

Hasta el año 1986 tienen, pues, razón quienes dicen que la Audiencia Nacional optó por dejar a un lado los preceptos específicos y por trasladar al Poder Ejecutivo la solución de lo que, tal vez, consideraba un problema político<sup>(6)</sup>.

A partir, sin embargo, de 1987 la cosa cambia. Todavía es posible encontrar alguna sentencia donde se acuerda solicitar el indulto<sup>(7)</sup>, pero, paulatinamente, la Audiencia comienza a asumir la cuestión como propia y se abre paso la vía mencionada en segundo lugar, es decir, la consistente en aplicar en tales casos una atenuante analógica a la de arrepentimiento espontáneo, apreciada en la sentencia como muy calificada.

No se trata, no obstante, de un procedimiento novedoso, pues también hay algunas sentencias de fechas anteriores en que se recurre a la apreciación de la atenuante analógica<sup>(8)</sup>, pero la utilización de este método se intensifica a partir, como se dijo, de 1987<sup>(9)</sup>. Las diferentes sentencias analizadas<sup>(10)</sup> coinciden en el hecho de ir referidas a casos en los que el abandono de la vinculación criminal se había producido con anterioridad a la detención, y en los cuales no constaba que el sujeto hubiere reiniciado contacto alguno con la organización. A partir de ahí, la Audiencia se contenta con que el sujeto reconozca su participación en los hechos que se le imputan; por lo tanto, a diferencia de lo que se exigía para poder gozar de las llamadas medidas de reinserción social a que ya se ha hecho referencia, no es necesario para apreciar la atenuación, declaración pública alguna de renuncia a la violencia, o de compromiso de reinserción en la convivencia pacífica y de acatamiento de la Constitución<sup>(11)</sup>. Parece, pues, bastar con el convencimiento del Tribunal de que el sujeto se ha apartado voluntaria y definitivamente

---

<sup>(6)</sup> En tal sentido, DE LA CUESTA, "Atenuación...", op.cit., p.591; MESTRE, Delincuencia..., op.cit., p.237 y ss.

<sup>(7)</sup> Así, S.7/1988, 30 Enero, Sección 3ª; S.46/1981, 18 Junio, Sección 3ª; ésta última, dictada cuando ya había sido aprobada y publicada la L.O. 3/1988, 25 Mayo, por la que se introdujo en el Código el art.57 bis b). No obstante, dicha ley, publicada en el B.O.E. nº 126, de 26 de Mayo, todavía no había entrado en vigor. Vid.asimismo, S.T.S. 27 Febrero 1992, R.A. 1360.

<sup>(8)</sup> Así, S.5 Diciembre 1983, Sección 1ª y S.12 Junio 1985, Sección 2ª.

<sup>(9)</sup> En ese mismo año, el 15 de Junio la Sección 1ª de la Audiencia Nacional dictó una sentencia en ese sentido; unos meses más tarde, el 26 de Octubre, la Sección 2ª resolvió de igual modo.

<sup>(10)</sup> S.34/1989, 1 Abril, Sección 2ª; S.38/1989, 4 Abril, Sección 2ª; S.24/1990, 3 Abril, Sección 3ª; S.34/1990, 8 Mayo, Sección 3ª. Cfr.S.27/1990, 7 Abril, Sección 3ª.

<sup>(11)</sup> Vid. al respecto, Informe anual del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional al Fiscal General del Estado, 1984, p.55.

de aquel tipo de actividades. Asimismo, merece destacarse la circunstancia de que, fuera de lo que es el reconocimiento de su propia responsabilidad, no consta en las sentencias analizadas que el sujeto hubiera colaborado con las autoridades de un modo al menos similar al que la Audiencia va a exigir para aplicar el art.57 bis b). Tal vez ello se explique por la escasa gravedad de los hechos enjuiciados; en su mayor parte, delitos de colaboración con banda armada por dar alojamiento en sus viviendas a miembros del grupo, o por trasladar en sus vehículos a esos mismos individuos<sup>(12)</sup>.

Pues bien, en todos estos casos la Audiencia ha estimado como muy cualificada la atenuante analógica, y ha procedido a rebajar en un grado la pena correspondiente al delito o delitos que se imputaban al sujeto. Un efecto, por tanto, muy similar al que de hecho se deriva de la aplicación por ese Tribunal de los preceptos específicos, para cuya apreciación, sin embargo, las exigencias aumentan.

Antes de pasar a analizar los casos en que la Audiencia Nacional ha aplicado la normativa específica, resulta de cierto interés referirse, aunque brevemente a la posibilidad de apreciar una atenuante análoga a las previstas en el art.57 bis b) para cuando no concurren todos los requisitos que allí se exigen. Tal posibilidad tuvo ocasión de analizarla el Tribunal Supremo<sup>(13)</sup>, quien finalmente decidió desestimar el recurso de casación interpuesto, por considerar que supone una "inconsecuencia (...) pretender la estimación de las especiales circunstancias cualificadas a que se refiere el artículo 57 bis b) del Código Penal como análogas del número 10º del artículo 9º de dicho texto legal cuando éstas sólo se ciñen a las anteriores consignadas en tal precepto y no a ninguna otra ajena a él (F.Jº 1º).

Con ello, el T.S. se aparta de la opinión mantendia por algunos autores<sup>(14)</sup> en el sentido de que no hay inconvenientes decisivos que impidan el que atenuantes específicas

---

<sup>(12)</sup> S.34/1989, cit.; S.24/1990, cit.; S.38/1989, cit., en esta última, el Tribunal incluso alega entre los motivos que le llevan a acordar la atenuación, "la no determinación de la eficacia de dicha conducta en la producción de resultados concretos" (F.Jº.2º). La S.34/1990, cit., va, ciertamente referida, a un caso de integración en banda armada y tenencia ilícita de explosivos; sin embargo, los acusados -jóvenes de 16 y 17 años- no llegaron siquiera a ejecutar la acción terrorista consistente en hacer estallar diez kilos de sustancia explosiva contra un concesionario de automóviles, de lo cual desistieron por la afluencia de otros vehículos en la zona. Asimismo, aconsejados por un letrado, decidieron presentarse ante el Juzgado de Guardia de la Audiencia Nacional, lo que, no obstante, no fue posible por ser antes detenidos por miembros de la Policía Vasca. Vid., también S.T.S. 20 Octubre 1989 (R.A. 7525).

<sup>(13)</sup> S.11 Octubre 1990 (R.A. 7956).

<sup>(14)</sup> Así, ORTS BERENGUER, Atenuante de análoga significación, Valencia, 1978, p.107; ANTON ONECA, Derecho penal. Parte general, Madrid, 1949, p.103, nota 3, cit. por ORTS, op.y loc. cit.

puedan originar, por la semejanza con ellas, el nacimiento de una atenuante análoga a las mismas. Ello no obstante, como reconoce ORTS BERENGUER<sup>(15)</sup>, esto carece de un interés especial cuando se trata de casos en los que la atenuante específica es muy similar a la de arrepentimiento espontáneo, pues tal cosa permite al Tribunal apreciar directamente la analogía con ésta, con lo cual se elude el problema de que la relación analógica lo sea con una no prevista en el art.9 C.P. En el caso antes referido, la Audiencia Nacional no recurrió siquiera a este último expediente por no darse en ese caso los requisitos mínimos que de ordinario venían exigiéndose.

Un procedimiento que presenta cierta semejanza, aunque muy relativa, con la posibilidad que aquí se aborda es el que en cierta ocasión<sup>(16)</sup> utilizó la Audiencia, consistente en apreciar una atenuante analógica pero no con la atenuante 9ª art.9 C.P., sino "teniendo en cuenta en el orden penológico el contenido de los preceptos, párrafo 2 del art.57 bis b) del Código Penal (...) así como el art.66 del propio Código Penal" (F.Jº.B.).

A mi juicio, el recurso a un procedimiento de este tipo es, cuando menos, de dudosa corrección, pues el art.66 va referido a las eximentes incompletas, cuya naturaleza no comparten los institutos que estamos viendo. Personalmente, me inclino a pensar que la forma más sencilla de solventar los casos en que no concurren todos los requisitos que el art.57 bis b) exige para atenuar o para remitir la pena, pero sí los esenciales, es o bien aplicar la atenuante analógica a la de arrepentimiento espontáneo, o bien acudir al Gobierno -cuando las particularidades del caso lo aconsejaren- solicitando un indulto cuyos efectos fueran más allá de los que se derivarían de la apreciación de la atenuante, lo cual, no obstante, podría resultar superfluo en muchos casos, si se tiene en cuenta que la apreciación de la atenuante como muy cualificada autoriza al Tribunal a rebajar la pena en dos grados<sup>(17)</sup>.

3.- A continuación, se analizarán los casos en que la Audiencia ha aplicado directamente los preceptos específicos que nos vienen ocupando.

---

<sup>(15)</sup> *Ibidem.*

<sup>(16)</sup> S.24/1990, 3 Abril, Sección 3ª.

<sup>(17)</sup> Vid. en relación con lo dicho, HIGUERA GUIMERÁ, Las excusas absolutorias. Madrid, 1993, p.117.

En relación con el antiguo art.174 bis c) C.P., tenía razón MESTRE<sup>(18)</sup> cuando, afirmaba que desde su aprobación sólo fue aplicado en dos ocasiones. Concretamente, en dos sentencias<sup>(19)</sup> contra un mismo individuo que había sido condenado por un delito de colaboración con banda armada -en la primera de las aludidas sentencias- así como por sendos delitos de asesinato y atentado con resultado de muerte, ambos en concepto de autor. Esta última fue la calificación que recibió su conducta en la sentencia dictada en 1985, estando, pues, ya en vigor el art.6 L.O. 9/1984 de 26 de Diciembre; sin embargo, dicha calificación impedía acoger la petición de la defensa en el sentido de que se le remitieran las penas por dichos delitos. El Tribunal, sin duda, podría haberse decantado -en defecto de la posibilidad de remisión- por la atenuación de la pena prevista en el art.6 L.O. 9/1984, pero no decidió en tal sentido y aplicó el precepto que ya no estaba en vigor; tal modo de proceder favorecía al condenado, pues -como es sabido- el art.174 bis c) establecía imperativamente la rebaja de las penas en dos grados, posibilidad que el art.6 L.O. 9/1984 contemplaba sólo como facultativa, siendo imperativa exclusivamente la atenuación de la pena en un grado.

En este caso, la Audiencia motivó la atenuación de las distintas penas en dos grados sobre la base de que el sujeto "después de su detención (...), por su propia voluntad, expresó el deseo de apartarse de cualquier género de actividades terroristas, y de forma inequívoca y continuada ha cooperado con las autoridades en el descubrimiento e identificación de otros miembros de los Comandos Autónomos Anticapitalistas, aportando datos relevantes, para permitir a las fuerzas de seguridad el esclarecimiento de diversos hechos cometidos por elementos de esa Organización y neutralizar a integrantes de la misma<sup>(20)</sup>".

En cuanto al art.57 bis b), éste ha sido aplicado, al menos, en cinco ocasiones, con lo que está a la cabeza, en cuanto al número de aplicaciones, de todos los preceptos de este tipo aparecidos en la última década. Ciertamente es, sin embargo, que la Audiencia Nacional nunca ha decidido acordar la remisión total de la pena, limitándose a atenuar en un grado las penas correspondientes a los distintos delitos por los que fueron condenados los sujetos; de ahí se sigue que ni siquiera se ha llegado a atenuar las penas en dos

---

<sup>(18)</sup> Delincuencia..., op.cit., p.238 y 239.

<sup>(19)</sup> S.58/1984, 28 Septiembre, Sección 2ª, y S.11/1985, 11 Marzo, Sección 2ª.

<sup>(20)</sup> S.11/1985, cit. Resultando primero, letra E; en el mismo sentido, S.58/1984, Considerando primero, cit.

grados, tal y como permite el art.57 bis b), 2; no obstante, la pena rebajada en un grado suele finalmente aplicarse en su grado mínimo.

En el primero<sup>(21)</sup> de los casos en que se apreció el art.57 bis b), éste lo fue en relación con un sujeto procesado por colaboración con banda armada, el cual se dedicaba a transmitir a la organización la correspondencia que iba siendo depositada en un buzón construido a tal efecto. Dicho individuo, decidió poner fin a su vinculación criminal, y, tras su detención, colaboró con las autoridades competentes, señalándoles el emplazamiento de diversos buzones de los que tenía conocimiento.

