

consignaba una causa de exclusión de la pena aplicable a todos los casos de conspiración o proposición para delinquir. En este punto quedaba también la cuestión como en el Código Penal de 1848; pues al no castigar este con carácter general los actos preparatorios, lógicamente, tampoco preveía una causa de exclusión de la pena aplicable con las misma generalidad; sino que, por el contrario, establecía causas de exclusión de la pena específicas para los distintos supuestos de conspiración y proposición expresamente sancionados. Muy distinto es, sin embargo, el estado de la cuestión en el Código Penal de 1870. Veámoslo.

El Código Penal de 1870 -conforme a lo dispuesto en el art. 4- sanciona expresamente la conspiración en los delitos de traición (art. 139), conspiración y proposición en los delitos de lesa majestad (Arts. 158 y 163), así como ambas modalidades de actos preparatorios en la rebelión (art. 249) y la conspiración en el delito de sedición (art. 254). Sin embargo, a diferencia del Código de 1848, no prevé para ninguno de ellos la posibilidad de apreciar una causa de exclusión de la pena en los términos que hasta ahora hemos visto. Dado que no existía una cláusula general al respecto al haberse suprimido el párrafo último del art. 4 se planteaba el problema de qué hacer respecto a los implicados en la conspiración o proposición de los delitos ya señalados que desistieren de sus propósitos. Por ello, tal supresión provocó las críticas de un sector de la doctrina que entendía "útil, oportuno y previsor"⁽¹¹⁰⁾ el párrafo eliminado y algunos animaban a que, si tenía lugar la discusión de la reforma, se volviese a lo que en este punto disponía el Código de 1850⁽¹¹¹⁾.

En efecto, a juicio de destacados autores aquel era un precepto desafortunado⁽¹¹²⁾ pero no es menos cierto que, a partir de entonces, se produjo un vacío legal -que perdura hasta nuestros días- respecto a la regulación del desistimiento y el arrepentimiento en los actos preparatorios.

Cabía, no obstante, admitir -como GROIZARD tímidamente hizo⁽¹¹³⁾- la posibilidad de aplicar en estos casos el desistimiento previsto para la tentativa (art. 3.3),

⁽¹¹⁰⁾ AZCUTIA, *La ley...*, *Op. cit.*, p. 91, que además consideraba que aquel no implicaba la obligación e individualizar responsables; *Op. cit.*, p. 90.

⁽¹¹¹⁾ GONZÁLEZ SERRANO, *Apéndice...*, *Op. cit.*, p. 17. Es más, corresponde a este autor el elogio quizá más rotundo que del párrafo último del art. 4 Código Penal de 1850 se ha hecho, restándole importancia a las críticas que tradicionalmente se han dirigido a la delación.

⁽¹¹²⁾ Ya vimos, en su momento, las críticas que, entre otros, le dirigiera GROIZARD, *El Código...*, *Op. cit.*, Tomo I, p. 131.

⁽¹¹³⁾ Cfr. *El Código...*, *Op. cit.*, Tomo I, p. 131.

pero la cuestión se enfrentaba entonces con el mismo tipo de dificultades con las que se plantea en el Código actual, problemática en la que no es momento de entrar⁽¹¹⁴⁾.

Pues bien, junto a estas causas de exclusión de la pena, desapareció también la prevista para los integrantes de una sociedad secreta en el art. 204 del Código Penal de 1848 y 209 el Código Penal de 1850, quedando, por tanto, sólo subsistente lo que también en estos Códigos se preveía para los delitos de rebelión y sedición ya consumado, a cuyo estudio pasamos a continuación.

Decía al respecto el art. 258 que *"cuando los rebeldes o sediciosos se disolvieren o sometieren a la Autoridad legítima, antes de las intimaciones o a consecuencia de ellas, quedarán exentos de toda pena los meros ejecutores de cualquiera de aquellos delitos, y también los sediciosos comprendidos en el art. 251, si no fueren empleados públicos."*

Los tribunales en este caso, rebajarán a los demás culpables de uno a dos grados las penas señaladas en los dos capítulos anteriores".

Como se observa, tanto la causa de exclusión de la pena como la circunstancia de atenuación no difieren sustancialmente de las contempladas en el C.P. 1848 y 1850, por lo cual algunas de las cuestiones que allí se planteaba deben tenerse aquí por reproducidas.

Si que es menester detenerse en algunas novedades legislativas, jurisprudenciales y doctrinales.

En el plano legislativo merece destacarse la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación que se produce respecto a los culpables de sedición. Tanto en el Código Penal de 1848 como en el de 1850 se admitía la aplicación a los sediciosos de un régimen equivalente al establecido en el art. 258 (art. 182 C.P. 1848 y 1850) sólo en el caso de que la sedición no hubiere llegado a agravarse hasta el punto de embarazar el ejercicio de la Autoridad pública y siempre que no se hubiere ocasionado la perpetración de otro delito grave (art. 179 C.P. 1848 y 1850). Tal limitación, por el contrario, no existe -pese a lo que Viada⁽¹¹⁵⁾ diga- en el Código Penal de 1870.

⁽¹¹⁴⁾ Vid. Sobre el desistimiento en los actos preparatorios, CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, *Op. cit.*, p. 209 y ss; ORTS BERENGUER, *Consideraciones...*, *Op. cit.*, p. 502 y 506; RODRÍGUEZ. MOURULLO, *Comentarios...*, *Op. cit.*, Tomo I, p. 166 y ss, 177 y 190.

⁽¹¹⁵⁾ VIADA afirma que en el caso de la sedición, resultaba aplicable "a cuantos en ella participación tuvieran, ya como caudillos o jefes (art. 251) ya como meros ejecutores, con tal, también de que no

También merecen destacarse algunas sentencias del Tribunal Supremo que se pronuncian sobre extremos de interés. Tal es el caso de la recaída el 10 de Junio de 1871⁽¹¹⁶⁾ que declaró no aplicable el precepto cuando el sometimiento a la Autoridad hubiera tenido lugar después de que los sediciosos vieran cumplido el fin que se propusieron. Por su parte, la Sentencia del 11 de Julio 1873⁽¹¹⁷⁾ considera que el sometimiento debe producirse al principio o inmediatamente después de manifestada la rebelión, sin que pueda entenderse que el sometimiento a que se refiere el Código es el que tiene lugar ante intimaciones hechas muchos días después de levantada una facción. De otro lado, por lo que se refiere a tales intimaciones merecen citarse dos sentencias de interés. La primera solventa una duda que GROIZARD se planteaba: la de si son o no justiciables los reos de rebelión o sedición cuando han sido disueltos y aprehendidos, sin que haya precedido al uso de la fuerza las intimaciones legales⁽¹¹⁸⁾. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Octubre de 1880⁽¹¹⁹⁾ llega a la conclusión de considerar que ello para nada impide la imposición de la pena en su integridad a los culpables de tales delitos. De otro lado, la de 11 de Julio de 1873, ya citada, equiparaba a las intimaciones reguladas en el art. 257 las llevadas a cabo por edictos fijados en sitios públicos e insertos en el Boletín Oficial de la Provincia y Gaceta de Madrid.

Finalmente, por lo que a la doctrina se refiere no se puede menos que dejar constancia de la opinión de Jerónimo MONTES sobre la naturaleza de esta causa de exclusión de la pena. Hasta ahora, todos los autores que a ella se habían referido la habían conceptualizado como causa que eximía de pena -excusa absoluta la llamó SILVELA- y dejaba intangible la condición de delito del hecho a que se aplicaba⁽¹²⁰⁾. Sin

tengan la calidad de funcionarios públicos, y con la salvedad establecida en el art. 256, ó sea, de que la sedición no hubiere llegado hasta el punto de embarazar de un modo grave el ejercicio de la Autoridad Pública, ni hubiere ocasionado la perpetración de otro delito grave", Código penal..., *Op. cit.*, Tomo II, p. 196. Sin embargo, no es así. El art. 256 preveía una causa de atenuación específica aplicable en estos casos a todos los sediciosos sin necesidad de sometimiento alguno. Producido el sometimiento, era aplicable el régimen del art. 258. No era, por tanto, el art. 256 un precepto equivalente al art. 179 de los Códigos Penales de 1848 y de 1850 que excluía la aplicación de los beneficios del art. 182 cuando la sedición hubiera revestido aquellas características.

⁽¹¹⁶⁾ Cit. por VIADA, Código Penal..., *Op. cit.* Tomo II, p. 98 y también por HIDALGO GARCÍA, El Código..., *Op. cit.*, Tomo I, p. 622.

⁽¹¹⁷⁾ Cit. por ÁLVAREZ-CID, El Código... *Op. cit.* Tomo I p.

⁽¹¹⁸⁾ El Código... *Op. cit.* T. III p. 427.

⁽¹¹⁹⁾ Cit. por ÁLVAREZ-CID, El Código... *Op. cit.* Tomo I p.; también por HIDALGO GARCÍA, El Código..., *Op. cit.*, Tomo I, p. 622.

⁽¹²⁰⁾ Así lo hacía ya PACHECO comentando el art. 182 del Código Penal de 1848, El Código..., *Op. cit.*, Tomo II, p. 201 y ss; en el mismo sentido, GROIZARD, El Código... *Op. cit.*, Tomo II p. 643 y

embargo, el P. MONTES afirma que "suponer que hay un verdadero delito sin responsabilidad criminal y sin pena, es, en el derecho legislado, un contrasentido. Solamente las acciones u omisiones penadas por la ley son delitos; luego no lo son las no penadas por la misma ley... hay imputabilidad moral, más no imputabilidad política(...)"⁽¹²¹⁾. Lo cual- como ha dicho COBO DEL ROSAL⁽¹²²⁾-es consecuencia de la función que aquel autor concede a las excusas absolutorias y de considerar la pena elemento esencial del delito.

Legislación especial anterior al Código Penal de 1928.

En lo referente a la legislación especial vigente con anterioridad a la aprobación del Código siguiente -C.P. 1928-, ésta presenta escaso interés en lo que a nosotros afecta. Ciertamente, en este periodo se dictaron disposiciones penales y procesales que abordaban fenómenos delictivos como los hasta aquí analizados, manifestaciones de la actividad criminal que -como ya se dijo- presentan puntos de contacto con la delincuencia terrorista en sentido estricto. Sin embargo, ninguna de aquellas disposiciones consignaba una institución análoga a la hoy prevista en el art. 57 bis b). Tal es el caso de la ley de 10 de Julio de 1874 que acordó la disolución de asociaciones "anarquistas", "terroristas" y "colectivistas"; la de 10 de Julio de 1894 sobre atentados "contra las personas o daño en las cosas por medio de aparatos o sustancias explosivas"; de la Ley de 2 de Septiembre de 1896 sobre la misma materia, o el Real Decreto de 18 de Septiembre de 1923 "dictando medidas y sanciones contra el separatismo"⁽¹²³⁾.

ss; SILVELA, El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España, Parte segunda, Madrid, 1879, p. 249 y ss; VIADA, El Código... *Op. cit.*, Tomo II, p. 196 y ss.

⁽¹²¹⁾ Derecho Penal español (Parte General), Volumen I, Madrid, 1917, p. 465.

⁽¹²²⁾ "Función y naturaleza del artículo 226 del Código penal" Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1968, p. 60.

⁽¹²³⁾ Vid. en extenso, sobre toda esta legislación así como sobre la legislación complementaria en esta materia, LAMARCA PÉREZ, Tratamiento... *Op. cit.*, p. 97 y ss; GARCÍA PABLOS, Asociaciones..., *Op. cit.*, 36 y ss.

Proyectos decimonónicos.

La aprobación el 30 Junio 1876 de una nueva Constitución hace que los próximos años vean fructificar toda una serie de proyectos, anteproyectos y propuestas de particulares para la reforma del Código penal, con el objetivo de adecuar este a la Constitución de 1876⁽¹²⁴⁾.

Aquí nos limitaremos a analizar someramente los tres que fueron presentados a las Cortes y que son, quizá los más representativos de todo este período. Nos referimos al Proyecto de ÁLVAREZ BUGALLAL, al presentado por ALONSO MARTINEZ y al llamado Proyecto SILVELA.

De entre los citados, los dos primeros presentan menor interés por cuanto en lo que a nosotros concierne se limitan a reproducir lo que era el estado de la cuestión en el Código Penal de 1870.

Así, en el llamado Proyecto BUGALLAL⁽¹²⁵⁾ se reitera- en los mismos términos- la causa de exclusión de la pena, así como la de atenuación de la misma prevista para los implicados en un delito de rebelión o sedición que se sometiesen antes o a consecuencia de las intimaciones (art. 255). Igual ocurre en el primero de los Proyectos que presentó el entonces Ministro de Gracia y Justicia ALONSO MARTÍNEZ⁽¹²⁶⁾. En este último proyecto las causas de exclusión y atenuación de la pena a que venimos refiriéndonos se prevén en el art. 252; sin introducir ninguna modificación a la redacción que aquellos tenían en el Código Penal de 1870. Por otra parte, tampoco en este Proyecto se prevén otras causas de exclusión de la pena que afecten a lo que a nosotros interesa.

Por el contrario, gran interés reviste el Proyecto presentado por Francisco SILVELA al Congreso el 21 de Diciembre de 1884⁽¹²⁷⁾. En éste, "el más conocido y

⁽¹²⁴⁾ Vid. ANTÓN ONECA, "Los Proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1972, p. 249 y ss; LASSO GAITE, Crónica..., *Op. cit.* Volumen I, p. 493 y ss.

⁽¹²⁵⁾ Vid. ANTÓN ONECA, Los proyectos..., *Op. cit.*, p. 251 y ss; LASSO GAITE, Crónica..., *Op. cit.*, Volumen I, p. 503 y ss.

El texto puede verse en el Diario de las sesiones de Cortes. Senado. Legislatura de 1879-80, Tomo V, Apéndice sexto al número 149, Madrid, 1880, p. 1 y ss. También apareció publicado por la Imprenta Fortanet en 1880, Cit. por ANTÓN ONECA, "Los Proyectos...", *Op. cit.*, p. 4, nota 1.

⁽¹²⁶⁾ Vid. ANTÓN ONECA, "Los proyectos...", *Op. cit.*, p. 252 y ss; LASSO GAITE, Crónica..., *Op. cit.*, Volumen I, p. 513 y ss. El texto puede verse en el Diario de las sesiones de Cortes. Senado. Legislatura de 1881-82, Tomo IV, apéndice primero al número 79, Madrid, 1882, p. 1 y ss. También fue publicado por la imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia. Madrid 1882, cit por ANTÓN ONECA, *Op. y loc. arriba Cit.*

celebrado por sus méritos"⁽¹²⁸⁾, sí que encontramos causas de exclusión de la pena y atenuación de la pena que merecen, al menos, ser reseñadas.

Así reaparece la causa de exclusión de la pena prevista ya en el art. 4 del Código Penal de 1850, con carácter general para la conspiración o proposición. Concretamente, la prevé el párrafo 4 del art. 23 cuando exime de pena a los reos de conspiración o proposición si: "*antes de haberse incoado el procedimiento para perseguirla, desistieren de ella, revelando a la autoridad pública el plan del delito y sus circunstancias*".

No obstante, su ámbito de aplicación es más limitado que en el Código de 1850 pues el Proyecto declara que la proposición y conspiración sólo son punibles cuando la ley las pena especialmente; por ello sólo resulta aplicable a los casos en los que está previsto su castigo. (Delitos de traición (art. 158), lesa majestad (art. 184), rebelión y sedición (art. 277) y las formas más graves de delitos contra las Cortes, Consejo de Ministros y forma de gobierno (art. 207)).

También merece destacarse la causa de exclusión de la pena prevista para el inductor: "*si espontáneamente y antes de que diere principio a la ejecución del hecho criminal lo impidiere*" (art. 28).

Al decir del autor del proyecto -quienquiera que fuera- se basa en el hecho de que "es llano que si el espontáneo desistimiento hace inculpable la tentativa, con mucho mayor motivo debe producir igual resultado un acto análogo cuando el delito no había empezado todavía a realizarse"⁽¹²⁹⁾.

Por otra parte, también se preve una causa de exención en los delitos o faltas cometidas por medio de la imprenta u otro medio de publicación.

Dice el párrafo 2 art. 27 que si no fueren conocidos los autores del escrito: "*se reputaran autores los directores del periódico, editores del libro, folleto u hoja suelta, y en defecto de ellos los impresores. Pero si al primer requerimiento de la autoridad fuere dado a conocer el autor real del escrito o estampa publicados por el editor, o impresor en su caso, quedarán estos dos últimos exentos de responsabilidad criminal*"; salvo -eso

⁽¹²⁷⁾ Vid. ANTÓN ONECA, "Los proyectos...", *Op. cit.*, p. 258 y ss; LASSO GAITE, *Crónica...*, *Op. cit.*, Volumen I, p. 531 y ss.

El texto puede verse en el Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados. Legislatura de 1884-85, Tomo III, Apéndice primero al número 54, Madrid, 1885, p.1 y ss.

⁽¹²⁸⁾ ANTÓN ONECA, "Los Proyectos...", *Op. cit.*, p. 258

⁽¹²⁹⁾ Exposición de Motivos, Vid. Diario de las Sesiones..., *Op. cit.*, p. 5.

sí- que el autor del escrito fuera de los que no pueden ser perseguidos o están exentos de pena.

Finalmente, también en el libro I -art. 33- se prevé la atenuación de la pena a favor de quienes: "*hubieren dado espontáneamente satisfacción al ofendido, o procurando destruir las consecuencias o efectos del delito o reparar el daño, antes que diera principio el procedimiento*" (Atenuante séptima) así como a consecuencia de la "*presentación espontánea del delincuente a las Autoridades, confesando el delito, antes de ser este conocido, o no siendo aquel perseguido ni señalado como presunto culpable*" (Atenuante octava). Es de señalar que estas atenuantes -de apreciación facultativa art. 8º p. 2- no existían ni en el Código Penal de 1848, ni aparecieron en la Reforma de 1850, ni en el Código Penal de 1870, así como tampoco en los Proyectos anteriores; así, hay que remontarse al art. 107 del Código Penal de 1822 para encontrar su inmediato antecedente, que, no obstante, no fue el que inspiró al autor del Proyecto quién justifica que la adición de las mismas se debió a la inspiración que en este punto le produjo "el notable Proyecto de MANCINI"⁽¹³⁰⁾.

En lo que al Libro Segundo se refiere, merecen señalarse la prevista para los delitos de rebelión y sedición (art. 272) -redactada en los mismos términos que en los textos ya citados-, así como la consignada en el art. 297 a favor de los fundadores, directores, presidentes o individuos de asociaciones ilícitas "*Si, antes de haberse incoado procedimiento criminal, denuncian a la Autoridad el objeto y organización de la asociación o revelan sus secretos, aunque no manifiesten los nombres de los asociados*".

Esta última recuerda extraordinariamente a la prevista para los mismos casos en el art. 204 Código Penal de 1848 y en el art. 209 del Código Penal de 1850, si bien, no se ha consignado la prohibición expresa a la Autoridad de hacer preguntas sobre los miembros de la asociación; quizá para evitar las polémicas que aquellos preceptos generaron en torno a si podía o no la Autoridad consignar los nombres de estos en el caso de que los "espontaneados" voluntariamente los manifestasen.

III. 6.- Código penal de 1928.

Tras el golpe de Estado de 13 Septiembre 1923 se inicia en materia penal una intensa actividad legislativa que, utilizando la vía del Real Decreto, continuará hasta la promulgación del Código el 8 de Septiembre de 1928⁽¹³¹⁾. Quedaban pendientes los

⁽¹³⁰⁾ Exposición de motivos, Vid. Diario de las sesiones..., *Op. cit.*, p. 6.

delitos contra la forma de Gobierno, Las Cortes y el ejercicio de los derechos y deberes derivados de la Constitución, encontrándose entre estos últimos los relativos a asociaciones ilícitas. En lo que a estos delitos respecta quedaba en vigor -en tanto no apareciese la legislación especial lo previsto en el Código Penal de 1870 (art. 856).

