

una conducta posterior, que nace de una *decisión nueva* puede permitir extraer conclusiones sobre la culpabilidad del sujeto respecto a un hecho anterior nacido de una decisión distinta.

Así pues, a modo de **conclusión**, hay que decir que la relevancia que estas teorías conceden al comportamiento postdelictivo, como acontecimiento capaz de modificar autónomamente o indirectamente el injusto o la culpabilidad resulta, en general, incompatible con los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad que aquí se asumen, de modo que, a mi juicio, deben ser rechazadas cuando se trata de discurrir sobre las instituciones contenidas en el art. 57 bis b). Máxime si se tiene en cuenta que el art. 57 bis b) no representa un supuesto tradicional de comportamiento postdelictivo, esto es, aquel en que la conducta antagónica posterior está en relación directa con la previa actividad delictiva y en el que, además, los efectos atenuatorios o eximentes se proyectan sólo sobre la pena correspondiente a la conducta evitada o cuyas consecuencias se disminuyeron. Por el contrario, en el caso que nos ocupa, aquella relación sólo puede verse con respecto al delito asociativo -por el presupuesto común del abandono- y, en su caso, en relación con el concreto delito evitado o cuyas consecuencias se han atenuado; y digo "en su caso" porque no siempre será así; v.g. no lo será cuando la conducta impositiva tenga lugar respecto a un delito en que el sujeto no participó; y lo mismo hay que decir por lo que se refiere a las conductas de colaboración procesal que vayan más allá de la "utilización" de las autoridades como instrumento con el que evitar o disminuir el resultado del propio delito. Por otra parte, no hay que olvidar que la realización de alguna de las conductas previstas en el art. 57 bis b) proyecta sus efectos atenuatorios o eximentes no sólo sobre el delito asociativo sino sobre cualesquiera otros que "relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes" se imputaren al sujeto, de lo que resulta que los efectos que el art. 57 bis b) despliega en el ámbito de la determinación de la pena no van limitados a un hecho concreto sino que se extienden a un conjunto de éstos.

Si se tienen en cuenta las consideraciones expuestas, se advertirá que decir que en estos casos el acontecimiento posterior modifica directa o indirectamente el contenido de injusto o la culpabilidad del hecho, obliga a preguntarse por el hecho del cual se habla. ¿Se está aludiendo al hecho de haber cometido un conjunto de delitos relacionados con aquellas actividades? ¿Resulta, entonces, que el contenido de injusto o la culpabilidad disminuye respecto a todo el conjunto, y de ahí que los efectos -atenuatorios o eximentes- se extiendan a todos ellos? Desde luego, semejante despropósito no creo que pueda admitirse ni aun manteniendo que en el ámbito de determinación de la pena es preciso manejar un concepto amplio de hecho.

A continuación, se pasa a analizar la cuestión -quizá más polémica- de si las instituciones contenidas en el art. 57 bis b) afectan o no a la **punibilidad**.

Y se dice que la posible vinculación con esta categoría pudiera ser más polémica que la relación con el injusto o la culpabilidad, por la semejanza que nuestras instituciones -y, especialmente, la causa de remisión total de la pena- presentan con las tradicionalmente llamadas "excusas" o "semiexcusas absolutorias" o, si se prefiere la terminología italiana o alemana, con las "*cause di esclusione della pena*"⁽¹⁸⁾ o "*Strafaufhebungsgründe*"⁽¹⁹⁾, respectivamente. Y sucede que, tanto en España como fuera de nuestras fronteras, es doctrina mayoritaria el colocar tales instituciones fuera del injusto y la culpabilidad, de modo que las disputas doctrinales se centran en torno a la cuestión de si aquéllas afectan o no a la punibilidad.

No se trata, ahora de decidir si las instituciones contenidas en el art. 57 bis b) son o no íntegramente asimilables a las "excusas" o "semiexcusas absolutorias" o- si se prefiere- a las causas de exclusión de la pena, pues a ello dedica un epígrafe independiente; sin embargo, no puede negarse la afinidad que entre ellas existe⁽²⁰⁾, de

⁽¹⁸⁾ Esta es la denominación más frecuente para referirse a lo que en España hemos denominado, desde que así lo hiciera SILVELA, "excusas absolutorias"; no obstante, algunos autores hablan de "*cause di non punibilità*", otros de "*cause di esclusione della sola punibilità*" y, en fin, también hay quien se refiere a ellas como "*cause sopravvenute di non punibilità*". Sobre la terminología, vid VASALLI, "Cause di non punibilità", Enciclopedia del Diritto, VI Milano 1960, p. 609 y ss.

⁽¹⁹⁾ En Alemania, es corriente referirse con la denominación "*Strafausschließungsgründe*" (causas de exclusión de la pena) o "*Strafaufhebungsgründe*" (causas de levantamiento de la pena) a circunstancias que excluyen la pena por razones ajenas al injusto y a la culpabilidad. Si se quisiera emparentarlas con nuestras "excusas absolutorias", las primeras vendrían a ser "excusas" que concurren ya en el momento de la acción (como v.g. el parentesco en determinados delitos contra la propiedad), y las segundas, "excusas" que se basan en hechos que acaecen con posterioridad (como v.g. el sometimiento de los rebeldes). Sobre la terminología vid. BLOY Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, Berlín, 1976, p. 15 y 16.

⁽²⁰⁾ De hecho, como "excusas" calificaron nuestros comentaristas y tratadistas clásicos muchos de los preceptos que se han analizado en el capítulo dedicado a la evolución histórica, donde se dejó constancia de ello; en el mismo sentido se han manifestado autores más modernos en relación con los antecedentes más próximos del actual precepto (v.g. DE VICENTE REMESAL, El comportamiento..., op. cit., p. 317, nota 16 o GARCÍA VALDÉS, "la legislación antiterrorista: Derecho vigente y proyectos continuistas", R.F.D.U.C. n° 6, monográfico, p. 329). En el mismo sentido se manifiesta HIGUERA GUIMERA en relación con el actual precepto (Las excusas absolutorias, Madrid, 1993, p. 113 y 184 y ss.)

Lo mismo acontece en la doctrina extranjera. Tal y como se expuso en el Capítulo segundo son muchos los autores que califican como "*cause di esclusione della punibilità*", o "*cause di non*

manera que, bien pudiera suceder que compartiera con aquellas causas una misma situación sistemática. Es, por ello que las observaciones que se han hecho en relación con la naturaleza jurídica de las causas de exclusión de la pena resultan de gran utilidad.

Como se dijo -salvo excepciones⁽²¹⁾- existe cierta unanimidad en considerar que las denominadas excusas, causas de exclusión o de levantamiento de la pena no afectan al injusto o a la culpabilidad, y en ello suele coincidir tanto la doctrina española como extranjera.

En este sentido, se manifestaron ya nuestros clásicos, empezando por quien se decidió a utilizar el nombre de excusas absolutorias. Decía SILVELA⁽²²⁾ que la razón de la exención "no se apoya en que el acto sea en sí mismo legítimo, como sucede en las causas de justificación, ni tampoco en que no aparezca sujeto con condiciones de capacidad para poder responder, como acontece en las causas de no imputabilidad, sino que parece más bien fundada en motivos transitorios y de conveniencia".

Lo mismo pensaron ANTÓN y RODRÍGUEZ MUÑOZ⁽²³⁾, y de ahí que afirmaran que la exención se producía en estos casos "no obstante la condición antijurídica y

punibilità" -en Italia- o como "*Strafaufhebungsgründe*" -en Alemania- los preceptos que allí vimos como institutos de Derecho comparado afines al art. 57 bis b). (Vid. supra Cap. II).

⁽²¹⁾ Así, el P. MONTES consideraba que las llamadas excusas absolutorias no eran sino causas de exclusión de la antijuridicidad, por cuanto "los hechos a que se refieren (sc. las excusas) no constituyen delito a los ojos de la ley (...) Suponer que hay verdadero delito sin responsabilidad criminal y sin pena, es, en el Derecho legislado un contrasentido (...) hay imputabilidad moral, mas no imputabilidad política (...) De donde se sigue que estas causas de excepción penal *pueden reconducirse a las de justificación*", Derecho Penal español (Parte General) Vol. I, Madrid 1917, p. 465, cursiva mia). También GARCÍA-PUENTE estima que se trata de causas de justificación ("Nuestra concepción de las excusas absolutorias", A.D.P.C.P., 1981, p.81 y ss.)

Desde un planteamiento distinto al de aquellos autores, pero distanciado también del mantenido por la doctrina mayoritaria, BACIGALUPO trata de analizar el significado de la categoría de la punibilidad a partir de las excusas absolutorias, llegando a la conclusión de que la tradicional separación entre injusto culpable y punibilidad no es todo lo clara que pudiera parecer, desde el momento en que la diferencia entre causas de justificación y causas de inculpabilidad, de un lado y excusas absolutorias de otro está basada en *criterios tan discutibles como el que en el caso de las excusas no se atenúa la gravedad de lo injusto y de la culpabilidad*. Vid. Delito y punibilidad Madrid, 1983, 1ª ed.; "El error sobre las excusas absolutorias", C.P.C., nº 6, 1978, p. 3 y ss; "Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad", La Ley, 23 de Diciembre de 1986, p. 1 y ss.

⁽²²⁾ El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España, Segunda parte. Madrid, 1879, p. 249 y 250.

⁽²³⁾ Derecho penal. Parte general. T. I, Madrid, 1949, p. 316. A la misma conclusión llegaba RODRÍGUEZ MUÑOZ en una conocida nota al Tratado de MEZGER, en la que apoyaba la opinión de este autor sobre la innecesariedad de referirse a la pena en la definición del delito. Tratado de Derecho penal, traducción de la 2ª edición alemana y notas de Rodríguez Muñoz, T.I, Madrid, 1935, p. 164 y ss.

culpable de la acción"; o JIMÉNEZ de ASÚA⁽²⁴⁾, quien decía que "la esencia de ellas reside en que no suprimen la acción, ni la tipicidad, ni la antijuridicidad, ni tampoco la imputabilidad y culpabilidad"; o, en fin, QUINTANO⁽²⁵⁾, quien subrayaba "que su presencia no afecta para nada a los elementos del delito que no sea la punibilidad".

Esa es, también, la orientación predominante en la actual doctrina española. Así, COBO y VIVES⁽²⁶⁾ consideran ajenas a la antijuridicidad y a la culpabilidad lo que ellos prefieren denominar "causas de exclusión de la pena"; y lo mismo entienden autores como HIGUERA GUIMERÁ⁽²⁷⁾, MIR PUIG⁽²⁸⁾, MUÑOZ CONDE⁽²⁹⁾, OCTAVIO de TOLEDO y HUERTA TOCILDO⁽³⁰⁾, PUIG PEÑA⁽³¹⁾, QUINTERO⁽³²⁾, RODRÍGUEZ DEVESA⁽³³⁾, o POLAINO⁽³⁴⁾, entre otros.

Esta es también la orientación predominante en la doctrina extranjera.

En Italia -dejando, por el momento, a un lado las concepciones de VANNINI y BATTAGLINI⁽³⁵⁾- es mayoritaria la opinión de quienes entienden que las allí

⁽²⁴⁾ Tratado de Derecho Penal. T. VII, Buenos Aires 1970, p. 145.