En cuanto a los restantes casos<sup>(22)</sup> en que el art.57 bis b) ha sido aplicado, éstos van referidos a un mismo sujeto, procesado sucesivamente por pertenencia a banda armada, robo con intimidación, estragos y falsificación de documentos. Pues bien, en las distintas sentencias dictadas contra dicho individuo, la Audiencia decide rebajar las penas en un grado, tomando en consideración que "el acusado ha colaborado policial y judicialmente desde el momento de la detención, reconociendo en sus declaraciones su participación en diferentes hechos, así como la de otras personas integrantes del GRAPO que le acompañaban, denotando así un propósito de alejamiento y desvinculación de la banda armada"<sup>(23)</sup>.

A la vista de lo expuesto, podría **concluirse** que, en efecto, no puede decirse que la Audiencia Nacional se muestre especialmente proclive a la apreciación de las normas que nos vienen ocupando. Sin embargo, también es cierto que estas normas han sido, aunque escasamente, aplicadas, y que, en última instancia, siempre que la Audiencia se ha encontrado ante casos como los expuestos ha intentado, por una u otra vía, que la responsabilidad de quien actuó de ese modo se viera atenuada, lo que permite pensar que también ese Tribunal -como el legislador- considera a esos sujetos merecedores de un trato especial.

---

<sup>(21)</sup> S.14/1989, 13 Febrero, Sección 2ª.

<sup>(22)</sup> S.32/1992, 12 Junio, Sección 2ª; S.28/1992, 9 Julio, Sección 3ª; S.33/1992, 10 Octubre, Sección 3ª; S.10/1993, 25 Febrero, Sección 2ª.

<sup>(23)</sup> S.33/1992, cit.

## II.- LA CAUSA DE ATENUACIÓN DE LA PENA.

### II.1.- Planteamiento.

Como es sabido, en el art.57 bis b) se recogen distintos supuestos que, alternativamente, integran lo que allí se denomina "circunstancia cualificada para la graduación individual de las penas", y por cuya virtud el Tribunal queda obligado a rebajar la pena al menos en un grado, pudiendo, no obstante, atenuarla incluso en dos grados, y, en cualquier caso, sin tener en cuenta la elevación de la pena a que se refiere el art.57 bis a).

Pues bien, el hecho de que el legislador le haya concedido tan excepcional virtualidad impide equipararla sin más al resto de circunstancias de atenuación que nuestro Código recoge. Es por ello que en sede de naturaleza jurídica se señaló que, sin perjuicio de que materialmente pudiera asimilarse a las demás circunstancias en sentido estricto, sin embargo, tal asimilación era insostenible desde un entendimiento formal del concepto de circunstancia<sup>(24)</sup>.

Esa particularidad suscita por sí sola algunos problemas que en lo sucesivo se analizarán. Así, lo primero que habrá de decidirse es si la atenuación prevista en el art.57 bis b) se aplica una vez que se han llevado a cabo las operaciones de concreción de la pena o si, por el contrario, dicha atenuación produce directamente una modificación del marco penal abstracto. De ser esta última la solución acogida, habrá de resolverse asimismo si, una vez decidida la clase de pena, tiene el Tribunal que sujetarse a las reglas del art.61 C.P. o si, por el contrario, el art.57 bis b) excluye la aplicación de tales reglas o, al menos, la posibilidad de que esa atenuación se vea compensada por la concurrencia de circunstancias agravantes. No menos relevantes son, desde luego, otras cuestiones que nuestro precepto plantea; así, la relativa a la discrecionalidad judicial a la hora de decidir sobre la rebaja en uno o dos grados, o la referida a la posibilidad, o imposibilidad, de acumular sucesivas rebajas de la pena, o, en fin, otros temas como el de la transmisibilidad o intransmisibilidad de sus efectos o la repercusión que el error pueda tener en orden a la aplicación o a la exclusión de la causa de atenuación. De estas y otras cuestiones, paso a ocuparme a continuación:

---

<sup>(24)</sup> Vid.supra Capítulo III, III.2.

## II.2.- La virtualidad excepcional de la causa de atenuación.

La eficacia extraordinaria que lleva aparejada la realización de alguno de los supuestos que integran la atenuación prevista en nuestro precepto se concreta en lo siguiente: 1) La imposición de la pena *inferior en uno o dos grados* a la fijada al delito; 2) *sin tener en cuenta* para ello la elevación de la pena prevista en *el art.57 bis*); y 3) el que dichos efectos se extiendan *a cualesquiera delitos* que el sujeto hubiere cometido *relacionados* con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

1.- Por lo que se refiere al primero de los citados efectos, conviene insistir de nuevo en que nuestra causa de atenuación no se limita a posibilitar la concreción del marco penal, cual sucede con las circunstancias en sentido estricto, sino que modifica directamente el marco penal mismo; así se deduce fácilmente del propio tenor literal, que refiere la atenuación en uno o dos grados a la pena "fijada al delito". A mi juicio, no hay, pues, duda de que la atenuación opera antes de que entren en juego cualesquiera otras circunstancias, coincidiendo, por lo tanto, su tratamiento con el que recibe la agravación prevista en el art.57 bis a), con respecto a la cual es mayoritaria la opinión de quienes estiman que modifica directamente el marco legal genérico<sup>(25)</sup>. Ese era también el procedimiento que de ordinario siguieron las distintas leyes italianas sobre esta materia; sólo la Ley de 18 de Febrero de 1987 cambió de sistema y adoptó un modelo enteramente distinto del, hasta entonces, seguido en Italia, y distinto también al que ahora nos ocupa<sup>(26)</sup>. Quede, pues, ya claro que en el modelo acogido por el art.57 bis b) lo primero que deberá hacer el Tribunal es atenuar la conminación penal abstracta -si se tratare de un delito consumado del que fuere responsable el sujeto en concepto de autor- en uno o dos

---

<sup>(25)</sup> En ese sentido, LAMARCA, Tratamiento jurídico del terrorismo, Madrid, 1985, p.305 (En relación con el art.3.1 L.O. 9/1984, de 26 de Diciembre del que trae causa el actual art.57 bis a); MORILLAS, Teoría de las consecuencias jurídicas del delito, Madrid, 1991, p.99; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Código penal comentado, coordinado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, y RODRÍGUEZ RAMOS, Barcelona, 1990, p.185. En contra, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Doctrina y jurisprudencia del Código penal, Madrid, 1988, p.271.

<sup>(26)</sup> Concretamente el art.2.3 establecía que la conmutación y las atenuaciones de pena previstas en el apartado primero, debían aplicarse después de practicadas las demás operaciones tendentes a la concreción de la pena. Asimismo, esta Ley introdujo la novedad de fijar exactamente la rebaja de pena que debía producirse (art.1), con lo cual la atenuación específica tenía un carácter autónomo y quedaba fuera de los elementos que el juez debía valorar para la determinación de la pena. El papel del Juez quedaba, pues, limitado a constatar si concurrían o no los presupuestos, y, una vez cerciorado de ello, aplicaba la rebaja establecida directamente en la ley. Vid. CASELLI/MILETTO/PERDUCA, La dissociazione dal terrorismo, Milano, 1989, p.69 y ss; FLORA, "Commento, Legge 18/2/1987, n.34: Misure a favore di chi si dissocia dal terrorismo", La legislazione penale, 1987 (3), p.601 y 602.

grados o bien proceder de igual modo a partir de la pena que procediera atendidos el grado de ejecución, así como la participación que en el delito hubiere tenido el culpable.

A partir de ahí, deberá realizar las restantes operaciones tendentes a la concreción e individualización de la pena. De esta última cuestión, así como del alcance y límites de la facultad que al Tribunal se atribuye para rebajar la pena en uno o dos grados, me ocuparé en un epígrafe sucesivo.

2.- Por el momento, interesa que nos detengamos en el segundo de los efectos que produce la aplicación del art.57 bis b: la exclusión de la agravación que establece el art.57 bis a) para el mismo tipo de delitos a que resulta aplicable nuestro precepto.

Esta agravación como ya se ha dicho<sup>(27)</sup> opera también sobre el marco legal abstracto, de modo que su exclusión supone la restauración de la pena señalada en el tipo legal, sobre la cual operará la atenuante específica.

Con esta previsión -recogida ya por el art.6 L.O. 9/1984 y también por la normativa italiana<sup>(28)</sup>- el legislador viene a reconocer que ambas circunstancias responden, al menos en parte, al mismo objetivo político-criminal, si bien utilizando técnicas distintas<sup>(29)</sup>. Tal vez sea eso lo que explica el que sólo se excluya la agravación contenida en el art.57 bis a) y no la contenida en el art.174 bis b), cuyo fundamento no parece estar sólo en la vinculación criminal de un individuo con esos grupos, sino también en la utilización de determinados medios comisivos. En principio, pues, cuando sea de aplicación lo previsto en el art.174 bis b), por ser la pena del delito cometido con esos medios inferior a la prevista en ese precepto, dicha agravación no se verá afectada por la aplicación del art.57 bis b).

3.- Finalmente, queda referirse al hecho de que los efectos previstos en el art.57 bis b) se extiendan al conjunto de los delitos que el sujeto hubiera cometido relacionados con las actividades a que el precepto se refiere, por lo que cada una de esas penas, y tanto las principales como las accesorias, deberán atenuarse al menos en un grado.

---

<sup>(27)</sup> Vid.supra, nota 25 de este Capítulo.

<sup>(28)</sup> Vid.supra Capítulo I, art.4 D.L. 15 Diciembre 1979, n.625; art.2 y 3 Ley 29 Mayo 1982, n.304.

<sup>(29)</sup> Sobre los objetivos que persigue la agravación específica, vid.entre otros, LAMARCA, Tratamiento..., op.cit., p.304 y ss; de la mism autora, "La última recepción de la normativa antiterrorista", A.D.P.C.P., 1989, p.967 y ss; TERRADILLOS, Terrorismo y Derecho, Madrid, 1988, p.70 y ss.

Desde luego, no podía ser de otro modo desde el momento en que uno de los supuestos de atenuación lo constituye la confesión de todos los delitos en que el sujeto hubiere tomado parte. Asimismo, carecería de toda lógica desde la óptica motivadora del precepto el que la atenuación se limitase a producir efectos, por ejemplo, sobre el delito asociativo- merced al abandono- y sobre el delito cuyos efectos se aminoran gracias a la actividad desplegada por el sujeto; si así fuera, podría decirse, entre otras cosas, que mal se incentiva un comportamiento en aquel sentido por parte de quien no ha tenido participación en el delito evitado o cuyas consecuencias se han disminuído. Algo similar, por otra parte cabría alegar en relación con las conductas consistentes en coadyuvar a la obtención de datos que permitan la identificación o captura de terceros, pues no se alcanza a ver en relación con qué delito concreto estaría llamada en estos casos a operar la atenuante.

A mi modo de ver, es, pues, claro que la realización de alguna de las conductas previstas en el art.57 bis b) 1, supone la atenuación al menos en un grado de todas las penas correspondientes al tipo de delitos que nos ocupan. Así lo ha entendido también, sin polémica alguna, la Audiencia Nacional<sup>(30)</sup>.

En realidad, tal cosa no representa novedad alguna cuando se trata de normas de esta índole; precisamente por ello es usual que en Alemania la doctrina se haya referido al art.4 de la estudiada Ley 9 Junio 1989 como "*eine große Kronzeugenregelung*", esto es, una gran regla del "testigo de la Corona", que en expresión de FÜLLKRUG<sup>(31)</sup> se concreta en una especie de "*Generalabsolution*" por una pluralidad indeterminada de delitos. Ocurre, pues, lo mismo que sucedió en el art.6 L.O. 9/1984, de 26 de Diciembre<sup>(32)</sup>, precepto que tampoco refería la atenuación exclusivamente a la pena correspondiente al delito asociativo o a la que, en su caso, pudiera derivarse del delito singular cuyos efectos se disminuyeron, sino al conjunto de la responsabilidad criminal, un sistema que es, a fin de cuentas, el mismo que se adopta cuando de lo que se trata es de apreciar la agravación contenida en el art.57 bis a), que resulta también aplicable "a los delitos relacionados...", esto es, a todos y cada uno de ellos<sup>(33)</sup>.

---

<sup>(30)</sup> Vid.Sentencias citadas en nota 22 de este Capítulo.

<sup>(31)</sup> "Unzulässige Vorteilszusicherung als verbotene Vernehmungsmethode", MDR, 2/1989, p.120 y 121.

<sup>(32)</sup> Vid. LAMARCA, Tratamiento..., op.cit., p.342; DE LA CUESTA, "Atenuación....", p.571 y 576.

<sup>(33)</sup> Dejando a salvo, naturalmente, los casos en que tal circunstancia ya estuviere prevista como elemento constitutivo del tipo penal.