Pues bien, en el Código es posible encontrar preceptos en los que aparecen causas de atenuación y de exclusión de la pena que presentan similitudes con las que nos ocupan.

Comenzaremos por las causas de atenuación basadas en comportamientos análogos a alguna de las modalidades previstas en el art. 57 bis b). Concretamente, las consignadas como atenuantes 6ª y 7ª del art. 64. El comportamiento exigido en cada una de ellas era el siguiente: "*Haber precedido, espontánea e inmediatamente, a dar satisfacción adecuada al ofendido, a disminuir los resultados de la infracción o a reparar la lesión o el daño siquiera en parte, con propio sacrificio personal o económico; todo ello antes de dar principio al procedimiento*" (Sexta) y "*Haberse presentado espontáneamente el culpable a las autoridades, confesando la infracción, antes de ser ésta descubierta, o de que hubiere sido citado o perseguido como presunto culpable*" (Séptimo). Tales atenuantes recuerdan extraordinariamente a las consignadas en el art. 33, 7ª y 8ª del Proyecto de 1884 y son, como allí, de apreciación facultativa. Ambas se asientan sobre un comportamiento posterior al delito y se sitúan en una línea utilitarista por cuanto -por más que diga JARAMILLO⁽¹³²⁾- no se exige que el arrepentimiento lo sea por móviles éticos⁽¹³³⁾.

Por su parte, el art. 47 prevé una causa de exclusión de la pena -al igual que hiciera el Proyecto 1884- para los inductores que "*espontáneamente y antes de que se diere principio a la ejecución de la infracción, la impidieren por sí, o lo intentasen, dando cuenta de ello a las Autoridades, con tiempo suficiente para impedirla*"(art. 47.2). Previéndose también que "*si el inductor, a tiempo de impedir el delito, se esforzó en persuadir al inducido para que desistiese no pudiendo evitar la infracción, será*

⁽¹³¹⁾ Vid. CASTEJÓN, Derecho Penal, Tomo I: Criminología general y especial ajustada a la legislación española vigente hasta fin de 1930, 1ª Ed., Madrid, 1931; CUELLO COLON, El nuevo Código penal español (Exposición y comentarios), Tomo I: Parte General, Barcelona, 1929, Tomo II: Parte especial, Barcelona, 1930; JARAMILLO GARCÍA, Novísimo Código penal comentado y cotejado con el de 1870, 2 volúmenes, Salamanca, 1928 y 1929; JIMENÉZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA, Derecho penal conforme al Código penal de 1928, 2 Tomos, Madrid, 1929 y 1932; LASSO GAITE, Crónica..., *Op. cit.*, Volumen I, p. 657 y ss; cita extensa bibliografía en *Op. cit.*, p. 746 y ss.

⁽¹³²⁾ Novísimo..., *Op. cit.*, Tomo I, p. 138.

⁽¹³³⁾ En el mismo sentido, CALDERÓN SUSÍN, Arrepentimiento..., *Op. cit.*, p. 171, nota 177.

responsable de inducción, pero se atenuará su responsabilidad a juicio del Tribunal" (art. 47 p.2).

Tampoco son novedosas las causas de exclusión de la pena establecidas a favor de los conspiradores y reos de proposición recogidas en el art. 52: "*Los conspiradores quedan exentos de pena si, antes de haberse cometido el delito, desistieren de su propósito, revelando a la autoridad pública el plan del delito y sus pormenores, con tiempo de evitarlo.*

Los autores de proposición para cometer un delito quedarán exentos de pena, si desistieren evidentemente de su propósito antes de la incoación de cualquier procedimiento".

Esta causa de exención -"lamentable" al decir de CUELLO CALÓN⁽¹³⁴⁾- tiene su inmediato precedente en el Código Penal de 1850⁽¹³⁵⁾ y, como allí, resulta aplicable a todos los delitos, para los que -también como en el Código citado- está previsto que la conspiración y proposición resulten castigadas en todo caso.(art. 36, p.2). No obstante obsérvese que así como en el Código Penal de 1850 también en el caso de la proposición era necesaria la puesta en conocimiento del hecho a la Autoridad, aquí el Código se contenta con el desistimiento "evidente". Si entendemos con CUELLO⁽¹³⁶⁾ que por tal hay que entender la puesta en conocimiento de su desistimiento a quien o quienes propuso la ejecución, este tratamiento resulta más acorde con la naturaleza de la proposición que el que a tal desistimiento le daba el Código Penal de 1850. Si el proponente que ha resuelto cometer el delito sólo ha solicitado de otra u otras personas que lo ejecuten o le presten ayuda para ejecutarlo (art. 42 p.2) pero todavía no se ha adoptado ninguna resolución ejecutiva parece claro -al menos es más evidente que en la conspiración- que basta retirar tal solicitud para eliminar el peligro creado.

Por el contrario, en lo que a la conspiración se refiere el legislador de 1928 ha sido más riguroso que el de 1850, porque así como en el art. 4 de éste último Código no se exigía que su comportamiento lograra evitar el delito, si se exige expresamente la eficacia a tal efecto en el Código Penal de 1928. Así, si no obstante poner el hecho en

⁽¹³⁴⁾ El nuevo Código..., *Op. cit.* Tomo I, p. 68, nota 25. Por el contrario, decía JARAMILLO que estableciendo esta exención "se cura el Código sus males", Novísimo..., *Op. cit.* Volumen I, p. 107.

⁽¹³⁵⁾ No obstante, una causa de exclusión de la pena análoga se contenía también en el art. 6 del Código penal de la Marina de Guerra.

⁽¹³⁶⁾ El nuevo Código..., *Op. cit.*, Tomo I, p. 69.

conocimiento de la Autoridad, no llega a evitarse el delito, a lo más que pondrá aspirar el sujeto es a ver atenuada su responsabilidad con arreglo al art. 64, atenuante 7ª.

Llegamos, así, a la causa de exclusión de la pena que, junto a otras de atenuación de la misma, se prevé para los implicados en un delito de rebelión o sedición. Dice el art. 299 que "*cuando los rebeldes o sediciosos se disolvieren o sometieren a la Autoridad legítima antes de las intimaciones legales a consecuencia de ellas quedarán exentos de toda pena los meros ejecutores.*

En tales casos se impondrá a los inductores, promotores o principales jefes de la rebelión o sedición, las penas respectivamente inferiores en uno o dos grados a la señaladas en los artículos anteriores, al prudente arbitrio del Tribunal".

La causa de exclusión de la pena prevista en el párrafo 1 -a la que CASTEJÓN⁽¹³⁷⁾ dirigiría un curioso elogio- no es nueva, pero si lo es la reducción del ámbito subjetivo⁽¹³⁸⁾ de aplicación. En los Códigos anteriores no sólo quedaban exentos de pena los meros ejecutores de la rebelión o sedición sino también los jefes de la sedición cuando no fueren empleados públicos (art. 258 C.P. 1870, art. 182.1 Código Penal de 1848 y 1850; si bien en estos últimos se exigía, además, que la sedición no se hubiera agravado hasta el punto de embarazar de un modo sensible el ejercicio de la Autoridad pública y no se hubieren perpetrado otros delitos graves, condición impuesta por el art. 179 para que los sediciosos fueran juzgados con arreglo al art. 182).

Por lo que se refiere al problema de si tal exención resulta o no aplicable a los conspiradores y culpables de proposición en el caso de no ser de los sublevados, este se plantea en términos análogos en los ya vistos al analizar los Códigos Penales de 1848 y 1870 por lo que se remite al lector a cuanto allí se dijo⁽¹³⁹⁾.

En lo que se refiere a la causa de atenuación, esta no sufre alteración alguna respecto a los Códigos anteriores.

Si merece destacarse una nueva causa de atenuación -ajena al comportamiento de los sublevados -prevista en el art. 298 p.2 a favor de todos los culpables "cuando la

⁽¹³⁷⁾ "La razón de esta excusa se halla, aparte de la razón del no castigo de la acción, en el que no hay intención dolosa, ni un propósito inmoral como en los crímenes contra los particulares", Derecho penal..., *Op. cit.*, Tomo I, p. 141.

⁽¹³⁸⁾ Limitación que -como dice COBO- no es sino reflejo jurídico penal de una determinada posición política, "Función...", *Op. cit.*

⁽¹³⁹⁾ CUELLO CALÓN, se declara partidario de la solución que a esta cuestión diera GROIZARD en su día, por entender que es, sin duda, la más justa, El nuevo Código..., *Op. cit.*, Tomo I, p. 68.

Autoridad haya prescindido indebidamente de cumplir los requerimientos a que se refiere el párrafo anterior⁽¹⁴⁰⁾; atenuación que no deja de sorprender dado el clima político en que nació este Código.

III.7.- Código Penal de 1932. Legislación especial.

Tras la proclamación de la República, el 14 de Abril de 1931, por Decreto de 15 de Abril del mismo año, se declara anulado y sin valor ni efecto el Código Penal de 1928, restableciéndose el Código Penal de 1870. Por tanto, en este periodo anterior a la promulgación del nuevo Código el tema que nos ocupa queda en la forma ya vista al estudiar el Código de 1870. El 5 de Noviembre de 1932 se publica el nuevo texto que comenzará a regir el 1 de Diciembre de 1932⁽¹⁴¹⁾, y que en lo que nos interesa, para nada difiere del Código de 1870, salvo en lo relativo a la introducción de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo.

En lo que a la circunstancia atenuante se refiere, se contenía esta en el art. 9 8ª, a cuyo tenor se atenuaba la responsabilidad si se hubiera procedido "*por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las Autoridades la infracción, antes de conocer el culpable la apertura del procedimiento judicial*". Se cumplía con ello lo establecido en el Dictamen de la Comisión de Justicia que en la Base tercera decía que se añadiría una atenuante que comprenda el arrepentimiento eficaz⁽¹⁴²⁾. En los mismos términos se refería a ella la Exposición de motivos del Código 1932.

Por tanto, quedan unificadas en una sola atenuante las conductas que, como vimos, en el Código Penal de 1822, Proyecto de 1884 y Código de 1928 venían recogidas en dos atenuantes distintas⁽¹⁴³⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ Además se preveía la responsabilidad criminal de la Autoridad por estos hechos (art. 302).

⁽¹⁴¹⁾ Vid. ANTÓN ONECA, Derecho penal, obra ajustada al programa de judicatura (Parte general), Madrid, 1935; CASTEJÓN, Derecho penal, Tomo I, Criminología general y especial, Madrid, 1935; CUELLO CALÓN, Código penal reformado de 27 de Octubre de 1932, Barcelona, 1933; Exposición del Código penal reformado de 1932, Barcelona, 1933; JIMENÉZ DE ASÚA, Código penal reformado de 27 octubre 1932 y disposiciones penales de la República, Madrid, 1934; LASSO GAITE, Crónica..., *Op. cit.*, Volumen I, p. 749 y ss, cita abundante bibliografía, en *Op. y loc. Cit.*, p. 792 y ss.; LOPEZ-REY y ÁLVAREZ VALDÉS, El nuevo Código penal, Madrid, 1933.

⁽¹⁴²⁾ CALDERÓN SUSÍN, Arrepentimiento..., *Op. cit.*, p. 174.

⁽¹⁴³⁾ Una crítica al respecto en CALDERÓN SUSÍN, Arrepentimiento... *Op. cit.*, p. 174 y 175.

Por lo demás, sólo referirse a la causa de exclusión de la pena y a la circunstancia de atenuación prevista para los reos de rebelión o sedición. Ambas se contemplan en el art. 253, en el párrafo primero la causa de exclusión de la pena aplicable a los meros ejecutores y también a los sediciosos que aún siendo jefes de la sedición no fueron empleados públicos, y en el segundo párrafo la circunstancia atenuante aplicable a los demás culpables. Se vuelve, por tanto, al tratamiento que de la misma hiciera el Código de 1870.

En lo que se refiere a la legislación especial relativa a las modalidades delictivas que venimos estudiando, nada hay en ella que nos pueda interesar. Ni la Ley de 28 de Julio 1933, de Orden Público, ni su reforma por Ley 18 Junio 1936, ni tampoco la de 11 de Octubre de 1934⁽¹⁴⁴⁾, ni las reformas que a esta se le hicieran por sendas leyes de 22 de Noviembre 1935 y 20 Junio 1935, establecían causas de exclusión o atenuación de la pena como las hasta aquí analizadas.

III.8.- Legislación especial vigente con anterioridad al Código Penal de 1944. Proyectos de Código penal.

Legislación especial vigente con anterioridad al código penal de 1944.

Se ha dedicado a esta legislación un apartado específico porque, como bien se ha dicho⁽¹⁴⁵⁾ este periodo -el comprendido desde el 18 de Julio de 1936 hasta el Código penal texto refundido de 1944- es desde un punto de vista jurídico el más claramente delimitado dentro del régimen franquista. En efecto, la normativa de este periodo va a

⁽¹⁴⁴⁾ Ciertamente -como señala LAMARCA, (Tratamiento jurídico..., *Op. cit.*, p. 120) ésta es la disposición legal más importante en materia de terrorismo dictada durante la II República e incluso -merece destacarse-podría ser considerada como nuestra primera ley antiterrorista, al ser la primera norma que le da un tratamiento jurídico específico e incorpora al tipo de un modo explícito lo que en la anterior legislación era una declaración velada: el elemento subjetivo, el "propósito de perturbar el orden público, aterrorizar a los habitantes de una población o realizar alguna venganza de carácter social" (art. 1).

⁽¹⁴⁵⁾ BERDUGO DE LA TORRE, "Derecho represivo en España durante los periodos de guerra y postguerra (1936-1945)" en R F D U. C. número 3, monográfico, Madrid, 1980, p. 98, Cit. por LAMARCA PÉREZ, Tratamiento..., *Op. cit.*, p. 127.

perniciosa = crimen de herejía - I-guerra

tratar de un lado de "depurar" las responsabilidades políticas y, de otra legislación de la República a los dictados del nuevo régimen.

Pues bien, diseminadas a lo largo de toda esta legislación especial encontramos causas de exclusión o atenuación de la pena que merecen nuestra atención.

Así, en la ley de 9 de Febrero de 1939, de responsabilidades políticas (B.O.E. 13 de Febrero de 1939), se prevé que "el arrepentimiento público, anterior al 18 de Julio de 1936, seguido de adhesión y colaboración al Movimiento Nacional será apreciado como eximente o atenuante al prudente arbitrio de los Tribunales" (art. 5, párrafo último)⁽¹⁴⁶⁾. Pudiera decirse que tal ley no establecía ni delitos ni penas sino "sanciones" por responsabilidades políticas y que, por tanto, mal puede hablarse de causa de exclusión o atenuación de la pena⁽¹⁴⁷⁾. Pero si bien se mira, se observará que algunas de las que el art. 8 de la Ley llama "sanciones" tienen naturaleza penal, así las restrictivas de libertad previstas en el Grupo II del art. 8. Tales sanciones resultaban aplicables, entre otros, a los inductores de delitos de rebelión o traición, a los culpables de provocación para los mismos delitos o a los miembros de la masonería, que a tenor del párrafo último del art. 5 podían, no obstante, quedar exentos de las mismas por la realización de la conducta antes citada, la cual para nada estaba relacionada con el delito cometido, razón por la que es una novedad absoluta en la historia del Derecho español posterior a la Codificación. Habría que remontarse al siglo XVII, para encontrar causas de exención de la responsabilidad ajenas por completo a la previa actividad delictiva⁽¹⁴⁸⁾.

También en la nueva legislación en materia de asociaciones encontramos una circunstancia atenuante de interés. Me refiero al art. 8 de la ley de 1 de Marzo de 1940, sobre "Masonería y Comunismo", en vigor hasta el 15 de Noviembre de 1971. El art. 1 de tal ley configuraba como delito el pertenecer a la masonería, al comunismo y demás sociedades clandestinas a que se referían los preceptos de la misma.

ca) → Masonería → F. - H. - I - ... - "saber papal" ...

⁽¹⁴⁶⁾ Tal precepto se mantendría en la reforma que de la ley se hizo el 19 de Febrero 1942 (B.O.E. 7 Marzo 1942), pasando a ser el art. 3, párrafo último.

⁽¹⁴⁷⁾ Así, expresamente, CUELLO CALÓN dice que ni tales sanciones constituyen penas ni dicha ley puede considerarse como ley penal, Derecho Penal, (Apéndice con las recientes reformas del C.P. y leyes especiales últimamente promulgadas), Barcelona, 1942, 2ª Edic. Por su parte, la exposición de motivos se refiere a ella como ley "suprapenal".

⁽¹⁴⁸⁾ Así las ya citadas pragmáticas de Felipe IV de 15 de Junio y 6 de Julio 1663, que eximían de pena al bandido que prendiere, matare o entregare a la Justicia a otro bandido que mereciere pena de muerte e incluso al que no fuere bandido sino que hubiese cometido otros delitos, en cuyo caso se le remitían las penas por los delitos que hubiere cometido.

ca) T. M. C.

D. "eficaz" = "lucro" D. - Man del D. - Timmericht

Pues bien, se consideraba circunstancia atenuante aplicable a estos delitos "*el suministrar información o datos interesantes sobre actividades de la secta, sobre los que iniciaron o fueron jefes o compañeros en ella del declarante y, en general, sobre otros extremos que puedan servir con eficacia al propósito de la presente Ley*" (art. 8, párrafo último). Junto a ella, en el art. 10 se preveían como "excusas absolutorias que eximen de las medidas y sanciones" toda una serie de conductas que tienen en común representar la adhesión del sujeto al Movimiento Nacional y el haber servido durante la guerra en el bando de los rebeldes. En estos casos era necesario, además, formular ante el Gobierno la declaración retractación a que se refería el art. 7.

Ambos extremos -la información a que se refiere el art. 8 y las circunstancias consignadas en el art. 10- debían consignarse en el modelo de declaración- retractación regulado en la Orden de 30 de Marzo de 1940. En cualquier caso, tal declaración era declarada obligatoria para todo aquel que con anterioridad al 2 de Marzo de 1940 hubiere ingresado en la masonería o hubiere sido inductor, dirigente o activo colaborador de la tarea o propaganda soviética, trostkista, anarquista o similares (art. 1 y art. 6), e, incluso, se extendía a los que con anterioridad al 18 de Julio de 1936 hubiesen sido expulsados de la Masonería dados de baja, o hubiesen roto expresamente con ella (art. 2). El plazo de presentación era de dos meses a contar a partir del siguiente a la publicación de la Orden en el Boletín Oficial del Estado, que tuvo lugar el 7 de Abril de 1940. Aquellos que en esta declaración general, de obligado cumplimiento, consignarán la información a que se refería el art. 8 podían beneficiarse de la atenuación prevista en tal precepto, para lo cual las autoridades encargadas de recibir la declaración prevista en el art. 4, remitirían la documentación al Tribunal especial que se creó por el art. 1 (art. 5. p. 2)⁽¹⁴⁹⁾.

Llegamos así a lo que será la ley más importante lo que a nosotros interesa. Se trata de la Ley de 29 de Marzo de 1941, de Seguridad del Estado (B.O.E. 11 Abril de 1941), en vigor hasta el 18 de Abril de 1947, si bien fue parcialmente derogada por el Código de 1944 en todo lo que este preveía expresamente (art. 604 Código Penal de 1944). Esta ley -ante la que PUIG PEÑA se deshizo en elogios⁽¹⁵⁰⁾- preveía en el art. 60 una causa de exclusión de la pena para los culpables de conspiración o proposición para la ejecución de cualquiera de los delitos castigados en la ley, si antes de su comisión revelaren a la Autoridad gubernativa o judicial el plan y pormenores del delito, con tiempo bastante para evitar su perpetración⁽¹⁵¹⁾.

⁽¹⁴⁹⁾ Otras normas de desarrollo fueron las Ordenes de 14 de Junio y 22 de Octubre 1940, así como la circular de 7 de Enero 1941, que regulaban la aplicación de las disposiciones de la ley 1 Marzo 1940 en la Marina, Ejército de Tierra y Ejército de Aire, respectivamente.

⁽¹⁵⁰⁾ Comentarios a las últimas disposiciones penales, San Sebastián, 1943, p. 11 y ss.