⁽²⁵⁾ Compendio de Derecho penal, Vol. I, Madrid, 1958, p. 23.

⁽²⁶⁾ Derecho penal..., op. cit. p. 202 y 743 y ss.

⁽²⁷⁾ Las excusas..., op. cit., p. 21 y ss. Concretamente, este autor las incluye -como la mayoría- dentro de la punibilidad junto con las llamadas condiciones objetivas de punibilidad; no obstante, en algún lugar dice -a mi juicio, con más propiedad- que "hacen desaparecer solamente la pena", op. cit., p. 19.

⁽²⁸⁾ Derecho penal. Parte general. 3ª ed. Barcelona, 1990, p. 130 y 131.

⁽²⁹⁾ Teoría general del delito, 2ª ed. Valencia, 1989, p. 20 y p. 156.

⁽³⁰⁾ Derecho penal. Parte general (Teoría jurídica del delito) 2ª ed. Madrid, 1986, p. 395.

⁽³¹⁾ Derecho penal. Parte general. 7ª ed. Madrid, 1988.

⁽³²⁾ Introducción al Derecho penal. Barcelona, 1981, p. 182.

⁽³³⁾ Derecho penal español. Parte General, 15ª ed., Madrid, 1992, p. 655.

⁽³⁴⁾ "La punibilidad en la encrucijada de la dogmática jurídico penal y la política criminal", en Criminalidad actual y Derecho penal, Córdoba, 1988, p. 26 y ss., y especialmente, p. 28 y 36.

⁽³⁵⁾ Se considera preferible hacerlo así porque tales autores conciben -como veremos- la punibilidad de un modo totalmente distinto a como lo hace la mayoría. Ambos parten -aunque con importantes diferencias en cuanto al desarrollo- de entender la punibilidad como elemento estructural del delito; y más aún, como elemento que absorbe en su seno la antijuridicidad misma. Ello impide que sus conclusiones sobre el tema que se analiza -distintas para cada uno de ellos- puedan situarse sin distorsiones en el mismo marco de las que resultan de planteamientos donde no se produce aquella

denominadas *cause di esclusione della pena, cause di non punibilità o cause sopravvenute di non punibilità*⁽³⁶⁾, no alteran ni el contenido de injusto ni la culpabilidad, y ello -una vez más- con independencia de que consideren que afectan o no a la punibilidad, y, en su caso, a la existencia del delito mismo.

En tal sentido, se manifiestan entre otros, BOScarelli⁽³⁷⁾, BRICOLA⁽³⁸⁾, MANTOVANI⁽³⁹⁾, ROMANO⁽⁴⁰⁾, SPAGNOLO⁽⁴¹⁾, VASALLI⁽⁴²⁾ o ZICCONI⁽⁴³⁾, autores todos ellos que vienen a situarse en la línea de aquellos clásicos que como MAGGIORE entendían que la renuncia a la pena que suponen las causas que se analizan recae sobre "un fatto che ha *tutte* le caratteristiche oggettive e soggettive del reato"⁽⁴⁴⁾.

Por lo que se refiere al panorama alemán, tampoco allí la cuestión es muy distinta. En Alemania, es dominante la opinión de quienes entienden que la exención de pena que se anuda a conductas afines a las contenidas en el art. 57 bis b), no deriva de que resulten afectados los elementos esenciales del delito, sino sólo de consideraciones

confusión entre antijuridicidad y punibilidad.

No obstante, incluso arrancando de un punto de partida tan distinto, BATTAGLINI entendía que preceptos del Código como el art. 308 -que bien puede considerarse como precedente de la legislación sobre "pentitis"- "se refieren a hipótesis en las cuales el delito ya tiene vida, con todos sus requisitos" (Diritto penale. Parte generale, Bologna, 1937, p. 333; "Impunibilità e impunità", Rivista italiana di diritto penale, 1942, p. 437). Asimismo, afirmaba este autor que los supuestos en que la pena no se impone debido a "una conducta posterior del culpable, que resulta útil para el orden jurídico porque no se concluye la acción o bien porque se eliminan ulteriores consecuencias dañosas (...)", son supuestos que acogen lo que el llama "*circostanze impeditive della pena*" que presuponen el delito; a diferencia de las, por él denominadas, "*circostanze impeditive della punibilità*" cuya presencia implica "un non reato", "Impunibilità...", op. cit. p. 429, 435 y 436.

(36) Sobre la terminología, Vid. nota 19 de este Capítulo.

(37) Diritto penale. Parte generale, 6ª ed., Milano, 1988, p. 371 y ss, y, especialmente, p. 384 y ss.

(38) Voz "Punibilità (condizione obiettive di)", en Novissimo Digesto italiano, vol. XIV, Torino, 1967, p. 592.

(39) Diritto penale. Parte generale. 2ª ed. Padora, 1988, p. 781 y ss y 791.

(40) "Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità", Riv.ital.dir.proc.penale, 1990, p. 59 y 60.

(41) Lineamenti di una categoria dei fatti estintivi nel Diritto penale, Napoli, 1963, p. 87 y 92 y 93.

(42) "Cause...", op. cit. p. 619.

(43) Le cause "sopravvenute" di non punibilità, Milano, 1975, p. 9 y 11.

(44) Principi di Diritto penale. Vol I. Parte generale, 3ª ed., Bologna, 1939, p. 453, vid. también p. 454.

politicocriminales ajenas a tales elementos, las cuales llevan al legislador a establecer una "causa de levantamiento de la pena" (*Strafaufhebungsgrund*).

Con esa denominación, se refiere la doctrina mayoritaria⁽⁴⁵⁾ a aquellas causas que exoneran al sujeto retroactivamente de una pena ya "merecida"; y ello debido a la presencia de determinadas circunstancias que acaecen con posterioridad a la realización de la conducta punible. De esta manera se llega, también en Alemania, a la conclusión de que estos "otros" presupuestos de la sanción están más allá del injusto y de la culpabilidad, elementos a los que, por consiguiente, no afectan.

Ahora bien, a partir de ahí, las divergencias aumentan, y ello tanto en el seno de la doctrina española como extranjera, especialmente en la italiana.

Una vez descartado el que resulten afectados el tipo de injusto o la culpabilidad, se trata de decidir si instituciones como las contenidas en el art. 57 bis b) mantienen algún tipo de relación con la punibilidad. Pero, claro, la respuesta que se dé a la cuestión planteada dependerá lógicamente, del concepto de punibilidad que se mantenga, y las opiniones al respecto son variopintas y, en muchas ocasiones, imprecisas y ambiguas.

En cualquier caso, se hace necesario optar por un determinado concepto de punibilidad, y, posteriormente, decidir si ésta resulta o no afectada; todo ello teniendo presente que de lo que se trata en última instancia es de dilucidar si es posible admitir -como algunos hacen- que por resultar excluida la pena, lo esté, también, la punibilidad y, en última instancia, el delito mismo.

Desde luego, no se pretende aquí entrar a analizar en profundidad la naturaleza dogmática de la punibilidad, sino sólo de hacer algunas reflexiones que, a mi juicio, deben conducir a negar que resulte afectada la punibilidad, por cuanto -aun sin ser elemento estructural- es elemento conceptual imprescindible del delito, y, por tanto, su ausencia supondría cuestionar la existencia de delito, conclusión que entiendo de todo punto inadmisibile.

⁽⁴⁵⁾ Vid. con carácter general: BLOY, *Die dogmatische...*, op.cit., p. 16 y ss. Puede verse también, a título ejemplificativo: BAUMANN/WEBER, *Strafrecht. A.T.*, 9 Aufl., Bielefeld, 1985, p. 461 y ss.; BLEI, *Strafrecht. A.T.* 18. Aufl., München, 1983, p. 414 y ss; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 45. Aufl., München, 1991, Vor § 32, p. 213 y 214, Ran. 17; JESCHECK, *Leipziger Kommentar*, Vor §13, p. 41 y ss., Rdn. 81 y ss; del mismo, *Lehrbuch des Strafrechts*, 4. Aufl., Berlin, 1988, p. 497 y ss. especialmente, 498 y 499 (sin modificaciones sustanciales respecto a la traducción española de la 3ª ed., a cargo de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, Vol. II. P. 756 y ss, especialmente, p. 758 y 759); HAFT, *Strafrecht A.T.*, 4 Aufl., München, 1990, p. 267 y 269 y ss; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar* ... op.cit., Band I: A.T. 5 Aufl., Vor §19, Rdn., 12 y 14, p. 114 y 115.

Sin embargo, esa será la conclusión obligada -como obligada sería si faltasen la antijuridicidad o la culpabilidad- para quienes entiendan que la punibilidad es elemento esencial del delito y, al mismo tiempo, que los supuestos en que la pena se excluye por causas ajenas al injusto o a la culpabilidad pueden afectar a la punibilidad, excluyéndola.

Aquella sería la única solución coherente posible; porque, desde luego, lo que, a mi modo de ver, no tiene sentido es admitir simultáneamente que la punibilidad es elemento esencial del delito, que aquellas causas la excluyen, y, que pese a ello, puede continuar afirmándose la existencia de delito. Sin embargo, no es extraño encontrar en nuestra doctrina -aunque tampoco en la extranjera⁽⁴⁶⁾- lo que parecen soluciones de ese tipo. La cuestión, por otra parte, se complica debido a la utilización lamentablemente confusa que se hace de términos como "punibilidad", "penalidad", "punición" y otros similares, con los que se enfrenta al lector ante una maraña terminológica de la que es difícil sacar algo en claro⁽⁴⁷⁾

Pues bien, aquella conclusión que se considera la única coherente a que se puede llegar por parte de quienes entienden que lo afectado es la punibilidad y que ésta es elemento esencial del delito, es, sin embargo, mantenida por un número muy reducido de autores, de modo que son muy pocos quienes explícitamente afirman la inexistencia de delito cuando concurre una de aquellas causas de exclusión de la pena con las que, sin duda, presenta una indiscutible similitud el art. 57 bis b) C.P.

Entre estos últimos, merece destacarse, por su rotundidad, la opinión de POLAINO. Entiende este autor, que "la punibilidad es constitutiva del último elemento esencial del concepto jurídico de delito"⁽⁴⁸⁾, cuya función sería la de verificar "la

⁽⁴⁶⁾ Vid. v.g. MANTOVANI, Diritto penale. Parte generale. 2ª ed., Padova 1988, p. 781 y ss.