No obstante, resulta obvio que la atenuación pierde su sentido en aquellos casos en que la conducta del sujeto haya consistido en evitar la consumación, pues en tal caso entrarán directamente en juego las reglas previstas en el art.3, por cuya virtud ese delito se beneficia de la causa de exclusión de la pena allí contenida, operando la atenuación sobre el resto de delitos de los que el sujeto fuera responsable.

## II.3.- La discrecionalidad judicial. Sus límites.

### III.3.1.- En relación con la rebaja de la pena en uno o dos grados.

A mi juicio, el tenor literal del precepto no permite dudar de que, una vez constatada la presencia de alguno de los supuestos que integran la causa de atenuación, el Tribunal queda *obligado* a rebajar las penas -principales y accesorias- al menos *en un grado* constituyendo, pues, su incumplimiento motivo de *casación* por infracción de ley<sup>(34)</sup>.

Así las cosas, creo que la atención debe centrarse en determinar el *sentido y alcance de la facultad* que se concede al Tribunal para rebajar la pena en dos grados.

A tal efecto, parece conveniente traer a colación cierta reflexión que hizo VASALLI<sup>(35)</sup> en relación con las llamadas "*cause di non punibilità*", lo que, entre nosotros se conoce desde SILVELA como excusas absolutorias, y con las que nuestra causa de atenuación guarda cierto parentesco material que ha llevado -como en su momento se dijo- a que se la considere como una "semiexcusa absolutoria"<sup>(36)</sup>. Pues bien, decía VASALLI que son los criterios de oportunidad y conveniencia política los que inspiran aquel tipo de causas de exclusión de la pena, pero que depende de que se

<sup>(34)</sup> A diferencia, por ejemplo, del art.61.5ª C.P., no se dice en el art.57.bis b) que el Tribunal "pueda" rebajar la pena en uno o dos grados, sino que "impondrá" la pena inferior en uno (o dos) grados; de ahí que no quepan interpretaciones como las que, con escasa fortuna, se han hecho de la mencionada regla 5ª del art.61 C.P. en el sentido de que el Tribunal puede prescindir de realizar degradación alguna (Vid.v.g., S.14 Julio 1989, R.A. 6249). La cuestión se plantea, pues, en los mismos términos que en los arts.65 y 66 C.P., respecto de los cuales ni la jurisprudencia ni la doctrina dudan de que deba procederse en el mismo sentido de lo que aquí se ha defendido en relación con el art.57 bis b).

<sup>(35)</sup> Voz "*Cause di non punibilità*", Enciclopedia del Diritto, VI, Milano, 1960, p.618.

<sup>(36)</sup> Vid.supra Capítulo III, nota 20 . De hecho, al abordar su naturaleza jurídica no se descartó la posibilidad de referirse a ella como tal "semiexcusa absolutoria", si con ello lo que se quería decir es que nos hallábamos ante un elemento accidental del delito ajeno al injusto y a la culpabilidad, y cuyos efectos se proyectan exclusivamente al ámbito de la concreción de la punibilidad; vid. supra, p. 248 y ss.

manifieste de forma más o menos evidente la utilidad de prescindir de la pena, el que sea la ley quien establezca directamente la exención o el que, por el contrario, se deje esta decisión en manos de los jueces<sup>(37)</sup>. En este sentido, resulta muy sintomático el que la atenuación prevista en la última de las leyes italianas dictadas sobre esta materia (Ley 18 Febrero 1987, n.34) el legislador estableciera- como en alguna otra ocasión se ha comentado- una rebaja fija, limitando de ese modo la mayor discrecionalidad que a los jueces concedieron las leyes precedentes. Y no es causal que así fuera si se tiene presente que esta Ley nació en un momento en que el fenómeno terrorismo estaba agonizando y se hacía patente la necesidad de darle una solución política razonable y definitiva que pusiera fin a la llamada era de la "emergenza". Ante ello, lo mejor era evitar cualquier tipo de discrecionalidad.

Pues bien, quizá nuestro legislador ha estimado que, hoy por hoy, basta con asegurar la rebaja de las penas en un grado, y confiar al prudente arbitrio de los jueces la posibilidad de atenuarla en dos grados o de llegar, en su caso, a remitirla. Asimismo, tampoco se ha ofrecido al juzgador un criterio legal explícito en base al cual decidir sobre la rebaja de la pena en uno o dos grados; ello plantea la necesidad de detenerse, siquiera brevemente, a reflexionar al respecto.

Y tal cosa es conveniente porque es muy alta la probabilidad de que nuestra jurisprudencia sostenga -en la línea de lo que mantiene en relación, por ejemplo, con los arts.65 o 66 C.P.<sup>(38)</sup>- que la decisión en torno a la rebaja en uno o dos grados es una decisión enteramente libre o, como con mayor atrevimiento ha dicho la jurisprudencia italiana<sup>(39)</sup>, librada a la "intuizione" de juez de instancia, y sustraída, por tanto, de la posibilidad de ser revisada en casación. Ante ello, lo procedente es decidir si, en efecto, puede admitirse o no una conclusión de ese tipo.

Naturalmente, no se pretende aquí entrar a analizar en profundidad el tema del arbitrio judicial<sup>(40)</sup>, sino sólo de perfilar los términos en que, a mi juicio, debe ser entendida la facultad que al Tribunal concede el art.57 bis b).

---

<sup>(37)</sup> *Ibidem.*

<sup>(38)</sup> Vid.entre la jurisprudencia más reciente: S.S.T.S. 26 Febrero 1992 (R.A.1347); 16 Marzo 1992 (R.A.2261); 8 Abril 1992 (R.A.3125); 17 Junio 1992 (R.A.5403); 8 Junio 1992 (R.A.5292); 2 Julio 1992 (R.A.5938).

<sup>(39)</sup> Vid.sobre la amplitud que la jurisprudencia italiana da al concepto de "discrezionalità", DOLCINI, La commisurazione della pena, Padova, 1979, p.65 y 66.

<sup>(40)</sup> En la doctrina española, vid., entre otros, BELTRÁN BALLESTER, "El arbitrio judicial en el Código Penal español y la nueva redacción de la regla sexta de su artículo 61". Escritos penales.

Pues bien, partiendo de entender el arbitrio judicial como una más de las posibles clases de discrecionalidad existentes<sup>(41)</sup>, hay que plantearse si en el caso de la determinación judicial de la pena aquella discrecionalidad significa que, una vez que la ley autoriza al juez a elegir entre A y B, la decisión de aquél debe estimarse la correcta y adecuada, cualesquiera que sean los criterios que hubiere utilizado para llegar a aquella decisión, pues -en palabras de PETERS<sup>(42)</sup>- "libertad significa precisamente decisión personal".

Ciertamente, lo que caracteriza a la discrecionalidad es la pluralidad de soluciones igualmente correctas y la facultad de poder elegir cualquiera de ellas y, hasta ahí, se podría admitir que la decisión del Tribunal sobre la atenuación de la pena en uno o dos grados implica el ejercicio de una potestad de aquella clase. Sin embargo, convendría preguntarse sobre si determinados modos de ejercerla o la utilización de determinados criterios para proceder a la elección, permitirían considerar jurídicamente injusta la decisión adoptada, interrogante que, estimo, debe ser contestado afirmativamente. Es por ello -como señala SILVA<sup>(43)</sup>- que resulta muy difícil hablar de discrecionalidad en este ámbito y que a lo sumo, pudiera hablarse -en expresión acuñada por la doctrina alemana<sup>(44)</sup>- de "discrecionalidad jurídicamente vinculada", lo que, según entiendo, permite seguir hablando de discrecionalidad, pero limitada, al menos, en un sentido negativo o, si se quiere, ello supone la *interdicción de la arbitrariedad*, de modo que ese

---

Valencia, 1979, p.61 y ss; COBO DEL ROSAL, "El sistema de penas y el arbitrio judicial en el Código Penal de 1870", *Commemoración del Centenario de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial y el Código Penal de 1870*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1970, p.69 y ss; FERNÁNDEZ ALBOR, "Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales", *Homenaje al profesor J. Pereda*, Bilbao, 1965, p.369 y ss; GONZÁLEZ CUSSAC, "Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal: comentario a la sentencia de 20 de Marzo de 1986", *Poder Judicial*, nº 4, 1986, p.141 y ss; SILVA SÁNCHEZ, "La revisión en casación de la individualización judicial de la pena", *Poder Judicial*, nº 6, 1987, p.137 y ss.

(41) No se utiliza aquí -ni se utilizará tampoco en lo sucesivo- el término arbitrio como sinónimo de una potestad de elección ilimitada, soberana y libre; ello supondría asumir de entrada un determinado entendimiento de la discrecionalidad en el ámbito que nos ocupa, que, por otra parte, no es -como veremos- el que aquí se comparte (Cfr. BRICOLA, *La discrezionalità nel Diritto penale*, Vol.I: *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p.3 y 11)

(42) *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 1952, p.519 y ss; cit. por ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Garzón Valdés, Madrid, 1967, p.146.

(43) "La revisión...", *op.cit.*, p.139.

(44) Vid.BRUNS, *Leitfaden des Strafzumessungsrechts*, Köln-Berlin-Bonn-Munich, 1980, p.2 y ss; STREE, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch* 22ª ed., Munich, 1985, § 46.7; WARDA, *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-Munich, 1962, p.175; cit.por SILVA, *Ibidem*.

margen que la ley deja a la decisión personal no puede tener su respaldo lógico en criterios opuestos a determinados principios, cuya transgresión alejaría ese arbitrio de las pautas de racionalidad, medida y proporcionalidad que, deben presidirlo; eso es lo que ocurriría -utilizando el claro ejemplo del que ENGLISH<sup>(45)</sup> se sirve- si el juez decidiera fijar la cuantía exacta de la pena de multa atendiendo a razones puramente recaudatorias.

Aplicando todo ello al caso que nos ocupa, parece claro que el ejercicio de la potestad que al Tribunal concede el art.57 bis b) *no puede estar*, en primer lugar, *desvinculado del fundamento y finalidad* del precepto<sup>(46)</sup>; por el contrario el juez deberá tratar de concretar el juicio de valor que allí se encierra y orientar su decisión conforme al mismo. En este sentido, entiendo que el criterio que prioritariamente deberá tenerse en cuenta es el del grado que hubiere alcanzado la colaboración prestada. En cierto modo, podría incluso decirse que, desde el momento en que el legislador decidió separar en dos letras distintas -letras a) y b) del apartado primero- los distintos supuestos de atenuación, quería con ello dar a entender -si bien de un modo implícito- que el tipo de conductas recogidas en cada una de aquellas letras, no tenían la misma significación desde la perspectiva que inspira nuestra norma, y que, consiguientemente, la atenuación en un grado era la que "naturalmente" correspondía al comportamiento descrito en la letra a), mientras que la mayor atenuación quedaba reservada para las conductas de superior calado contenidas en la letra b). Desde luego, no quiere decirse con ello que las cosas sean tan mecánicamente así, y que no quepa la atenuación en dos grados para quien se hubiere limitado a confesar su propia responsabilidad, pues habrá casos en donde tal conducta- dependiendo de quien la realice, o de otros factores- puede resultar más "útil" que muchas otras; lo que se pretende con ello, es, más bien, poner de manifiesto que en el art.57 bis b) late, como juicio implícito, la idea de que quien mejor ha servido a la finalidad que la norma persigue es, al menos en principio, el natural destinatario de los mayores beneficios. Ese criterio podrá gustarnos o no pero es el que mejor se ajusta a la finalidad y función que este tipo de normas persiguen, las cuales, precisamente por ello, han respondido tradicionalmente a ese esquema. Eso es, sin ir más lejos, lo que sucede con nuestra causa de remisión total de la pena, o lo que acontecía -dentro del marco de las causas de atenuación- con los arts.2 y 3 de la Ley italiana de 29 Mayo 1982, en los que se preveían expresamente dos niveles de atenuación distintos para diversas hipótesis de colaboración de entidad también distinta<sup>(47)</sup>.

---

(45) Introducción..., op.cit., p.163.

(46) Vid. sobre este criterio como límite general al arbitrio judicial, GONZÁLEZ CUSSAC. "Arbitrio...", op.cit., p.145.

(47) Vid. supra Capítulo II, p. 161 y 162.