Tal ley presentaba un contenido heterogéneo al tipificar delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado (Capítulo I), contra el Jefe del Estado (Capítulo II), revelación de secretos políticos y militares (Capítulo III) asociaciones y propagandas ilegales (Capítulo IV), suspensión de servicios públicos, paros y huelgas (Capítulo VI), atentados y amenazas a autoridades y funcionarios (Capítulo VII), así como robos a mano armada y secuestros (Capítulo VIII), delitos todos ellos que, no obstante su heterogeneidad, atacaban de algún modo el orden y la seguridad del nuevo Estado. En ella la conspiración y la proposición además de castigarse especialmente en determinados delitos (Arts. 5, 9 y 19)⁽¹⁵²⁾ podían ser castigadas por el Tribunal si este estimase que de ellas "resultare daño o peligro atendible para la seguridad del Estado o del orden público" (art. 59). Por tanto, la causa de exención prevista en el art. 60 resulta claramente aplicable a aquellos delitos para los cuales expresamente se prevé la sanción de la conspiración o proposición. Respecto de aquellos en que fuere discrecionalmente el Tribunal quien dispusiere el castigo de las mismas, parece que nada se oponía a su aplicación, al no exigir el art. 60 -a diferencia de lo establecido en el art. 4 Código Penal de 1850- que aquella colaboración tenga lugar antes de haberse iniciado el procedimiento, con lo que se sitúa en la línea de lo que preveía el art. 52 párrafo primero del Código Penal de 1928 para el culpable de conspiración.

Proyectos de Código Penal.

Por lo que se refiere a Proyectos de Código Penal, en este periodo hay dos que no llegaron a discutirse.

El Proyecto de 1938, preparado por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de F.E.T. y de las J.O.N.S.⁽¹⁵³⁾ -pese a la abismal diferencia que le separa del

⁽¹⁵¹⁾ Decía de ella J. DEL ROSAL que "es un caso característico de excusa absolutoria, puesto que encubre un tal artículo una conducta criminalmente responsable, empero no se le aplica ninguna pena por motivos de utilidad pública o política o de cualquier otra clase. Acerca del pensamiento penal español y otros problemas penales, Madrid, 1942, p. 68.

⁽¹⁵²⁾ Tales preceptos prevén expresamente el castigo de la conspiración y proposición para los delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado previstos en los arts. 1 a 4, para el delito de terrorismo previsto en el art. 9, y para los delitos contra el Jefe del Estado previstos en los arts. 17 y 18. Es de señalar en lo que al tipo de terrorismo regulado en el art. 9 se refiere, que éste se estructura como una figura de estragos que puede considerarse el precedente directo del que se incluirá más tarde en el Código penal de 1944. Vid. LAMARCA, Tratamiento..., *Op. cit.*, p. 130.

⁽¹⁵³⁾ Vid. CASABÓ RUIZ, Anteproyecto de Código penal formulado por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de Falange Española Tradicionalista y de las JONS. Estudio preliminar y edición, Murcia, 1978.

Código Penal de 1932- no introduce novedades en lo que a nosotros ocupa. Este vuelve al sistema de castigar en todo caso la conspiración, proposición y provocación (art. 4)⁽¹⁵⁴⁾ pero, a diferencia de los Códigos de 1850 o 1928 no introduce causa de exención de la pena como las que aquellos establecían.

En el capítulo de las atenuantes, la de arrepentimiento espontáneo prevista en el número 8 art. 9 queda en los términos que vimos al estudiar el Código Penal de 1932.

Finalmente, igual ocurre con la causa de exclusión de la pena y la atenuante prevista en rebelión y sedición (art. 227).

La única novedad -que, no obstante, no tiene para nosotros un interés especial debido al delito para el que está prevista- es la causa de exclusión de la pena prevista para el sobornante si denunciara el soborno, por sí o a través de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, o afines en los mismos grados (art. 371, p.2).

En lo que se refiere al **Proyecto que el Ministerio de Justicia presentó en 1939**⁽¹⁵⁵⁾, la cuestión se plantea en los mismos términos. En el Proyecto aunque influenciado en su conjunto por el Código Penal de 1928, se vuelve al sistema de 1932 en lo que conspiración y proposición se refiere (art. 4) y allí donde se sancionan específicamente (art. 135 p. último, art. 158 p. 2 y 3, art. 173 y 178) no se establece causa alguna de exención de la pena para quienes desistieren o revelaren la conspiración o proposición.

En cuanto a la atenuante de arrepentimiento espontáneo se conserva en el art. 10, 8ª, con la redacción que tenía en el Código Penal de 1932.

Igual sucede con la causa de exclusión de la pena prevista para la rebelión y sedición, así como con la circunstancia atenuante aplicable a los mismo delitos (art. 183.1 y 2).

⁽¹⁵⁴⁾ Incluso, llega a sancionar con la misma pena el delito o falta consumados y la provocación o conspiración para el mismo (art. 52).

⁽¹⁵⁵⁾ Vid. CASABÓ RUIZ, El proyecto de Código penal de 1939. Estudio preliminar y edición, Murcia, 1978.

III.9.- Código Penal de 1944. Legislación especial vigente con anterioridad a la Reforma introducida en el Código Penal por Ley Orgánica 2/1981, de 4 de Mayo.

Código penal de 1944.

El 3 de Febrero de 1945 entra en vigor el Código penal aprobado y promulgado por Decreto de 23 de Diciembre de 1944⁽¹⁵⁶⁾.

Pues bien, el "texto refundido de 1944" no presenta, en lo que a nosotros interesa, novedad alguna respecto al Código Penal de 1932. En efecto, a diferencia de aquel, castiga en todo caso la conspiración, proposición y también la provocación (Arts. 3 y 4)⁽¹⁵⁷⁾ pero no vuelve al sistema del Código Penal de 1850 ó 1928 que preveían causas de exclusión de la pena aplicables a los culpables en tales conceptos. Por su parte, la ya tradicional causa de exclusión de la pena, o de atenuación en su caso, prevista para los reos de rebelión o sedición no sufre modificación alguna en su redacción. No obstante, sí que se plantean novedades en cuanto a su ámbito de aplicación a consecuencia de la introducción del art. 222, así como respecto a otras cuestiones que la doctrina precedente no había llegado a abordar, o no lo hizo con la profundidad que se observa en los autores contemporáneos. A todo ello, se dedican -aunque de modo muy sucinto- las consideraciones siguientes.

En efecto, a partir de las reflexiones que sobre tal precepto hiciera RODRÍGUEZ. MUÑOZ⁽¹⁵⁸⁾, se revaloriza toda la problemática técnica del artículo 226 y aparecen profundos estudios sobre la función y naturaleza del mismo en referencia al concepto y estructura del delito⁽¹⁵⁹⁾, cuestión ésta última en la que no es momento de entrar.

⁽¹⁵⁶⁾ Véase CASTEJÓN y MARTINEZ DE ARIZALA, "Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de Diciembre de 1944", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, febrero-octubre 1945; Separata: Madrid 1946; FERRER SAMA, Comentarios al Código penal 4 Tomos, Murcia, 1946-1948, LASSO GAITE, Crónica..., *Op. cit.*, Volumen I, p. 797 y ss., Cita abundante bibliografía, tanto obras monográficas como penales en *Op. cit.*, Volumen I, p. 847 y ss; QUINTANO RIPOLLÉS, Comentarios al Código penal 2 Volúmenes, Madrid, 1946.

⁽¹⁵⁷⁾ Procedimiento que recibiría las alabanzas de QUINTANO RIPOLLÉS, que calificó de "inconsistentes" las razones que en su día diera PACHECO para defender la tesis opuesta, Comentarios..., *Op. cit.*, Volumen I, p. 47

⁽¹⁵⁸⁾ Notas al Tratado de Derecho penal de E. MEZGER Tomo I, Nueva edición revisada y puesta al día, Madrid, 1955. pág. 156 y ss.

⁽¹⁵⁹⁾ Vid. por todos, COBO DEL ROSAL, "Función y naturaleza...", *Op. cit.*, del mismo: "La punibilidad en el sistema de la parte general del Derecho penal español", Estudios penales y criminológicos, Tomo VI, Universidad de Santiago de Compostela, 1983. p. 9 y ss. El primero de los trabajos citados puede consultarse también en Studi in onore di B. PETROCELLI, Tomo I, Milano,

En cuanto al fundamento del art. 226 existe cierta unanimidad en considerar que con él se trata de evitar, tras la consumación, el agotamiento, y se lo configura, ya como un premio al arrepentimiento⁽¹⁶⁰⁾, ya como un supuesto de desistimiento⁽¹⁶¹⁾, lo cual parece más acertado.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación se plantean varias cuestiones. La primera, si el art. 226 es también aplicable a los culpables del delito de sedición impropia del art. 222. Al respecto contestaron afirmativamente algunos autores⁽¹⁶²⁾, y también es ésta la solución que ofrece la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1965⁽¹⁶³⁾, para evitar la indeseable consecuencia de que estas conductas, menos graves que las previstas en la rebelión y sedición propias, resultaran excluidas de los efectos de exención y atenuación previstos por el precepto en cuestión. En realidad, idéntico problema se planteaba respecto a la modalidad -que no era nueva- de rebelión sin alzamiento prevista en el art. 217, manifestándose CÓRDOBA⁽¹⁶⁴⁾ a favor de la extensión del art. 226 para estos casos.

En lo que al ámbito subjetivo de aplicación se refiere, ya decíamos que el precepto continuaba limitando la exención a los meros ejecutores⁽¹⁶⁵⁾ del delito de rebelión y en cuanto a los sediciosos, la extendía a todos los comprendidos en el art. 219 siempre que no fueren funcionarios públicos. Con ello se dio lugar a la incongruencia apuntada por CÓRDOBA⁽¹⁶⁶⁾ de que todos los reos del art. 218 resultaban exentos- con la

1972, p. 499 y ss.

⁽¹⁶⁰⁾ Así, RODRÍGUEZ. MUÑOZ. Notas..., *Op. cit.*, Tomo I, p. 161; DEL ROSAL, Lecciones de Derecho penal, Volumen II, Madrid, 1960, p. 84.

⁽¹⁶¹⁾ Tal es el caso de COBO DEL ROSAL, "Función...", *Op. cit.*, p. 67 y ss. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, "Una nueva interpretación del Artículo 226 del Código penal (Apostillas a un artículo del profesor COBO)", Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 797, Madrid, 1969, p. 5.

⁽¹⁶²⁾ CÓRDOBA RODA, Comentarios..., *Op. cit.*, Tomo III, p. 474.

⁽¹⁶³⁾ Un interesante comentario sobre la misma fue el que hizo J. DEL ROSAL: "De la excusa absolutoria del art. 226 del Código Penal" A. D. P. C. P., 1965, p. 129 y ss.

Tal sentencia recayó con anterioridad a la reforma que del art. 222 se hizo por ley 21 de Diciembre 1965.

⁽¹⁶⁴⁾ Comentarios..., *Op. cit.*, Tomo III, p. 476.

⁽¹⁶⁵⁾ Parece correcto entender con CÓRDOBA que también entonces había que considerar por tales a los meros participantes a que se refería el inciso último del art. 215.1. Comentarios... *Op. cit.* Tomo III, p. 476.

⁽¹⁶⁶⁾ Comentarios..., *Op. cit.*, Tomo III, p. 476.

salvedad indicada de que fueren funcionarios públicos- y, por el contrario, los reos de la sedición impropia sólo gozaban de la exención si eran meros ejecutores pese a ser conductas menos graves, además de acarrear con la duda de si a ellos era o no aplicable el régimen establecido en el art. 226.

En relación con el mismo tema, se reavivó la vieja polémica sobre si el precepto en cuestión era o no aplicable a los conspiradores o autores de proposición. COBO DEL ROSAL⁽¹⁶⁷⁾ aceptaba la tesis negativa que en su día, como vimos, mantuvo GROIZARD. RODRÍGUEZ DEVESA⁽¹⁶⁸⁾ entendía que cabía su aplicación a lo que él llamó "formas solapadas" en las que no hay lugar a las intimaciones. Por su parte, CÓRDOBA⁽¹⁶⁹⁾ en la medida en que entendía que no cabía el castigo de la conspiración y proposición en estos delitos, entendía que la cuestión aludida no llegaba siquiera, a plantearse. Ya dijimos al comentar esta cuestión en los códigos de 1848 y 1870 que estaba mal planteada. En el momento presente nos reiteramos en lo dicho, dejando a salvo la opinión de CÓRDOBA que merecería un tratamiento distinto. La doctrina moderna -como hizo GROIZARD- cuando se plantea si el art. 226 es o no aplicable a aquellos sujetos parten -a mi juicio- de la premisa errónea de que aquellos responden del delito consumado por el sólo hecho de haber tomado parte en tales actos preparatorios. Mantener esto es incompatible con un concepto de autoría y participación propio de un Derecho penal del acto, y la cuestión se agrava si se admite la tesis de aquellos que como CÓRDOBA o RODRÍGUEZ. MORRULLO⁽¹⁷⁰⁾ entienden que la conspiración y proposición en estos delitos son atípicos. Ya se dijo que, en realidad, la cuestión hay que plantearla de otro modo. Lo que hay que averiguar es si el art. 226 resulta aplicable a los culpables de aquellos actos que, pese a no alzarse, habían participado ya en el delito consumado y, en general a todo aquel que lo había hecho sin necesidad de ser de los sublevados, por ejemplo, los inductores. También se decía, y se repite ahora, que si la citada participación era de tal entidad que los convertía en sujetos de los que el Código considera autores, no cabía que quedaran exentos de pena, por no ser "meros ejecutores". Pero, a mi juicio, nada se oponía a la

⁽¹⁶⁷⁾ "Función...", *Op. cit.*, p. 75 y 76. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, "Una nueva..." *Op. cit.*, p. 6.

⁽¹⁶⁸⁾ Derecho penal español, Tomo II (Parte especial), Valladolid, 1965, p. 189. Esta interpretación fue criticada por COBO DEL ROSAL, (*Op. y loc. Cit. en nota anterior*) por entender que el precepto exigía al menos la posibilidad de tales intimaciones, de suerte que si ello es imposible nunca podrá entrar en juego el art. 226. En ediciones posteriores de su Derecho penal, RODRÍGUEZ. DEVESA ha contestado a las críticas que COBO le hiciera; así, en la 9ª Ed., Madrid, 1983 p. 804.

⁽¹⁶⁹⁾ Comentarios..., *Op. cit.*, Tomo III, p. 477

⁽¹⁷⁰⁾ Comentarios..., *Op. cit.*, Tomo III, p. 477 y Tomo I, p. 161, respectivamente.

apreciación de la atenuante si -pese a no ser de los que se alzaron- llevaron a cabo una conducta equiparable al sometimiento de quienes si lo hicieron; *la ratio* del art. 226 impide llegar a una solución distinta. No es esta, por otra parte, una interpretación extensiva. Entender que el sometimiento a que se refiere el art. 226 es sólo el desistimiento de los que se alzan, y no el de aquellos que con tal conducta pudieron también poner fin a la situación antijurídica, es una interpretación que, apegada en exceso a la letra de la ley, lleva a insatisfactorias consecuencias y que, por tanto, hay que desechar.

Por otra parte, solo decir que tal vez tenga razón QUINTANO⁽¹⁷¹⁾ cuando afirma que continúa en vigor la causa de exclusión de la pena prevista para los reos de conspiración o proposición de los delitos sancionados en la ley si revelaren a la Autoridad gubernativa o judicial el plan y pormenores del delito, con tiempo suficiente para evitar su perpetración (art. 60). En realidad el art. 604 del Código Penal de 1944 permitía entender que al no estar prevista esta disposición en el Código y no poder considerarse contraria a lo en él dispuesto no resultaba derogada por el mismo⁽¹⁷²⁾.

Finalmente, decir que por lo que se refiere a la atenuante 9ª art. 9, se mantiene la formulación del Código penal de 1932, con la que llega hasta nuestros días.

Legislación especial anterior a la reforma introducida en el Código por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo.

Por lo que a la legislación especial se refiere, son tres las disposiciones que nos interesan. El D-L 123/1947, de 18 de Abril sobre delitos de bandidaje y terrorismo, el Decreto 231/1960 de 21 de Septiembre sobre rebelión militar, bandidaje y terrorismo, y el D-L 205/1975 de 26 de Agosto dictado en materia de terrorismo.

Pues bien, en el **D-L 18 de Abril de 1947**⁽¹⁷³⁾ -en vigor hasta el 15 de Noviembre de 1971- se contempla en el art. 8 una causa de exclusión de la pena a favor de:

⁽¹⁷¹⁾ Comentarios..., *Op. cit.*, Volumen II, p. 100.

⁽¹⁷²⁾ Tal vigencia se mantendría, en su caso, hasta el Decreto de 18 de Abril de 1947 que derogaba íntegramente la citada ley.

⁽¹⁷³⁾ B.O.E. de 3 de Mayo de 1947.

a) *Los que hallándose comprometidos a realizar alguno de los delitos castigados en esta ley lo denuncien antes de comenzar a ejecutarse y a tiempo de evitar sus consecuencias.*

b) *Los comprendidos en el número tercero del artículo quinto⁽¹⁷⁴⁾ que faciliten eficazmente la captura de la partida.*

c) *Los comprendidos en el artículo sexto⁽¹⁷⁵⁾ que habiendo obrado únicamente por temor avisen sin pérdida de momento a la fuerza pública la presencia de los malhechores. La mera omisión de la pronta denuncia se considerará como auxilio".*

Obsérvese que la letra a del art. 8 recoge, prácticamente, lo que ya disponía el art. 60 de la ley de seguridad del Estado que expresamente deroga en el art. 10. Mayor interés presentan por su novedad, las dos modalidades previstas en las letras b y c. El ámbito de aplicación de estas dos últimas es extraordinariamente limitado por cuanto, no sólo se circunscribe a los que pudiéramos calificar como meros integrantes (letra b) o simples auxiliadores (letra c) cuyos actos no pudieran ser considerados ni de complicidad ni de encubrimiento, lo cual no sólo es de por sí difícil, sino que tal dificultad se agudiza si se tiene en cuenta que la mera omisión de denunciar la presencia de un grupo de malhechores era por sí sola constitutiva de auxilio

Por lo que se refiere al **Decreto de 21 de Septiembre de 1960⁽¹⁷⁶⁾** -que viene a refundir la Ley de 2 de Marzo de 1943 y el Decreto-Ley antes citado- éste consigna una causa de exclusión de la pena en su art. 7, a cuyo tenor quedarán exentos de pena:

"a) Los que hallándose comprometidos a realizar alguno de los delitos castigados en este Decreto lo denunciaren antes de comenzar a ejecutarse y a tiempo de evitar sus consecuencias.

⁽¹⁷⁴⁾ Los sujetos a que se refiere son los que no fueran jefe de la partida, componentes de esta que hubieren colaborado a la comisión de los delitos castigados en la ley con pena de muerte, o sujetos que de cualquier modo hubiesen tomado parte en la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en la ley.

⁽¹⁷⁵⁾ El art. 6 sancionaba a "los que presten cualquier auxilio que no constituya por sí complicidad ni encubrimiento a los componentes de los grupos o partidas a que se refiere el artículo anterior(...)".

⁽¹⁷⁶⁾ B.O.E. 26 de Septiembre 1960. Un comentario sobre el mismo: BARBERO SANTOS, "El bandolerismo en la legislación vigente", A. D. P. C. P., 1970, p. 253 y ss; del mismo autor: "Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el Decreto 21 de Septiembre 1960", en Problemas actuales de Derecho penal y procesal, Universidad de Salamanca, 1971 p. 143 y ss.

b) *Los meros ejecutores de los delitos previstos en el art. 2⁽¹⁷⁷⁾, apartado dos del artículo 3⁽¹⁷⁸⁾, número 3 del apartado uno del artículo 6⁽¹⁷⁹⁾, y apartados dos y tres de dicho artículo 6⁽¹⁸⁰⁾, siempre que faciliten eficazmente la captura de los componentes de los grupos o partidas o de los complicados en el hecho y la incautación, en su caso, de los útiles y material empleado o a emplear en su ejecución, logrando evitar todos o algunos de los efectos del delito*".