⁽⁴⁷⁾ Vid., por ejemplo, QUINTANO, Compendio de Derecho penal, Vol. I, Madrid 1958, p. 20 y ss. y Tratado de la parte especial del Derecho penal, T. IV, Madrid, 1967, p. 100; este insigne penalista es uno de los que tras considerar que la "punibilidad" es elemento esencial del delito, incluye un epígrafe dedicado a las "causas que la excluyen" -entre las que coloca preceptos de los que bien pueden reputarse antecedentes históricos del art. 57 bis b)- sin que, no obstante, considere este autor que su presencia afecta a la existencia del delito. Incluso DEL ROSAL -que tan atinadas observaciones hizo en torno a este tema- incurría en el tipo de imprecisiones señaladas. Decía este autor que la "punibilidad" era "el último de los caracteres del delito. y acaso el más diferenciador de todos ellos" (Tratado de Derecho penal español. Parte general, T. I, 2ª ed., revisada y puesta al día por Cobo del Rosal, Madrid, 1976, p. 260) Decía también que era necesario no confundir la "punibilidad" -carácter último de la noción delictiva- y la "penalidad", que entendía como el conjunto de presupuestos positivos de la pena según la ley o la sentencia (op. cit. p. 261). Sin embargo, todo ello no le impidió colocar bajo el epígrafe "La punibilidad: *su ausencia*" preceptos como el art. 226 o el art. 564, pese a afirmar en varias ocasiones que el delito, como tal, quedaba inalterado (op. cit. p. 288).

⁽⁴⁸⁾ "La punibilidad...", op. cit. p. 28.

necesidad de la respuesta penal"⁽⁴⁹⁾. Por otra parte, considera necesario distinguirla de la "penalidad" que "en cambio, constituye una mera característica o cualidad de la pena"⁽⁵⁰⁾. Paralelamente, diferencia este autor entre "causas de exclusión de la penalidad" y "causas de exclusión de la punibilidad"⁽⁵¹⁾. Entre las primeras coloca las inviolabilidades, inmunidades, los requisitos de procedibilidad y las causas de extinción de la responsabilidad criminal previstas en el art. 112 C.P.; entre las segundas, dice POLAINO, "singular relevancia asumen las denominadas excusas absolutorias"⁽⁵²⁾, y cita varias⁽⁵³⁾ que considera como tales; concretamente interesa resaltar los casos de los arts. 226 y 553 bis c C.P.; y ello por el claro paralelismo que presentan con el art. 57 bis b), pues, al igual que en este, van referidos a delitos ya consumados, similitud que es aún mayor con el primero de los preceptos citados por tratarse de un delito -como el asociativo- de consumación formal. Pues bien, expresamente afirma el autor la inexistencia de delito en tales casos: "Las causas de exclusión de la punibilidad -dice POLAINO- difieren sustancialmente de las meras causas que afectan a la penalidad, por cuanto, al eliminar la punibilidad o característica del delito determinante del merecimiento de sanción penal por exigencias preventivo-generales y preventivo-especiales, *deniegan la propia existencia del delito*"⁽⁵⁴⁾.

Una solución de ese tipo es también la que ofrecen OCTAVIO de TOLEDO y HUERTA TOCILDO. Según estos autores "puede decirse como regla general que cuando se dan todos los elementos del delito que hasta ahora hemos estudiado (sc. conducta típica, antijurídica y atribuible) la consecuencia inmediata es que resulta posible imponer la pena (...) Sucede, sin embargo, que en ocasiones muy contadas la ley, en atención a necesidades político-criminales, exige la presencia de ciertos requisitos o la ausencia de otros (sc. las "condiciones personales de exclusión de la pena", categoría donde incluyen las excusas absolutorias y las inviolabilidades) para posibilitar la imposición de la pena (...) Al conjunto de tales requisitos es a lo que llamamos punibilidad: el último de los elementos que deben concurrir para que, en definitiva,

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem.*

⁽⁵⁰⁾ Op. cit., p. 32.

⁽⁵¹⁾ Op. cit., p. 32 y ss.

⁽⁵²⁾ Op. cit., p. 36

⁽⁵³⁾ Op. cit., p. 36, nota 25

⁽⁵⁴⁾ Op. cit., p. 34 (cursiva mía)

pueda afirmarse que se ha cometido un delito"⁽⁵⁵⁾; lo cual, *a contrario sensu*, quiere decir que, si concurre una de aquellas causas cuya ausencia es necesaria para afirmar la punibilidad, no podrá afirmarse la existencia de la infracción.

También merece destacarse el planteamiento que de la cuestión hace MUÑOZ CONDE. Dice el catedrático sevillano que "normalmente son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad las características comunes a todo delito (...) En algunos casos, se exige, sin embargo, para *poder calificar un hecho como delito*, la presencia de algunos elementos adicionales que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad (...) Se habla en estos casos de penalidad y se considera que esta categoría es también un elemento perteneciente a la teoría general del delito"⁽⁵⁶⁾. La "penalidad" sería así "una última categoría que, desde luego, no siempre tiene que existir, pero que el legislador, por razones utilitarias, puede exigir para fundamentar o excluir la punibilidad de un hecho"⁽⁵⁷⁾. A su vez, dentro de la "penalidad" coloca este autor las "causas que la fundamentan (las llamadas condiciones objetivas de penalidad) y causas que la excluyen (las llamadas causas de exclusión o anulación de la penalidad o excusas absolutorias)"⁽⁵⁸⁾, citando como ejemplo de estas últimas, entre otros preceptos, el art. 226 C.P. o el desistimiento previsto en el art. 3 C.P.⁽⁵⁹⁾.

Resultaría, siguiendo su argumentación, que la presencia de estas causas supondría la ausencia de la penalidad, lo cual -al ser ésta elemento necesario allí donde la ley lo exige- impediría, según sus propias palabras, "calificar el hecho como delito".

Planteamientos similares se han mantenido en la doctrina extranjera. Especialmente en Italia, donde a raíz de la aparición de la "legislazione dell'emergenza" se reavivó el interés que, desde sus clásicos, suscita la temática en torno a la punibilidad y a las causas que pudieran excluirla.

⁽⁵⁵⁾ Derecho penal..., op. cit., p. 385(cursiva mia)

⁽⁵⁶⁾ Teoría general del delito. 2ª ed., Valencia, 1989, p. 20, (cursiva mia); vid. también, p. 156.

⁽⁵⁷⁾ El desistimiento voluntario de consumir el delito, Barcelona, 1972, p. 64. Vid., también, la introducción que este autor hace a la obra de ROXIN, Política criminal y sistema del Derecho penal, Barcelona, 1972, p. 13.

⁽⁵⁸⁾ Teoría..., op. cit. p. 156; y El desistimiento..., op. cit. p. 64.

⁽⁵⁹⁾ Teoría... op. cit. p. 157; sobre la naturaleza jurídica del desistimiento, en extenso: El desistimiento..., op. cit. p. 63 y ss.

Así, ANGIONI -en el marco de un extenso estudio sobre las condiciones objetivas de punibilidad- admite la existencia de causas que, aun sin afectar ni a la antijuridicidad ni a la culpabilidad, permiten excluir - "ab initio" unas, y "a posteriori" otras - la punibilidad⁽⁶⁰⁾. Concretamente, refiriéndose a los arts. 1 y 5 de la Ley de 29 de Mayo de 1982, n° 304, considera que nos hallamos ante "cause sopravvenute di esclusione del reato", esto es, "cause con efficacia ex tunc, che annullano il reato in tutti i suoi effetti principali e accessori"⁽⁶¹⁾, las cuales, no obstante, se diferencian de aquellas otras causas que están presentes desde el momento de la comisión del hecho, y que, por tanto, excluyen "ab initio" el delito⁽⁶²⁾.

De un modo similar se expresa PAGLIARO. Este autor considera los arts. 4 y 5 del Decreto n° 625/1979, casos particulares de arrepentimiento activo "*post delictum*", cuya naturaleza jurídica es -al decir de PAGLIARO- la de ser "causas de *resolución del delito*"⁽⁶³⁾, esto es, "fatti giuridici posteriori alla perfezione del fatto di reato, quali con il loro verificarsi risolvono ex tunc gli effetti del reato come tale. Per l'intervento di una condizione risolutiva del reato, un fatto, che già costituiva reato, *cessa di esserlo* con efficacia retroattiva"⁽⁶⁴⁾.

Muchos años antes, en 1914, VANNINI afirmaba que cuando un hecho quedaba exento de pena por razones que no fueran meramente procesales, tal hecho no podía calificarse de delito⁽⁶⁵⁾. "Sembra a noi -decía VANNINI- che non applicandosi la pena, la

⁽⁶⁰⁾ "Condizione di punibilità e principio di colpevolezza", Riv.ital.dir.proc.penale 1989, especialmente p.1518 y 1529.

⁽⁶¹⁾ Op. cit., p. 1518 y nota 314,(cursiva mia)

⁽⁶²⁾ Op. cit., p. 1528, 1529 y nota 355..

⁽⁶³⁾ Principi di Diritto penale. Parte generale, 3ª ed., Milano, 1987, p. 543 y 544.

⁽⁶⁴⁾ Op. cit. en nota anterior, p. 729,(cursiva mia).

⁽⁶⁵⁾ La punibilità dell'azione como elemento costitutivo del concetto di reato, Siena, 1914, p. 47; cit. por PISAPIA, "La non punibilità speciale", en Studi in memoria di A. Rocco, Milano, 1952, nota 72, p. 388 y 389. La citada obra de VANNINI no me ha sido posible encontrarla(ni aun fichada) en ninguna de las principales bibliotecas italianas, españolas, o alemanas; ni siquiera en la biblioteca de la Universidad de Siena, lugar donde al parecer se publicó -siendo VANNINI Ordinario di Diritto penale- queda constancia de la existencia de tal obra. De todos modos, quien esto escribe confía en las referencias que de ella dan autores italianos como PISAPIA o españoles como COBO DEL ROSAL ("La punibilidad en el sistema de la Parte general del Derecho penal español", Estudios penales y criminológicos, T. VI, Santiago de Compostela, 1983, p. 27). Por otra parte, el valor de tal obra es más bien testimonial, por ser el primer trabajo donde en Italia se admite que la punibilidad es elemento esencial del delito; por lo demás, este pensamiento lo desarrolló VANNINI en otras muchas obras posteriores a las que si se ha tenido acceso.

quale è il contrassegno esteriore e pratico del reato, questo *non sussista*, e ciò *anche se l'esenzione avvenga per ragioni fuori del reato stesso*"⁽⁶⁶⁾.

No admitía VANNINI que pudieran haber causas que no afectaran a la existencia del delito, sino sólo a la pena. Si eran razones materiales -no procesales- las que llevaban a eximir a un sujeto de pena, entonces lo excluido era la punibilidad misma, y -añadía- "ogni "condizione di punibilità" sia essa soggettiva od oggettiva, abbia valore di necessità giuridica (discernimento, etc.) o *di espediente politico (mancanza di ravvedimento attuoso) si equivale* nel suo resultado, nel suo valore giuridico, in quanto a *condizione dell'esistenza del reato*"⁽⁶⁷⁾

En realidad, en el sistema de VANNINI la punibilidad pasa a ser un concepto tan amplio que llega incluso a absorber en su seno la antijuridicidad misma. De ahí que este autor afirme que "dal punto de vista giuridico penale la liceità di un fatto e determinata dalla sua non punibilità. Dal punto de vista giuridico-penale e perfettamente indifferente che la non punibilità di un fatto dipenda da una norma di disinteressamento o da una norma attributiva del diritto soggettivo di compiere il fatto stesso"⁽⁶⁸⁾.