Con ello no se excluye que el Tribunal pueda o deba tomar en consideración otros criterios, y, muy particularmente, consideraciones de prevención especial, pues -como en otro lugar se dijo<sup>(48)</sup>- no cabe dudar de la relevancia que desde esa perspectiva encierra el comportamiento postdelictivo del sujeto. De lo que se trata, pues, es de insistir en la idea de que una decisión absolutamente desvinculada del criterio teleológico a que se ha hecho referencia permitiría dudar de que esa facultad discrecional hubiere sido correctamente enfocada. Asimismo, no hay que perder de vista el pernicioso efecto que decisiones de este tipo podrían tener en el terreno práctico, pues pudiera ponerse con ello en peligro la eficacia motivadora -íntimamente ligada a la certeza- que se predica de este tipo de normas.

Lo mismo cabría decir de los casos en que el Tribunal ejerceriera su arbitrio en abierta oposición al principio de igualdad, al que -como tantas veces se ha dicho<sup>(49)</sup>- debe sujetarse el ejercicio de aquella potestad. Y una vez más, también en este caso, se interrelaciona lo que debe hacerse y lo que es conveniente hacer, pues la uniformidad en su aplicación es también condición para la eficacia del tipo de preceptos que nos ocupan.

A mi juicio, pues, cuando el legislador autoriza al Tribunal a decidir sobre la rebaja de la pena en uno o dos grados, no le está facultando para adoptar esa decisión en base a criterios desvinculados del fundamento y finalidad de la norma. Por el contrario, es misión del juzgador- no solo en este caso, sino en todos- esforzarse por descubrir cuál es concretamente *la razón última que explica la discrecionalidad* concedida; y, desde luego, no parece que esa razón pueda estar en la aspiración legislativa de que la decisión que se adopte sea el reflejo de las convicciones personales de cada juez en cada caso; más bien habría que pensar que esa facultad se concede atendiendo a la función que se le asigna al instituto a que la discrecionalidad va referida. En este sentido, por ejemplo, nadie duda de que -pese a que la ley nada diga- la atenuación de la pena en uno o dos grados que establece el art.65 C.P. para el mayor de dieciseis años y menos de dieciocho debe decidirse, ante todo, atendiendo a la personalidad del menor, pues en el hecho de que su imputabilidad pueda estar más o menos disminuía radica el fundamento de la atenuación<sup>(50)</sup>.

---

<sup>(48)</sup> Vid. *supra* Capítulo IV, *passim*.

<sup>(49)</sup> Entre otros GONZÁLEZ CUSSAC, "Arbitrio...", *op.cit.*, p.145 (y autores allí citados); MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Barcelona, 1990, p.831; JESCHECK, Tratado de Derecho Penal. Parte General (trad.y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde) Vol.II, Barcelona, 1981, p.192; BRUNS, Strafzumessungsrecht, 2ª ed., 1974, p.508 y ss; cit. por JESCHECK, *ibidem*.

<sup>(50)</sup> Entre otros, CÓRDOBA, Comentarios al Código Penal, T.II, Barcelona, 1972, p.289;

Pues bien, de ese modo deberá también proceder el Tribunal a la hora de decidir conforme al art.57 bis b), pues la razón de la discrecionalidad hay que verla en la imposibilidad de que el legislador pueda prever, de modo casi matemático, el valor que las distintas conductas que tienen cabida en el precepto pueden alcanzar desde la perspectiva, eminentemente utilitaria, de éste; una significación que, por otra parte, puede depender en algunos casos -aunque no en todos- de circunstancias coyunturales, más políticas que jurídicas, pero que el Tribunal -con independencia de que sea o no el más indicado para hacerlo, cuestión que no corresponde analizar ahora- deberá valorar en cada caso.

Claro está, por otra parte, que la utilización de ese tipo de reglas teleológicas y axiológicas no puede conducir a un resultado susceptible de ser fijado de una forma exacta, por lo que cabría la posibilidad de que distintos Tribunales, y aun distintas Secciones dentro de un mismo Tribunal, valoraran de forma distinta una misma conducta de las que nos ocupan, realizada por un mismo sujeto responsable de varios delitos cuyas penas respectivas hubiera que atenuar. Lo cierto es que no ha ocurrido así en algún caso de este tipo que se la ha planteado a la Audiencia Nacional<sup>(51)</sup>, pero aunque así fuera, si ese distinto modo de proceder apareciere argumentado racionalmente y estuviere basado en criterios susceptibles de ser generalizados y que guardasen una armoniosa relación con la finalidad del precepto, aquella decisión tendría un respaldo lógico suficiente para estimar que la discrecionalidad judicial no degeneró en arbitrariedad injusta.

*A la vista de las consideraciones* que hasta aquí se han hecho parecería lógico concluir admitiendo la posibilidad de que la decisión adoptada por el Tribunal entorno a la rebaja de la pena en uno o dos grados fuera susceptible de *revisión casacional*.

Expresamente en contra de esa posibilidad, y aunque sin argumento alguno en que fundar su afirmación, se ha manifestado VÁZQUEZ IRUZUBIETA<sup>(52)</sup>. Nada por otra parte, ha dicho al respecto el resto de la doctrina.

---

GONZÁLEZ CUSSAC, Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Valencia, 1988, p.227; GALLEGO DÍAZ, El sistema español de determinación legal de la pena, Madrid, 1985, p.402; cit. por GONZÁLEZ CUSSAC, *ibidem*.

<sup>(51)</sup> Concretamente, las cuatro Sentencias dictadas contra un mismo individuo en las que por distintas Secciones de la Audiencia Nacional se aplicó el art.57 bis b), la atenuación consistió siempre en la rebaja de la pena en un grado y la imposición de ésta en el grado mínimo. Vid.S.32/1992, 12 Junio, Sección 2ª; S.28/1992, 9 Julio, Sección 3ª; S.33/1992, 10 Octubre, Sección 3ª y S.10/1993, 25 Febrero, Sección 2ª.

<sup>(52)</sup> Doctrina..., op.cit. p.277.

La cuestión, desde luego, dista mucho de ser clara, pues así como no hay duda de que cabría la casación por infracción de ley en el caso de que el Tribunal no procediere a la imperativa rebaja de la pena en un grado, no es seguro que pudiera alegarse idéntica infracción en el caso de que el Tribunal decidiera, en abierta oposición al fundamento del art.57 bis b), no rebajar la pena en dos grados en un caso de colaboración de singular relevancia, o que lo hiciera en otro en que la conducta del sujeto careciere de esa importante significación.

La posibilidad de control casacional tropieza no sólo con una larga tradición jurisprudencial partidaria -como es sabido- de entender que esta materia queda reservada al arbitrio privativo y personal del juzgador de instancia, a quien además es frecuente que se le exima de la obligación de motivar su decisión, sino que aquella posibilidad tropieza además con el obstáculo, más relevante, que representa el hecho de que la casación por infracción de ley requiera que se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal (art.849.1º L.Crim.).

En este sentido, no sería de extrañar que, teniendo en cuenta la ya apuntada orientación jurisprudencial, se alegase que, dado que nuestro precepto no establece explícitamente el criterio en base al cual proceder a la rebaja en uno o dos grados, hay mayor motivo para sustraer esa decisión a la posibilidad de revisión casacional<sup>(53)</sup>. Y ciertamente, el art.57 bis b) no establece un criterio expreso, a diferencia, v.g. de las reglas contenidas en el art.61 C.P., en cuya existencia funda habitualmente la doctrina la posibilidad de recurso cuando se hubieren utilizado criterios distintos de los expresados por la ley<sup>(54)</sup>.

Entiendo, sin embargo, que una argumentación de aquel tipo debe estimarse, cuando menos, de dudosa solidez, pues la ausencia de un tal criterio expreso no autoriza a desconocer que la norma contiene el juicio o *criterio implícito* de que la mayor o menor atenuación debe ir ligada a la entidad del comportamiento desplegado, por lo que pudiera defenderse que la vulneración de la finalidad y fundamento de la norma supone la

---

<sup>(53)</sup> Ese ha sido, por ejemplo, el argumento que, a mayor abundamiento, se ha alegado para negar la revisión de la facultad concedida por el art.65 C.P. (S.T.S. 4 Marzo 1989, R.A.2485)

<sup>(54)</sup> Vid. entre otros muchos, BOIX REIG, "Reglas de determinación de la pena", Comentarios a la Legislación penal, dirigidos por COBO DEL ROSAL y coordinados por BAJO FERNÁNDEZ, T.V. Vol.1º, Madrid, 1985, p.439; CÓRDOBA RODA, Comentarios..., op.cit., p.274; GARCÍA ARÁN, Los criterios..., op.cit., p.242; SILVA SÁNCHEZ, "La revisión...", op.cit., p.140 y 141.

vulneración del criterio en ella implícito y la consiguiente infracción de Ley que autoriza a interponer el recurso de casación (art.849 1º L.Crim.).

Asímismo, tampoco cabe desconocer los *límites* constitucionales que a la arbitrariedad impone la obligación de motivar las sentencias (art.24.1 y art.120.3 C.E.) con el fin -como señala la S.T.C. 2/1986, 8 Octubre<sup>(55)</sup>- de "comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad"<sup>(56)</sup>. Es por ello, que, aun cuando pudiera decirse que tanto el art.741.2 L.Crim., como el art.973 de la misma Ley, resultan insuficientes al respecto,<sup>(57)</sup> lo cierto es que hoy no puede seguir manteniéndose -como con altisonante expresión se dice en alguna sentencia<sup>(58)</sup>- que el Tribunal puede reservarse "*in pectore*" las razones que le han inducido a fijar la pena. Partiendo de ahí, habría que reflexionar sobre la posibilidad de que la falta de motivación en relación con la cuestión que nos ocupa, o una motivación materialmente insuficiente pudiera fundamentar un recurso de casación por infracción de esa obligación constitucionalmente impuesta, cuyo alcance no se limita al cumplimiento de un simple deber formal, sino que implica también exigencias de contenido desde el momento en que nuestra Constitución garantiza la interdicción de la arbitrariedad (art.9.3.).

Lo mismo podría decirse, por otra parte, de aquellos supuestos en que el ejercicio de la facultad discrecional hubiere vulnerado el principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley (art.14 C.E.). En ambos casos, como es sabido, bastaría para fundamentar el recurso con alegar la infracción del precepto constitucional (art.5.4 L.O.P.J.).

Hechas esas consideraciones, se pone aquí fin a lo que ha pretendido ser, no tanto un análisis completo de la cuestión, sino, más bien, una invitación a la reflexión, dirigida fundamentalmente a aquella jurisprudencia que es proclive a servirse de expresiones como "puro y exclusivo arbitrio" (S.T.S.17 Junio 1992, R.A.5403) o "discrecionalidad

---

<sup>(55)</sup> Cit. por SILVA, "La revisión...", op.cit., p.141, nota 29.

<sup>(56)</sup> En el mismo sentido, S.S.T.S. 31 Enero 1992 (R.A.614), 2 Febrero 1989 (R.A.1665), 20 Junio 1989 (R.A.5181); vid.también COBO/VIVES, Derecho penal. Parte General, 3ª ed., Valencia, 1990. p.730, nota 31; SILVA, "La revisión...", op.cit., p.142 y ss.

<sup>(57)</sup> Fundamentalmente, porque, por una parte, sólo obligan a consignar si se han tenido en cuenta los criterios legales, pero no a razonar acerca del cómo han sido utilizados, y, de otra, porque nada se dice en relación con los casos en que la ley no señala expresamente un criterio o criterios. Vid. sobre el alcance del art.741, BELTRÁN BALLESTER, "El arbitrio...", op.cit., p.77 y ss.

<sup>(58)</sup> S.S.T.S. 13 Octubre 1989 (R.A.7681); 20 Noviembre 1989 (R.A.8676).

absoluta" (S.T.S.4 Abril 1988, R.A.2702); una jurisprudencia que, curiosamente, en alguna ocasión<sup>(59)</sup> sí que se ha servido de criterios como los aquí propuestos para estimar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la decisión del juez de instancia de rebajar en dos grados la pena en virtud de la facultad que le concede el art.65 C.P.; precisamente en este caso, en el que se impugnó la atenuación por estimarla excesiva, sí que entendió el Tribunal Supremo que el recurso debía prosperar porque no había "verdadera valoración de las condiciones subjetivas de los autores ni de los hechos realizados" (F.Jº 1º) y que, en fin, procedía la estimación del recurso porque "la sentencia impugnada no ha motivado correcta y congruentemente la extensión fijada a la pena y proporcionalidad al caso" (F.Jº 2º). A partir de ahí, quedaría sólo dar el paso definitivo hacia la coherencia y aplicar asimismo tan equilibrados criterios a aquellos otros casos en los que se trata de valorar, precisamente, la decisión opuesta.