Como se ve, esta causa de exclusión de la pena reitera lo que ya disponía el art. 8 del Decreto-Ley de 18 de Abril de 1947, si bien es algo más amplia, al extenderse a los sujetos que realizaren las conductas previstas en el art. 6, apartado tercero.

Tal precepto presentaba la incongruencia -ya denunciada por QUINTANO⁽¹⁸¹⁾ de que no podía beneficiar a reos de los delitos previstos en el Decreto cuando por estimar la jurisdicción militar que no revestían la gravedad adecuada para ser juzgados con arreglo al mismo, se inhibía a favor de la jurisdicción ordinaria (art. 8 p. 2). Si así sucedía, la jurisdicción ordinaria juzgaría conforme a la legislación común donde ya vimos que no existían tales causas de exclusión de la pena. Se daba, por tanto, el absurdo de ser aplicables a las conductas más graves, quedando fuera de su ámbito las de menor gravedad. No obstante, las conductas que pueden considerarse de terrorismo (art. 6) se estimaron siempre sujetas a tal Decreto. De hecho, es de sobra conocido, que fue la disposición aplicada en el llamado "Proceso de Burgos" de 1970 contra los miembros de ETA acusados de la muerte del inspector de policía Melitón MANZANAS⁽¹⁸²⁾.

⁽¹⁷⁷⁾ En él se prevén determinadas conductas consideradas como constitutivas del delito de rebelión militar.

⁽¹⁷⁸⁾ En él se sanciona a quienes colocaran o emplearan sustancias, materias o artificios adecuados con el propósito de atentar contra la seguridad pública, atemorizar a los habitantes de una población, realizar venganzas o represalias de carácter social o político o perturbar la tranquilidad, el orden o los servicios públicos, aunque no se produjese la explosión, incendio o efecto pretendido.

⁽¹⁷⁹⁾ Se trata del mismo supuesto previsto en el Decreto Ley de 18 Abril 1947 en la letra b art. 8. Vid. **supra nota 174**

⁽¹⁸⁰⁾ Se trata de los que prestaren cualquier auxilio, que no constituya por sí complicidad ni encubrimiento (ap. 2, art. 6) y de quienes aprovechándose del temor más o menos fundado que haya producido la comisión de alguno de los delitos castigados en el Decreto u otros hechos de bandolerismo, requirieran a alguien bajo amenazas para que entregue o sitúe en algún lugar dinero, alajas, valores o bienes de otra clase, o para impelerle a hacer o dejar de hacer alguna cosa (ap. 3 art. 6).

⁽¹⁸¹⁾ Derecho penal. Parte Especial, coordinado por GIMBERNAT ORDEIG, Tomo IV, Madrid, 1967, p. 100.

⁽¹⁸²⁾ Su vigencia se reinstauró por D-L 9/68 de 17 de Agosto.

Finalmente, nos queda hablar del **Decreto-Ley de 26 de Agosto de 1975**⁽¹⁸³⁾. Hasta tal Decreto-Ley, concurrían al castigo de las organizaciones terroristas los preceptos del Código Penal y del Código de Justicia Militar; tal Decreto se sitúa al lado de ambos y establece determinadas cualificaciones y nuevas figuras de delito. Junto a todo ello, recoge una causa de atenuación (art. 3), así como una causa de exclusión de la pena (art.5).

Dice el primero de los citados preceptos que:

"En los delitos de secuestro de personas se apreciará como circunstancia atenuante su pronta e incondicionada puesta en libertad sin causarles mal"

Mayores beneficios se derivan de lo dispuesto en el art. 5, a cuyo tenor:

"Quedarán exentos de responsabilidad por el hecho de su asociación y por sus actividades proselitistas o de propaganda quienes perteneciendo a una organización de las comprendidas en el artículo anterior"⁽¹⁸⁴⁾, se apartaren de la misma poniéndolo en conocimiento de la autoridad y confesando espontáneamente su participación en dichas actividades".

Me limito a reproducir lo que ya dijera GARCÍA-PABLOS, cuyas palabras son, sin duda, el mejor comentario. Decía así el citado autor: "Obsérvese cómo no contemplando el Código penal un precepto correlativo para las demás asociaciones ilícitas, menos temibles, resulta ser éste un privilegio aplicable paradójicamente sólo a las asociaciones comunistas, anarquistas, separatistas... Por otra parte, condicionar el perdón al mero hecho de abandonar la asociación y confesar espontáneamente la participación en sus actividades -sin más requisitos- es prueba de una liberalidad de la que no ha hecho gala nuestro legislador en muchos lustros"⁽¹⁸⁵⁾. En efecto, habría que remontarse -como precedente más exacto- al art. 204 del Código Penal de 1848.

Tal precepto estaría en vigor hasta su expresa derogación por el DL 2/1976 de 18 de Febrero, que, no obstante, dejaba en vigor otros preceptos definitivamente derogados por el Decreto-Ley 3/1979, de 26 de Enero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

⁽¹⁸³⁾ B.O.E. 27 de Agosto de 1975.

⁽¹⁸⁴⁾ En el art. 4 se declaraban ilegales "los grupos u organizaciones comunistas, anarquistas, separatistas y aquellos otros que preconicen o empleen la violencia como instrumento de acción política o social".

⁽¹⁸⁵⁾ Asociaciones... *Op. cit.*, p. 65 y 66, nota 165.

Otras disposiciones especiales sobre la materia que, o bien fueron posteriores, o bien anteriores a algunas de las que hasta aquí hemos comentado, no recogieron ninguna causa de exclusión o atenuación de la pena alguna. Tal es el caso, entre otros, de la ley 2 de Diciembre de 1963, de Orden Público; Real Decreto-Ley 21/1978, de 30 de Junio, sobre medidas en relación con los delitos cometidos por bandas y grupos armados; de la Ley 56/58, de 4 de Diciembre sobre la misma materia; el Decreto-Ley 3/79, de 26 de Enero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, o de la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de Diciembre, de desarrollo de los supuestos previstos en el art. 55.2 de la Constitución.

III.10.-Posteriores Reformas del Código Penal de 1944. Especial referencia a las reformas introducidas por Ley Orgánica 2/1981, de 4 de Marzo y Ley Orgánica 14/1985, de 9 de Diciembre.

En realidad, de las múltiples reformas de que el Código ha sido objeto hasta la actualidad, sólo las más próximas a nuestros días afectan a lo que es nuestro particular objeto de estudio. Aquí me referiré sólo a aquellas por las que, de algún modo, resultó afectada la regulación de las modalidades delictivas que vienen ocupando nuestra atención.

Así, no introdujo novedad alguna el "Texto revisado de 1963" -aprobado por Decreto de 28 de Marzo de 1963- como tampoco las modificaciones que a este se le hicieron por sendas leyes de 21 de Diciembre de 1965 y de 8 de Abril de 1967. En cuanto a la primera de las citadas, dio nueva redacción al art. 222 respecto al cual se había discutido si a los sujetos a que tal precepto se refería les era o no aplicable la exención o, en su caso, atenuación de la pena previstas en el art. 226. Respecto a la segunda, sólo decir que la no introducción de causas de exención o atenuación de la pena era absolutamente coherente con la pretensión de acentuar y endurecer la represión que presidió la reforma en lo que a asociaciones ilícitas se refiere⁽¹⁸⁶⁾. No obstante téngase presente que se restableció la vigencia⁽¹⁸⁷⁾ del Decreto de 21 de Septiembre de 1960 que, ya se vio, preveía una causa de exclusión de la pena de las que resultan de interés.

Por lo que se refiere a la reforma efectuada por la Ley 44/1971, de 15 de Noviembre, ésta supuso la derogación definitiva del Decreto de 21 de Septiembre de

⁽¹⁸⁶⁾ Vid. GARCÍA-PABLOS, Asociaciones..., *Op. cit.*, p. 59 y ss.

⁽¹⁸⁷⁾ Decreto-Ley 9/1968, de 16 de Agosto.

1960, así como de la Ley de 1 de Marzo de 1940 de Represión de la Masonería, donde también se preveía una causa de exclusión de la pena que ya fue analizada⁽¹⁸⁸⁾.

Tampoco el "texto refundido de 1973" aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de Septiembre supuso alteración alguna. Lo mismo cabe decir en relación con la reforma en materia de delitos relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión y libertad en el trabajo por Ley 23/1976, de 19 de Julio, que venía a situarse en la línea de aumentar el rigor penal en el tratamiento de estas conductas⁽¹⁸⁹⁾. Finalmente, tampoco introdujeron novedad alguna la ley 82/1978, de 28 de Diciembre; la Ley Orgánica 4/1980 de 21 de Mayo, o la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de Noviembre, que si bien afectaron a los tipos delictivos a que venimos prestando atención no incluyeron en el articulado del Código causa alguna de exención o atenuación de la pena de las que a nosotros interesan.

Llegamos, así, a la reforma introducida por **Ley Orgánica 4/1981, de 4 de Mayo** que afectó tanto al Código Penal como al Código de Justicia Militar en materia de rebelión y terrorismo. Aquí me limitaré a analizar la cuestión en el Código Penal por cuanto la evolución histórica de la cuestión que nos ocupa en la legislación militar será objeto de un tratamiento independiente. No obstante, tal reforma para nada afectó a las causas de exención o atenuación de la pena previstas en el Código de Justicia Militar.

Pues bien, en tal reforma se introdujo un precepto, el art. 174 bis c), a cuyo tenor: *"El integrante, colaborador o cooperador de los grupos o bandas armadas que espontáneamente coadyuvare con las Fuerzas de seguridad o con la Autoridad Judicial con actos suficientes para evitar la comisión del delito o aminorar sus efectos, o aporte pruebas definitivas para la identificación o la captura de los partícipes, se le rebajará en dos grados la pena que le correspondiera por su participación en dichos delitos.*

Las personas comprendidas en los Arts. 174 bis a⁽¹⁹⁰⁾ y 174 bis b⁽¹⁹¹⁾, que colaboren con las Fuerzas de Seguridad o con la Autoridad Judicial en el

⁽¹⁸⁸⁾ No obstante, al decir de RODRÍGUEZ, RAMOS tal ley se hallaba ya en una situación de derogación material, "Anotaciones sobre las asociaciones ilícitas tras la reciente reforma penal" A. D. P. C. P., 1973, p. 304, nota 18.

⁽¹⁸⁹⁾ GARCÍA-PABLOS, Asociaciones..., *Op. cit.*, p. 74.

⁽¹⁹⁰⁾ Se refiere a quienes pertenezcan a los grupos o bandas armadas a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de Diciembre; las que asistieren a cursos o campos de entrenamiento de los mismos y las que mantuvieren relaciones de cooperación con bandas armadas o grupos terroristas extranjeros.

⁽¹⁹¹⁾ En él se sanciona al que obtenga, recabe o facilite de cualquier modo información, vehículos, alojamientos o locales, armas o explosivos u otros medios materiales, o cooperación económica y el que realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan: a) La fundación, organización o reconstitución de las bandas, y la organización, planificación o realización de sus actividades; o b) la

descubrimiento o desarticulación de bandas o grupos armados, se beneficiaron igualmente de la rebaja de la pena establecida en el párrafo anterior".

El párrafo primero de tal precepto se introdujo a raíz de la enmienda número 35 del grupo socialista. El párrafo segundo fue introducido en la segunda lectura del Proyecto efectuada por la Ponencia y se justificaba por el Sr. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ- a la sazón Ministro de Justicia- por el evidente éxito con que tal institución había venido siendo utilizada en otros países para combatir el terrorismo⁽¹⁹²⁾. Con tal valoración positiva debían estar de acuerdo Diputados y Senadores por cuanto en ambas Cámaras fue aprobado el precepto, sin discusión, conforme al dictamen de la Comisión⁽¹⁹³⁾. Por el contrario, no resultó tan pacífica la cuestión al ser abordada por la doctrina; así, algunos autores consideraron que "tanto para los acusados, como para las autoridades se presta el precepto a todo tipo de chantajes y negociaciones, que "ensucian" aún más la ya de por sí bastante "sucía" guerra contra el terrorismo"⁽¹⁹⁴⁾.

Aquí se realizará un brevísimo análisis de las dos cuestiones que, quizá, son más polémicas: La primera relativa a las modalidades de conducta a que se condiciona la atenuación; y la segunda relativa al ámbito de aplicación del precepto.

Pues bien, el legislador ha previsto alternativamente tres supuestos distintos:

- a.-Coadyuvar con actos suficientes para evitar la comisión del delito o aminorar sus efectos.
- b.-Aportar pruebas definitivas para la identificación o captura de los partícipes.
- c.-Colaborar en el descubrimiento o desarticulación de bandas o grupos armados.

comisión de cualquier clase de delito por integrantes de dichas bandas en el ámbito de los objetivos y actividades de las mismas.

⁽¹⁹²⁾ Diario de las sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria, 1 de Abril de 1981, número 155, p. 9632 y 9633.

⁽¹⁹³⁾ Diario de las sesiones del Congreso de los Diputados, citado en nota anterior p. 9664, y Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado 9 de Abril de 1981, número 159 (b), p. 5 y ss.

⁽¹⁹⁴⁾ MUÑOZ CONDE, Derecho penal. Parte Especial, 5ª Ed., Sevilla, 1983, p. 577. En el mismo sentido, GARCÍA-PABLOS, Comentarios a la Legislación penal, dirigidos por COBO DEL ROSAL, Tomo II, Madrid, 1983, p. 164.

En los tres supuestos debemos entender -aunque no lo diga expresamente para todos ellos el artículo- que la colaboración con las autoridades debe ser espontánea y, además, que por tal hay que limitarse a entender que debe ser voluntaria, renunciando, pues, a cualquier exigencia de naturaleza ética⁽¹⁹⁵⁾.

En cuanto a la primera de las modalidades apuntadas, la expresión "actos suficientes" pudiera plantear dudas sobre si por tales se entienden sólo aquellos que concretamente se revelaron como eficaces para evitar el delito. Sin embargo, el hecho de haber previsto idéntico tratamiento para el caso de que con tales actos no se evite sino que tan solo se aminoren los efectos del delito, hace aconsejable entender tal expresión como sinónima de actos objetivamente eficaces en una consideración "*ex ante*"⁽¹⁹⁶⁾.

Por lo que se refiere a la aportación de pruebas⁽¹⁹⁷⁾, que permitan la identificación o captura de los delincuentes, habría que hacer la misma precisión. Es decir, no puede quedar pendiente la atenuación de que, en efecto, se produzca la captura, cuestión que es de pura eficacia policial⁽¹⁹⁸⁾. A juicio de ARROYO ZAPATERO "lo que la ley parece indicar con el empleo de la conjunción "o" no es que el sujeto pueda elegir entre una colaboración mínima (identificación) o máxima (captura), sino que se exija toda la información de que disponga el sujeto y que, una vez proporcionada ésta se resigna con que sirva, al menos, para la identificación de los restantes sujetos"⁽¹⁹⁹⁾.

Llegamos así a la cuestión relativa al ámbito de aplicación, donde trataremos de precisar, más concretamente, a que delitos se refiere el art. 174 bis c, cuya pena será objeto de atenuación.

Como ya señaló con gran acierto, ARROYO ZAPATERO⁽²⁰⁰⁾, una primera lectura del precepto podía llevarnos a pensar que en el párrafo primero la atenuación va

⁽¹⁹⁵⁾ Cfr. ARROYO ZAPATERO, "La Reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la ley orgánica 2/1981, de 4 de Mayo", C.P.Cnal, número 15, 1981, p. 418. Cfr., también GARCÍA-PABLOS, Comentarios..., *Op. cit.*, Tomo II, p. 165 y 167.

⁽¹⁹⁶⁾ Así, GARCÍA-PABLOS, Comentarios..., *Op. cit.*, Tomo II, p. 166.

⁽¹⁹⁷⁾ Término que -como dice GARCÍA-PABLOS- no debe ser entendido en su acepción procesal estricta sino en su acepción social y usual, Comentarios..., *Op. cit.*, Tomo II, p. 166.

⁽¹⁹⁸⁾ ARROYO ZAPATERO, "La Reforma...", *Op. cit.*, p. 421.

⁽¹⁹⁹⁾ "La Reforma...", *Op. cit.*, p. 421 y 422.

⁽²⁰⁰⁾ "La Reforma...", *Op. cit.*, p. 419 y ss.

referida exclusivamente a la pena correspondiente al delito que se evita, se aminoran sus efectos o respecto del cual se aportan pruebas para identificar o capturar a los demás culpables. Pero, obviamente, una interpretación de este tipo dejaría fuera de su ámbito al mero miembro o al colaborador de la organización que no hubiere tomado parte en el concreto delito en cuestión. Con ello quedaría sin consistencia el fin político-criminal, eminentemente pragmático a que el precepto responde. Por ello, me sumo a la opinión mantenida por el autor antes citado respecto a que la atenuación se aplica también respecto de la pena que por pertenencia o favorecimiento le correspondería a quien no fuera participe en el delito a que nos venimos refiriendo. En el caso de haber participado en el mismo, entiende ARROYO⁽²⁰¹⁾ que la atenuación alcanzaría a ambos delitos; razonamiento que puede ser trasladado a lo dispuesto en el párrafo segundo.

Para terminar, me referiré a la nueva redacción que por **Ley Orgánica 14/1985, de 9 de Diciembre**, recibió el art. 226 quedando la causa de exclusión de la pena, así como la de atenuación de la misma, del siguiente modo:

"Queda exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión o de sedición, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias.

A los meros ejecutores, que depongan las armas antes de haber hecho uso de ellas sometiéndose a las autoridades legítimas, se les aplicará la pena inferior en grado".

Como se observará, con la nueva redacción -que llega hasta el momento presente- se ha producido una profunda transformación en la orientación del precepto, que pasa a ser mucho más riguroso de lo que lo era en la tradicional redacción anterior a la reforma. Ello por dos razones: la primera, porque se ha eliminado la atenuación de la pena que se establecía a favor de quienes, no siendo meros ejecutores, se sometían tras el alzamiento; actualmente, tal conducta sólo reporta una magra atenuación a quienes fueran simples ejecutores. La segunda, porque para eximirse de pena- tanto los meros ejecutores como los que no lo sean- es preciso llevar a cabo la revelación a que se alude en el precepto.

Comenzando el breve comentario a éste artículo por la causa de exclusión de la pena contenida en su primer párrafo, hay que decir que éste ha recibido la crítica prácticamente unánime de la doctrina⁽²⁰²⁾. Tal vez las cuestiones más problemáticas sean

⁽²⁰¹⁾ "La Reforma...", *Op. cit.*, p. 419. En el mismo sentido, DE SOLA DUEÑAS, "Los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos (Sección Segunda del Capítulo VIII del Título XVIII del Libro II de la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983", *Documentación Jurídica*, número 5, 37-40, Enero-Diciembre, 1983, Tomo II, p. 1226. GARCÍA-PABLOS, *Comentarios...*, *Op. cit.*, p. 166 y 167.

las relativas al ámbito de aplicación de la exención así como al alcance de la revelación a que se anuda el beneficio. A ellas nos vamos a limitar.

En lo que al primer punto se refiere hay que dilucidar en primer lugar a que delitos resulta aplicable el párrafo primero del art. 226.

En principio, no hay duda de su aplicación a los delitos de rebelión y sedición⁽²⁰³⁾ previstos en los Arts. 214 y 218, respectivamente; sin embargo, resulta más discutido si en efecto resulta aplicable a todas las restantes modalidades que se incluyen en los capítulos III y IV del Título II.⁽²⁰⁴⁾

Igualmente discutida es la cuestión relativa a si tal causa de exclusión de la pena es aplicable en cualquiera de las fases del iter criminis de aquellos delitos. A favor de su admisión en cualquier estadio de aquel se manifiestan BUSTOS RAMÍREZ⁽²⁰⁵⁾, SERRANO GOMEZ⁽²⁰⁶⁾ y CALDERÓN SUSÍN⁽²⁰⁷⁾, entre otros. Por el contrario, otros autores entienden que solo sería aplicable cuando la conducta prevista tuviera lugar antes del alzamiento; tal es el caso de GARCÍA RIVAS⁽²⁰⁸⁾ o MUÑOZ CONDE⁽²⁰⁹⁾.