También en el sistema de BATTAGLINI es posible advertir aquella confusión entre la punibilidad y la antijuridicidad, que resulta absorbida por aquella⁽⁶⁹⁾; sin embargo, sí que admite este autor la distinción entre causas que excluyen la punibilidad y con ello el delito mismo, y aquellas otras que se limitan a excluir la pena dejando inalterado aquél. Ello es consecuencia de la distinción que BATTAGLINI hace entre

⁽⁶⁶⁾ "Il concetto e il contenuto del reato", Riv. dir. proc. pen. 1919, P. I, p. 251.

⁽⁶⁷⁾ "Su la concezione giuridica del reato", en Studi Senesi, Vol XXXI, 1915, Fasc. 3., p. 183.

⁽⁶⁸⁾ "Concetto e contenuto dell'illecito penale", en Studi Senesi, Vol. XLVI, 1932, p. 93.

⁽⁶⁹⁾ Vid. "Gli elementi del reato nel nuovo Codice penale" Annali di Diritto e Procedura Penale, 1934, p. 1098 y ss.; Diritto penale. Parte generale, 1ª ed., Bologna, 1937, p. 69, nota 1 y p. 164 y ss., también ahí puede consultarse la correspondencia que sobre este tema mantuvieron BATTAGLINI y MEZGER, apéndice 1º, p. 4 y ss.; "Impunibilità"..., op. cit. p. 430.

Las críticas no se hicieron esperar. Vid. además de la que MEZGER le dirigió (en op. y loc. arr. cit.): GRISPIGNI, "La sistematica della parte generale del Diritto penale", Rivista di Diritto penitenziario, 1934, p. 1270, nota 3; MAGGIORE, Principi di Diritto penale. Vol I. Parte Generale, 3ª ed., Bologna, 1939, p. 194, nota 1; MUSOTTO, Le condizioni obiettive di punibilità nella teoria generale del reato, Palermo, 1936, p. 140 y ss; PETROCELLI, "Reato e punibilità", Riv.ital.dir.proc.penale, 1960, p. 695 y ss; no obstante, también en el sistema de PETROCELLI se introduce una confusión entre antijuridicidad y punibilidad; pero a la inversa, pues en el suyo es la antijuridicidad la que absorbe a la punibilidad (Puede verse una interesante crítica a la construcción de PETROCELLI, en STORTONI, "Premesse ad uno studio sulla "punibilità", Riv.ital.dir.proc.penale, 1985, p. 404 y ss.

"impunibilità" e "impunità"⁽⁷⁰⁾. Es, precisamente, en este último concepto donde se incluyen aquellos casos en los cuales "malgrado sussista il reato, si prescinde dall'infliggere la pena, di regola in considerazione di un successivo contegno del colpevole, che riesce utile per l'ordine giuridico, in quanto non si compie l'azione oppure sono evitate le ulteriore conseguenze dannose..."⁽⁷¹⁾.

A mi modo de ver, BATTAGLINI introduce de ese modo una distinción importante que no debe perderse de vista; y ello aun cuando no se asuma su concepción de la punibilidad como elemento estructural del delito junto al "*fatto tipico*" y la "*colpevolezza*", ni tampoco sus esfuerzos por conceder a aquella el valor sistemático desempeñado por la antijuridicidad.

Hasta aquí se ha ofrecido al lector un conjunto suficientemente representativo de opiniones que coinciden en afirmar que las llamadas en España "excusas absolutorias", por unos, o "causas de exclusión de la pena" por otros, afectan a la punibilidad, lo que supone- al considerar la punibilidad como elemento esencial del delito- excluir la presencia del delito mismo.

Sin embargo, a mi juicio, aquella conclusión es el producto de un entendimiento de la punibilidad que no puede compartirse.

Coincido con ellos en considerar a la punibilidad elemento esencial del delito, pero en modo alguno en configurarla como elemento estructural autónomo cuyo contenido propio serían las llamadas "condiciones objetivas de punibilidad", de un lado, y las "causas de exclusión de la pena", de otro, de modo que la ausencia de unas o la presencia de otras excluiría el delito mismo.

Si se entiende -como aquí se hace- que, en base al art. 1 C.P. existe la necesidad lógica de emplear en la definición del delito la punibilidad, y si -como bien ha dicho COBO DEL ROSAL⁽⁷²⁾ -ésta es la referencia *normativa* a la pena como consecuencia jurídica de un determinado hecho, habrá de entenderse también que esa ineludible referencia que llamamos punibilidad es elemento imprescindible del concepto de delito, y que resulta inalterada por la presencia de causas que se limitan a excluir la concreta aplicación de la pena.

⁽⁷⁰⁾ "Impunibilità...", op. cit. p. 429 y ss.

⁽⁷¹⁾ Op. cit. en nota anterior, p. 435(cursiva mía)

⁽⁷²⁾ "La punibilidad...", op. cit. p. 22.

A mi entender, tiene razón COBO DEL ROSAL cuando -partiendo del magnífico planteamiento que PETROCELLI hizo sobre las relaciones entre precepto y sanción⁽⁷³⁾- afirma que la punibilidad "expresa un juicio de relación entre un hecho jurídico que reúne determinadas características, y la pena como su consecuencia jurídica"⁽⁷⁴⁾.

Así, esa ineludible referencia normativa a la pena sería la punibilidad, sin la cual no es posible elaborar el concepto de delito.

Y no lo es porque lo único que diferencia el delito frente a otros ilícitos culpables es la posibilidad de referir, abstractamente, la sanción penal a ese hecho. La punibilidad vendría a cualificar como delito un injusto culpable cuya realización considera el legislador que es necesario conminar normativamente con una pena. Pues bien, esa necesidad penal abstracta es lo que la punibilidad representa.

El tipo -como tipo de injusto- es el portador de buena parte de los factores que permiten hablar de tal necesidad de pena porque en él se contiene la referencia al bien jurídico atacado y la entidad del ataque⁽⁷⁵⁾. Por eso, afirmada la realización de la conducta típica hay una tendencia -pero sólo una tendencia- a calificar como punible dicho hecho.

Sin embargo, las causas de justificación o las de exclusión de la culpabilidad influyen en aquella necesidad penal abstracta que la punibilidad representa, una necesidad que desaparece no sólo ante la lesión o la puesta en peligro justificadas por la decisión de dar preponderancia a un bien distinto, sino también ante el ataque no culpable, pues con ello se elimina la posibilidad de calificar de intolerable tal ataque. Por tanto, en ambos casos debe negarse que exista necesidad alguna de referir -ni siquiera normativamente- la sanción penal a dichos hechos. Así pues, estas son las únicas causas que eliminan la punibilidad y, consiguientemente, el delito mismo.

De igual modo, influye en la necesidad normativa de pena la posibilidad de proteger el bien de que se trate a través de un medio menos gravoso, lo cual debería llevar a un legislador respetuoso con el principio de subsidiariedad a no sancionar penalmente esa conducta.

⁽⁷³⁾ "Reato e punibilità...", op. cit. p. 671 y ss.

⁽⁷⁴⁾ "La punibilidad...", op. cit. p. 22.

⁽⁷⁵⁾ Este es, a mi juicio, el sentido que encierra la afirmación de ROXIN de que "en el tipo el hecho se valora bajo el punto de vista de la necesidad penal abstracta" (Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal, trad. de Bustos Ramírez y Hormazábal Malareé, Barcelona, 1992, 1ª ed., p. 61)

Pero todo ello, esto es, la valoración sobre si un injusto culpable determinado está o no necesitado normativamente de pena, es a fin de cuentas una decisión legislativa que se expresa en el proceso de tipificación. De este modo, puede decirse que cuando la consecuencia normativamente prevista para la vulneración de la norma -en su doble vertiente de norma objetiva de valoración y subjetiva de determinación- es la pena, ya queda definitivamente resuelta la cuestión sobre la necesidad penal abstracta. Eso es, en definitiva, lo que la punibilidad representa.

Dicho de otro modo, para afirmar que nos hallamos ante un hecho punible, ante un delito, basta constatar: a) La realización de una determinada figura de la Parte especial; y b) que esa conducta reúne los caracteres de ser antijurídica y culpable, tal y como exige la definición contenida en el art. 1 C.P. De este modo, una vez verificada la realización de una de aquellas figuras, lo único que puede excluir la punibilidad, y con ello el delito, es la presencia de una causa que anule alguno de los dos elementos esenciales de la estructura del delito: Sólo así, por otra parte, es posible mantener un paralelismo perfecto entre estas dos afirmaciones: todo delito es hecho punible y todo hecho punible es delito; sin que pueda oponerse a tal equiparación el hecho de que nuestro Código, en reiteradas ocasiones, se refiera con el término delito a hechos que no son punibles; este es, como bien se ha dicho, el uso "normal" que el Código hace del término delito, pero que, ciertamente, no se corresponde con el concepto dogmático del mismo⁽⁷⁶⁾.

Así entendida, la punibilidad se distingue perfectamente de lo que es la aplicación de la pena. Lo que COBO DEL ROSAL -con más acierto que quienes hablan de "punibilidad concreta"⁽⁷⁷⁾- denomina "concreción de la punibilidad", que va referida al momento aplicativo, y no, a diferencia de la punibilidad, al normativo⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁶⁾ MIR PUIG, "Los términos "delito" y "falta" en el Código penal", A.D.P.C.P., 1973, p. 324

⁽⁷⁷⁾ Sobre todo en Italia, es frecuente distinguir entre "punibilidad abstracta" como referencia normativa a la pena y "punibilidad concreta" que viene a ser, sencillamente, la concreta aplicación de la pena. No obstante, es posible también encontrar estas mismas expresiones con significados diversos. Sin embargo, por la confusión a que conduce la utilización de estos términos, y porque, en última instancia, la punibilidad es, por naturaleza, un concepto abstracto, es desaconsejable servirse de ellos. En este sentido, BATTAGLINI, "Impunibilità...", op. cit., p. 429; PETROCELLI, "Reato...", op. cit. p. 682, nota 25, PISAPIA, "Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena", Riv. it. dir. pen., 1952, p. 29; Cfr: BRICOLA, "Punibilità...", op. cit., p. 592, y SANTANGELO, "Sui rapporti fra "reato" e "punibilità", Archivio Penale, 1963, p. 189 y ss.

⁽⁷⁸⁾ "La punibilidad...", op. cit. p. 23.

Se trata de una distinción cuya importancia se han ocupado de resaltar otros grandes estudiosos de la punibilidad como PETROCELLI⁽⁷⁹⁾ o BATTAGLINI⁽⁸⁰⁾. Y así ha sido porque como dice el último de los autores citados la falta de punibilidad "implica un non reato", mientras que la simple impunidad lo presupone⁽⁸¹⁾.

Es precisamente en este segundo ámbito, el aplicativo, donde tienen que ubicarse sistemáticamente las "causas de exclusión de la pena", porque van referidas a hechos que son normativamente punibles y se limitan a ser expresión de una renuncia del Estado al ejercicio de la potestad punitiva; una renuncia que -como señala VASALLI⁽⁸²⁾ -viene impuesta al juzgador en los casos en que es más evidente la utilidad que resulta de no aplicar la pena, y que, contrariamente, se deja a la discrecionalidad del Juez en los casos en que aquella utilidad no es tan manifiesta.

