse al precepto. A mi juicio, las modalidades de conducta que exigen la inculpación de terceros han dispersado la atención de nuestro autores, que han desatendido algo que también es importante: los reparos que desde los fines de la pena pueden hacerse al art. 57 bis b), y ello en la medida en que la finalidad utilitaria que el legislador persigue puede ser *en determinados casos* disfuncional y aun contradictoria con las finalidades de prevención general y especial que la pena debe cumplir.

IV - TOMA DE POSTURA

IV.1 - Introducción

Como se dijo en el Capítulo anterior, aquí se parte de una posición dogmática que entiende el tipo como tipo de injusto, esto es, como el conjunto de características determinantes del injusto específico de cada figura delictiva⁽⁴¹⁾, y la culpabilidad como el reproche personal que dirige el autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico⁽⁴²⁾. Partiendo de una concepción de este tipo, difícilmente puede vincularse el fundamento del art. 57 bis b) con el injusto o la culpabilidad. Es por ello que hay que

⁽⁴¹⁾ COBO/VIVES, Derecho Penal. Parte General, Valencia, 1990, 3ª Edic. p. 241.

⁽⁴²⁾ COBO/VIVES, Derecho Penal... op. cit.p. 407.

estar de acuerdo con la doctrina en el hecho de que dicho fundamento debe buscarse en consideraciones de otra índole, lo cual -como se apuntó- no implica negar que las conductas contenidas en el art. 57 bis b) puedan afectar, disminuyéndola, a la gravedad de los hechos que -como viene admitiéndose- no es algo que se mida exclusivamente atendiendo al injusto y a la culpabilidad, sino también atendiendo a otros criterios que como, por ejemplo, la necesidad de tutela pueden resultar afectados por el comportamiento postdelictivo del sujeto.

Ahora bien, estar de acuerdo con ese planteamiento inicial de la cuestión que hace la doctrina, no implica, sin más, tener que asumir su desarrollo. Ya dije en el epígrafe anterior que discrepaba del tratamiento que se había dado al tema relativo al fundamento del art. 57 bis b) por dos razones: la primera, porque se había reducido a un único y común fundamento utilitario los distintos supuestos que el precepto contempla; la segunda, por no haberse abordado la posible contradicción que puede existir entre las razones puramente utilitaristas y los fines de la pena. A tratar ambas cuestiones -la relativa al fundamento y su posible disfuncionalidad en ciertos casos con los fines de la pena- se dedican las páginas que siguen.

IV.2 - El doble fundamento de la causa de atenuación de la pena.

El art. 57 bis b) permite la atenuación en uno o dos grados de la pena correspondiente al delito asociativo y a cualesquiera otros conexos, siempre que el sujeto hubiere abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y, además, llevar a cabo alguno de los comportamientos que, alternativamente allí se establecen: confesión de los hechos en que hubiere participado, evitación o disminución de una situación de peligro, evitación del resultado dañoso, o colaboración eficaz para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

Pues bien, a mi juicio, tal causa de atenuación puede fundamentarse no sólo en criterios utilitarios, sino que, al menos en parte, también puede fundamentarse -aunque con ciertas matizaciones respecto del último de los comportamientos citados- desde los fines de la pena. Basta para constatar lo dicho detenerse en lo que es la conducta que sirve de soporte a todas las restantes : el abandono de las actividades delictivas o de la vinculación criminal; en definitiva, el poner voluntariamente fin a cualesquiera de las conductas que integran el delito asociativo.