### **II.3.2.- En relación con las restantes, operaciones de determinación de la pena. Especial referencia a la compensación de circunstancias.**

Corresponde, ahora, analizar el alcance de aquellas facultades discrecionales en relación con la decisión dirigida a determinar el grado -mínimo, medio o máximo- en que se impondrá la pena finalmente escogida, así como la extensión de ésta dentro del grado elegido.

1.- La cuestión es un tanto problemática por cuanto, a diferencia de lo establecido en el art.66 C.P., *no se dice expresamente* que los Tribunales puedan imponer el grado-extensión que estimaren conveniente, lo que podría llevar a afirmar -como así se ha hecho<sup>(60)</sup> que el Tribunal, una vez que ha decidido sobre la rebaja de la pena en uno o dos grados, *debe sujetarse* a las reglas del art.61 para concretar el grado de la misma y la cantidad, dentro de éste, que corresponde imponer (*primera posibilidad*).

No obstante, el criterio en que se funda esa solución no es todo lo firme que pudiera parecer, pues no hay que olvidar que precisamente en relación con el art.66 C.P. también se ha mantenido que el Tribunal queda sujeto a las reglas del art.61 C.P.<sup>(61)</sup>, y

---

<sup>(59)</sup> S.T.S.31 Enero 1992, R.A.614.

<sup>(60)</sup> MANZANARES SAMANIEGO/ALBÁCAR LÓPEZ, Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia, 2ª ed., Granada, 1990, p.357; MORILLAS CUEVAS, Teoría..., op.cit., p.99.

<sup>(61)</sup> En este sentido, se ha manifestado una reiterada jurisprudencia, así como un sector de la doctrina;

ello pese a que parezca claro que la voluntad legislativa es la de desvincularlo de aquellas<sup>(62)</sup>.

En la misma línea podría también alegarse en contra de aquel argumento que el hecho de que el legislador desvincule expresamente en determinados casos al juzgador de las reglas contenidas en el art.61, no implica necesariamente que cuando nada diga deba entenderse que sí queda sujeto a aquellas reglas. De hecho, no son pocos los autores que mantienen que el juez en la determinación del grado de la pena correspondiente al mayor de dieciseis años y menor de dieciocho no queda vinculado a las reglas del art.61, y ello pese al silencio que al respecto mantiene el art.65 C.P. pues -se dice- no tendría sentido limitar el arbitrio en lo menos la determinación del grado-extensión mientras que se concede en lo más, esto es, en la elección de la clase de pena<sup>(63)</sup>. Pues bien, si se decidiera utilizar este otro criterio en el art.57 bis b), resultaría la conclusión contraria a la enunciada en primer lugar, y en virtud de ella *no quedaría* el Tribunal *sujeto a las reglas del art.61 C.P. (segunda posibilidad)*.

Quedaría, no obstante, todavía por analizar una *tercera* vía que se abre paso entre algunas recientes resoluciones del Tribunal Supremo, según la cual en los casos en que el Código autoriza al juez a atenuar la pena en uno o dos grados, aquél *debe sujetarse* a las reglas del art.61 C.P. si decide rebajar sólo *un grado*, mientras que queda *desvinculado* de las mismas cuando la atenuación lo es en *dos grados*<sup>(64)</sup>.

---

y ello aún manteniendo que la última referencia que en el art.66 se hace al "grado" debe entenderse hecha al grado-extensión y no al grado de la escala; Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Teoría de la pena, Madrid, 1991, p.156.

<sup>(62)</sup> Nos sumamos, pues, a la opinión de quienes entienden que la última referencia que el precepto hace al "grado", lo es al grado-extensión y que lo que con ello se pretende es desvincular al Tribunal de las reglas del art.61 en cuanto a la determinación del grado -mínimo, medio o máximo- de la pena elegida. Así, GONZÁLEZ CUSSAC, Teoría..., op.cit., p.228; GIMBERNAT, "Tres problemas de reglas de aplicación de penas (dos de ellas referidas a la de reclusión mayor a muerte)", en Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro, I, Madrid, 1979, p.482 y ss, cit. por LÓPEZ BARJA, op. y loc. cit., en nota anterior; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho penal. Parte General, Valencia, 1993, p.469.

<sup>(63)</sup> Así, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, Teoría..., op.cit., p.227; GALLEGÓ DÍAZ, "El sistema...", op.cit., p.402.

<sup>(64)</sup> Así, S.S.T.S. 13 Febrero 1991 (R.A.1021); 27 Febrero 1991 (R.A.1556); 31 Enero 1992 (R.A.614); 8 Abril 1992 (R.A.3125) o 8 Junio 1992 (R.A. 5292). Se alega como argumento el que, de sujetarse a las reglas del art.61 cuando se ha decidido la rebaja en dos grados, ello conduciría a excluir algún grado-extensión de la pena; y, en efecto, así ocurre: v.g., pena base: reclusión menor; el delito está consumado y su autor tiene diecisiete años, sin que concurren otras circunstancias; pues bien, si en este caso se decidiera la rebaja de la pena en un grado, la pena a imponer sería la de prisión mayor en sus grados mínimo o medio (ex.art.61.4), si, por el contrario, la rebaja lo fuera en dos, la pena resultante sería la de prisión menor, que -de exigirse la sujeción a lo dispuesto en el art.61

Personalmente, estimo que decidir en nuestro caso en alguno de los indicados sentidos no es cuestión sencilla, pues, ya vimos, que el argumento literal no es definitivo, y, por otra parte tampoco se cuenta -a diferencia, por ejemplo, de lo que sucede con el art.65 C.P.<sup>(65)</sup>- con suficientes argumentos de índole histórica en base a los cuales orientar la interpretación. Pudiera, no obstante, extraerse algún indicio de la redacción que en su día recibió el art.174 bis c) C.P. según el cual al sujeto "se le rebajará en dos grados la pena *que le correspondiera* por su participación en dichos delitos", de lo que pudiera deducirse que la atenuación específica no alteraba el resto de reglas previstas para la determinación de la pena.

Ese es, por otra parte, el criterio que algunos defienden en relación con el art.57 bis b)<sup>(66)</sup> y, también, el que parece seguir la Audiencia Nacional cuando expresamente aplica el art.57 bis b)<sup>(67)</sup>.

Pues bien, quizá la solución por cuya virtud el art.57 bis b) *no alteraría el régimen general* en caso de concurrir otras circunstancias, sea, de entre las propuestas, la que mejor se ajusta a la naturaleza extraordinaria que este precepto tiene. Con ello vendría a resaltarse que el resto de circunstancias que, en su caso concurrieren no deben incidir en la decisión previa sobre la rebaja de la pena en uno o dos grados, sino sólo posteriormente, a la hora de determinar el grado de la pena. Se conseguiría con ello dar a la *atenuación específica un carácter plenamente autónomo* del que hasta cierto punto, carecería si de defendiera la propuesta de que el art.61 C.P. quedase al margen, pues en tal caso resulta obvio que el juez tomaría en consideración las demás circunstancias

---

4ª.C.P.- debiera imponerse en el grado mínimo o medio, quedando, pues, excluida la posibilidad de imponer el grado-extensión que queda justo en medio de las dos posibilidades señaladas, esto es, prisión menor en su grado máximo.

<sup>(65)</sup> Como es sabido, en la redacción que este precepto recibió en los Códigos de 1848, 1850 y 1870 se disponía expresamente que la pena "se aplicará siempre en el grado que corresponda", lo que se aduce por algunos como argumento para exigir la sujeción del juez en este punto a las reglas del art.61 C.P.; vid. CÓRDOBA RODA, *Comentarios...op.cit.*, p.293.

<sup>(66)</sup> Así, CONDE-PUMPIDO FERRERIRO, *Código...*, op.cit., p.185; MORILLAS CUEVAS, *Teoría...*, op.ci., p.99; MANZANARES SAMANIEGO/ALBÁCAR LÓPEZ, *Código...*, op.cit., p.356.

<sup>(67)</sup> Digo "parece" porque, desgraciadamente en los casos en que se ha aplicado el art.57 bis b) no concurrían -según se afirma en el fallo de las respectivas sentencias- circunstancias atenuantes o agravantes, cuya presencia hubiera permitido descubrir con más claridad el criterio seguido por la Audiencia Nacional. Ello no obstante, en los casos estudiados, la Audiencia recurre, aunque implícitamente, a la regla 4ª del art.61 C.P., e incluso en alguna sentencia se dice expresamente que las penas se determinarán "*conforme a las reglas del art.61 y, sobre todo, en el presente caso, según lo dispuesto en el referido art.57 bis b)* (S.10/1993, 25 Febrero, Sección 2ª, F.Jº.5º), Vid también, S.33/1992, 10 Octubre, Sección 3ª (F.Jº.3º).

concurrentes en el momento mismo de decidir sobre la rebaja de la clase de pena, con lo que se correría el riesgo de que los criterios que orientan la determinación de la pena en el art.61 vinieran a sobreponerse al criterio prioritariamente utilitario que inspira el precepto que se comenta.

De este otro modo es como si se dijera al juez: tome usted en cuenta prioritariamente el grado de colaboración para rebajar en uno o dos grados la pena, y atienda a las demás circunstancias para determinar concretamente la pena cual si se tratara de un supuesto ordinario.

En cualquier caso, no se desestima aquí la viabilidad de otras interpretaciones, auspiciadas por una parquedad legislativa que sería conveniente remediar.

2.- De igual modo, sería aconsejable que el legislador se refiriese expresamente a la *imposibilidad de que* nuestra atenuante *pueda verse compensada* por cualesquiera otras circunstancias agravantes que pudieran concurrir. Estimo que, pese al silencio legal, es esta una conclusión que debe mantenerse aun cuando se defienda la tesis de que en la determinación del grado-extensión debe sujetarse el Tribunal a las reglas del art.61 C.P.

Sólo así se garantiza la autonomía del art.57 bis b), evitando el riesgo de que la finalidad legislativa pueda verse truncada.

Tal solución, por otra parte, se inscribe en línea tradicionalmente mantenida por la doctrina y la jurisprudencia<sup>(68)</sup>, de que no cabe en modo alguno compensar circunstancias que conllevan un cambio en la clase de pena con otras que se limitan a determinar el grado; y así lo estima la mayoría, con independencia de cual sea la posición defendida en torno a la sujeción o no a las reglas del art.61 C.P. para determinar el grado-extensión cuando concurre una de aquellas circunstancias dotadas de especial virtualidad.

Ese fue, asimismo, el criterio que expresamente consignó el legislador italiano en el art.2.3 de la Ley de 18 Febrero 1987<sup>(69)</sup> y el que mayoritariamente se sostuvo por la

---

<sup>(68)</sup> Vid. ALONSO ALAMO, "La compensación de circunstancias generales y especiales ante la Reforma del Derecho penal", *C.P.C.*, nº 19, 1983, p.5 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría...*, op.cit., p.219 y 223; CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, op.cit., p.271 y 272; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código...*, op.cit., p.194; MANZANARES SAMANIEGO/ALBÁCAR LÓPEZ, *Código...*, op.cit., p.363. Asimismo, S.S.T.S. 20 Diciembre 1974 (R.A.5255); 17 Marzo 1980 (R.A.1147).

<sup>(69)</sup> Vid.supra, Capítulo II. El mismo criterio se siguió en el art.1 D.L.15 Diciembre 1979, si bien en relación con la agravación por razón de terrorismo.

doctrina<sup>(70)</sup>. Esto no obstante, también hubo quien<sup>(71)</sup>, ante el silencio que al respecto mantenía la Ley de 29 Mayo 1982, defendió la sujeción al régimen general de compensación. Concretamente -decía MADDALENA- el hecho, por una parte, de que el legislador no haya excluído expresamente esa posibilidad a diferencia de lo que hace en otros preceptos de similar factura contenidos en el Código, pudiera llevar a pensar que su voluntad es que se sujeten al régimen ordinario<sup>(72)</sup>. Por otra parte, según este autor, a la misma conclusión conducía el hecho de que el legislador hubiera previsto expresamente que no se tenga en cuenta la agravante específica, pues ello podría indicar que esta es la única circunstancia agravante que queda fuera del juicio de compensación<sup>(73)</sup>.

Personalmente, entiendo que en la interpretación que MADDALENA hizo en su momento de los arts.2 y 3 Ley 29 Mayo 1982 se abusa del criterio literal y se desatiende el criterio teleológico de interpretación, el cual desaconseja que los efectos de las circunstancias que analizamos se vean neutralizados por circunstancias ordinarias. Tal cosa sólo tendría cierto sentido en relación con la agravante específica, pues ambas participan de un fundamento político-criminal parcialmente coincidente, lo que podría llevar a alguno a pensar que pueden compensarse entre sí; ahí es donde debe verse la razón de que el legislador se refiera expresamente a ella. No hay, por tanto, que ver en ello el deseo legislativo de que las demás circunstancias que concurrieran se sujeten al régimen general.