El fundamento de esa renuncia podrá ser distinto para cada uno de los supuestos ahí incluidos, pero, en cualquier caso, aquél habrá de buscarse fuera de los elementos del delito. Más allá, por tanto de la antijuridicidad y la culpabilidad. Porque si tales causas les afectaren, lo coherente sería reconducirlas a uno de estos elementos. Sin embargo -como se dijo- resulta pacífico en la doctrina el admitir que las razones que las fundamentan no pertenecen ni al injusto ni a la culpabilidad.

Asimismo, tampoco sería adecuado tratar de encontrar dicho fundamento en la punibilidad. Y no lo sería porque si la punibilidad se entiende como aquí se hace, no cabe la menor duda de que las causas de exclusión de la pena se proyectan sobre hechos que son normativamente punibles. Cuando el miembro de una organización terrorista la abandona voluntariamente, o cuando, por ejemplo, los rebeldes deciden someterse no se altera la necesidad abstracta de la respuesta penal. Dicha necesidad se ha verificado previamente: cuando ha tenido lugar la realización antijurídica y culpable de una conducta para la que normativamente estaba prevista como sanción una pena.

De ahí que se esté de acuerdo con aquellos que, como POLAINO⁽⁸³⁾, afirman que la punibilidad aporta a la Teoría del delito la exigencia de la verificación de la respuesta

⁽⁷⁹⁾ "Reato e punibilità...", op. cit., p. 685.

⁽⁸⁰⁾ "Impunibilità...", op. cit. p. 429 y ss.

⁽⁸¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁸²⁾ "Cause di non punibilità...", op. cit. p. 618; vid., también al respecto, HIGUERA GUIMERÁ, Las excusas..., op. cit., p. 113.

⁽⁸³⁾ "La punibilidad...", op. cit. p. 28.

penal. Ciertamente, la punibilidad es la expresión concentrada de todo un proceso en el cual se ha valorado la antijuridicidad y culpabilidad de un hecho y se ha decidido -el legislador ha decidido- calificarlo de delito; y lo ha hecho, precisamente, creando una figura legal a cuya realización ha asociado normativamente la pena como consecuencia jurídica.

Y ese estado de cosas -y en esto me permito discrepar de POLAINO⁽⁸⁴⁾- no se altera ni por la concurrencia de lo que él prefiere denominar excusas absolutorias, ni tampoco por la ausencia de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad⁽⁸⁵⁾.

Cosa muy distinta es que en determinados supuestos y bajo determinadas circunstancias el legislador entienda que es preferible renunciar a la pena, por entender que *en ese caso concreto* la *aplicación* de la pena no es necesaria y la renuncia a ella pudiera, incluso, resultar conveniente.

Ahora bien, decir -como hace MUÑOZ CONDE- que razones de ese tipo "fundamentan todavía la punibilidad"⁽⁸⁶⁾ es ir muy lejos. Y así es, porque ello supondría olvidar que nos hallamos ante una *decisión que no responde a unas pautas generalizables*. Es por eso que MUÑOZ CONDE se ve obligado a incluir todo este tipo de causas en una "categoría" contingente -la penalidad⁽⁸⁷⁾- que precisamente por esa característica no tiene, a mi modo de ver, entidad bastante para ser una última categoría del delito de la que pudiera depender la punibilidad, y, en última instancia, la existencia del delito mismo.

En definitiva, **y a modo de conclusión**, quienes admiten que la punibilidad es elemento esencial del delito, y afirman que las llamadas "excusas absolutorias", por unos,

⁽⁸⁴⁾ Op. cit. en nota anterior p. 34 y ss.

⁽⁸⁵⁾ Naturalmente, me refiero a aquellas condiciones objetivas que se limitan a restringir la posibilidad concreta de aplicación de la pena, las cuales se hallan fuera de los elementos del delito. Incluyo, por tanto, en ese concepto aquellas condiciones que son la contrapartida objetiva de las causas de exclusión de la pena; no aquellas otras, que aunque calificadas como tales, son sustancialmente elementos del injusto y que, consiguientemente, fundamentan la punibilidad porque condicionan la existencia o la gravedad del injusto mismo. Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, Las condiciones objetivas de punibilidad, Madrid, 1989, especialmente, p. 30 y ss, y 108 y ss; MAPELLI CAFFARENA, Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, Madrid, 1990, p. 20 y ss.

⁽⁸⁶⁾ El desistimiento..., op. cit., p. 64

⁽⁸⁷⁾ *Ibidem*.

o "causas de exclusión de la pena", por otros, conforman -junto con las "condiciones objetivas de punibilidad" el contenido propio de aquella, se ven obligados a concluir que cuando concurre una de dichas causas queda excluida la punibilidad y, consiguientemente, el delito mismo, por faltarle uno de sus elementos.

Sin embargo, como se dijo, todo ello es producto de un entendimiento de la punibilidad que no podemos compartir.

A mi juicio, la *punibilidad* debe entenderse -tal y como en España ha mantenido COBO DEL ROSAL⁽⁸⁸⁾- como inexcusable *posibilidad legal (abstracta)* de referencia y aplicación de la pena. Y tal referencia -que es un *fenómeno normativo*- se da siempre que tiene lugar la vulneración de una norma -en su doble vertiente de norma objetiva de valoración y subjetiva de determinación- cuya consecuencia jurídica es la pena; o dicho de otro modo: la punibilidad existe desde el momento en que tiene lugar una conducta subsumible en alguna figura de la Parte Especial que reúne los caracteres de ser antijurídica y culpable, tal y como exige el art. 1 de nuestro Código penal. Solo así es posible establecer un perfecto paralelismo entre la afirmación -nada polémica- de que todo delito es hecho punible y la inversa: que todo hecho punible es delito.

De lo dicho se extrae, en primer lugar, que *la punibilidad es esencial al delito*, pero sólo como *elemento conceptual*, sin ser, por tanto, elemento de su estructura dotado de contenido propio; y, en segundo lugar, que las llamadas *causas de exclusión de la pena al proyectarse sobre hechos que son normativamente punibles, no afectan a la punibilidad*; de modo que si no excluyen ésta, *ni tampoco* -como mantuvimos páginas atrás- *la antijuridicidad o la culpabilidad*, dejan inalterado el delito, cuya existencia presuponen.

Es por todo ello que entiendo que lo correcto es *excluir ese tipo de causas de la Teoría jurídica del delito*, donde no tienen por qué situarse todos los factores que inciden en el sí o en el cuánto de la pena a imponer en un caso concreto.

Pues bien, si las consideraciones expuestas se trasladan al ámbito del art. 57 bis b), será fácil observar que todo lo dicho es perfectamente aplicable al mismo. De ahí, que deba reconocerse que no andaban desencaminados quienes estimaban que nuestro precepto respondía a la doctrina de las llamadas "excusas" o "semiexcusas absolutorias". En los epígrafes sucesivos se tratará, no obstante, de precisar la vinculación material que el art.57 bis b) presenta con tales institutos, así como las diferencias formales que les

⁽⁸⁸⁾ "La punibilidad...", op. cit. p. 53.

separan. En todo caso, quede claro por el momento que, tanto la causa de atenuación como la causa de remisión de la pena, comparten con las citadas excusas y semiexcusas una misma ubicación sistemática, la cual -por las razones expuestas- no puede estar en la punibilidad.

Excluida, por tanto, la posibilidad de que resulte afectado el último de los elementos del delito, y habiéndose descartado previamente su inclusión en la antijuridicidad o la culpabilidad, sólo queda tratar de encuadrar la causa de atenuación, de un lado, y la causa de remisión, de otro, dentro de la teoría de la pena. Y una vez decidido que ese es el marco sistemático más adecuado, se tratará de decidir si resulta posible incluirlas dentro de alguna de las categorías ya existentes, tomando en cuenta aquellas con las que guarda una mayor afinidad. De ello me ocupo en las páginas que siguen.

III. LA CAUSA DE ATENUACIÓN DE LA PENA

III.1. Introducción

En el art.57 bis b) se califica la causa de atenuación que nos ocupa como "circunstancia cualificada para la graduación individual de las penas" . En virtud de ella, el Tribunal queda obligado a aplicar la pena inferior en un grado a la fijada a los delitos que se imputaren al sujeto, quedando a la discrecionalidad judicial la posibilidad de que la atenuación lo sea en dos grados. Asimismo, establece también el art. 57 bis b) que la apreciación de dicha atenuante impone el no tener en cuenta la elevación de pena que para aquel tipo de delitos prevé el art. 57 bis a).

Con estas notas generales que caracterizan la causa de atenuación se pone ya de manifiesto la preocupación del legislador por marcar su excepcionalidad.

Esta misma línea ha seguido la doctrina. Así, cuando los autores se han pronunciado sobre la naturaleza jurídica de esa causa de atenuación -o de otras que eran antecedente directo de ella- han resaltado la especialidad de ésta frente a otras causas afines de medición de la pena.

Así, COBO y VIVES⁽⁸⁹⁾ se refieren a ella como "circunstancia cualificada" o "especial" de atenuación. Una denominación similar es la que le dan GARCÍA SAN PEDRO⁽⁹⁰⁾ o MESTRE DELGADO⁽⁹¹⁾, quienes hablan de "circunstancia *especifica* de atenuación de la pena". En el mismo sentido se expresa, entre otros, GARCÍA VALDÉS⁽⁹²⁾, quien, tratando de resaltar los singulares efectos que su apreciación conlleva, la califica como "*superatenuante* de la responsabilidad criminal".

Nada distinto ocurrió en Italia, país donde la doctrina mayoritaria, al analizar preceptos análogos al nuestro, optó o bien por considerar que albergaban circunstancias *impropias* que no se sujetaban al régimen general⁽⁹³⁾, o bien las consideró, sin más, como un indulto enmascarado bajo la forma de circunstancia atenuante⁽⁹⁴⁾.

III.2. Analogías y diferencias con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (o circunstancias en sentido estricto).

A mi juicio tiene razón la doctrina mayoritaria cuando trata de desmarcar la causa de atenuación que analizamos respecto de lo que son propiamente circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, porque, en efecto, si se adopta un planteamiento eminentemente formal, no está nada claro que la causa de atenuación prevista en el art. 57 bis b) sea una verdadera circunstancia.

Y así es porque las circunstancias en sentido estricto en cuanto no afectan a lo esencial del delito sólo pueden alterar sus consecuencias de forma accidental⁽⁹⁵⁾; más

⁽⁸⁹⁾ Derecho Penal..., op. cit., p. 727.

⁽⁹⁰⁾ "Atenuación...", op. cit., p. 64.

⁽⁹¹⁾ Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional, Madrid, 1987, p. 228.

⁽⁹²⁾ "La legislación...", op. cit., p. 329.

⁽⁹³⁾ En este sentido, entre otros, CASELLI-LAUDI-MILETTO-PERDUCA, La dissociazione dal terrorismo, Milano, 1989, p. 68 y ss; FIANDACA-MUSCO, Diritto penale. Parte speciale, V.I. 1ª ed., Bologna, 1988, p. 118.

⁽⁹⁴⁾ En este sentido, FLORA, "Commento, legge 18/2/1987, n° 34: Misure a favore di chi si dissocia dal terrorismo", La legislazione penale, 1987 (3), p. 596; COVI, intervención en el Convegno del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale (CNPDS), recogida en la obra colectiva: La legislazione premiale, Milano, 1987, p. 224.