Evidentemente, como ya se dijo en el Capítulo anterior⁽⁴³⁾, el abandono no puede considerarse como un caso común de arrepentimiento activo o de desistimiento desde el momento en que el art. 3 C.P. exige para ello que el delito no esté todavía consumado. Sin embargo, en aquel lugar también se señaló el paralelismo evidente que existe entre la conducta de abandono y la que sirve de base al desistimiento, razón por la cual se consideraba este supuesto como una *regla especial de desistimiento para el delito consumado*, la cual puede fundamentarse, al menos en parte, en los mismos términos que el desistimiento que opera antes de la consumación. A tal efecto, no representa obstáculo alguno el hecho de que el abandono deba ir acompañado de la realización alternativa de alguna de las conductas previstas en el precepto; tal circunstancia nada quita al hecho de que el comportamiento que sirve de soporte a todas ellas sea el citado abandono. Precisamente el hecho de que aquellas conductas aparezcan indisolublemente ligadas a él es una de las razones que permiten dar a la causa de atenuación una fundamentación más amplia que la meramente utilitarista. Por otra parte, tampoco es un obstáculo para compartir el fundamento del desistimiento común el que la consecuencia jurídica no sea la total exclusión de la pena; el legislador podría haberse decidido -como en alguna ocasión lo hizo el legislador histórico⁽⁴⁴⁾- por esta última opción; el que no lo haya hecho y el que, como una especie de contrapartida, haya extendido la atenuación a cualesquiera delitos conexos al asociativo, es algo que no altera la cuestión dogmática.

Así pues, *el fundamento* de la causa de atenuación sería, *de un lado*, un fundamento *utilitario* por cuya virtud la ley tiende un "puente de plata" que motiva al sujeto a retornar a la legalidad y a realizar determinadas conductas que, unidas al abandono del grupo criminal, favorecen la desintegración del mismo. *De otro lado*, sin embargo, también es posible encontrar una razón distinta que viene a sumarse a aquella, y en virtud de la cual es posible explicar la relajación punitiva desde los fines de la pena, esto es, desde la posibilidad de afirmar que en estos casos hay una *menor necesidad de pena*, tanto desde la prevención general como especial.

Entiendo, por tanto, que el fundamento de la causa de atenuación no difiere sustancialmente del que está a la base del arrepentimiento espontáneo (art. 9.9ª C.P.), y, en última instancia, del que inspira el desistimiento voluntario de consumir el delito, que es, a fin de cuentas, el género común a que pueden reconducirse estas modalidades de comportamiento postdelictivo positivo.

⁽⁴³⁾ Vid. Capítulo III, I.

⁽⁴⁴⁾ V.g., art. 5 D-L. 26 Agosto 1975, Vid. supra, Cap. I.

Lógicamente, tal conclusión presupone una determinada concepción sobre el fundamento mismo del desistimiento, lo cual requiere una justificación que trataré de dar del modo más breve posible.

Desterradas -al menos en lo que eran sus formulaciones puras⁽⁴⁵⁾- las llamadas *teorías jurídicas* que entendían el desistimiento como un obstáculo jurídico insalvable para la punición, quedan en pie toda una serie de posturas que prescinden de ver en la renuncia a la pena una razón de lógica jurídica y lo que tratan es de justificar en base a otros criterios lo que se considera esencialmente como una decisión legislativa. Como resulta obvio, analizar con cierta profundidad las distintas formulaciones que en este sentido se han hecho es algo que desborda con mucho los límites de este trabajo; me limitaré, pues, a realizar una sucinta exposición de las mismas, cuyo único fin es servir de soporte a la solución que ya se adelantaba.

De un lado, nos encontramos con las *teorías politicocriminales*, cuyo núcleo consiste en ver el fundamento del desistimiento en la utilidad. Con la impunidad -decía FEUERBACH- se evita cerrar la retirada al sujeto; la impunidad cumpliría, más bien, una función negativa: impedir que el sujeto advirtiera que con su desistimiento nada podía ganar⁽⁴⁶⁾. Más allá fueron quienes, como VON LISZT⁽⁴⁷⁾, se apartaron de aquella

⁽⁴⁵⁾ Sin duda, hoy ya nadie mantiene las tesis que en su día sostuvieron, entre otros, ZACHARIÄ, LUDEN, BERNER o BINDING. Sin embargo, las consideraciones de estos autores -y especialmente de BINDING- sobre la interdependencia inescindible entre tentativa y desistimiento, es algo que quienes mantienen las modernas teorías de la unidad deben, en gran parte, a los clásicos, de cuyo pensamiento no están tan retirados quienes estiman que el desistimiento afecta a alguno de los elementos esenciales del delito. Vid. BLOY, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, Berlín, 1976, p. 153; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, Strafrecht, A.T., Teilb. 2, 7, neubearbeitete und erweiterte Auf., Heidelberg, 1989, p. 56; VOGLER, Leipziger Kommentar, § 24, B.I, Berlín-New York, 1985, 10. Aufl., p. 126, n^o marg. 7.