Por otra parte, tampoco puede decirse que este tipo de consideraciones le fueran ajenas a MADDALENA. De hecho, tal autor mantenía finalmente la insólita tesis de que las circunstancias específicas se sujetaban al régimen general de compensación pero sólo en la medida en que ello no supusiese hacerles perder su sentido, de modo que si, en virtud de la compensación, la pena resultante superaba ciertos límites, que según los arts.2 y 3 no podía superar, debía ser llevada automáticamente dentro de esos límites<sup>(74)</sup>.

---

<sup>(70)</sup> Así, CASELLI/PERDUCA, "Commento, legge 29/5/1982 n.304. Misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale", La legislazione penale, 1982, p.557; DE MAGLIE, "Il fenomeno della dissociazione come circostanza attenuante e como causa di esclusione della punibilità", Archivio penale, 1985, p.145; FLORA "Commento...", op.cit., p.602; CASELLI/LAUDI/MILETTO/PERDUCA, La dissociazione..., op.cit., p.70; vid.también PROSDOCIMI, Profili penali del postfatto, Milano, 1982, p.293.

<sup>(71)</sup> MADDALENA, Le circostanze attenuanti per i terroristi "pentiti", Milano, 1984, p.84 y ss.

<sup>(72)</sup> Op.cit., p.84 y 85.

<sup>(73)</sup> Op.cit., p.85 y 86.

<sup>(74)</sup> Op.cit., p.101 y ss.

A mi juicio, pues, la cosa no ofrece dudas; ello no obstante, sería preferible que la prohibición de compensación se estableciera expresamente por la ley.

#### II.4.- La posibilidad de acumular sucesivas reducciones de pena.

En el presente epígrafe se analizará, en primer lugar, si la aplicación de la atenuante específica permite apreciar cualquier otra atenuante que implique una rebaja de la clase de pena, o si, por el contrario, como se afirmaba en alguna sentencia italiana<sup>(75)</sup>, no cabe tal cosa. En segundo lugar, se tratará de decidir si la realización por un sujeto de distintas conductas, susceptibles de integrar cada una de ellas alguna de las hipótesis de atenuación, impone o no la obligación de degradar las penas tantas veces cuantas sean las conductas realizadas.

1.- La primera de las cuestiones planteadas debe resolverse, a mi juicio, en *sentido afirmativo* siempre que *la razón* que fundamente la atenuación *sea distinta* en cada caso. La clave para decidir en tal sentido nos la da el principio -aceptado por la doctrina y la jurisprudencia- según el cual un objeto de valoración tan sólo puede ser valorado una vez, esto es, sólo puede fundamentar una circunstancia. Partiendo de ahí- y entendiendo con COBO y VIVES<sup>(76)</sup> que tal objeto de valoración incluye no sólo los hechos en sentido estricto, sino también los móviles, efectos características, etc., de orden psicológico y subjetivo que pueden estar a la base de una circunstancia así como el punto de vista (fundamento) desde el que el Derecho contempla esos datos de la realidad- no hay nada que impida, antes al contrario acumular a la atenuación prevista en el art.57 bis b) las que pudieran corresponder por concurrir una eximente incompleta o la atenuante de menor edad, pues resulta claro que están previstas para distintos supuestos y responden en cada caso a diferentes razones<sup>(77)</sup>.

---

<sup>(75)</sup> Assise Venezia, 25 Junio 1982, cit. por MADDALENA, Le circostanze..., op.cit., p.88, nota 73.

<sup>(76)</sup> Derecho penal..., op.cit., p.680; vid. en el mismo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, Teoría..., op.cit., p.221 y 222.

<sup>(77)</sup> Con carácter general, en el mismo sentido del texto se expresan la doctrina y jurisprudencia mayoritarias. Vid., entre otros COBO/VIVES, *ibidem*; CÓRDOBA RODA, Comentarios..., op.cit., p.292; GONZÁLEZ CUSSAC, *ibidem*; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho penal..., op.cit., p.470 y 471; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Teoría..., op.cit., p.156; MANZANARES/ALBÁCAR, Código..., op.cit., p.365, 375 y 381. Así lo estimó también la Audiencia Nacional en la S.34/1990, 8 Mayo, Sección 3ª, en la cual se apreció la correspondiente rebaja por la menor edad acumulada a la que se aplicó debido al abandono por el culpable de su vinculación criminal. (No obstante, el precepto aplicado no fue el art.57 bis b), sino que se apreció como muy cualificada una atenuante analógica al arrepentimiento espontáneo)

Por idénticos motivos hay que *negar* con la doctrina mayoritaria<sup>(78)</sup> -y pese a lo que parece ser la opinión en contra de algún autor<sup>(79)</sup>- que sea posible *acumular* la atenuación prevista en el art.57 bis b) con la que procedería de aplicar el *art.9.9ª* C.P., que -como ya se sabe- ha sido utilizado por la Audiencia Nacional para construir una atenuante analógica -apreciada como muy cualificada en la sentencia- aplicable a quienes hubieren realizado comportamientos idénticos o similares a los que se recogen en el art.57 bis b).

En este caso -como en otros muchos de análoga factura<sup>(80)</sup>- la cuestión debe resolverse acudiendo al principio de especialidad, que, en nuestro caso, conduce a desplazar el art.9.9ª en favor del art.57 bis b). Así es, aun cuando pueda decirse -como en su momento ya vimos<sup>(81)</sup>- que el fundamento de ambos preceptos difiere en cuanto a la intensidad que en cada uno de ellos se otorga al criterio utilitario, el cual prevalece en el caso del art.57 bis b) frente a las razones de índole preventivo-general y especial que indican que en estos casos se produce una relajación de la necesidad de pena. Por el contrario, podría decirse que en el caso del art.9.9ª ambos tipos de razones -las utilitarias y las basadas en una disminución de la necesidad de pena- se sitúan a un mismo nivel. Pero ello no altera, a mi modo de ver, la decisión apuntada, pues bien pudiera sostenerse que lo que hace el art.57 bis b) es llevar a sus últimas consecuencias el fundamento político criminal que inspira el art.9.9ª.C.P.

No obstante, VERCHER sostiene que "en aquellos supuestos en que el terrorista sufre una verdadera contricción, un verdadero proceso de arrepentimiento, sí que sería aplicable la circunstancia de arrepentimiento espontáneo del artículo 9.9 del Código Penal"<sup>(82)</sup>, y que "en consecuencia, el terrorista arrepentido, en base a su arrepentimiento,

---

(78) Así CALDERÓN SUSIN, Arrepentimiento espontáneo (Estudio del artículo 9-9ª del Código Penal), Madrid, 1990, p.294 y 295. En el mismo sentido -en relación con el art.62.6º Codice Penale- se expresaron en Italia, CHELAZZI, La dissociazione dal terrorismo, Milano, 1981, p.48 y 49; FLORA, Il ravvedimento del concorrente, Padova, 1984, p.91. PADOVANI, "Commento, Legge 6/2/1980", La legislazione penale, 1981, p.58 y 59.

(79) VERCHER NOGUERA, Antiterrorismo..., op.cit., p.368.

(80) Por ejemplo, la relación que media entre el art.9.9ª C.P. y el art.226 C.P. o el art.396.2 C.P.; vid al respecto, CALDERÓN SUSIN, "El nuevo artículo 226" en Comentarios a la legislación penal, dirigidos por COBO DEL ROSAL y coordinados por BAJO FERNÁNDEZ, Tomo X, Madrid, 1989, p.539; S.T.S. 6 Abril 1989 (R.A. 3025).

(81) Vid.supra Capítulo IV, IV.2..

(82) Antiterrorismo..., op.cit., p.368.

puede obtener una ventaja *adicional* en forma de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo...<sup>(83)</sup>. Mantener tal cosa supone, sin embargo, retomar una concepción ya trasnochada de la atenuante 9ª del art.9 C.P., para cuya aplicación -como en otro lugar ya se dijo<sup>(84)</sup>- hasta la jurisprudencia ha dejado de exigir cualquier tipo de arrepentimiento moral, coincidiendo pues, con la tendencia doctrinal a objetivar la citada atenuante.

2.- Por lo que atañe a la segunda de las cuestiones planteadas, estimo que la realización de *varias conductas* subsumibles todas ellas en alguna de las hipótesis de atenuación contenidas en el art.57 bis b), incluso en distintas letras de éste, *no permite* que la pena resulte degradada un número de veces igual al número de comportamientos desplegados por el sujeto.

A mi juicio, el que un mismo sujeto realice dos o más de las conductas que, alternativamente, permiten conceder la atenuación es una razón poderosa para aplicar a ese individuo la atenuación máxima que la ley autoriza a conceder, pero no para fundamentar sucesivas rebajas, pues ello supondría la doble valoración de una misma realidad.

Así es si se parte -tal y como, según se dijo, hacen COBO y VIVES<sup>(85)</sup>- de que cuando se afirma que un mismo hecho sólo puede fundamentar una circunstancia, se concibe el término "hecho" de forma más amplia y omnicomprensiva como "objeto de la valoración", concepto que -como unas líneas atrás ya vimos<sup>(86)</sup>- no comprende sólo los hechos en sentido estricto, sino también los móviles, características y demás datos objetivos y subjetivos que constituyen la génesis de una circunstancia, así como el punto de vista (fundamento) desde el que del Derecho contempla esos datos de la realidad.

Utilizando ese criterio, resultaría forzado decir que cada una de aquellas conductas pueden constituir el sustrato de diversas causas de atenuación, por cuanto, aunque los hechos en sentido estricto sean distintos, no lo son los restantes elementos que, según decía, integran el hecho entendido como "objeto de la valoración"; asimismo, tampoco es distinto el fundamento de la atenuación.

---

<sup>(83)</sup> *Ibidem* (cursiva nuestra).

<sup>(84)</sup> Vid.supra Capítulo VI, nota 46.

<sup>(85)</sup> Derecho Penal..., op.cit., p.680.

<sup>(86)</sup> Vid,supra en este Capítulo, nota 76.

Todavía, no obstante, podría plantearse el lector si lo aquí dicho se contradice con la afirmación- hecha en reiteradas ocasiones- de que es posible compatibilizar la exención de pena prevista en el art.3 C.P. y la atenuación que nuestra norma contempla. Sin embargo, no es así. La exclusión de la pena que pudiera corresponderle al sujeto por su participación en el delito, tiene su razón de ser en el hecho del llamado arrepentimiento activo o del desistimiento del sujeto en cuestión y es independiente del dato de que su autor fuera un individuo relacionado con las actividades a que se refiere el art.57 bis b); por el contrario, esa circunstancia personal, así como el hecho de que aquella conducta reparadora deba estar indefectiblemente ligada al abandono de la vinculación criminal, permiten construir, a la luz del art.57 bis b), un sustrato nuevo, que, como tal, es susceptible de integrar un objeto de valoración distinto, que permite aplicar la atenuación contenida en el art.57 bis b) al resto de delitos de la clase referida en ese precepto que se imputaren al sujeto.

## **II.5.- Algunas consideraciones en torno a la ausencia de algún mecanismo de revocación.**

Para poner fin al estudio de la causa de atenuación, parece conveniente poner de manifiesto -aunque sólo sea eso- la ausencia de algún mecanismo cuyo objeto sea -cual sucede en la causa de remisión- revocar los beneficios concedidos.

Tal imprevisión, -cuya razón de ser no se alcanza a comprender- debería ser subsanada, pues -utilizando la misma óptica de la norma- carece de sentido que resulte indiferente el que el sujeto vuelva a cometer con posterioridad al abandono, alguno de los delitos referidos en el art.57 bis a), o que se demuestre la falsedad de las declaraciones que el sujeto hizo y que le valieron la atenuación de la pena. Para ambos casos debiera haberse previsto la revocación de los beneficios, aun cuando la sentencia en que se hubieren reconocido hubiere devenido firme.

Cierto es que ello no dejaría de suponer un auténtico giro copernicano respecto a nuestra actual concepción del proceso de revisión. Sin embargo, conviene no rasgarse las vestiduras y tener presente que una novedad de este tipo se inserta sin estridencias en la lógica de excepcionalidad que inspira todo el art. 57 bis b). Es más, pudiera alegarse que tal cosa ni siquiera resulta tan excepcional si se tiene presente que en otros ordenamientos la revisión puede operar en contra del reo; así sucede, por ejemplo, en el Derecho alemán, donde se preve la *Wiederaufnahme* en aquel sentido (§ 362 StPO), y, por su

parte, el legislador italiano, tanto en la ley de 1982 (art.10), como en la ley de 1987 (art.5) estableció la posibilidad de una revisión como la señalada<sup>(87)</sup>.