⁽⁹⁵⁾ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Universidad de Valencia, 1988, p. 87 y ss; ALONSO ALAMO, El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general, Universidad de Valladolid, 1981, p. 214 y 215.

concretamente, su función característica es la de posibilitar la fijación del "marco legal concreto" de la pena. Sin embargo, el efecto atenuatorio previsto en el art. 57 bis b) es la reducción imperativa de la pena en un grado o, facultativamente, en dos, además de excluir la agravación prevista en el art. 57 bis a. A su vez, esta eficacia privilegiada lo es mayormente si se piensa que -al igual que la agravación específica- resultará aplicable a todos y cada uno de los delitos relacionados con las actividades allí descritas que se imputaren al sujeto.

Por otra parte, el hecho de que las razones que fundamentan- como en su momento veremos- tan privilegiado régimen sean, ante todo, razones de índole utilitaria semejantes a las que inspiran las causas de exclusión de la pena, induce a pensar que la categoría con la que la semejanza es mayor es la de las tradicionalmente denominadas semiexcusas absolutorias. De hecho, algún autor⁽⁹⁶⁾ se ha referido a esta causa de atenuación con aquella denominación. Sin embargo, hay que reconocer que decir esto es decir muy poco, porque muy poco es lo que se sabe- o lo que se dice- sobre la naturaleza jurídica de las semiexcusas absolutorias. En este sentido, resulta un tanto sorprendente que en una monografía destinada al estudio de las excusas absolutorias⁽⁹⁷⁾ sólo se destinen cuatro líneas al estudio de las semiexcusas absolutorias, y que casi tres de ellas lo sean para decir que "en el supuesto de arrepentimiento activo y los beneficios establecidos para las personas pertenecientes a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes" nos hallamos ante semiexcusas de aquel tipo. Bien es verdad, no obstante, que también se dice que no es esencial a las excusas que excluyan totalmente la pena, por lo que pudiera entenderse que las semiexcusas integran aquella categoría. Sin embargo, lo cierto es que no excluyen la pena, sino que se limitan- como las circunstancias- a modificarla.

¿Qué es, entonces, nuestra causa de atenuación? ¿es una semiexcusa absolutoria? ¿es, más concretamente, una excusa absolutoria que, a diferencia de lo que es habitual, se limita a modificar la pena? o, finalmente, ¿es materialmente una circunstancia dotada, por razones político-criminales, de especial virtualidad y sujeta a un régimen jurídico especial?. Personalmente, estimo que no reporta utilidad alguna pronunciarse a favor o en contra de alguna de esas denominaciones, por cuanto con cualquiera de ellas lo que se está diciendo es que nos hallamos ante un instituto ajeno a los elementos esenciales del delito que modifica la pena. Es por ello que no hay inconveniente alguno en considerar que nos hallamos materialmente ante una circunstancia, frente a la cual, por razones político-criminales semejantes a las que

⁽⁹⁶⁾ HIGUERA GUIMERÁ, Las excusas..., op. cit., p.113.

⁽⁹⁷⁾ HIGUERA GUIMERÁ, *ibidem*

inspiran las causas de exclusión de la pena, el legislador ha optado por la vía legítima y posible de otorgarle un *régimen jurídico especial*, sustrayéndola con ello al previsto para las circunstancias ordinarias en los arts. 58 y siguientes del Código penal⁽⁹⁸⁾. Lo cual es comprensible si se piensa, por ejemplo, que de sujetarla al régimen común de compensación podría resultar comprometida la finalidad eminentemente utilitarista que con ella el legislador persigue.

Naturalmente, para admitir esa vinculación material con las circunstancias, es necesario asumir- como aquí se hace- una particular concepción de estos elementos. Concretamente, la que defienden, entre otros, COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN⁽⁹⁹⁾ y GONZÁLEZ CUSSAC⁽¹⁰⁰⁾, autores, todos ellos, que insisten en reconducir las circunstancias a la Teoría de la pena, por entender que éstas no se fundamentan en el hecho de suponer una mayor o menor antijuridicidad o una mayor o menor culpabilidad, sino en razones político-criminales de muy variado carácter.

Desde esa perspectiva, la atenuación prevista en el art. 57 bis b) comparte, desde luego, con aquellas circunstancias el ser ajena a los elementos esenciales del delito, esto es, su carácter de elemento accidental, por lo que -siguiendo a GONZÁLEZ CUSSAC⁽¹⁰¹⁾- podría considerarsela incluida en el concepto material de circunstancia. Concretamente, distingue este autor entre un concepto material "débil" y un concepto material "fuerte", incluyendo en aquél primero las circunstancias que no afectan ni al tipo de injusto ni a la figura delictiva, y dentro del segundo, a aquellas que no inciden ni en el injusto ni en la culpabilidad, siendo este último significado el que respeta de un modo absoluto el entendimiento de las circunstancias como elementos accidentales en sentido estricto⁽¹⁰²⁾. En cualquiera de los dos sentidos puede otorgarse a nuestra causa de atenuación el carácter de circunstancia. Es más, merece destacarse la relativa semejanza que presenta con la atenuante de arrepentimiento espontáneo. De un lado, porque -a diferencia de las restantes- tiene lugar, también con posterioridad a la consumación; de otro, porque -como veremos- existen puntos de conexión entre el fundamento de ambas, máxime si se tiene en cuenta la progresiva objetivización que se observa en la

⁽⁹⁸⁾ Lo que induce a pensar que su colocación sistemática más adecuada no está en la Parte general sino en la Parte especial del Código.

⁽⁹⁹⁾ Derecho penal..., op. cit., p.673 y ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Teoría..., op. cit., especialmente, p.143 y ss.

⁽¹⁰¹⁾ Teoría..., op. cit., p.94

⁽¹⁰²⁾ *Ibidem*.

interpretación doctrinal y jurisprudencial de la circunstancia 9ª art. 9 C.P. Por lo demás, no obstante, las diferencias son obvias, y debe concluirse que el art. 57 bis b) es ley especial frente al art. 9.9⁽¹⁰³⁾.

Resulta, por tanto, que la causa de atenuación prevista en el art. 57 bis b) cae de lleno en el concepto material de circunstancia que aquí se adopta, sin perjuicio de que por no desempeñar una función meramente accesoria en la determinación de la pena pueda calificarse- tal y como hace, según ya se ha dicho, la mayoría de la doctrina- de circunstancia especial, por el privilegiado y singular régimen al que se la sujeta.

Ahora bien, quede claro que con este calificativo no se pretende asimilarla a ciertos elementos a los que el Código denomina circunstancias y a los que -como en nuestro caso- otorga un régimen jurídico especial. Así sucede, por ejemplo, en el caso de las eximentes incompletas, la menor edad, o en el de determinadas "circunstancias" contenidas en la Parte especial del Código. En todos estos casos, la exclusión del régimen jurídico ordinario se debe a la diferencia valorativa que existe entre estos elementos y las circunstancias propiamente tales⁽¹⁰⁴⁾, cosa que no sucede en el supuesto que a nosotros nos ocupa.

Hechas las precedentes consideraciones, insisto en considerar *irrelevante la denominación* que se le prefiera dar a nuestra causa de atenuación. Llámesele como se quiera- excusa absolutoria parcial, semiexcusa absolutoria o circunstancia especial de atenuación-siempre, eso sí, que se convenga en que nos hallamos ante un elemento *ajeno a los que son esenciales* al delito, dotado de un *régimen singular*, y que se proyecta *exclusivamente sobre la intensidad de la sanción*, la cual, *por razones político-criminales* análogas a las que inspiran algunas causas de exclusión de la pena o, al menos en parte, el arrepentimiento espontáneo, resulta atenuada.

⁽¹⁰³⁾ Vid. GARCÍA-PABLOS, Comentarios a la Legislación penal, T. II, Madrid, 1983, p. 165; del mismo, Estudios penales, Barcelona, 1984, p. 364; DE LA CUESTA, "Atenuación...", op. cit., p. 577; CALDERON SUSIN, Arrepentimiento espontáneo (Estudio del art. 9. 9ª del Código penal), Madrid, 1990, p. 294 y 295; MANZANARES SAMANIEGO, Código penal (Comentarios y jurisprudencia) Granada, 1990, p. 356.

⁽¹⁰⁴⁾ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, Teoría general..., op. cit., p. 9; ALONSO ALAMO, El sistema..., op. cit. p. 194 y ss. y 214 y ss.

IV LA CAUSA DE REMISIÓN TOTAL DE LA PENA

IV.1. Planteamiento.

Dice GARCÍA SAN PEDRO⁽¹⁰⁵⁾ que la causa de remisión total de la pena prevista en el art. 57 bis b) C.P. es "una figura sin parangón en nuestra dogmática, donde parece que el legislador opta entre la remisión condicional y la solución italiana, y que podríamos denominar como una causa específica de no penalidad condicionada".

En efecto, dicha causa de remisión presenta un caracter híbrido que impide equipararla íntegramente a alguna de las instituciones con las que presenta una mayor afinidad, las cuales, a mi juicio, son las llamadas causas de exclusión de la pena, la remisión condicional de la misma, y el perdón judicial⁽¹⁰⁶⁾.

Otros autores -como es el caso de FERRAJOLI⁽¹⁰⁷⁾, PULITANÓ⁽¹⁰⁸⁾, o DE LA CUESTA⁽¹⁰⁹⁾- prefieren asimilar este tipo de medidas al indulto, considerando que nos hallamos ante auténticas manifestaciones del derecho de gracia, si bien reservadas al Poder Judicial.

Personalmente, considero que ello no varía sustancialmente las cosas si se entiende -como hace HASSEMER⁽¹¹⁰⁾- que, en realidad, todos los supuestos por cuya virtud cabe renunciar a la pena recuerdan al derecho de gracia. Por ello, nada obsta a que materialmente se la asimile al indulto que, a fin de cuentas, "no es más que la remisión o

⁽¹⁰⁵⁾ "Atenuación...", op. cit. p. 67.

⁽¹⁰⁶⁾ Decir -como hace GARCÍA SAN PEDRO- que el legislador opta entre la remisión condicional y la solución italiana, es decir muy poco. Sencillamente, porque la solución italiana no difiere de la española, pues también en Italia -como ya vimos- este beneficio quedaba sujeto a la posibilidad de revocación (Vid. v.g. art. 5 Ley 18 febrero 1987, nº 34, Cap. II, III - II.1.B).

⁽¹⁰⁷⁾ "Ravvedimento procesuale e inquisizione penale", Questione Giustizia, 1982/2, P. 218.

⁽¹⁰⁸⁾ "Misure antiterrorismo. Un primo bilancio, Democrazia e Diritto, 1981, p. 94 y ss.

⁽¹⁰⁹⁾ "Atenuación...", op. cit. p. 581.

⁽¹¹⁰⁾ Fundamentos del Derecho penal, traducción y notas de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, p. 304.