⁽⁴⁶⁾ Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur - Pfalz - Bayrischen Staaten, I. Teil, Gießen, 1804, p. 102 y ss, Vid. BLOY, Die dogmatische op. cit. p. 150; MUÑOZ CONDE, El desistimiento voluntario de consumir el delito, Barcelona 1972, p. 20 y ss; PROSDOCIMI, Profili penali del postfatto, Milano 1982, p. 80, donde se expone muy claramente la diferencia entre el pensamiento de FEUERBACH y el de los posteriores mantenedores de este tipo de teorías.

⁽⁴⁷⁾ Tratado de Derecho Penal, T. III, traducción de la 20 Ed. alemana por JIMÉNEZ DE ASÚA, Madrid, 3^a Ed, p. 20. En el mismo sentido: MAURACH, Tratado de Derecho Penal; T. II, Traducción de la 2^a Ed. alemana y notas de CÓRDOBA RODA, Barcelona, 1962, p. 201; MEZGER, Tratado de Derecho Penal, T.II, Traducción de la 2^a Ed. alemana y notas de RODRÍGUEZ MUÑOZ, Madrid, 1935, p. 234. En Italia la acogieron entre otros, CARRARA (Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. I, traducción de la edición original italiana de ORTEGA y GUERRERO, Bogotá, 1985, § 1180, p. 218), así como los creadores del Código ZANARDELLI (Vid. Relazione Zanardelli, n. LIV, 1887, en IMPALOMENI, Il Codice penale italiano, Vol. I, Parte Generale; Firenze, 1890, p. 204. En España, fue la idea que guió a nuestros comentaristas históricos (Vid. Cap. I) y que mantuvo en su día ANTÓN ONECA (Derecho Penal, Parte General, Madrid 1949, T. I, p. 411).

primera formulación y vieron en la impunidad un estímulo para que el autor desista; aquella vendría a suponer un *Goldene Brücke*, un puente de oro que se tiende al enemigo que emprende la huida, para facilitársela.

Como es sabido, uno de los principales reparos que se hace a esta teoría es el hecho de estar desligada de la realidad por cuanto viene a presuponer que el sujeto conoce la significación jurídica de su desistimiento y, en efecto, tal cosa no sucede en la mayor parte de los casos.

Sin embargo, aquí nos ocupamos de una forma de criminalidad en la cual las cosas son muy distintas. Podrá decirse que las motivaciones que influyen en la mente de un terrorista a la hora de abandonar su actividad delictiva son muy diversas, pero no podrá decirse que vive en la más absoluta ignorancia de la Ley. No es casual que en Italia el mayor número de "disociaciones" se produjera siempre tras la aprobación de leyes similares al art. 57 bis b)⁽⁴⁸⁾; y, por otra parte, aunque aquella ignorancia fuera cierta, no hay obstáculo para ilustrar al sujeto -como se hizo en Italia- sobre el alcance de la ley; ni siquiera el requisito de que el abandono deba ser voluntario - cuestión de la que en su momento me ocuparé - impide proceder de ese modo

Por todo ello, entiendo que *una* de las razones que explican este caso especial de desistimiento es la de servir de estímulo al abandono, lo cual coincide plenamente con lo que era la finalidad declarada que perseguía el legislador español.

Otras concepciones han visto en la idea del *premio* el fundamento de la impunidad⁽⁴⁹⁾, de modo que así como la pena funciona a modo de retribución negativa, la impunidad supone una retribución positiva que se concede el autor como premio por su buen comportamiento.

Ante este tipo de formulaciones hay que estar de acuerdo con aquellos autores que-como MUÑOZ CONDE⁽⁵⁰⁾ o ROXIN⁽⁵¹⁾- afirman que tales teorías dejan sin explicar el fundamento del desistimiento porque no aclaran la razón del premio.