⁽²⁰²⁾ Así, entre otros: CALDERÓN SUSÍN, "El nuevo artículo 226", en Comentarios a la legislación penal, dirigidos por COBO DEL ROSAL, Tomo X, especialmente, p. 530 y 531; BUSTOS RAMÍREZ Manual del Derecho Penal. Parte especial 2ª ed. aumentada, corregida y puesta al día. Barcelona, 1991, p. 404 y 405; VIVES ANTÓN, Derecho Penal. Parte especial, (con BOIX/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC), Valencia, 1993, p. 139.

No obstante, conviene precisar que la cuestión no es tan distinta con respecto a la legislación anterior, pues también tradicionalmente el único modo que tenían de eximirse de pena quienes no eran simples ejecutores era -en el mejor de los casos- revelar a las autoridades lo que supieran antes de que se hubiere iniciado la ejecución, o bien, naturalmente, evitar de otro modo el alzamiento; ahora bien, producido éste y habiendo tomado parte en el mismo, no era posible que tales sujetos se beneficiaran de exención alguna, sino sólo de la atenuación si se hubieren sometido en tiempo y forma.

⁽²⁰³⁾ En el proyecto, tanto la exención como la atenuación se circunscribían al delito de rebelión. Ante ello se presentaron diversas enmiendas fruto de las cuales es, en parte, el texto hoy en vigor. Vid. CALDERÓN SUSÍN, "El nuevo...", *Op. cit.*, p. 489, nota 19.

⁽²⁰⁴⁾ Aunque con ciertas matizaciones, se pronuncia favorablemente al respecto, CALDERÓN SUSÍN, "El nuevo...", *Op. Cit.*, p. 521.

⁽²⁰⁵⁾ Derecho penal. Parte especial, *Op. cit.*, p. 405.

⁽²⁰⁶⁾ En la revisión y puesta al día del Derecho penal. Parte especial, de RODRÍGUEZ. DEVESA, 13ª Edición, Madrid, 1990, p. 868.

⁽²⁰⁷⁾ El nuevo... *Op. cit.* p. 518 y ss.

⁽²⁰⁸⁾ La rebelión militar en Derecho penal, Villarrobledo, 1990, p. 192.

⁽²⁰⁹⁾ Derecho penal. Parte especial, 8ª edición, Valencia, 1991, p. 685.

A mi juicio, sin embargo, el precepto permite su aplicación incluso tras el alzamiento. Quizá, el legislador estaba pensando en la revelación que tiene lugar en las fases previas, pero lo cierto es que el párrafo primero del art. 226 liga el beneficio al hecho de poder evitar "las consecuencias" de tales delitos y por tales cabe entender algo más amplio que el hecho del alzamiento. Esta será la consecuencia a evitar si nos hallamos ante un acto preparatorio si la ejecución ha comenzado pero todavía no ha tenido lugar aquel; pero, de haberse ya producido, también puede entenderse como evitación de las consecuencias el hecho de impedir el logro de los fines previstos por los culpables, así como los posibles delitos conexos. No hay, pues razón para llevar a cabo una interpretación restrictiva en perjuicio del reo⁽²¹⁰⁾.

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación, el precepto habla de "implicados" debiendo, a mi juicio, entenderse por tales, todos aquellos que de un modo u otro intervinieron en cualquiera de las fases de ejecución, con independencia de su grado de participación⁽²¹¹⁾. No obstante, como atinadamente afirma CALDERÓN SUSÍN⁽²¹²⁾, lo cierto es que al condicionarse la exención a la posibilidad de evitar aquellas consecuencias, difícil será que se pueda aplicar a quien por la escasa relevancia del papel asignado en el delito carezca de los datos cuya revelación pueda tener tal aptitud⁽²¹³⁾.

Veamos, ahora, la magra atenuación prevista en el párrafo segundo del art. 226, que también ha sido objeto de críticas, pues tal regulación carece, sin duda, de sentido desde el mismo punto de vista político criminal que parece servirle de fundamento⁽²¹⁴⁾.

El precepto exige la deposición de las armas antes de haber hecho uso de ellas, y el sometimiento a la Autoridad legítima de los meros ejecutores⁽²¹⁵⁾.

⁽²¹⁰⁾ Vid. CALDERÓN SUSÍN, "El nuevo...", *Op. cit.*, p. 520 y 521.

⁽²¹¹⁾ En el mismo sentido, CALDERÓN SUSÍN, "El nuevo...", *Op. cit.*, p. 517 y 518; QUERALT JIMENÉZ, Derecho penal español. Parte especial, Volumen II, Barcelona, 1987, p. 739; SERRANO GOMEZ, Derecho penal. Parte especial, de RODRÍGUEZ. DEVESA..., *Op. cit.*, p. 868.

⁽²¹²⁾ "El nuevo...", *Op. cit.*, p. 520.

⁽²¹³⁾ A favor de entender que basta con que la revelación sea apta en una consideración "ex ante" para evitar las consecuencias: CALDERÓN SUSÍN, "El nuevo...", *Op. cit.*, p. 520 y 521; SERRANO GOMEZ, en Derecho penal. Parte especial, de RODRÍGUEZ. DEVESA, *Op. cit.*, p. 868.

⁽²¹⁴⁾ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Derecho penal. Parte especial..., *Op. cit.*, p. 405; CALDERÓN SUSÍN, "El nuevo...", *Op. cit.*, p. 539 y 540.

⁽²¹⁵⁾ Hoy para nada se hace referencia a que tal sometimiento tenga lugar a consecuencia de intimación

Con ello se plantean varios problemas. El primero, consiste en dilucidar si es o no aplicable a los casos de rebelión o sedición sin alzamiento. La cuestión es hoy más complicada de lo que lo era en la primitiva redacción. Allí se exigía que los culpables se disolvieran o sometieran, sin referencia alguna a la deposición de las armas lo cual—según algunos autores— permitía una interpretación de la entonces exención que, como ya se vio, la hiciera aplicable a las modalidades delictivas que no exigían el alzamiento, tal era el caso del art. 222. Pero hoy la cuestión se complica al requerir la previa deposición de las armas. Por si esto fuera poco, parece que tampoco sería aplicable a los supuestos de alzamiento sin armas⁽²¹⁶⁾ e, incluso, se plantea si de su círculo estarían excluidos quienes participando en el alzamiento no portaren armas y por tanto, no pudieren deponerlas. A todo ello, hay que sumar el problema adicional representado por la exigencia de no haber hecho uso de tales armas. La pregunta inmediata es qué hay que entender por uso; si siguiéramos la interpretación que de tal término hace el Tribunal Supremo al abordar la cuestión en el párrafo último del art. 501 deberíamos entender que basta con la mera exhibición. No es este el lugar adecuado para entrar a valorar tal doctrina jurisprudencial, por ello me limitaré a señalar que, de entenderlo así, ello supondría la práctica inaplicación de tal atenuante para los delitos que analizamos, haciendo de ella un precepto inútil. Por esa razón me sumo a la opinión mantenida por CALDERÓN SUSÍN que considera que por tal uso hay que entender la realización de actos de violencia⁽²¹⁷⁾ aunque, ciertamente, con esta interpretación no queden zanjados todos los problemas que tal expresión pueda plantear. Sin duda, y como juicio crítico general, el legislador no estuvo muy afortunado al redactar el precepto que nos ocupa cuyo ámbito de aplicación es extraordinariamente angosto. En cualquier caso, entendemos que los casos de sometimiento que por una u otra razón no pudieran gozar de este beneficio si podrían entrar en el marco de la atenuante 9ª del art. 9.

alguna por lo que la tradicional coordinación entre el art. 226 y 225 se ha perdido y no es inteligible el por que de mantener este último.

⁽²¹⁶⁾ La cuestión es abordada de modo distinto por GARCÍA RIVAS quien considera respecto de la rebelión que tal supuesto sería impensable. Entiende éste autor que la rebelión implica siempre un alzamiento armado, La rebelión..., *Op. cit.*, p. 189 y 191.

⁽²¹⁷⁾ "El nuevo...", *Op Cit.*, p. 537.

III.11.- Ley Orgánica 9/84, de 26 de Diciembre.

Con el estudio del art. 6 de la Ley Orgánica 9/84, de 26 de Diciembre, llegamos, finalmente, a lo que es el precedente más exacto e inmediato del art. 57 bis b).

Como es sabido con tal Ley se deroga la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de Diciembre así como los Arts. 174 bis a, 174 bis b, 174 bis c, 216 bis a.2 y 216 bis b del Código Penal, unificándose, así, en un solo texto los instrumentos jurídicos, tanto penales como procesales de la legislación antiterrorista.

Tal ley se inscribía -como bien dice LAMARCA PÉREZ- "en la tradición jurídica y política de la normativa antiterrorista dictada en España(...), leyes especiales que acentúan el rigor penal o que ensayan con firmeza técnicas atenuatorias"⁽²¹⁸⁾. Pues bien, ambos datos: agravación y atenuación de las penas serían resaltados por el entonces Ministro de Justicia como características especialmente relevantes de la nueva legislación⁽²¹⁹⁾. En lo que a la agravación se refiere decía el Sr. LEDESMA que respondía "a la aplicación del principio de proporcionalidad, pues los elementos subjetivos del injusto y la repercusión del delito, son diferentes cuando en su comisión interviene una banda armada organizada"⁽²²⁰⁾. En lo tocante a los beneficios punitivos, afirmaba que no se trataba con ello de compensar la agravación sino de que "el Derecho Penal cumpla cualificadamente su función de prevención, pero sin renunciar, más que en casos muy cualificados, a la punición"⁽²²¹⁾.

Es precisamente en este marco -contradictorio según LAMARCA⁽²²²⁾- donde se sitúa el art. 6, cuya vigencia nacería limitada a dos años desde la entrada en vigor de la ley⁽²²³⁾ y a cuyo tenor:

⁽²¹⁸⁾ Tratamiento..., *Op. cit.*, p. 196

⁽²¹⁹⁾ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria nº 147, 25 de Septiembre de 1984, p. 6644.

⁽²²⁰⁾ *Ibidem.*

⁽²²¹⁾ *Ibidem.*

⁽²²²⁾ Tratamiento..., *Op. cit.*, p. 321.

⁽²²³⁾ La Ley entró en vigor al día siguiente de su publicación en el B.O.E., que tuvo lugar el día 3 de Enero de 1985 (ex disposición final tercera). Por ello, el art. 6, junto con otros de la misma ley, perdió su vigencia el 4 de Enero de 1987. Por esta razón quedó fuera de las cuestiones que se plantearon en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 9/84 (Recurso nº 285 y 292/1985; Sentencia 199/1987, de 16 de Diciembre).

Artículo sexto. Atenuación de penas en el desistimiento con propósito de reinserción social.

1.-En los delitos comprendidos en el artículo 1º, serán circunstancias cualificativas para la graduación individual de las penas:

a) Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presentase a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado.

b) Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

2.-En los supuesto mencionados en el apartado anterior, el Tribunal impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito sin tener en cuenta para ello la elevación de pena establecida en el artículo 3º. Asimismo podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para la identificación de los delinquentes, para evitar el delito o para impedir la actuación o el desarrollo de las bandas terroristas o rebeldes y siempre que no se imputen al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los números 1º y 2º del artículo 420 del Código Penal. Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos previstos en esta Ley.

3.-El integrante colaborador o cooperador de grupos o bandas armadas que se encuentre en prisión condenado por sentencia firme podrá obtener la libertad condicional si concurre alguna de las circunstancias a que se refiere el apartado 1, b), de este artículo y hubiese cumplido, al menos, un tercio de la pena impuesta.

Como puede verse, el tenor literal de los números 1 y 2 es, sustancialmente, idéntico al del actual art. 57 bis b). Por lo que se refiere al número 3 de aquel, su contenido integra hoy el art. 98 bis Código Penal. Por esta razón no me detendré aquí en el análisis del tipo por cuanto de él se podrá predicar lo que digamos al analizar la regulación actual.

Así pues, me limitaré a dejar constancia de algunas cuestiones de interés que se suscitaron en el proceso de elaboración de la Ley, así como otras relacionadas con la aplicación de la misma, en ambos casos, circunscribiéndome al tema que nos ocupa.

Me centraré, a continuación en el primero de los temas apuntados. Al respecto, merece destacarse que el texto definitivo reproduce, sustancialmente, el Proyecto remitido por el Gobierno socialista a las Cortes⁽²²⁴⁾. No obstante, la Ponencia encargada de redactar el Informe sobre tal Proyecto aceptó determinadas enmiendas⁽²²⁵⁾. Concretamente las enmiendas admitidas y las modificaciones que ello supuso respecto al texto original fueron las siguientes: En el párrafo primero del art. 6 se aceptó la enmienda nº 185 del Grupo Parlamentario Socialista que, al objeto de ampliar el ámbito de aplicación del precepto, proponía que se suprimiera la exigencia de que la situación de peligro que el sujeto evitara o disminuyera hubiera sido por él causada, tal y como se establecía en el Proyecto del Gobierno. En relación con el párrafo segundo se admitió la enmienda nº 186 del Grupo Parlamentario Socialista que introducía retoques de escasa importancia, sin embargo se suprimió por la Ponencia su inciso final donde se establecía que la sentencia fijara el tiempo en que el sujeto no debía cometer alguno de los delitos previstos en la Ley que, como mínimo, debía ser de cinco años, y a cuyo cumplimiento quedaba condicionada la remisión total de la pena. Al respecto, la Ponencia no sólo suprimió lo que tanto el texto original como la enmienda propugnaban, sino que con ello rechazó también implícitamente una, a mi juicio, muy atinada enmienda del Grupo Parlamentario Vasco que, por razones de seguridad jurídica, entendía que junto al plazo mínimo debía consignarse también el máximo durante el cual quedaba condicionada la remisión concedida (Enmienda número 130). Finalmente, en cuanto al párrafo tercero se admitió la enmienda número 187, también del Grupo Parlamentario Socialista, que proponía que la concesión de la libertad condicional en los casos allí señalados no tuviera carácter facultativo sino obligatorio para el órgano jurisdiccional, exigencia ésta que se encontraba también contenida en la enmienda nº 131 del Grupo Parlamentario Vasco⁽²²⁶⁾.

⁽²²⁴⁾ Publicado el 10 de Diciembre de 1983 en B.O.C.G, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, II Legislatura, 1983-84 (78-87), p. 1117 y ss.

⁽²²⁵⁾ El plazo de presentación de enmiendas estaba en principio fijado desde el 10 de Diciembre de 1983 hasta el 4 de Enero de 1984, no obstante, el día en que expiraba el plazo; la mesa del Congreso acordó ampliar el mismo hasta el 4 de Febrero del mismo año. Vid. B.O.C.G, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, II Legislatura, 1983-84 (78-87), p. 1122/1.

⁽²²⁶⁾ El Informe que la Ponencia elevó a la Comisión fue publicado el día 11 de Junio de 1984 en B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, 1983-84 (78-87), p. 1122/3 y ss.

Pues bien, si estas fueron las enmiendas parcial o totalmente admitidas, otras muchas fueron desestimadas y es a ellas a las que aquí se dedicará una atención especial, pues en ellas se contienen las críticas que usualmente se hacen al precepto que nos ocupa.

Concretamente, tales enmiendas fueron la número 23 de RODRÍGUEZ SAHAGÚN (Grupo Parlamentario Mixto); la número 129 del Grupo Parlamentario Vasco; la número 210 del Grupo Popular; la número 69 de PÉREZ ROYO (Grupo Parlamentario Mixto); la 101 de BANDRÉS MOLET (Grupo Parlamentario Mixto) y la número 226, de Minoría Catalana.

Las tres primeras proponían la supresión del precepto y las restantes una distinta redacción para el mismo.

No obstante tanto el Grupo Parlamentario Vasco como el Grupo Parlamentario Popular retiraron las enmiendas de supresión porque según palabras de VIZCAYA RETAMA -que hizo suyas VEGA y ESCANDON, del Grupo Popular- "el texto por lo menos, aunque sea defectuoso, puede servir como instrumento para la paz, para el abandono de las actividades terroristas por determinadas personas, o para evitar otros daños"⁽²²⁷⁾.

En cuanto a las restantes, salvo la presentada por Minoría Catalana -que venía a reproducir el texto del Proyecto limitándose a introducir precisiones sistemáticas- centraban especialmente la crítica al texto original en lo referente a la colaboración activa del reo para la identificación de otros responsables, a la que se ligaba el beneficio de la remisión total de la pena.

En efecto, tal comportamiento -calificado mayoritariamente por los enmendantes como "delación"- motivó enconadas críticas. Así, RODRÍGUEZ SAHAGUN en la motivación de su enmienda lo consideró como "políticamente inadmisibles y socialmente impresentable". Por su parte, PÉREZ ROYO⁽²²⁸⁾ entendía que tres eran las objeciones básicas que había que hacer a lo que él entendía que instauraba un "sistema de premio a la delación". La primera de ellas era la de pugnar con la dignidad humana por cuanto, a su juicio -como ya dijera en la motivación de su enmienda- ello equivalía a situar a la persona como medio de persecución del delito. En segundo lugar, enumeraba un conjunto de razones que revelaban la ineficacia de tal instrumento en la

⁽²²⁷⁾ Sesión de la Comisión Constitucional, celebrada el 20 de Junio de 1984; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 191, 1984. II Legislatura p. 5927.

⁽²²⁸⁾ Sesión plenaria celebrada el 21 de Febrero de 1984; Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 94 (1984), II Legislatura, p. 4460.

lucha contra el terrorismo; más concretamente, el peligro de que condujese a la represión de personas sin relación con las bandas armadas⁽²²⁹⁾, la alteración de papel del Juez que pasa a ser una "especie de comprador de información", así como al hecho de que en realidad, con tal mecanismo se premiara a los elementos más peligrosos que eran los que contaban con la información requerida, al tiempo que se corría el peligro de considerar a los menos peligrosos que no colaboran porque carecen de tal información como irreductibles, cesando para ellos la presunción de inocencia, en la suposición de que si no colaboran es porque aún continúan unidos al terrorismo, sin que, en realidad, se demuestre directamente esa unión. Finalmente, la tercera de las objeciones se basaba en que, a su juicio, se estaba dando entrada a un mecanismo que en Italia- país donde ha sido empleado en mayor medida- se encontraba desprestigiado entre los teóricos y los prácticos. Concretamente, ésta última afirmación, motivó la crítica de SOTILLO MARTÍ⁽²³⁰⁾ en el turno de réplica a las enmiendas, pues a juicio de este último un instrumento normativo similar había sido decisivo en la erradicación del terrorismo italiano, afirmación en la que en el Capítulo siguiente se tendrá ocasión de entrar. Por su parte, la crítica que a tal comportamiento de colaboración hiciera BANDRÉS MOLET⁽²³¹⁾ se situaba en una línea análoga. El Diputado, que calificó tal exigencia de "humanamente indigna" entendió asimismo que no era posible esperar de ella posibilidad alguna de éxito. Por todo ello, defendía en su enmienda la supresión de tal supuesto y el mantenimiento de los restantes, pudiendo facultativamente el Tribunal acordar para el caso de concurrir cualquiera de ellos ya la disminución ya la remisión de la pena.

En definitiva, el grueso de las críticas se centró en la modalidad de colaboración activa de particular trascendencia para la identificación de otros responsables.

No obstante, tampoco las restantes modalidades de conducta previstas en el art. 6 fueron aceptadas de forma pacífica.

Así, VIZCAYA RETAMA⁽²³²⁾, del Grupo Parlamentario Vasco, criticó el hecho de que el abandono de las actividades terroristas no bastase para la exención de pena

⁽²²⁹⁾ En la motivación de su enmienda afirmaba con pretensiones de generalidad que en Italia la información suministrada por los "arrepentidos" se había utilizado como prueba objetiva sin exigirse la confrontación con otras, cuestión más que discutible y que en el siguiente Capítulo tendremos ocasión de abordar.