Por eso mismo, también hay quienes han dicho que la remisión condicional de la pena es un acto de gracia, vid. NUÑEZ BARBERO, Suspensión condicional de la pena y "probation", (Problemática acerca de su naturaleza jurídica) Universidad de Salamanca, 1970, p. 12, nota 4; MAQUEDA ABREU, Suspensión condicional de la pena y probation, Madrid, 1985, p. 43.

exclusión total o parcial de la pena"⁽¹¹¹⁾, y , por tanto, una causa más de exclusión de la pena ; pero reservada al Poder Ejecutivo lo que impide llevar más lejos aquella asimilación.

IV. 2. Distinción de otros institutos afines

A continuación, pasaremos a analizar las analogías y diferencias que la causa de remisión total de la pena presenta con aquellas instituciones afines a que se ha hecho referencia.

IV.2.1. Las llamadas causas de exclusión de la pena (o excusas absolutorias)

Como ya se señaló, no es aislada la opinión de quienes otorgan al art.57 bis b) la naturaleza jurídica de causa de exclusión de la pena ,o,si se prefiere,de excusa absolutoria⁽¹¹²⁾. Pues bien, como se dijo , con esta denominación -o con aquella, más tradicional de "excusas absolutorias"- suele referirse la doctrina española a determinadas circunstancias que producen el efecto de eximir de pena por causas ajenas al injusto y a la culpabilidad, siendo, además, tales circunstancias de naturaleza material, no procesal.

En el mismo sentido, suele hablarse en Italia ,como ya vimos⁽¹¹³⁾, de *cause di esclusione della pena* o de *cause di non punibilità*"; mientras que en Alemania se distingue⁽¹¹⁴⁾- entre "*Strafausschließungsgründe*" y "*Strafaufhebungsgründe*", una terminología que pese a las críticas que ha recibido en su país de origen⁽¹¹⁵⁾, considero que tiene la ventaja de expresar de un modo muy gráfico la diferencia que media entre aquellas causas que concurren ya en el momento del hecho -como v.g. el parentesco en determinados delitos contra la propiedad- y aquellas otras que -como es el caso del desistimiento o el arrepentimiento activo- aparecen una vez realizada la conducta antijurídica y culpable.

⁽¹¹¹⁾ COBO-VIVES, Derecho penal..., op. cit., p. 746.

⁽¹¹²⁾ Vid. supra en este Capítulo, nota 20

⁽¹¹³⁾ Vid supra en este Capítulo, nota 18

⁽¹¹⁴⁾ Vid supra en este Capítulo, nota 19

⁽¹¹⁵⁾ Concretamente, JAKOBS la considera "absolutamente superficial y dogmáticamente estéril", *Strafrecht, A.T.*, 2. Aufl., Berlín-New York, 1991, p. 341, nota 13. Tampoco HIRSCH se muestra partidario de ella por entender que la expresión "causa de levantamiento de la pena" podría llevar al malentendido de considerar ahí incluidos los obstáculos procesales, *Leipziger Kommentar*, B. II, 10. Aufl., Berlín-New York, vor § 32, Rdn. 213, p. 116.

Pues bien, con independencia de cuestiones terminológicas, existe- como se vió- una importante coincidencia a la hora de colocar estas circunstancias fuera de la teoría del delito, de modo que se reconduce su explicación a razones ajenas al injusto y a la culpabilidad, lo cual, lógicamente, lleva a otorgarles un tratamiento jurídico que difiere sustancialmente del que reciben aquellas causas que afectan a los elementos del delito.

Concretamente en Alemania -el país donde, quizá, se ha prestado mayor atención a esta categoría⁽¹¹⁶⁾- se radica el estudio de estas causas en el ámbito de la llamada necesidad de pena (*Strafbedürftigkeit*) que -salvo excepciones⁽¹¹⁷⁾- la mayoría considera excluida por la presencia de una de las citadas causas.

Precisamente, para explicar este tipo de circunstancias- y también para justificar la existencia de las llamadas "condiciones objetivas de punibilidad"- la doctrina alemana suele recurrir a la clásica distinción entre merecimiento de pena (*Strafwürdigkeit*) y necesidad de pena (*Strafbedürftigkeit*).

⁽¹¹⁶⁾ Ciertamente también en Italia o en España se ha ocupado de ellas la doctrina; de hecho, en nuestro país merecen destacarse las primeras aportaciones hechas por SILVELA o RODRÍGUEZ MUÑOZ o las que hacen nuestros tratadistas más modernos y de las que se ha dejado constancia en varios lugares de este trabajo. Sin embargo, ni en Italia ni en España es corriente que la doctrina se ocupe del tema de la profundidad con que lo hace la generalidad de los autores alemanes, ya desde sus clásicos. Vid., v.g., VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, T. II (Traducción de la 20ª ed. alemana a cargo de Jiménez de Asúa), Madrid, p. 455 y 456; MAURACH, *Tratado de Derecho penal* (Traducción y notas de Córdoba Roda) T. II, Barcelona, 1962, p. 90 y ss; también MEZGER -aunque con menos detenimiento- se ocupó de ellas: *Tratado...*, op. cit. T.I, nota 13, p. 303 y 304, T. II, p. 364.

⁽¹¹⁷⁾ Como no podía ser de otro modo dadas las peculiaridades de su sistema, ROXIN se separa de esta corriente mayoritaria. Para este autor, las auténticas causas de exclusión de la pena son aquellos supuestos en que la razón de la impunidad no estriba en consideraciones político-criminales relativas a la necesidad de pena, sino aquellos otros en los que la exención de pena es producto de la ponderación de intereses que están fuera del Derecho penal, de modo que en tales casos lo que ocurre es que, pese a que existe tanto el merecimiento de pena como la necesidad de ésta, sin embargo ello se sacrifica en aras de intereses extra jurídico-penales. Lógicamente, los supuestos en que la pena se excluye por consideraciones político-criminales relativas al fin de la pena los reconduce este autor a lo que él denomina "causas de exclusión de la responsabilidad" (*Verantwortungsausschluss*), respecto a las cuales sí que entiende que puede decirse que, pese a darse un comportamiento merecedor de pena (*strafwürdiges Verhalten*) no está necesitado de ella (*strafbedürftig*) por faltar la exigencia político-criminal de punición. Vid. "Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena" (Traducción de Polaino Navarrete) *C.P.C.* 1992, nº 46, p. 189 y ss, especialmente, p. 192; este artículo apareció publicado con anterioridad, bajo el título "Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen", *JS*, 1988, p. 425 y ss; y en 1987, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, ESER-FLETCHER (comp.)

Vid. también sobre la vinculación de las causas de exclusión de la pena a aquella "überstrafrechtlichen Interessen abwägung", BLOY, *Die dogmatische...*, op. cit. p. 224, y LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, op. cit., antes de los §§ 32 y ss, Rdn. 128 y 130, p. 521 y 522.

Tales conceptos ni son por todos admitidos, ni responden a un entendimiento uniforme de los mismos⁽¹¹⁸⁾. Sin embargo, lo más usual es afirmar que el merecimiento de pena es la desaprobación que resulta de la conjunción de tres variables: el valor del bien jurídico -criterio básico que fundamenta el merecimiento de pena- y junto a él, la gravedad del ataque y la reprobabilidad de la actitud interna del autor. Ahora bien, una vez constatado el merecimiento de pena, debe enjuiciarse si concurre o no la necesidad de aquella para que la conducta prohibida pueda ser castigada. Con este segundo juicio lo que se pretende determinar es si la pena aparece como el medio de protección irrenunciable frente a ese ataque.

Pues bien, normalmente el resultado de ambos juicios es coincidente, sin embargo, se admite que, en ocasiones no sea así, lo cual, por otra parte, es lógico, pues si siempre condujeran a un mismo resultado, aquella distinción sería absolutamente inútil. Pues bien, se considera que aquello es, precisamente, lo que ocurre cuando razones político-criminales -de distinta índole pero siempre de naturaleza material- aconsejan prescindir de la sanción penal, haciendo, por tanto, desaparecer la necesidad de pena, pese a estar presente el merecimiento de ésta.

De este modo -reconduciendo la cuestión al objeto de nuestro estudio- la consecuencia que entrañan las causas que analizamos sería la de excluir de antemano aquella necesidad de pena (*Strafausschließungsgründe*) o bien suprimirla con posterioridad (*Strafaufhebungsgründe*), pese a quedar inalterado el juicio sobre el merecimiento de pena⁽¹¹⁹⁾.

A mi modo de ver, sin embargo, tienen razón quienes se muestran críticos⁽¹²⁰⁾ ante aquella distinción entre merecimiento y necesidad de pena, y ello porque dicha dicotomía

⁽¹¹⁸⁾ Cfr., a modo de ejemplo, OTTO, "Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktstypen?", en *Gedachtnisschrift für Schröder*, München, 1978, p. 53 y ss; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, A.T.*, 2. Aufl., Tübingen, 1984, p. 6 y 7; STRATENWERTH, "Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuch 1959", *ZStW*, 71 (1959), especialmente, p. 567 y 568; BLOY, *Die dogmatische...*, op. cit. p. 227 y ss; HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, 1989, p. 65 y ss; JESCHECK, *Tratado...*, op. cit., T.I, p. 70 y ss, sin variaciones sustanciales en la 4ª ed., cit., p. 44 a 46.

⁽¹¹⁹⁾ En tal sentido se expresa la doctrina mayoritaria, sin perjuicio de las discrepancias que existen a la hora de decidir cuáles son las concretas causas de exclusión o de levantamiento de la pena: JESCHECK, *Strafrecht...*, op. cit., p. 497 y ss., sin variaciones sustanciales respecto a la 3ª ed. traducida al castellano, cit., p. 756 y ss.; del mismo, *Leipziger Kommentar*, op. cit., B.I, Vor § 13, Rdn. 81, p. 41; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, op. cit., Vor §§ 32 y ss, Rdn. 128 y 130, p. 521 y 522; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general, I. El hecho punible* (Traducción de la 2ª ed. alemana a cargo de G. Romero), Madrid, 1982, p. 72 y 73;

no puede admitirse si se la pretende configurar como el resultado de dos juicios articulados sobre la base de dos órdenes normativos distintos: el ético, de un lado, y el jurídico, de otro; esto es, si se la entiende de modo que, a la postre, se haga del merecimiento de pena un concepto autónomo que preexiste al delito mismo y con el que, en realidad, lo que se juzga es la reprobación ético-social que una conducta merece⁽¹²¹⁾.

A mi juicio, si se quieren evitar ese tipo de confusiones, el llamado merecimiento de pena sólo cabe entenderlo como el desvalor que *el ordenamiento* reconoce en ciertas conductas que vulneran la norma -como norma objetiva de valoración y subjetiva de determinación- y, en base a ello, las califica como delito. El merecimiento de pena sería, pues, una cualidad de esa conducta derivada directamente de la norma *jurídica*.

Y así debe ser porque -como ya dije al referirme a la punibilidad- corresponde al legislador ponderar las circunstancias que concurren en un determinado comportamiento y, a su vez, tener presentes los límites que se marcan al "ius puniendi" estatal, dedicando especial atención al principio de proporcionalidad; y después de todo ello, decidir si lo adecuado, si lo necesario en tal caso, es conminar normativamente la realización de esa conducta con una pena, decidir -en una palabra- si va a configurar o no ese hecho como hecho punible. Es, pues, la opción legislativa en favor de una u otra solución lo que determina la presencia o ausencia del merecimiento de pena y en tal sentido coincide con la necesidad de que la pena sea la consecuencia *normativamente* prevista para determinadas acciones antijurídicas y culpables.