Más problemático puede resultar, sin embargo, determinar cuál pudiera ser el cauce procesal para proceder a la revocación de los beneficios. Si la causa de dicha revocación lo fuera la comisión de uno de los ya mencionados delitos, la cuestión sería, en cierto modo, más simple pues- una vez recaída sentencia firme al respecto- podría seguirse, por ejemplo, el trámite establecido para la revocación de la remisión ordinaria. En tal caso, debiera respetarse la individualización de la pena que en su momento se hizo, descontando de aquella, exclusivamente, la atenuación en uno o dos grados cuya razón de ser estuviera en la aplicación del art.57 bis b) (v.g., si una pena de prisión mayor se hubiere degradado a prisión menor por aplicación del precepto en cuestión, y, a su vez ésta hubiere sido impuesta en el grado medio por concurrir una circunstancia agravante, la revocación afectaría sólo a lo primero, pero no cabría la posibilidad de alterar la valoración que, en su momento, se hizo de la circunstancia de agravación, e imponer la pena de prisión menor en grado máximo en virtud de lo dispuesto en el art.61.2ª C.P.). Sólo de este modo se garantizaría el que un hecho posterior no alterase la responsabilidad criminal por un hecho anterior, cosa que, sustancialmente, no puede decirse que suceda si se opera del modo señalado.

La complejidad aumentaría si la causa de revocación lo fuere la falsedad o reticencia de las declaraciones, porque lo primero que debiera dilucidarse es el concepto de falsedad que se maneja, de modo que incluso pudiera ser insuficiente una sentencia en la que constase la falsedad objetiva de las declaraciones citadas. De todos modos, es esta una cuestión en la que aquí no se va a entrar; pero, en última instancia podría servir la fórmula normalmente usada por el legislador italiano, según la cual se efectúa una remisión a lo dispuesto en el Código procesal para el proceso de revisión "in quanto applicabili", fórmula cuya ambigüedad, no obstante, no se me oculta.

En cualquier caso, lo que, sin duda, no conecta con la lógica del art.57 bis b) es que el sujeto pueda seguir beneficiándose de una atenuación, cuya concesión -ante circunstancias como las apuntadas- bien puede decirse que, desde el momento mismo en que se produjo, carecía de todo sentido.

Lo que sí cabe, no obstante, es la revocación de la libertad condicional que se hubiere concedido con sujeción al régimen privilegiado del art.98 bis b)<sup>(88)</sup>, cuando el

---

<sup>(87)</sup> El texto de ambos preceptos puede consultarse en el Capítulo II, III.2.2 y III.2.3., respectivamente. Vid. al respecto, CHIAVARIO, "Commento Legge 29/5/1982, n.304", La legislazione penale, 1982, p.594 y ss; CASELLI/LAUDI/MILETTO/PERDUCA, La dissociazione..., op.cit., p.91 y ss.

sujeto delinquiera de nuevo. Ello, sin embargo, es producto de la aplicación del régimen ordinario (art.99 C.P.), y no de una previsión específica al respecto; de ahí que deba estimarse que puede conservar tal beneficio aquél cuyas declaraciones se hubieren evidenciado falsas con posterioridad a su concesión, pues nada se dice en torno a una cuestión así en los preceptos que rigen la libertad condicional ordinaria. Sería, pues, conveniente que nuestro legislador -tal y como hizo el italiano<sup>(89)</sup>- dijera también algo al respecto.

### III.- LA CAUSA DE REMISIÓN TOTAL DE LA PENA.

#### III.1.- Introducción. Los efectos de la causa de remisión.

Como es sabido, el art.57 bis b) establece que en los supuestos de colaboración de particular trascendencia, el Tribunal podrá acordar la remisión total de la pena.

Con ello, el art.57 bis b) se ha venido a situar en una posición intermedia entre lo que establecía la ley italiana de 29 Mayo 1982 y lo que fue el procedimiento habitualmente seguido en la aplicación de la también italiana ley de 18 Febrero 1987. En la primera de las citadas leyes se establecían -además de causas de atenuación- las allí denominadas "*cause di non punibilità*", cuya concesión -una vez admitida la concurrencia de su presupuesto- era obligatoria; en la Ley de 1987, por el contrario, no se preveía ninguna causa de exclusión de la pena, de manera que cuando el Tribunal estimaba que tal exclusión era lo procedente, se veía obligado a solicitar el indulto total de la pena ya atenuada, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto de 18 Diciembre 1986, n° 865.

Nuestro legislador, por el contrario, no ha hecho ni una cosa ni otra. Ni obliga en todo caso a su concesión, ni concede al Ejecutivo la última palabra, sino que deja al Tribunal ante la disyuntiva -nada fácil- de tener que decidir en un sentido o en otro.

Por el momento, me voy a limitar a señalar los *efectos* que conlleva la concesión de la remisión, para -en un epígrafe sucesivo- pasar a analizar cuestiones más problemáticas.

---

<sup>(88)</sup> Vid. infra en este mismo Capítulo, apt. IV.3.

<sup>(89)</sup> Art.9 Ley 29 Mayo 1982, n.304. Vid. por todos LAUDI, Terroristi "pentiti" e liberazione condizionale, Milano, 1984, p.51 y ss.

1.- Lo primero que conviene precisar al respecto es algo a lo que ya se ha aludido en reiteradas ocasiones. Me refiero al hecho de que la remisión opera *una vez que la pena ha sido atenuada*, la remisión supone, por consiguiente, el perdón de ese resto de pena que, tras la atenuación, se impuso en la sentencia, pues -como con más detenimiento se dijo en otro lugar<sup>(90)</sup>- estimar que la remisión implica una condena sin imposición de pena, lleva al absurdo de hacer de peor condición al sujeto a quien se concedió la remisión y volvió a delinquir frente a aquél otro al que sólo se le atenuó la pena y, asimismo, delinquirió de nuevo. Así es por cuanto si el beneficiario de la remisión delinquire y en la sentencia no se hubiere impuesto pena alguna o se hubiere impuesto la pena correspondiente a los hechos que se le imputaron, sin atenuación alguna, aquél debería cumplir la pena íntegra, pese a que en el orden lógico quien reúne los requisitos para acceder a la remisión, reúne también -con mayor motivo- los requisitos de la causa de atenuación, cuya concesión no queda sujeta a condición alguna.

2.- En segundo lugar debe decirse que la remisión *alcanza a todas las penas* impuestas al sujeto en la sentencia, y, además, no sólo a las penas privativas de libertad, sino también a las *de cualquier otra naturaleza* que tuviere señaladas en el delito, pues -a diferencia de lo que para la remisión ordinaria dispone el art.93.2ª C.P.- el art.57 bis b) no establece al respecto distinción alguna. Y lógico es que así sea si se atiende a la naturaleza y fundamento de esta institución, distinta -como ya vimos<sup>(91)</sup>- de la remisión ordinaria, en la cual, por ejemplo, sí que tiene sentido el que al solvente no se le remita la pena pecuniaria, porque el fundamento de esa remisión no casa con la pena de multa salvo en el caso de que, debido a la insolvencia, entre en juego la privación de libertad subsidiaria<sup>(92)</sup>. Sin embargo, ya sabemos que no es aquel razonamiento el que preside la institución que aquí se estudia.

3.- Por idénticos motivos a los que se acaban de exponer, hay que estimar que la remisión alcanza *también a las penas accesorias*; esta conclusión no la admitirán,

naturalmente, aquellos autores que -como LAMARCA<sup>(93)</sup>- afirman, aunque sin base legal para ello, que en todo lo no previsto rige lo establecido en los arts.92 y siguientes del C.P.

---

<sup>(90)</sup> Vid. especialmente Capítulo III, p. 264 y 265.

<sup>(91)</sup> Vid. supra Capítulo III, IV.2.3 y Capítulo IV. IV. 3. y 4.

<sup>(92)</sup> Vid. MAQUEDA ABREU, Suspensión condicional de la pena y probation, Madrid, 1985, p.102 y ss.

4.- Distinto es, por el contrario, el tratamiento que recibe la responsabilidad civil dimanante del delito. En cuanto a este extremo no hay nada en el precepto que autorice a estimarla extinguida, pues el art.57 bis b) se refiere exclusivamente a la remisión *de la pena*.

### **III.2.- La remisión de la pena como beneficio de concesión facultativa. Los criterios que deben orientar a la decisión judicial.**

Como decía unas líneas atrás, nuestro legislador ha decidido que sea el órgano jurisdiccional quien decida sobre la remisión total de la pena. Tal vez porque -a diferencia de lo que sucede en las causas de exclusión de la pena concebidas de modo imperativo- no está aquí tan claro o, al menos, no puede decirse con carácter general que sea más útil imponer la pena que renunciar a ella.

Pues bien, el hecho de que la remisión haya sido concebida de ese modo obliga a *plantearse* dos cosas: 1) si la concesión o denegación de ese beneficio es materia *sujeta a casación*, y 2) cuáles deban ser los *criterios* que orienten la decisión del Tribunal sobre ese extremo. A continuación, paso a ocuparme de ambas cuestiones.

1.- Por descontado, quienes estiman que en lo no previsto rige lo dispuesto para la remisión condicional en los arts.92 y siguientes del Código, afirman que cabe el recurso de casación, en virtud de lo dispuesto en el art.95 C.P.<sup>(94)</sup>.

Esa es también la conclusión que aquí se defiende; pero por razones distintas, puesto que -como ya se dijo<sup>(95)</sup>- no se comparte la idea en que se funda la solución arriba mencionada. Sin embargo, creo que el hecho de que nuestra norma disponga que en los casos de particular trascendencia podrá acordarse la remisión de la pena, no supone dar carta blanca al Tribunal para que, aun admitiendo en la sentencia la particular trascendencia de la colaboración, deniegue de forma inmotivada o carente de fundamento la remisión de la pena. En cuanto a este extremo, debe tenerse por reproducido lo que al

---

<sup>(93)</sup> Tratamiento..., op.cit., p.346.

<sup>(94)</sup> Así, LAMARCA, Tratamiento..., op.cit., p.346.

<sup>(95)</sup> Vid.supra Capítulo III, p. 263 y ss.

respecto se dijo al tratar la discrecionalidad judicial en relación con la causa de atenuación de la pena<sup>(96)</sup>.

Asímismo, hay que considerar susceptible de ser recurrida en casación la estimación que el tribunal haya hecho de la colaboración prestada por el sujeto. La calificación de la colaboración como de "particular trascendencia" no es, pues, materia cedida al arbitrio del Tribunal, como no lo es -por recurrir a un ejemplo que, desde esta perspectiva, puede resultar útil- la estimación de una atenuante como muy cualificada, cuestión esta sobre la que existe coincidencia jurisprudencial<sup>(97)</sup> y doctrinal<sup>(98)</sup>.

Se mantiene, pues, la posibilidad de recurrir en *casación* tanto la *calificación* que el Tribunal haya hecho de la colaboración prestada, como *los criterios* que -una vez reconocida la particular trascendencia de la colaboración- haya utilizado dicho Tribunal para conceder o denegar la remisión, criterios que, en cualquier caso, no podrán ser de aquellos que convierten la discrecionalidad concedida en injustificado e improcedente arbitrio.

2.- Una vez que se ha considerado como de particular trascendencia la colaboración ofrecida, es cuando la discrecionalidad concedida cobra su auténtico sentido. El legislador ha decidido autorizar al Tribunal para que deniegue la remisión, pese a la relevancia excepcional del comportamiento desplegado por el sujeto. De ahí se infiere ya que no es el grado y eficacia de la colaboración prestada el criterio que debe orientar tal decisión. La cuestión se plantea, pues, en términos distintos a como se planteaba en la causa de atenuación; en ella era obvio que tenían cabida conductas de entidad distinta y que esa diversa entidad motivaba el que el legislador estableciera dos grados también distintos de atenuación, dejando que fuera el Tribunal quien sirviéndose prioritariamente de ese criterio decidiera en un sentido o en otro. No es eso, sin embargo, lo que aquí acontece; *la razón de ser de la discrecionalidad es distinta* en cada caso; aquí, su objetivo es que, se valoren cosas distintas al grado de colaboración prestada. La causa de remisión tiene su presupuesto en el hecho de que la conducta ha alcanzado la entidad que autoriza a concederla, de manera que su posible denegación necesariamente deberá articularse en torno a otros criterios.