⁽²³⁰⁾ Diario de las Sesiones... *Op. cit.*, en nota 239, p. 4465.

⁽²³¹⁾ Sesión de la Comisión Constitucional de 20 de Junio de 1984, Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 191 (1984), II Legislatura, p. 5927 y 5928.

⁽²³²⁾ Sesión de la Comisión Constitucional de 20 de Junio de 1984, Diario de las Sesiones del Congreso, nº 19/1984, II Legislatura, p. 5926.

salvo que éste fuere acompañado de la disminución de una situación de peligro o de cualquiera de los restantes resultados previstos en la ley. A su juicio, desde el punto de vista de la reinserción debía ser suficiente el hecho del abandono y presentación a las Autoridades, sin ligar los beneficios a la consecución de ulteriores resultados, producto de cualquier clase de colaboración.

Por su parte, BANDRÉS MOLET⁽²³³⁾, del Grupo Parlamentario Mixto, proponía en su enmienda nº 101 determinadas precisiones en relación con la modalidad de abandono de las actividades delictivas. Concretamente, consideraba exagerada la exigencia de que el abandono y presentación a las Autoridades debiera ir acompañada de la confesión de los hechos en que se hubiere participado; y lo entendía así en base al derecho a no declarar reconocido en el art. 17 nº 3 de la Constitución, por ello proponía que el precepto se limitase a exigir una declaración conforme al modo establecido en la Constitución y en la ley de Enjuiciamiento Criminal. La segunda de sus propuestas en relación con esta misma modalidad de abandono, consistió en la introducción de un elemento psicológico en virtud de cual se hacía necesario que el abandono de las actividades delictivas fuera producto de la convicción de la inutilidad del empleo de la violencia en las relaciones sociales o políticas.

Pues bien, éstas son las objeciones que nuestros Diputados hicieron al art. 6 y que vendrían a reproducirse parcialmente en el Senado⁽²³⁴⁾, donde, no obstante, el precepto resultó aprobado de conformidad con el texto de la Ponencia cuyo éxito, no puede cifrarse en la defensa, un tanto ininteligible, que de tal precepto hizo el portavoz del Grupo Socialista, señor AREVALO SANTIAGO⁽²³⁵⁾.

⁽²³³⁾ Sesión de la Comisión Constitucional de 20 de Junio de 1984, Diario de las Sesiones del Congreso, nº 191 (1984), II Legislatura, p. 5927 y 5928.

⁽²³⁴⁾ Vid. intervención de FERNÁNDEZ-PIÑAR (Grupo Parlamentario Mixto) que defendió determinadas enmiendas presentadas a este precepto que, sin embargo, por error no llegaron a aquel pleno. (Sesión Plenaria de 21 de Noviembre de 1984. Diario de las Sesiones del Senado, nº 93 de 1984. II Legislatura p. 4454). Tampoco prosperó la enmienda número 5 del Grupo de Senadores Nacionalistas Vascos; Vid. Op. y loc. arriba citada, p. 4461.

⁽²³⁵⁾ Concretamente, estas fueron sus palabras: "Que quede claro que no se incorpora aquí la idea de delación. Ya lo ha dicho el señor LABORDA en sus intervenciones. No hay delación. Lo que si hay es decisión del que abandona para incorporarse noblemente a la sociedad. No es exigible la confesión como requisito ineludible dentro del contexto, sino sólo para lograr la reinserción. Por tanto, no se debe afirmar que sea la confesión otra cosa que un medio de prueba para que pueda lograrse la reinserción del que abandona la actividad delictiva. Sesión plenaria del día 21 de Noviembre de 1984 Diario..., Op. arriba cit., en nota 246, p. 4461.

Así tiene lugar el 5 de Diciembre de 1984 la aprobación definitiva por el Congreso de la Ley Orgánica 9/84, de 26 de Diciembre, cuyo artículo 6 -según la redacción que le dio la Ponencia y que sería la definitiva⁽²³⁶⁾ es el precedente más exacto del precepto que concentra nuestra atención.

A continuación, se analizará cuál fue la suerte que en el plano de la práctica corrió el precepto que nos ocupa. No obstante, será éste un análisis muy somero, pues a esta cuestión se dedica un epígrafe específico en otro lugar del trabajo⁽²³⁷⁾.

De él se ha dicho que nunca llegó a ser aplicado⁽²³⁸⁾, cosa que, en su día, ya se afirmó del art. 174 bis c⁽²³⁹⁾. Sin embargo, ambas afirmaciones sólo son parcialmente ciertas.

Un análisis de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional⁽²⁴⁰⁾ demuestra la existencia de integrantes en bandas armadas que se disociaron de las mismas e, incluso, en algunos casos colaboraron eficazmente con la autoridad correspondiente. Pues bien, ante tales casos, la Audiencia Nacional reaccionó bien aplicando los mecanismos que venimos analizando, bien acudiendo a la vía del indulto que fue, eso es cierto, la más comunmente utilizada; pero esto no quita a que los preceptos específicos fueron, con todas las reservas que se quieran, efectivamente aplicados.

Concretamente la Audiencia Nacional aplicó la atenuante prevista en el art. 174 bis c⁽²⁴¹⁾ en la Sentencia 58/84, 28 de Septiembre (Secc. 2ª), así como en la Sentencia

⁽²³⁶⁾ Tampoco recibió modificación alguna en la comisión Constitucional que, a la vista del Informe emitido por la Ponencia, elevó al Presidente de la Cámara su dictamen sin introducir alteración alguna en el art. 6 Vid. B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de ley, 1983-84, (78-87), p. 1122/15 y ss.

⁽²³⁷⁾ Vid. infra, Capítulo VII.I.

⁽²³⁸⁾ Así DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas", C.P.Cnal, nº 30, 1986, p. 584.

⁽²³⁹⁾ LAMARCA PÉREZ, Tratamiento... *Op. cit.*, p. 347; GARCÍA RIVAS, "Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político", Poder Judicial, Marzo 1984, nº 10, p. 112. No obstante, las resoluciones en que fue aplicado son de fecha muy próxima a la publicación de tales obras, por lo que es muy probable que esa afirmación fuera exacta en el tiempo en que fue vertida en los trabajos citados.

⁽²⁴⁰⁾ Vid., por todos MESTRE DELGADO, Delincuencia Terrorista y Audiencia Nacional, Madrid, 1987, p. 236 y ss.

⁽²⁴¹⁾ Nos permitimos traer aquí de nuevo tal precepto por cuanto ello favorece una visión del conjunto sobre la cuestión concreta a que nos estamos refiriendo.

11/85, de 11 de Marzo (Secc. 2ª), y también la sentencia 59/85, de 5 de Noviembre (Secc. 2ª) nos ilustra con un caso de aplicación-aunque un tanto sorprendente- del art. 6 Ley Orgánica 9/84.

No obstante, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, la Audiencia Nacional ha rehuído la aplicación de las normas especiales y ha utilizado la vía del art. 2 C.P.⁽²⁴²⁾, enlazando así con la política de reinserción iniciada por el Gobierno a partir de 1983, a raíz, fundamentalmente, de la autodisolución de E.T.A. Político Militar(VII Asamblea) en 1981⁽²⁴³⁾. Así la Audiencia participa, junto a otras instancias, en esta vía de reinserción de la que deben quedar excluidos -según Memoria anual de la Fiscalía General, correspondiente a 1985- "quienes estén directamente vinculados a acciones de sangre" y siendo requisito previo "la declaración pública e inequívoca de desenganche con cualquier forma de colaboración con grupos y actividades terroristas; de renuncia a la violencia y de compromiso de reinserción en la convivencia pacífica y el acatamiento a la Constitución"⁽²⁴⁴⁾. Concretamente, dicho Tribunal participaba a través de la segunda de las vías a que la citada Memoria alude, esto es, la que se abre a favor de los que todavía no han sido condenados⁽²⁴⁵⁾; en estos casos, la sentencia recoge entre los hechos probados el acogimiento del sujeto a la señalada vía y solicita al gobierno el indulto del mismo. Así lo hizo, entre otros casos, en la Sentencia 70/84, de 30 de Noviembre, donde solicitó un indulto total en base a distintos motivos entre los que se encontraba la voluntad de los sujetos "de acabar con la lucha armada que preconizaba la organización en que estaban asociados". En otros casos, la solicitud lo fue de indulto parcial, así en las Sentencias 40/85, de 11 de Julio (Secc. 2ª); 42/85, de 12 de Julio (Secc, 2ª); Sentencia 42/86, de 28 de Mayo (Secc. 3ª); ó 58/86, de 30 de Junio (Secc. 3ª), entre otras. En todos estos casos, los condenados han ido recibiendo indultos del Consejo de Ministros pasando a integrar el elevado número de sujetos que en los últimos años se han venido beneficiando de la política de reinserción impulsada por el gobierno⁽²⁴⁶⁾.

⁽²⁴²⁾ Vid. MESTRE DELGADO, Delincuencia..., *Op. cit.*, P. 237 y ss.

⁽²⁴³⁾ Vid. DE LA CUESTA, "Atenuación...", *op. cit.* p. 584 y ss.; VERCHER NOGUERA, Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco, Barcelona, 1991, p. 373.

⁽²⁴⁴⁾ Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado, Madrid, 1985, p. 162. En el mismo sentido, Informe Anual del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional al Fiscal General del Estado, 1984, p.55

⁽²⁴⁵⁾ Memoria..., *Op. cit.*, p. 162

⁽²⁴⁶⁾ Según datos facilitados por el diario El País, hasta Septiembre de 1986 fueron 107 los terroristas que se beneficiaron de la política de reinserción, El País, de 11 de Septiembre de 1986, p. 14. También, según datos de otro diario, en la última década los beneficios alcanzaron aproximadamente

Así, pues, vemos que hasta este momento la Audiencia Nacional ha optado en la mayoría de las ocasiones, aunque no en todas, por la inaplicación de las medidas que nos ocupan y ha trasladado la cuestión al Ejecutivo, procedimiento que, a juicio de algunos autores, es más adecuado que el contemplado en la legislación específica⁽²⁴⁷⁾.

III.12.-Proyecto de Código Penal de 1980. Propuesta de Anteproyecto de 1983.

Proyecto del código penal de 1980.

Nombrada el 25 de Abril de 1978 una Ponencia para la redacción de un Proyecto de Código Penal, éste fue publicado el 17 de Enero de 1980⁽²⁴⁸⁾, si bien, como es sabido, el fin de la legislatura impidió incluso la discusión en la Comisión de Justicia de las 1801 enmiendas presentadas.

El Proyecto, tal y como quedó, no nos ofrece novedades de especial interés por lo que a nuestro tema respecta.

Por lo que se refiere a la atenuante hoy prevista en el art. 9.º, cuya evolución se viene analizando, se produce un cambio importante en su configuración al sustituir la expresión "a impulsos de arrepentimiento espontáneo" por el adverbio "voluntariamente" (art. 27.6). Con ello se objetiviza la atenuante en la línea ya iniciada por la última jurisprudencia⁽²⁴⁹⁾.

a 300 terroristas, El Independiente, de 20 de Febrero de 1990, p. 6, Cit. por VERCHER, Antiterrorismo..., *Op. cit.*, p. 374 nota 85 y 85 bis. Pueden verse también datos relativos al periodo 1983-1984, en el Informe Anual del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional al Fiscal General del Estado, 1984, cuadro nº 16

⁽²⁴⁷⁾ Así, DE LA CUESTA, "Atenuación...", *Op. cit.*, p. 584 y ss.

⁽²⁴⁸⁾ Boletín del Congreso de 17 de Enero 1980, nº 101-I.

Vid. La reforma penal y penitenciaria (Coloquio sobre la reforma con presentación a cargo de FERNÁNDEZ ALBOR), Santiago de Compostela, 1980; "La Reforma del Derecho Penal", R. F.D. U.C 1980, número monográfico. LOPEZ-REY, "Análisis político criminal del Proyecto de Código Penal español", A.D.P.C.P., 1980, p. 313 ss; La reforma del Derecho Penal, 2 volúmenes, ediciones a cargo de MIR PUIG, Bellaterra, 1980 y 1981; también puede verse un estudio especialmente crítico sobre el mismo realizado por RODRÍGUEZ. DEVESA: "Inobservancia de los principios básicos y reglas establecidos en la parte general del proyecto de 1980 en su parte especial, con algunos de los defectos sobresalientes de ésta", A.D.P.C.P., 1980, p. 337 y ss.

⁽²⁴⁹⁾ Vid. CALDERÓN SUSÍN, Arrepentimiento..., *Op. cit.*, p. 210 y ss.

Por lo que se refiere a la causa de exclusión de la pena y a la de atenuación de la misma prevista tradicionalmente para los delitos de rebelión y sedición, ésta se contempla en los párrafos primero y segundo del art. 535 a cuyo tenor:

"Cuando los rebeldes o sediciosos se disolvieren o sometieren a la autoridad legítima antes de las intimaciones o a consecuencia de ellas, quedarán exentos de toda pena, salvo que fueren funcionarios públicos, los meros ejecutores de la rebelión y los sediciosos de cualquier rango.

Los Tribunales, en este caso, rebajarán a los demás culpables en uno o dos grados las penas señaladas en los capítulos anteriores".

Como se ve, se vuelve a la redacción que el precepto concordante del Código vigente (art. 226) tenía con anterioridad a la reforma operada por Ley Orgánica 14/1985, de 9 de Diciembre. No obstante, se introdujo la novedad de eliminar del círculo de la exención a los meros ejecutores de la rebelión que fueren funcionarios públicos.

Nada similar se preveía en la sección 2ª del Capítulo VIII, del Libro II, dedicada a los delitos de terrorismo. No obstante, dos enmiendas del Grupo centrista a los Arts. 566 y 568 del Proyecto propugnaban la introducción de una atenuante específica en estos delitos para el supuesto de colaboración; pero -como ya dijimos-, no llegaron, siquiera, a discutirse⁽²⁵⁰⁾.

Propuesta de anteproyecto de código penal.

La ponencia formada por COBO DEL ROSAL, GIMBERNAT ORDEIG, LUZON PEÑA, MUÑOZ CONDE, QUINTERO OLIVARES y GARCÍA MIGUEL, elaboró a petición del Ministro de Justicia, Sr. LEDESMA, la Propuesta que ahora nos ocupa⁽²⁵¹⁾, y que sí presenta alguna novedad digna de interés.

Tal novedad consiste en la causa de exclusión de la pena prevista en el número 4 del art. 495. En el precepto en que está incorporada se castigan la conspiración, proposición, provocación o cualquier acto preparatorio⁽²⁵²⁾ destinado a facilitar la

⁽²⁵⁰⁾ Vid. DE SOLA DUEÑAS, "Los Delitos...", *Op. cit.*, p. 1238, nota 52 y 1239 nota 54.

⁽²⁵¹⁾ Vid. R.F.D.U.C., Número monográfico 6, 1983. También se publicó un monográfico en dos volúmenes en la revista Documentación Jurídica 37-40. Enero-Diciembre 1983, a cargo del Gabinete de Documentación y publicaciones del Ministerio de Justicia. También este último publicó una 1ª edición de la propuesta, Madrid, 1983. Hay una segunda edición de 1984.

comisión de los delitos previstos en la sección 2ª esto es, de terrorismo y tenencia de explosivos. Pues bien, es para estos casos que está prevista la causa de exclusión de la pena a que nos referíamos; dice así:

"Los actos previstos en este artículo serán impunes si el culpable revelare el plan delictivo a la autoridad o a sus agentes de tal modo que éstos logren impedir su ejecución".

Este precepto recuerda a la causa de exclusión de la pena prevista para los reos de conspiración y proposición de ciertos delitos en el Código Penal de 1848, así como a la prevista para los mismos reos y aplicable en principio a todos los delitos en el Código Penal de 1850 (Arts. 143,161,162 y 188 Código Penal de 1848; art. 4 Código Penal de 1850). No obstante, no puede dejar de sorprender que el presupuesto de la exención sea mucho más riguroso de lo que era en aquellos Códigos. Basta recordar que allí, el legislador se contentaba con la revelación del plan y sus circunstancias, sin exigir expresamente que con ello se consiguiera efectivamente la evitación del delito. Por el contrario, parece que aquí no es suficiente que aquel pudiera haberse evitado sino que se exige, además, que a consecuencia de la revelación hecha a los sujetos señalados "éstos logren impedir la ejecución"⁽²⁵³⁾.

Finalmente, sólo decir que la causa de atenuación por arrepentimiento voluntario prevista en el art. 23.5⁽²⁵⁴⁾, quedaba redactada en los mismos términos que en el Proyecto de 1980.

Por su parte la causa de exención o, en su caso de atenuación de pena aplicable en los delitos de rebelión y sedición, se contenía en el art. 462 siendo su orientación similar a la que tenía en el citado Proyecto. No obstante, ampliaba el ámbito subjetivo de la exención al incluir en su seno a los sediciosos aunque fueren funcionarios públicos, al tiempo que eliminaba la restricción novedosa que el Proyecto establecía para los meros ejecutores de la rebelión en el caso de concurrir en aquellos la condición de empleados públicos. Por otra parte, restringía el alcance de la atenuación al permitir tan solo la disminución de la pena en un grado.

⁽²⁵²⁾ Es sabido que la Propuesta -como ya hiciera el Proyecto del 80- establecía que la conspiración, proposición o provocación para delinquir sólo se sancionarían en los casos expresamente previstos (art. 18).

⁽²⁵³⁾ Cfr. DE SOLA DUEÑAS, "Los Delitos...", Op Cit., p. 1239.

⁽²⁵⁴⁾ Vid. CALDERÓN SUSÍN, Arrepentimiento..., Op. cit., p. 210 y ss.

III.13.- Proyecto de Código Penal de 1992

El 4 de septiembre de 1992, el Consejo de Ministros acordó remitir al Congreso de los Diputados el Proyecto de Código Penal que nos ocupa, cuya tramitación, no obstante, quedó paralizada por la convocatoria anticipada de elecciones que tuvo lugar ese mismo año.

Por lo que a nuestro tema se refiere, el Proyecto contiene dos disposiciones de sumo interés. De un lado, el art. 67 -idéntico al mismo precepto del Anteproyecto del Código Penal de 1992- reproduce sustancialmente el contenido del vigente art. 57 bis b)). De otro, el art. 363 incorpora una disposición semejante, aplicable a los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes⁽²⁵⁵⁾.

El primero de los preceptos enunciados -en el que se va a centrar la atención- dice así:

"1. Los Jueces o Tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para los delitos a que se refiere el artículo anterior, en alguno de los siguientes supuestos:

a) Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado.

b) Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente

⁽²⁵⁵⁾ Este precepto sigue fielmente al art. 354 del anteproyecto y dice así:

"1. En los delitos previstos en los artículos 352 a 359 serán circunstancias cualificadas para la graduación individual de las penas:

a) Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado.

b) Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción del delito o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

2. En los supuestos mencionados en el apartado anterior, los Jueces o Tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito. Asimismo, podrán acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para identificar a los delincuentes o evitar el delito. Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos a que se refieren los artículos 352 a 359 en el tiempo de prescripción del delito"

a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

2. Los Jueces o Tribunales podrán acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para identificar a los delincuentes, evitar el delito o impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones, bandas armadas o grupos terroristas, siempre que no se imputen al mismo, en concepto de autor, acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los artículos 157 y 158 de este Código. Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los hechos delictivos a que se refiere el artículo anterior en el plazo de prescripción del delito".