⁽¹²⁰⁾ Así, BAUMANN/WEBER, *Strafrecht...*, op. cit., p. 463 y 464, JAKOBS, *Strafrecht...*, op. cit., p. 338 y 339; BLOY, *Die dogmatische...*, op. cit., p. 243 y ss; ANGIONI, "Condizioni...", op. cit., p. 1489 y ss; ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e "Teoría del reato", *Riv.ital.dir.proc.penale*, 1992, p. 2 y ss.; entre nosotros, especialmente crítico se muestra BACIGALUPO, *Delito...*, op. cit., p. 120 y ss.

⁽¹²¹⁾ Quizá sea por este tipo de connotaciones el que aquella distinción, pese a su origen, no haya encontrado eco en la doctrina española. Excepcionalmente, la acogen, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ (*Manual de Derecho Penal Español. Parte general*, Barcelona, 1984, p. 288) o HIGUERA GUIMÉRÁ, quien refiriéndose, precisamente, a las excusas absolutorias, considera que la exención de pena no guarda relación con el merecimiento de pena, sino con la falta de necesidad de ella (*Las excusas...*, op. cit., p. 69 y 70). También se hace eco de la distinción POLAINO NAVARRETE, si bien este autor a la hora de abordar la cuestión en relación con lo que él prefiere denominar "excusas absolutorias" parece inclinarse por considerar que lo excluido es el merecimiento de pena. Así es desde el momento en que las configura como causas de exclusión de la punibilidad, "característica del delito determinante del merecimiento de sanción penal" ("*La punibilidad...*", op. cit., p. 34 y 36.) El planteamiento de este último autor recuerda en cierto modo al que en Alemania hace SCHMIDHÄUSER, quien configura los institutos que analizamos como elementos adicionales, o momentos del merecimiento de pena que están fuera del injusto y la culpabilidad (*Strafrecht*, op. cit., p. 67 y 68, 258, y 261 a 263)

Si a esa necesidad abstracta -jurídicamente expresada- de conminar normativamente con una pena ciertas conductas se le quiere llamar merecimiento de pena, llámesele así. Pero téngase presente que entre lo que merece la pena y lo que desde el punto de vista normativo -como previsión legal abstracta- está necesitado de ella, no puede existir- así lo entiendo- diferencia alguna.

Ello no obstante, la dicotomía merecimiento-necesidad de pena sí que tiene en otro orden de cosas un valor indiscutible; y de ahí que me haya detenido en ella. Concretamente, cuando los autores alemanes colocan dentro de la necesidad de pena esos "otros presupuestos" de la sanción ajenos al injusto o a la culpabilidad, tienen la virtud de mostrar que no hay por qué empeñarse en acomodar sistemáticamente dentro de la Teoría del delito todo aquello que afecta a la necesidad de *aplicar* efectivamente la pena.

Por tanto, aquella distinción resulta útil si se la concibe como un intento de distinguir dentro del repertorio de causas que eximen de la sanción penal, dos grandes grupos: el primero integrado por todas aquellas causas que excluyen la pena por resultar afectados el injusto y la culpabilidad, y un segundo grupo donde irían a parar aquellas otras en las que la exclusión es debida a razones de otra índole.

De ese modo, las incluidas dentro del primero de aquellos grupos tendrían la virtud de excluir la pena ya en el *plano normativo* porque excluirían el delito mismo. Por el contrario, aquellas otras causas residenciadas en el segundo grupo se limitarían a excluir *la aplicación* concreta de la pena a una conducta para la que normativamente sigue siendo aquella su consecuencia jurídica, precisamente porque con ello el ordenamiento reconoce la necesidad abstracta de sancionar penalmente el género de acciones a que pertenecen esas conductas.

Desde luego, podrá decirse que con ello se acude, una vez más, a confeccionar una especie de cajón de sastre donde se mete todo lo que no cabe en las restantes categorías. Pero es que, quizá, es la única solución posible ante el obstáculo que representa encontrar un criterio unitario que reúna a todas esas otras causas de exclusión de la pena. Así es porque, salvo la común referencia de no afectar a los elementos del delito y de no ser meros obstáculos procesales, cada una de tales causas se basa en diferentes razones.

Así, en determinados casos, el fundamento de la exención podrá encontrarse en la falta de necesidad de aplicación concreta de la pena desde perspectivas preventivo generales y/o especiales; mientras que en otros casos, la renuncia a la aplicación de la

sanción sólo podrá explicarse por la decisión del legislador de dar preferencia a otros intereses ajenos al ámbito jurídico-penal, una decisión -esta última- cuya legitimidad no se va a discutir, pero respecto a la cual es conveniente aconsejar al legislador moderación y prudencia.

Así, pues, aunque considero preferible prescindir de la distinción entre merecimiento y necesidad de pena -por las confusiones a que puede llevar un determinado entendimiento del merecimiento de pena- y, en consecuencia, me inclino por preferir la distinción entre lo que es la *necesidad abstracta -normativa-* de pena y la *necesidad de su concreta aplicación*, lo que sí debe reconocerse a aquella dicotomía es su capacidad didáctica para *marcar la excepcionalidad* que representan las causas que excluyen la pena pese a restar inalterados los elementos del delito; en definitiva, su valor reside en el hecho de poner de manifiesto que nos hallamos ante circunstancias que responden a *criterios que no son generalizables*, lo que, consiguientemente, deberá repercutir en el tratamiento jurídico que de ellas se haga, y muy especialmente en el que se otorgue al error o a la participación de terceros.

Pues bien, si se repasan las consideraciones expuestas, se convendrá en admitir que la causa de remisión total de la pena prevista en el art. 57 bis b) C.P., presenta una vinculación *valorativa* indiscutible con las que hemos convenido en llamar causas de exclusión de la pena, sin perjuicio de que formalmente nos hallemos ante institutos perfectamente diferenciables.

Es más, el parentesco más cercano lo mantiene con aquellas causas que -como la prevista en el art. 226 C.P. -operan con posterioridad a la consumación pero que se articulan sobre la base más genérica del desistimiento/arrepentimiento previsto para las formas imperfectas en el art. 3 C.P.; un comportamiento que un sector considerable de la doctrina⁽¹²²⁾ considera -a mi juicio con razón- como causa de exclusión de la pena, o -si se prefiere la terminología alemana- como causa de levantamiento de la misma.

⁽¹²²⁾ En tal sentido, entre otros, COBO/VIVES, Derecho penal..., op. cit., p. 558; MUÑOZ CONDE, Teoría..., op. cit. p. 65 y 157; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho penal, T. VII, Buenos Aires, 1970, p. 165 y ss; GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general, Madrid, 1984, P. 266 Y 267; ANTOLISEI Manuale di Diritto penale. Parte generale, 12ª ed., Milano, 1991, p. 447; PADOVANI, Diritto penale. Parte Generale, Milano, 1990, p. 443; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 24, p. 363, Rdn. 5; BLEI, Strafrecht..., op. cit., p. 130; DREHER/TRÖNDLE, Strafgesetzbuch..., op. cit., p. 173, Rdn., 18; JESCHECK, Tratado..., op. cit. Vol. II, p. 747 (en el mismo sentido en la 4ª ed. alemana, p. 494); LACKNER, Strafgesetzbuch..., op. cit., p. 63, Rdn. 5 y p. 150, Rdn. 1; MAURACH/ZIPF, Strafrecht. A.T. Teilband I, 7. Aufl., Heidelberg, 1987, p. 464 BAUMANN/WEBER, Strafrecht..., op. cit., p. 459 y 503; HASSEMER, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München, 1990, p. 244.

En contra de esta consideración, y a favor de su configuración como elementos negativos del tipo de la tentativa o la frustración, se manifestaron ya -en oposición a la tesis del autor que traducían-

Naturalmente -como ya se tuvo ocasión de precisar⁽¹²³⁾ no se pretende decir con ello que nos encontremos ante un supuesto ordinario de desistimiento/arrepentimiento, por cuanto lo impide el hecho de que el delito asociativo, sobre el que bascula la aplicación de este especial tratamiento punitivo, ya esté consumado; sin embargo, nada impide el que, desde un punto de vista valorativo, puedan compartir la misma naturaleza. Así se entiende, por ejemplo, en Alemania por lo que respecta a las reglas especiales sobre desistimiento/arrepentimiento que el legislador prevé para aquellos casos en los cuales no es aplicable el régimen ordinario del § 24 StGB por estar ya consumado el delito, pero en los cuales, sin embargo, la situación es todavía reversible o, al menos, es posible aminorar las consecuencias dañosas.

Y eso es, precisamente, lo que -como vimos⁽¹²⁴⁾- hay a la base del art. 57 bis b) que tiene como presupuesto común de todas las modalidades de conducta que permiten su aplicación el hecho del abandono; y es más, dentro de dichas modalidades de conducta es fácil reconocer algunas que albergan supuestos ordinarios de arrepentimiento activo especialmente tipificado⁽¹²⁵⁾.

Sin duda, la identidad no es total. Porque no es idéntica la situación de quien habiendo sólo dado principio a la ejecución la interrumpe o la neutraliza y evita con ello la lesión, frente a la de aquel otro que, de un lado, ha lesionado ya el bien jurídico protegido por el delito asociativo, y, de otro, puede contar en su haber con delitos consumados -y no sólo formalmente- que para nada se ven afectados por su posterior comportamiento y a los que, sin embargo, también se hará extensivo el beneficio.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, en notas al Tratado de MEZGER, op. cit., T. II, p. 229 y ss, y CÓRDOBA, en la nota 10ª, T. II, al Tratado de MAURACH, op. cit. p. 200; más recientemente, MIR, Derecho penal, op. cit. p. 379; LATAGLIATA, La desistencia voluntaria, Napoli, 1964, p. 155 y ss. Otros prefieren encuadrarla dentro de la culpabilidad; tal es el caso de ROXIN, Política criminal y sistema..., op. cit., 69 y ss; RUDOLPHI, Systematischer... op. cit. B.I., antes del § 19, p. 115, Rdn., 4 y § 24, p. 31, Rdn. 6; HAFT Strafrecht. A.T., 4. Aufl., München, 1990, p. 230, 231 y 269. Y, en fin, también hay quien la configura como causa de exclusión del injusto penalmente relevante (BLOY, Diedogmatische..., op. cit. p. 178) o como causa que compensa el injusto y la culpabilidad (JAKOBS, Strafrecht..., op. cit. p. 345)

⁽¹²³⁾ Vid supra, nota I de este Capítulo

⁽¹²⁴⁾ Vid. supra, apartado I de este Capítulo

⁽¹²⁵⁾ Naturalmente, me refiero a todas aquellas conductas que pueden reconducirse a la consistente en evitar la consumación del delito; y estas son, no sólo la que expresamente así se detalla en el art. 57 bis b), sino también otras como la de impedir la actuación de la banda armada cuando esta actividad se materialice impidiendo la infracción. Si en tales casos el delito evitado fuera uno de aquellos en los que el sujeto tomó parte, nos halláramos ante un caso ordinario de arrepentimiento activo, si bien dotado de una regulación específica.