⁽⁴⁸⁾ Vid. Cap. II, nota 229.

⁽⁴⁹⁾ Así, BAUMANN/WEBER, Strafrecht, A.T. 9ª Aufl., Bielefeld, 1985, p. 502; BOCKELMAN/VOLK, Strafrecht, A.T., 4ª neubearbertelè Aufl., München 1987, p. 214; JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Vol. II, trad. de la 3ª Ed. alemana y adiciones de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1981 p. 737 y 738; WESSELS, Strafrecht, A.T. 21, neubearbeitete Aufl., Heidelberg, 1991, p. 190.

⁽⁵⁰⁾ El desistimiento..., op. cit. p. 29 y ss.

⁽⁵¹⁾ "Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada, en Problemas básicos del Derecho Penal, trad.

De este tipo de teorías merece diferenciarse la corriente de opinión surgida con especial fuerza en Italia a consecuencia de la aparición de la llamada "legislazione dell'emergenza". En ese momento surgen voces autorizadas⁽⁵²⁾ que consideran los beneficios que esas leyes prevén a favor del terrorista como una especie de "premio", en el que, no obstante, no se ve tanto un acto de gracia del Estado, cuanto un instrumento al servicio de una técnica de protección de bienes jurídicos consistente en estimular con tal premio a la realización del comportamiento deseado. Se trata, pues, de una corriente más cercana a las teorías politicocriminales que a las teorías premiales en sentido estricto y, por tanto, la opinión que aquellas merecían debe tenerse aquí por reproducida.

Quedan, pues, por ver las llamadas *teorías del fin de la pena* y *las teorías de la unidad*.

Aquí se sitúan aquellos que entienden que la razón de la impunidad está en la desaparición del fin de la pena, aunque -como bien señala VOGLER⁽⁵³⁾- no pueda decirse que todos ellos utilicen idénticos criterios para llegar a la misma conclusión. Así, nos encontramos ante quienes -en la línea de lo que ya dijeran MAURACH⁽⁵⁴⁾ o WELZEL⁽⁵⁵⁾- afirman que el desistimiento evidencia una menor intensidad de la voluntad criminal⁽⁵⁶⁾, o -como dice RUDOLPHI⁽⁵⁷⁾ una atenuación de la culpabilidad de índole tal que hace a la que resta irrelevante desde el punto de vista jurídicopenal, irrelevancia que BLOY⁽⁵⁸⁾ considera que se produce en relación con el injusto, mientras que, finalmente,

de Luzón Peña, Madrid, 1976, p. 268.

⁽⁵²⁾ En el Cap. II se tuvo ocasión de citar cuantos trabajos se dedicaron al tema. No obstante, se deja aquí constancia de dos obras generales que por el elevado número y calidad de sus aportaciones merecen una atención especial: La legislazione premiale (VVAA), Milano, 1987; Diritto premiale e sistema penale (Atti del settimo simposio di diritto e procedura penale promosso dalla Fondazione "Avv. Angelo Luzzani"). Como, Milano, 1983; en esta última, merece una mención especial el trabajo de BRICOLA "Funzione promozionale, Tecnica premiale e Diritto penale", p. 126 y ss. (También en La Questione Criminale, Settembre/Dicembre 1981, p. 445 y ss.)

⁽⁵³⁾ Leipziger Kommentar... op. cit., § 24, Rdn 12, p. 127.

⁽⁵⁴⁾ Tratado de Derecho Penal, T. II, op. cit., p. 201.

⁽⁵⁵⁾ Derecho penal alemán. Parte General. Trad. de la 2ª Ed. alemana de BUSTOS y YÁÑEZ, Chile, 1976, p. 261 y 262.

⁽⁵⁶⁾ ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, Kommentar, 24., neubearbeitete Aufl. München, 1991, § 24, Rdn. 3, p. 362.

⁽⁵⁷⁾ Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, A.T. 5, neubearbeitete Aufl., 1990, Rdn. 6, p. 31.

⁽⁵⁸⁾ Die dogmatische... op. cit. p. 178.