Resulta fácil colegir que sus líneas maestras son las mismas que las del actual art. 57 bis b)). No obstante, se introducen algunas variaciones:

a) La primera consiste en la ampliación del ámbito de aplicación de la causa de remisión total de la pena. Así es por cuanto en el vigente art. 57 bis b)) quedan fuera del círculo de posibles beneficiarios de la remisión, entre otros, también aquellos a quienes se imputaren, en concepto de autor, alguna de las lesiones del art. 421 C.P. Las cosas son parcialmente distintas en el Proyecto. En lo que a las lesiones se refiere, el art. 67.2 del Proyecto sólo exceptúa de la posibilidad de obtener la remisión a los responsables de las consignadas en los arts. 157 y 158; no así a quienes lo fueran de alguna de las recogidas en el art. 156, precepto en el que se contiene alguna de las lesiones que hoy recoge el art. 421 C.P.⁽²⁵⁶⁾. Sin embargo, no todas las lesiones del actual art. 421 C.P. integran el contenido del art. 156 del Proyecto, sino que las mencionadas en el número 2 art. 421 C.P., se incorporan en los arts. 157 y 158 del Proyecto⁽²⁵⁷⁾, que sí excluyen la posibilidad de conceder la remisión. Resulta, por tanto, que la novedad se reduce a extender el ámbito de aplicación de la causa de remisión total de la pena a los siguientes casos: 1) Cuando las lesiones "se hubieren causado utilizando armas, instrumentos, objetos,

⁽²⁵⁶⁾ Concretamente, las recogidas en los números 1º y 3º.

⁽²⁵⁷⁾ El tenor literal de los mismos es el siguiente:

art. 157: "El que causare a otro, por cualquier medio, incluso por contagio, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, una grave enfermedad somática o psíquica, o la anulación o una grave limitación de su aptitud laboral, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años"

Art 158: "El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años".

Al eliminar la expresión "de propósito", que hoy se contiene en los arts. 418 y 419 C.P., su contenido se amplía, por cuanto su aplicación deja de estar limitada a los casos en que tales lesiones han sido causadas con dolo directo.

medios, métodos o formas peligrosos para la vida o susceptibles de causar un grave daño en la integridad o salud, física o psíquica del lesionado" (art. 156 n°1), y 2) Cuando "hubiera mediado ensañamiento" (art. 156 n° 2); siempre que, claro está, en ninguno de ambos casos se hubieren producido alguno de los resultados a que se refieren los arts. 157 y 158 del Proyecto.

Desde luego, habrá quien piense que una ampliación de este tipo -pese a ser más limitada de los que a primera vista pudiese parecer- no responde a esa línea de "trato punitivo *razonablemente* benevolente" a que alude la Exposición de Motivos. Sin embargo, si la cuestión se analiza desde lo que es la finalidad - eminentemente utilitarista- del precepto, es fácil encontrar respuesta, al menos, para el hecho de que no sea óbice a la aplicación de la causa de remisión total el que el sujeto hubiere utilizado en la ejecución armas, instrumentos, etc. susceptibles de causar un grave daño en la integridad o en la salud; y se comprende porque, a fin de cuentas, el terrorismo se delimita, entre otras cosas, por el empleo de medios especialmente lesivos, de modo que excluir del ámbito de la remisión total aquellos casos, hubiere implicado renunciar a la colaboración de un relevante contingente de sujetos, los cuales, quizá, sin el importante estímulo que esta remisión puede suponer no estén dispuestos a prestarla.

b) La segunda de las mencionadas novedades que introduce el art. 67 del proyecto, consiste en haber fijado un plazo, cumplido el cual la remisión deja de estar sujeta a condición resolutoria. Concretamente, el plazo escogido ha sido el de prescripción del delito. No cabe duda de que el principio de legalidad -que puede y debe ser tomado en serio- exigía una previsión en aquel sentido.

Sin embargo, no está tan claro que la elección del plazo citado pueda considerarse acertada, pues tan largo periodo puede resultar, en determinados casos excesivo, y convertir la remisión en un beneficio dudoso. Téngase presente que la remisión opera a partir de la pena ya atenuada; lo que se remite es ese resto de pena que quedaba tras rebajar en uno o dos grados la que al sujeto le hubiera correspondido de no aplicarle el art. 67. Un sencillo ejemplo nos dará pronta cuenta de los desequilibrios que, en ocasiones, pudieran producirse: una condena por el delito de estragos lleva aparejada, según el art. 337 del Proyecto, la pena de prisión de diez a veinte años; si -conforme lo dispuesto en el art. 67 -el Tribunal decide imponer la pena inferior en dos grados, el nuevo marco penal sería de dos años y medio a cinco años (ex art. 70.2 del Proyecto); pues bien, pongamos por caso que la pena definitivamente impuesta es la de prisión de dos años y medio, que es, a su vez la que el Tribunal acuerda remitir; en tal caso, la

remisión no será definitiva hasta que trascurren veinte años, que es el plazo que para la prescripción del delito que nos ocupa fija el art. 137.1 del Proyecto.

Por otra parte, en el Proyecto se ha desaprovechado la oportunidad de clarificar cuál es el régimen a que debe sujetarse esta institución en todo lo no previsto. Sería, sin duda, conveniente que tal extremo se precisara, pues ésta sigue siendo una institución atípica; ello es así porque aunque con la fijación de un plazo, el paralelismo con la remisión condicional es mayor, sin embargo, no está nada claro que ambas sean la misma cosa. Si se observa, en la remisión ordinaria- lo que, con mejor fortuna, se denomina en el Proyecto "suspensión de la ejecución de la pena" (Arts. 80 y ss.)- la extinción de la pena no se produce hasta que transcurre el plazo de suspensión fijado como lo demuestra el hecho de que sólo se hable de "acordar la remisión" una vez que tal cosa ha sucedido; se trataría, pues, de una remisión sujeta a condición suspensiva. Por el contrario, podría pensarse que en el caso del art.67 la remisión comporta la extinción automática de la responsabilidad criminal, si bien sujeta a condición resolutoria. Se trataría, por tanto, de dos instituciones cuyos efectos sobre la pena y sobre las consecuencias que de ésta se derivan son muy distintos: en un caso, la extinción de la pena se sujeta a condición suspensiva, y, en el otro, a condición resolutoria, pero la pena y sus efectos se extinguen automáticamente desde el momento en que se concede la remisión.

c) La tercera y última de las peculiaridades que es posible advertir en el art. 67, es altamente probable que sea producto de una omisión involuntaria. Me refiero al hecho de que el precepto nada diga sobre si la apreciación del atenuante obliga a no tomar en cuenta la elevación de la pena, que para los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas establece el art. 66 del Proyecto.

A mi juicio, no obstante, tal omisión no altera el régimen hoy vigente, por cuanto la remisión que el art. 67 hace al art. 66, lo es sólo a los efectos de determinar el ámbito de aplicación del precepto; de modo que, cuando el art. 67 dice que "los Jueces y Tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para los delitos a que se refiere el artículo anterior..." , debe entenderse que la mencionada pena es la señalada en el tipo legal, pues nada obliga a concluir que sea la pena agravada conforme al artículo 66⁽²⁵⁸⁾.

En otro orden de cosas, también resulta novedosa la supresión en el Proyecto -como ya ocurriera en el Anteproyecto- de cualquier régimen especial a los efectos de

⁽²⁵⁸⁾ No obstante, sería aconsejable dejar constancia expresa de ello; tal cosa era la que se proponía en la enmienda que sobre tal extremo presentó el Grupo Parlamentario Vasco a través de su Portavoz, Sr. ANASAGASTI.

obtener la remisión condicional. En cierto modo, el hecho de que el Proyecto no prevea algo similar a lo que hoy dispone el art. 98 bis C.P., está en la línea de lo que establece el art. 94 de Proyecto. En este último precepto se arbitra "un artificio propio de una ley especial"⁽²⁵⁹⁾ para eludir la aplicación de beneficios penitenciarios que conduzcan a acortar el cumplimiento efectivo de la pena en este tipo de delitos; de ahí que el cómputo de la libertad condicional no se haga sobre la penalidad resultante de la aplicación de las reglas de acumulación jurídica, sino sobre la totalidad de las penas impuestas en las correspondientes sentencias.

Desde luego no se va a entrar aquí a discutir si esta nueva orientación en materia de política penitenciaria que el Proyecto introduce, es o no contraria a lo que dispone el art. 25.2 C.E.⁽²⁶⁰⁾, pero sí que cabe dudar, al menos, de la oportunidad de suprimir un precepto como el art. 98 bis C.P. Con ello se cierra una vía -a mi juicio, importante- para dar una solución política razonable a lo que pudiera ser el principio del fin del terrorismo, cuya crisis -no se olvide- se ha venido agudizando a medida que en las cárceles surge el descontento⁽²⁶¹⁾ y se produce un progresivo abandono de los ideales de antaño; es por ello que no sería aventurado pensar que es precisamente en las cárceles donde -al igual que sucedió en Italia- puede fructificar la semilla de la disociación. Así pues, sería conveniente ponderar bien los indeseables efectos que podrían derivarse de la simultánea supresión de los beneficios penitenciarios y de una disposición como la que hoy contiene el art. 98 bis C.P.

A la vista de las anteriores consideraciones, puede decirse que, sin mejorarlo suficientemente, el Proyecto sigue fielmente al actual art. 57 bis b)) C.P., lo que ha

⁽²⁵⁹⁾ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal, C.P.C., nº 48, 1992, p. 664.

⁽²⁶⁰⁾ Según el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal, no cabe inferir ninguna contradicción entre estos preceptos y el art. 25.2 C.E. o el art. 14 del mismo texto; C.P.C. op. cit., p.663 y 664. En sentido contrario, TERRADILLOS, "El delito de terrorismo en el Proyecto de Código Penal" Cuadernos Jurídicos, nº 9, 1993, p. 76.

⁽²⁶¹⁾ Vid. Panorama, 20 Junio 1991, p. 10 y 11; El Mundo, 20 Junio 1992, p.5; en este sentido resulta especialmente significativa la noticia recogida en el diario El País-21 Noviembre 1993, p. 22 (también se hace eco de ella, el diario ABC, 20 Noviembre 1993, p.15)- según la cual el miembro de la cúpula etarra J.L. Álvarez Santacristina, Txelis, ha dirigido una carta a los restantes activistas de E.T.A. en la que les comunica su abandono de la lucha armada y les advierte de la necesidad de apostar por las vías políticas e institucionales para solucionar los problemas, pues también a su juicio se han cometido demasiados crímenes. Vid. asimismo, la interesante noticia difundida por diferentes diarios según la cual ochenta presos de E.T.A. han elaborado un escrito en el cual afirman su deseo de abandonar la lucha armada, e instan a la organización a poner fin a la violencia (El País, 24 Diciembre 1993, p. 1 y 17; El Mundo, 24 Diciembre 1993, p.10)

provocado que las primeras reacciones doctrinales⁽²⁶²⁾ frente al art. 67 del Proyecto sean tan críticas como las que hasta ahora han venido dirigiéndose al art. 57 bis b)) C.P. o a sus predecesores.

Por su parte, el Consejo General de la Abogacía, en el Informe que emitió sobre el Anteproyecto de Código penal de 1992, no fue menos condescendiente con el art. 67, al que consideró un beneficio "discutible y problemático"⁽²⁶³⁾

No menos reacia al mantenimiento de este tipo de preceptos, se muestra la Asociación Profesional de la Magistratura en su Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal⁽²⁶⁴⁾.

A la hora de abordar lo que en dicho Informe se denomina "tratamiento de los delincuentes arrepentidos", la Asociación citada parte de una defensa a ultranza del aparentemente sacrosanto principio de legalidad procesal, el cual considera mancillado por "la inmoralidad que comporta la "Justicia pactada" en cuanto que la negociación y el cambalache se pretenden instalar en los Tribunales de Justicia (...)"⁽²⁶⁵⁾. Sobre esa base, las críticas singularizadas se centran en las modalidades de conducta que llevan implícita la inculpação de otros responsables⁽²⁶⁶⁾, "cuya inmoralidad intrínseca, consistente en el fomento de la delación, no puede ni siquiera justificarse en el éxito de la investigación"⁽²⁶⁷⁾; un éxito, por otra parte en la que la susodicha Asociación no cifra demasiadas esperanzas, si bien sería deseable que tan funesta previsión se fundase en datos más ciertos que en la gratuita afirmación de que en Italia este tipo de técnicas representaron un rotundo fracaso⁽²⁶⁸⁾. En definitiva, la Asociación Profesional de la

⁽²⁶²⁾ Por todos, TERRADILLOS, "El delito..." op. cit., p. 75 y ss.

⁽²⁶³⁾ Puede verse en C.P.C., nº 49, 1993, p. 9 y ss.

⁽²⁶⁴⁾ Dicho Informe apareció publicado en C.P.C., nº 47, 1992, p. 309 y ss.

⁽²⁶⁵⁾ Vid. C.P.C., op. cit., p. 324; en el mismo sentido, p. 314.

⁽²⁶⁶⁾ En el mismo sentido se orienta la enmienda de supresión que el Grupo Parlamentario Popular presentó al art. 67 del Proyecto.

También A. DE LA OLIVA -Vocal del Consejo General del Poder Judicial- insiste ante todo en ver en este tipo de preceptos "un componente de inmoralidad que no desaparece por consideraciones pragmáticas más o menos coynturales"; vid el voto particular que este Vocal formula, concurrente con el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 22 de Abril de 1992, por el que se aprueba el Informe sobre el Anteproyecto de nuevo Código Penal, en C.P.C., nº 48, 1992, p. 765.

⁽²⁶⁷⁾ C.P.C. op. cit., p.314

⁽²⁶⁸⁾ C.P.C. op. cit. p.313

Magistratura se muestra más proclive a que se utilice, en su caso, la atenuante genérica de arrepentimiento espontáneo o bien la vía del Derecho de Gracia⁽²⁶⁹⁾.

Más comedido y, al mismo tiempo, más atinado me parece lo que al respecto se dice en el Informe del Consejo Judicial del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal.

Cuando en el citado Informe se aborda el tratamiento penal del terrorismo, se parte de la acertada idea de que este problema debe abordarse en el Código con las técnicas propias de un Código, "esto es, recurriendo a las pautas generales de racionalización del ejercicio de la potestad punitiva, y que, por consiguiente, ha de abandonarse la técnica propia de las leyes especiales (...)"⁽²⁷⁰⁾. Es por ello que no se rehuye el reconocer que tanto el art. 67 del Anteproyecto (art 67 del Proyecto), como el art. 354 del mismo texto (art. 363 del Proyecto) "*no responden a una configuración del principio de oportunidad que pudiera generalizarse*: son expresión de una *política criminal* concebida para circunstancias de emergencia que es de esperar, al menos en el caso del terrorismo, acaben desapareciendo"⁽²⁷¹⁾. De ahí también, que se aconseje al legislador que ubique sistemáticamente estos preceptos en la Parte Especial del Código, y, a ser posible, con números "bis" o en cualquier otra forma que indique la voluntad de prescindir de ellos cuando dejen de considerarse imprescindibles⁽²⁷²⁾.

Por otra parte, el Consejo es perfectamente consciente de los problemas procesales que este tipo de preceptos pueden ocasionar. Pero no por ello se acude al expediente -inapropiado y peligroso en cuanto pueda suponer una confusión de órdenes normativos- de descalificar los citados artículos sobre la base de que favorezcan conductas que éticamente pueden considerar algunos poco encomiables. Aconseja al respecto el Informe el que se establezca explícitamente que las declaraciones inculpatorias del colaborador no tengan por sí solas eficacia para desvirtuar la presunción de inocencia⁽²⁷³⁾.

⁽²⁶⁹⁾ C.P.C. op. cit. p.314

⁽²⁷⁰⁾ C.P.C. op.cit., p.663

⁽²⁷¹⁾ C.P.C. op. cit., p. 666 (Cursiva en el original)

⁽²⁷²⁾ *Ibidem*

⁽²⁷³⁾ *Ibidem*

En un Capítulo distinto se tendrá ocasión de analizar si, en efecto, el tipo de preceptos que nos ocupan han sido o no -como mantiene algún Vocal del Consejo General del Poder Judicial⁽²⁷⁴⁾- suficientemente criticados en el Informe a que se viene haciendo referencia; pero lo que, a mi juicio, no admite discusión es el hecho de que esa es la línea que debe seguirse si lo que se pretende es -como se dice en otro lugar del Informe⁽²⁷⁵⁾- discutir jurídicamente en torno a razones y argumentar con responsabilidad.

III.14.- Breve alusión a algunos precedentes en la legislación militar.

Para poner fin a este capítulo me referiré, aunque muy brevemente, a ciertos preceptos de la legislación militar que ha estado vigente en España a partir de 1884 donde se recogen causas de exclusión o atenuación de la pena basadas en comportamientos análogos a los contenidos en el art. 57 bis b).

Comenzaré por analizar la cuestión por lo que al delito de rebelión se refiere⁽²⁷⁶⁾.

Respecto a éste preveía el Código Penal del Ejército (Real Decreto 17 de Noviembre de 1884) una causa de exclusión o atenuación de la pena según los casos, a favor de quienes, una vez consumado el delito, se sometiesen a las autoridades legítimas antes de cometer actos de violencia, siendo la causa de exclusión sólo aplicable a los individuos de la clase de tropa (art. 107). Por su parte, el art. 110 eximía de pena al militar que hallándose comprometido a llevar a cabo el delito de rebelión lo denunciare antes de empezar a ejecutarse.

Por su parte, el Código Penal de la Marina de Guerra (Real Orden 21 de Agosto de 1888) contenía las mismas previsiones en los Arts. 129 y 132.

El Código de Justicia Militar de 27 de Septiembre 1890, que derogó y sustituyó al de 1884, permitía(art. 239) la exención de pena de cualquiera de los comprometidos en el delito que lo revelara en tiempo oportuno, así como, una vez iniciada la ejecución, la de los meros ejecutores que se sometieren; no obstante, no se preveía atenuación o beneficio alguno a favor de los demás rebeldes.

⁽²⁷⁴⁾ Nos referimos a A. DE LA OLIVA. vid el voto particular que formula al Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal, C.P.C., op. cit., p. 765.

⁽²⁷⁵⁾ C.P.C. op. cit., p. 651

⁽²⁷⁶⁾ Como señala CALDERON SUSÍN, las leyes militares no recogían tipologías paralelas a la sedición de los textos comunes, y ceñían las causas de exclusión y atenuación de la pena al delito de rebelión, Comentarios a la Legislación penal, Tomo X, *Op. cit.*, p. 508.

Posteriormente la Ley de 2 de Marzo de 1943 (B.O.E. 16 Marzo de 1943), que modificó determinados artículos del Código de Justicia Militar de 1890, vino a dar nueva redacción al párrafo primero de tal precepto, que pasó a ser el art. 242; tal modificación afectó al ámbito subjetivo de aplicación al ampliar la posibilidad de aplicar la exención a quienes, pese a no ser meros ejecutores, tampoco eran de los sujetos a que se refería el art. 238 del Código de Justicia Militar, que, a su vez, se vio modificado por la Ley citada⁽²⁷⁷⁾.

Llegamos, así, al Código de Justicia Militar de 17 de Julio de 1945 que unificó las normas penales para todas las fuerzas armadas. En tal cuerpo legal, establecía el art. 294 que:

"Los que en la forma y tiempo que establezcan los bandos que al efecto se publiquen depongan las armas antes de haber hecho uso de las mismas y se sometan a las autoridades legítimas quedarán exentos de las penas que les corresponderían como rebeldes si son meros ejecutores y no tienen empleo militar superior a clases de tropa o marinería. Si tuvieran empleo militar superior al expresado o ejercieran algún mando en las fuerzas rebeldes sufrirán sólo una pena inferior a las correspondientes o quedarán exentos de pena al arbitrio del Tribunal. Este párrafo no es de aplicación a los incursos en el artículo 287.

Cuando por aplicación del párrafo anterior quedasen exentos de pena los meros ejecutores, el Tribunal podrá igualmente declarar exentos de pena o imponerles algunas de las inferiores a los comprendidos en el último párrafo del artículo 288 y en el artículo 289, como asimismo a sus cómplices y encubridores.

También quedarán exentos de pena los que hallándose comprometidos a realizar el delito de rebelión lo denuncien antes de empezar a ejecutarse y a tiempo de evitar sus consecuencias.

A los efectos de este artículo, se equiparán a los bandos las proclamas o comunicaciones de las autoridades legítimas en cualquier forma en que se hagan".