---

<sup>(96)</sup> Vid. *supra* en este mismo Capítulo, apt. II.3.

<sup>(97)</sup> Vid., entre otras, S.S.T.S. 2 Julio 1992 (R.A. 5938); 22 Septiembre 1990 (R.A. 7212); 4 Abril 1988 (R.A. 2702).

<sup>(98)</sup> Así CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, op. cit., 275; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código...*, op. cit., p. 193; MANZANARES SAMANIEGO/ALBÁCAR, *Código...*, op. cit., p. 364.

Cuáles sean esos *criterios* es el tema del que paso a ocuparme; pero no sin antes advertir que, en modo alguno, se pretende aquí entrar a analizar la compleja cuestión de cuáles deban ser los criterios que, en general, deben presidir la determinación de la pena. Tal cosa -de la que se han ocupado competentes autores<sup>(99)</sup>- excede con mucho los límites del presente estudio; por esa razón me limitaré a tratar el tema en inmediata relación con lo que es el objeto de nuestra atención y, más concretamente, a los solos efectos de defender la *idea* de que aquellos criterios que se estiman *principios básicos de la determinación de la pena* en sentido amplio *deben orientar la decisión que nos ocupa*, con la finalidad de conseguir que la concesión de la remisión sea lo menos disfuncional posible con la función y los fines de la pena.

Cierto es que, por otra parte, que no se trata aquí de determinar la pena en sentido estricto, sino de prescindir de la pena impuesta. Sin embargo, resulta obvio que en la adopción de decisiones de ese tipo gozan de igual validez los criterios generales que en Derecho español rigen la determinación de la pena en sentido estricto<sup>(100)</sup>. Todo ello, no obstante, sin perjuicio de las matizaciones a que obliga la singularidad del instituto que nos ocupa.

Pues bien, partiendo de esa idea, conviene tener presente que -como en reiteradas ocasiones se ha dicho<sup>(101)</sup>- del análisis de las distintas normas que nuestro Código dedica a la determinación de la pena, es posible extraer una serie de criterios generales que deben informar aquella decisión judicial. Tales criterios -dicho de un modo sintético- no son otros que *las circunstancias del hecho y del autor* o, si se quiere, la gravedad del hecho -contenido de injusto, mal causado y mayor o menor reprochabilidad del autor- y la

---

<sup>(99)</sup> Vid., entre otros, GARCÍA ARÁN, Los criterios..., op.cit.; GALLEGO DÍAZ, "El sistema...", op.cit.; BOIX REIG, "Reglas de determinación de la pena", en Comentarios a la legislación penal, dirigidos por COBO del ROSAL y coordinados por BAJO FERNÁNDEZ, T.V., Vol.I, Madrid, 1985, p.431 y ss; BACIGALUPO, "La individualización de la pena en la reforma penal", R.F.D.U.C., monográficos 3, 1980, p.56 y ss; GÓMEZ BENITEZ, "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto 1980 de Código penal)", R.F.D.U.C., monográfico 3, 1980, p.129 y ss; MIR PUIG, C., El sistema de penas y su medición en la reforma penal, Barcelona, 1986; QUINTERO OLIVARES, "Determinación de la pena y política criminal", C.P.C., n° 4, 1978, p.49 y ss. En la doctrina alemana e italiana, vid., básicamente, BRUNS, Strafzumessungsrecht, op.cit.; ZIPF, "Principios fundamentales de la determinación de la pena" (trad. Mir Puig), C.P.C., n° 17, 1982, p.353 y ss; DOLCINI, La commisurazione..., op.cit.; el mismo, "La commisurazione della pena tra teoria e prassi", Riv.ital.dir.proc.penale, 1991, p.55 y ss.

<sup>(100)</sup> GARCÍA ARÁN, Los criterios..., op.cit., p.231.

<sup>(101)</sup> GARCÍA ARÁN, Los criterios..., op.cit., p.208 y ss; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho penal..., op.cit., p.477 y 478; MIR PUIG, Derecho penal..., op.cit., p.829.

personalidad del delincuente. Si en tales factores pueden verse representados los distintos *finés de la pena*<sup>(102)</sup>, a través de los cuales aquella puede cumplir su función de tutela, resulta que la ponderación de esas circunstancias conducirá al establecimiento de una pena proporcionada y adecuada a aquella función, o bien -y esto es lo que más interesa- a la decisión por cuya virtud se reconoce que no hay necesidad de castigar, o de castigar tan gravemente porque, en ese caso concreto, y como resultado de la ponderación, puede afirmarse que la finalidad de tutela queda satisfecha con una pena menor e, incluso, sin pena alguna. Así, son esas consideraciones las que inspiran -sin ir más lejos- lo dispuesto en el párrafo segundo del art.2 C.P., o los preceptos destinados a regular la remisión condicional, cuyos principios rectores -mucho más amplios que los incompletos e inconcretos<sup>(103)</sup> criterios contenidos en el párrafo cuarto del art.93 C.P.- indican que también esa renuncia a la ejecución de la pena se rige por aquellos principios básicos antes mencionados: las consideraciones preventivo-especiales inspiran la institución<sup>(104)</sup> y los criterios basados en consideraciones de prevención general establecen los límites a su concesión, que, sabido es, queda circunscrita a las penas cuya duración no excede de un año o, excepcionalmente, de dos.

Pues bien, estimo que a todas estas consideraciones no es ajena la causa de remisión. Podría decirse, en efecto, que la razón de ser de este instinto discurre por cauces distintos, que no se inspira, por ejemplo, en razones de prevención especial cual sucede con la remisión ordinaria. Y, ciertamente, así es, pues -como en otro lugar ya se dijo<sup>(105)</sup>- si la causa de remisión tuviere su fundamento en consideraciones relativas a la función y fines de la pena, y, más concretamente, en consideraciones de prevención especial, su regulación hubiera sido distinta. Pero el que, en efecto, su existencia responda a razones político-utilitarias, no invalida el planteamiento que se hace de la cuestión que ahora nos ocupa. Así es, porque estimo que la razón de ser de *la discrecionalidad y el modo de ejercer esa facultad goza, paradójicamente, de autonomía frente a lo que es el fundamento utilitario del precepto*. La discrecionalidad se la concede

---

(102) COBO/VIVES, Derecho penal..., op.cit., p.725; MIR PUIG, Derecho penal..., op.cit., p.830.

(103) NUÑEZ BARBERO, "¿Condena condicional o suspensión de la ejecución de la pena?". A.D.P.C.P., 1970, p.22, nota 66; Vid.asímismo MAQUEDA ABREU, Suspensión condicional de la pena y probation, Madrid, 1985, p.131 y 132.

(104) Vid., MAQUEDA ABREU, Suspensión..., op.cit., p.48 y ss; NUÑEZ BARBERO, Suspensión condicional de la pena y probation, Universidad de Salamanca, 1970, p.54; LUZÓN PEÑA, Medición de la pena y sustitutivos penales, Madrid, 1979, p.92 y ss; GARCÍA ARÁN, Los criterios..., op.cit., p.239 y 240.

(105) Vid.supra, Capítulo IV, p.305 y ss.

al Tribunal para que decida si *pese a* la excepcional relevancia de la colaboración prestada, lo adecuado es no prescindir de la pena.

Las razones utilitarias han llevado al legislador a configurar del modo en que lo ha hecho la causa de remisión; han sido, pues, los que han determinado el que la remisión sólo *pueda* concederse cuando la conducta es de "particular trascendencia". Sin embargo, está claro que esas mismas consideraciones no conducen imperativamente a conceder la remisión, lo cual indica que hay que atender a otras razones de distinta índole para decidir al respecto. Y tales razones no pueden ser otras -ante la ausencia de un criterio legal explícito- que aquellas en las que se asientan los principios básicos de determinación de la pena, razones, en definitiva, fundadas en la función y fines de la pena.

Esa es la gran diferencia que media entre las causas de exclusión de la pena configuradas de un modo imperativo y aquellas otras que tienen carácter facultativo. En las primeras late una especie de presunción "*iuris et de iure*" de que lo conveniente es, en todo caso, prescindir de la pena, siendo irrelevante el que en el caso concreto pueda estar ausente o no la necesidad preventiva de sanción penal. Por el contrario, cuando el legislador deja en manos del juez la decisión última, lo que está haciendo es instarle a que sea él quien decida, atendiendo a las circunstancias concretas, si lo conveniente es también en ese caso prescindir de la sanción.

Eso es, precisamente, lo que ocurre con la causa de remisión. Y, sin duda, ello coloca al Tribunal en una difícil disyuntiva, pues conjugar el criterio utilitario en que se basa aquella y los criterios que deben orientar el uso de la discrecionalidad concedida no es tarea fácil. Y no lo es porque desde el momento en que los Tribunales, pese a la excepcional relevancia de la conducta, decidieran denegar la remisión por razones, v.g, de prevención especial, desde ese mismo momento, se habría puesto en peligro la tan buscada eficacia político-criminal de nuestra norma. La otra opción es, naturalmente, conceder la remisión siempre que la colaboración sea de "particular trascendencia", sin excepciones, de suerte que ello motive a la realización de tales conductas por tener la certeza de obtener eso a cambio. Pero, claro, entonces no se entiende la razón de la discrecionalidad. En cualquier caso, ese modo de configurarla es producto de una decisión de política legislativa en la que, hechas estas consideraciones, no voy a detenerme más.

Volviendo, pues, a los criterios que deben presidir la decisión sobre la remisión, entiendo que un lugar destacado merecen ocuparlo los basados en consideraciones de *prevención especial*. Desde tal perspectiva, no hay que desconocer -como en reiteradas

ocasiones se ha dicho- la relevancia que tienen conductas como las que integran el presupuesto de la causa de remisión, pues- en tanto que responden a lo que se ha denominado "comportamiento postdelictivo positivo"<sup>(106)</sup>- pueden ser un claro indicio de la menor necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención especial<sup>(107)</sup>. Si así fuera, debiera estimarse bien fundada la decisión judicial de prescindir de la pena. En realidad, esa misma idea subyace también en instituciones como el desestimiento voluntario de consumir el delito, el arrepentimiento espontáneo o la propia remisión condicional

Ahora bien, creo necesario matizar que no es ese el único criterio que debe ser tenido en cuenta, como no es el único que se toma en consideración en las distintas instituciones arriba mencionadas, a las cuales no son ajenas consideraciones de naturaleza *preventivo-general*. Que tal cosa es cierta, lo demuestra el hecho de que la remisión condicional no pueda concederse cuando la pena rebasa ciertos límites, o el que, aunque atenuada, sufra una pena quien se arrepintió en el sentido del art.9.9ª C.P., o quien desistió de su propósito sin conseguir, pese a ello, la evitación del delito. Y así es, aun cuando no hubiere dudas sobre la ausencia de necesidad preventivo-especial de pena.

Desde esta última perspectiva, hay que estimar que cuando el art.57 bis b) faculta al Tribunal para decidir, deja en sus manos la fijación de ese límite preventivo-general; en este sentido, el juez actúa como legislador, y cuando tal cosa ocurre bien puede decirse -utilizando palabras de COBO y VIVES- que "las necesidades de tutela, objetivamente fundadas e iguales para todos"<sup>(108)</sup> legitiman la denegación de la remisión".

Naturalmente, no es éste el momento de entrar a analizar cuál es el papel que a la prevención general le corresponde en la determinación de la pena, ni los límites de la misma en esta fase<sup>(109)</sup>, pero si se desea que quede claro que no se está aquí discutiendo sobre la toma en consideración de razones preventivo-generales en la fase de

---

<sup>(106)</sup> Vid., por todos, DE VICENTE REMESAL, El comportamiento..., op.cit., p.39 y ss.

<sup>(107)</sup> Vid.supra, Capítulo IV, p. 305 y 306.

<sup>(108)</sup> Derecho penal..., op.cit., p.740, nota 7.

<sup>(109)</sup> Vid.entre otros muchos, GARCÍA ARÁN, Los criterios..., op.cit., p.116 y ss; la misma, "La prevención general en la determinación de la pena", A.D.P.C.P., 1981, p.511 y ss; GÓMEZ BENITEZ, "Racionalidad...", op.cit., p.150 y ss; LUZÓN PEÑA, Medición..., op.cit., p.56 y ss; ZUGALDIA ESPINAR, "La prevención general en la individualización de la pena", A.D.P.C.P., 1981, p.869 y ss. Vid., asimismo, DOLCINI, La commisurazione..., op.cit., p.219 y ss; el mismo, "La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma", Riv.ital.dir.proc.penale, 1981, p.55 y ss; BRICOLA, La discrezionalità..., op.cit., p.85 y ss.