Precisamente, tal precepto fué el que aplicó el Consejo Supremo de Justicia Militar en la conocida sentencia de 3 de Junio de 1982, recaída en el proceso sobre el frustrado golpe de Estado de 23 de Febrero de 1981⁽²⁷⁸⁾. El Consejo Supremo de Justicia

⁽²⁷⁷⁾ Hay que entender que tal extensión afectaba también a lo dispuesto en el art. 129 del Código penal de la Marina de Guerra por cuanto el art. 2º de la ley de 2 de Marzo de 1943 establecía que los Arts. 128 a 135 de este Código debían entenderse modificados en los términos y alcance que se establecían para el Código de Justicia Militar.

Militar aplicó tal artículo a un número considerable de procesados, entre ellos a GARCÍA CARRÉS, acusado de conspiración; no obstante, un auto aclaratorio del propio Consejo, de 4 de Junio de 1982 revisó y corrigió, la aplicación que se había hecho del precepto. Por lo que a los restantes procesados se refiere estos se vieron afectados por a sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1983 (R.A. 2300) que en fase de casación estimó mal aplicado el precepto en cuestión lo cual supuso en unión de otros factores la elevación sustancial de las penas de gran número de procesados.

Por su parte, el Decreto de 21 de Septiembre de 1960 aplicable a los reos del delito de rebelión militar (art. 2 del Decreto) se preveía un causa de exclusión de la pena en el art. 7, que fue estudiada en su lugar respectivo.

Finalmente, el actual Código Penal militar, aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de Diciembre, establece en su art. 82 lo siguiente:

1º Quedará exento de pena el que, implicado en cualquiera de los delitos previstos en los tres artículos anteriores, los revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias.

2º A los meros ejecutores que depongan las armas, antes de haber hecho uso de ellas, sometiéndose a las autoridades legítimas, se les aplicare la pena inferior en grado.

Nos encontramos ante una figura paralela a la contenida en el art. 226 del Código Penal, que plantea los mismos problemas que respecto al precepto de la legislación común ya fueron analizados, razón por la que no se va a entrar de nuevo en ellos. No obstante, sí se desea dejar constancia de la interpretación que de la expresión "evitar sus consecuencias" se ha hecho por algún autor, al estudiar específicamente el precepto aplicable a la rebelión en tiempo de guerra. Así, entiende MONTULL LAVILLA⁽²⁷⁹⁾ que "no debe confundirse consecuencias con consumación" sino que por tales hay que entender "cualquiera de los múltiples resultados lesivos o dañosos inherentes a hechos de esta naturaleza" y, añade en apoyo de su tesis el hecho de que el

⁽²⁷⁸⁾ Véase un interesante comentario a la misma en GARCÍA RIVAS, *La rebelión...*, *Op. cit.*, p. 221 y ss. donde se califica de "absolutamente inadmisibles" la aplicación que se hizo del artículo 294, *Op. cit.*, p. 232.

⁽²⁷⁹⁾ "El delito de rebelión en tiempo de guerra (Arts. 79 a 84 Código Penal Militar)" en, *Comentarios al Código Penal Militar*. Coordinados por R. BLECUA FRAGA y J.L. RODRÍGUEZ.-VILLASANTE y PRIETO, Madrid, 1988, p. 968.

legislador haya prescindido de la locución "lo denuncien antes de empezar a efectuarse", que si venía exigido en el Código de Justicia Militar de 1945⁽²⁸⁰⁾.

En cualquier caso, obsérvese que tal precepto -al igual que ha ocurrido para la rebelión en tiempo de paz- ha supuesto un cambio sustancial en lo que originariamente era una causa de exención de la pena basada en un comportamiento de sometimiento.

También para otros delitos se preveían en la legislación militar análogas disposiciones.

Así el Código Penal para el Ejército, de 1884, preveía para el delito de traición la exención de pena para el complicado en el mismo que lo revelare antes de comenzarse a ejecutar. Lo mismo hacía el Código Penal de la Marina de Guerra en el art. 122. Por su parte, el Código de Justicia Militar de 1890 reprodujo ambos modelos en el art. 226. El Código de Justicia Militar de 1945, mantenía la exención a favor de los implicados en el delito de traición (art. 268), y extendía un beneficio análogo para el delito de espionaje, donde no obstante introducía una novedad de interés al permitir que los Tribunales pudiesen declarar a su prudente arbitrio, la exención de la pena aún cuando la denuncia fuese posterior a la consumación si, como consecuencia de ella, se lograran evitar todos o algunos de los efectos del delito, conseguir la detención de los culpables, o el descubrimiento de delitos u organizaciones que tuvieran como finalidad el espionaje (art. 278).

Pues bien, estas disposiciones han sido esencialmente acogidas en el Código Penal Militar hoy vigente en el art. 67 a cuyo tenor: "*Quedará exento de pena el que, implicado en un delito de traición o espionaje militares, lo denunciare a tiempo de evitar sus consecuencias*".

No obstante nada se dice para el caso de que la denuncia tuviere lugar con posterioridad a la consumación, debiendo centrarse la cuestión, una vez más, en la interpretación de la expresión "evitar sus consecuencias". Al respecto, BLECUA FRAGA parece decantarse por una interpretación amplia de la misma al entender que con ello se trata de permitir "la eliminación total o parcial de los efectos del delito, el desmantelamiento de la organización y la detención de sus miembros", y añade, que el precepto no requiere "el éxito de la operación policial, porque ello no puede exigir un control de acontecimientos que podrán calificarse de imponderables"⁽²⁸¹⁾.

⁽²⁸⁰⁾ "El delito...", *Op. cit.*, p. 968.

⁽²⁸¹⁾ Comentario al "art. 67 Código Penal Militar", en *Comentarios al Código Penal Militar*, *Op. cit.*, p. 802.

CAPÍTULO SEGUNDO
DERECHO COMPARADO

I.- INTRODUCCIÓN.

Dentro del art. 57 bis b) nos encontramos con una pluralidad de conductas a las que el legislador asocia una serie de beneficios punitivos de mayor o menor entidad. Pues bien, en el presente capítulo se analizará la existencia en otros ordenamientos de previsiones legislativas que presentan importantes semejanzas con las recogidas en el art. 57 bis b) . Concretamente, se ceñirá aquel análisis al estudio de la cuestión en la legislación italiana, en el sistema jurídico propio de los países anglosajones, así como en el ordenamiento jurídico alemán.

Pero antes de entrar directamente en materia, se considera necesario realizar dos precisiones:

La primera, trata de justificar la elección de los ordenamientos a que se ha hecho referencia.

Pues bien, respecto a Italia aquella opción parece justificarse por si misma, en cuanto es de todos conocido que tanto en la doctrina española, como en la extranjera, se alude a este país como aquél en que mecanismos análogos -si no idénticos- a los previstos en el art. 57 bis b) han cosechado mayores éxitos en la lucha contra el terrorismo y, en consecuencia, su llamada legislación de la emergencia -donde tales previsiones se contenían- ha servido de modelo para los legisladores de distintos Estados entre los que se encuentra, sin duda, el nuestro.

Por lo que a los países del ámbito anglosajón se refiere, es obvio que no podía prescindirse de aquellos ordenamientos en que tiene su cuna la participación del imputado con la Administración de Justicia penal -ya sea a través del *guilty plea* o de

otras modalidades del *bargaining*- y donde la concesión de beneficios punitivos a causa de conductas asimilables a las previstas en el art. 57 bis b), es un componente esencial del sistema penal vigente. Por ello no es casual que la llamada institución del "testigo de la Corona" tenga, precisamente, su origen en estos ordenamientos.

Finalmente, se ha elegido también el ordenamiento alemán porque -amén del reconocido grado de desarrollo de su doctrina penal- se halla en una situación en cierto modo similar a la del sistema español. Tal similitud se manifiesta no sólo en el hecho de haber importado estos mecanismos de ordenamientos distintos, así como en el hecho de encontrarse éstos incardinados en un modelo procesal regido por el principio de legalidad, sino también porque- como ha ocurrido en España- no puede decirse, que la frecuente aplicación de tales instituciones y las consecuencias positivas o negativas subsiguientes se aparezcan rodeadas del clima de crispación emocional que, en ocasiones, es posible encontrar en la doctrina italiana. Ambos factores permiten, pues, que la dogmática alemana que se ha dedicado al tema analice la cuestión con desapasionamiento y, además, en un marco procesal que, sustancialmente, es similar al nuestro.

No obstante lo dicho, no se desconoce que disposiciones legislativas semejantes al precepto que nos ocupa tienen también carta de naturaleza en otros países, algunos de nuestro mismo entorno jurídico⁽¹⁾. Sin embargo, si el objetivo de un capítulo como el presente es el de servir como instrumento para un mejor estudio de la materia, de su problemática y de las posibles soluciones que a ésta han tratado de dársele, creo que dicho objetivo puede conseguirse circunscribiendo el estudio en la forma en que se ha hecho.

La segunda de las precisiones a que me refería, versa también sobre una cuestión de límites. Como el lector comprenderá, no es posible detenerse a analizar el correspondiente paralelo de todas y cada una de las conductas contenidas en el art. 57 bis b) en todos los ordenamientos citados. Por ello, el presente capítulo debe entenderse como una panorámica general que, en determinados casos -como ocurre con el sistema italiano- se ajustará en mayor medida a la estructura típica del precepto que nos ocupa, pero que, en otros, solo podrá servir como módulo comparativo respecto a alguno o algunos de los comportamientos previstos en el art. 57 bis b). De otro lado, es innecesario

⁽¹⁾ Pueden verse referencias al ordenamiento francés, así como al portugués en : DE LA CUESTA ARZAMENDI "Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas", en C.P.C., 1986, nº 30, p.565. GARCIA SAN PEDRO; "Atenuación, remisión de penas y libertad condicional", en Comentarios a la Legislación Penal. Dirigidos por Cobo del Rosal y coordinados por BAJO FERNANDEZ. T. XI: La reforma penal y procesal sobre delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión, Madrid, 1990. p. 46 y 47. Vid también MESTRE DELGADO, Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional, Madrid, 1987, p. 235 y 236 y bibliografía allí citada.

decir que se está lejos de creer que con ello se ofrece un profundo estudio de la compleja problemática que tanto en el ámbito del derecho material como procesal plantea en los distintos ordenamientos el tema que nos ocupa. Baste decir que un análisis medianamente exhaustivo del *plea bargaining*, por poner un ejemplo, necesitaría, al menos, un espacio tres veces superior al que aquí es posible y razonable dedicarle. Por ello me he limitado a abordar las cuestiones que de un modo más directo podían interesarnos, dejando de lado otras muchas, haciendo, no obstante, un esfuerzo por evitar que las obligadas omisiones supusiesen una falsa simplificación de la concreta realidad jurídica.

II.- LA COLABORACIÓN DEL IMPUTADO EN LOS PAISES DE LA COMMON LAW.

II.1. Introducción.

Como ya se avanzó, no son desconocidas en el sistema jurídico anglosajón instituciones con un objetivo similar al que persiguen las previstas en el art. 57 bis b)

Ahora bien, por las razones a que se hizo referencia en la Introducción a este capítulo, no se analizará la virtualidad que en estos sistemas jurídicos pudiera tener cada uno de los distintos comportamientos contenidos en el art. 57 bis b). El estudio se limitará a aquellas dos conductas que, a mi juicio, pudieran ser más polémicas y que, al mismo tiempo, son las que presentan en tales sistemas importantes peculiaridades que permiten diferenciarla de lo que pudiera ser su correspondiente paralelo en los ordenamientos europeos a que se circunscribe esta exposición. Pues bien, las conductas a que me refería son, de un lado, la consistente en el reconocimiento de los hechos unido a la confesión de culpabilidad y, de otro, la basada en el compromiso adquirido por el partícipe en un determinado delito de colaborar con las Autoridades en la captura de los restantes responsables o, incluso, de prestar su testimonio como prueba en contra de los mismos.

Ahora bien, todo ello tiene lugar en un marco jurídico bien distinto al vigente en la mayoría de los países del llamado sistema continental. Es precisamente la particular configuración del sistema procesal anglosajón lo que permite que aquellos institutos nazcan y se desarrollen del modo en que esto sucede y que los mismo adopten las peculiaridades que les diferencian de aquellos otros previstos en ordenamientos distintos con los que, no obstante, guardan una indiscutible relación.

Por ello, siquiera sea brevemente, es necesario analizar aquel marco jurídico. A ello se dedica el epígrafe siguiente. Aunque, no sin antes decir que no se está pretendiendo aquí reducir a una unidad los sistemas vigentes en Gran Bretaña y Estados Unidos; tal proceder sería erróneo por cuanto es obvio que entre ellos existen diferencias, como también existen entre el modelo jurídico penal y procesal vigente en Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte, así como en los que rigen en cada uno de los Estados americanos. Esto no obstante, sí que es posible elaborar unas líneas generales, en la medida en que los ordenamientos de aquellos países discurren por caminos básicamente coincidentes; y eso es, sencillamente, lo que aquí se hará.

II.2.- Marco jurídico. El principio de oportunidad procesal.

Es de todos conocido que una de las características que definen el sistema procesal anglosajón es la de estar regido por el principio de oportunidad; un principio, por cuya virtud los titulares de la acción penal están autorizados a no ejercitarla e, incluso, a retirar la acción ya emprendida pese a la existencia de un hecho que pudiera ser constitutivo de delito y de un sujeto que apareciera como presunto responsable del mismo, lo que en un sistema regido por el principio de legalidad, obligaría a tales titulares a solicitar la incoación del proceso y a mantener, en su día, la acusación formulada⁽²⁾.

Por otra parte, la gran discrecionalidad de que gozan los órganos encargados de la acusación se une al monopolio estatal que "*de facto*" existe sobre el ejercicio de la acción penal.

Sobre tales premisas no es, pues, de extrañar que comportamientos similares a los previstos en el art. 57 bis b) puedan ser "recompensados" por los órganos encargados de la acusación, ya sea declinando desde un principio el ejercicio de la acción, ya sea después de haberla ejercitado, a través de la retirada de la acusación con el subsiguiente archivo del proceso, ya sea, posibilitando una sentencia que, de algún modo, tenga en cuenta el comportamiento que se trata de favorecer.

⁽²⁾ Vid. con carácter general, GIMENO SENDRA Derecho Procesal. Tomo II. Proceso Penal, V.V.A.A., 4ª edición Valencia, 1992, p. 62 y ss.

A tal fin coadyuvan dos factores. De un lado, la amplitud de criterios, por lo demás difusos, que determinan el ejercicio o no de la acusación; de otro, la ausencia de un control riguroso sobre los órganos encargados de aquella función.

En lo que al primero de los indicados factores se refiere, es cierto que se ha intentado la sistematización⁽³⁾ de los principios que debieran orientar el ejercicio de la acción; sin embargo, un análisis de los mismos permite concluir que todo se reduce a una evaluación eminentemente subjetiva, más aún, habida cuenta de que es el difuso concepto de interés público el que se sitúa como centro de todos los principios. Especialmente significativas son las palabras del inglés Sir H. SCHAWCROSS que, en su condición de *Attorney General*, decía: "It has never been the rule in this country -I hope never will be- That suspected criminal offences must automatically be the subject of prosecution. The public interest is the dominant consideration"⁽⁴⁾.

A todo ello, se une el escaso control a que, de hecho, se ven sometidos los órganos encargados del ejercicio de la acción en la adopción de sus decisiones. Tal ausencia de control es mayor en Inglaterra, Gales o Estados Unidos que en Escocia o Irlanda del Norte, debido al importante papel que en los primeros citados se asigna a la policía en lo que al ejercicio de la acción se refiere, lo cual conlleva un aumento en el número de órganos encargados de tal función y hace más difícil la uniformidad de criterio y el control de los mismos.

Baste para un mejor entendimiento de la cuestión, exponer brevemente cual es en Gran Bretaña el sistema de organización de tales órganos así como las relaciones existentes entre los mismos, y entre éstos y los demás poderes del Estado.

Así, es especialmente significativo el hecho de que tanto en Inglaterra como en Gales, junto con los llamados *Law Officers of the Crown*: el *Attorney General* y el *Director of Public Prosecution* como órganos superiores encargados del ejercicio de la acusación⁽⁵⁾, también la policía tenga atribuida competencia en orden a decidir sobre el

⁽³⁾ De interés, el catálogo de principios que deben inspirar la decisión sobre el ejercicio de la acción penal recogido por WILCOX, The Decisión to Prosecute, London, 1972, p. 123 y ss. Vid también HUBER, "La posizione degli organi di accusa", en Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma, AAVV coordinados por G. CONSO, Bologna, 1979, p. 250 y bibliografía allí citada; WILLIAMS "Discretion in Prosecuting", Criminal Law Review, 1956, p. 222 y ss.

⁽⁴⁾ House of Commons. Debates; Vol. 483. Col. 681. January 29, 1951; cit por WILLIAMS "Discretion..." op. cit., p. 222.

⁽⁵⁾ Con carácter general, sobre la posición jurídico constitucional y funciones de los mismos Vid. EDWARDS, The Law Officers of the Crown, London, 1964.

ejercicio de la acción. Esto último permite que, en muchas ocasiones, sea el concreto funcionario de la policía quien decida sobre tal ejercicio⁽⁶⁾ e incluso -según señalan algunos autores- que en la mayoría de los casos sean, a mayor abundamiento, los funcionarios de grado inferior dentro de aquel cuerpo quienes se encarguen de la adopción de tal decisión⁽⁷⁾.

Por lo que a Escocia e Irlanda del Norte se refiere, podría afirmarse con HUBER⁽⁸⁾ que allí el sistema de acusación se organiza de modo jerárquicamente más rígido y unitario. Esto es así por cuanto la policía carece de aquellas facultades a que me refería, de modo que los órganos competentes para el ejercicio de la acción se encuentran centralizados en la *Crown Office*, bajo la dirección del *Lord Advocate* -como instancia superior de funciones análogas a las del *Attorney General*- y supeditados a él los llamados *Procurators Fiscal*⁽⁹⁾.

Por lo que se refiere a la relación de estos distintos órganos entre sí, así como a la que, a su vez, mantienen con el resto de los poderes del Estado, ésta aparece caracterizada por el alto grado de independencia con que cada uno de ellos desarrolla su actividad. Ciertamente, nos encontramos ante un sistema organizado jerárquicamente por cuya virtud no sólo existe una relación general de subordinación sino que en muchos casos se requiere la autorización de los órganos superiores para el ejercicio de la acción. Así, el *Director of Public Prosecution* está supeditado al *Attorney General*⁽¹⁰⁾, y a su vez, la policía se halla sujeta al control y a las directrices del *Director of Public Prosecution*⁽¹¹⁾ en lo referente a las funciones que como órgano de acusación aquella ejerce, aunque, no obstante al ser éste un control carente de disciplina legal hace que se torne difuso y que, en cierto modo, pueda decirse que no existe tal relación de efectiva subordinación; más bien es el *Chief Constable*, jefe del cuerpo regional o local de policía,

⁽⁶⁾ Vid. SIGLER, "Public Prosecution in England and Wales", *Criminal Law Review*, 1974, p. 648.

⁽⁷⁾ HUBER, "La posizione..." *op. cit.*, p. 245 y 250. SIGLER; "Public..." *op. cit.*, p. 242. CALAMANDREI, "La collaborazione processuale di imputati e testimoni nei sistemi di Common Law" *Riv. ital. dir. proc. penale*, 1986, p.249.

⁽⁸⁾ HUBER, "La posizione..." *op. cit.*, p. 246.

⁽⁹⁾ HUBER, "La posizione..." *op. cit.*, p. 239.

⁽¹⁰⁾ Aunque tal relación se ha considerado como "exceedingly obscure"; Departmental Committee on Section 2 of the Official Secrets Act. 1911. London. H.M.S.O. Cmnd 5104 Vol. 3, p. 184. Vid también, p. 212 y ss; *cit. por* HUBER, "La posizione..." *op. cit.*, p. 244, nota 25.

⁽¹¹⁾ HUBER, "La posizione..." *op. cit.*, p. 247 y 248. Con carácter general, sobre el control que el *Director of Public Prosecution* ejerce sobre la policía como órgano de acusación, Vid. LEIGH, *Police Powers in England and Wales*, London, 1975, p. 7 y ss.