

otros<sup>(59)</sup> entienden que son ambos elementos -injusto y culpabilidad- los que quedan por debajo del umbral de la punibilidad.

También SCHMIDHÄUSER entiende que la impunidad deriva de la falta del merecimiento de pena del hecho visto en su totalidad, "del correcto entendimiento de la función y legitimidad ética de la pena estatal", cuyos fines de prevención general para nada resultan alterados por el hecho de dejar sin castigo a quien voluntariamente y a tiempo desistió<sup>(60)</sup>.

Tampoco, a juicio de ROXIN, existe razón alguna para imponer una pena en caso de desistimiento. Este autor parte -como ya hiciera LANG-HINRICHSEN<sup>(61)</sup>- de la necesidad de considerar la acción de tentativa y el desistimiento como un objeto unitario de valoración, de tal modo que "cuando el juez enjuicia un desistimiento voluntario no tiene que suprimir una pena, sino decidir si es que acaso debe imponerse una sanción, y si no hay ningún motivo para ello, el comportamiento del autor -considerado como un todo- no constituye un injusto penal culpable"<sup>(62)</sup>; así, pues, tal cuestión "debe tratarse más exactamente en el ámbito de la culpabilidad"<sup>(63)</sup>, conclusión que es obligada en el sistema de ROXIN allí donde "una prevención general es superflua y también es improcedente el fin cautelar o educativo de la pena"<sup>(64)</sup>.

Desde una concepción distinta, pero partiendo también de una comprensión totalizadora del fenómeno del desistimiento, MUÑOZ CONDE entiende que la razón de la impunidad está, de un lado, en el hecho de haber anulado el fundamento de la extensión de la pena a las formas imperfectas y, de otro, en el hecho de que el sujeto se haya comportado, al mismo tiempo, conforme a las exigencias de prevención general y especial<sup>(65)</sup>.

---

<sup>(59)</sup> HAFT, Strafrecht, A.T. 4ª Aufl. München 1990, p. 231.

<sup>(60)</sup> Strafrecht, A.T. 2ª neubearbeitete Aufl. Tübingen 1984, p. 364 y 365.

<sup>(61)</sup> Bemerkungen zum Begriff der "Tat" im Strafrecht, en Festschrift für ENGISCH, 1969, p. 366 y ss. cit. por cuantos autores se han ocupado del tema en profundidad.

<sup>(62)</sup> "Sobre el desistimiento..." , en Problemas... op. cit. p. 269 y 270

<sup>(63)</sup> Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Trad. de MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1972, p. 71.

<sup>(64)</sup> Política... op. cit. 72.

<sup>(65)</sup> El desistimiento... op. cit. p. 36 y ss. Cfr. del mismo autor, Teoría general del delito, Valencia, 1989, p. 171.

A mi juicio, asiste la razón a estas teorías cuando afirman que la pena deja de tener sentido desde los fines preventivos en el caso de desistimiento. Sin embargo, por las razones que ya se expusieron en el Capítulo anterior, no pueden convencer aquellas que ligan la razón de la impunidad a alguna de las categorías del delito. Personalmente, entiendo que la fundamentación más acertada es la que ofrece MUÑOZ CONDE, sin perjuicio de que no se admita la situación sistemática que este autor concede al desistimiento<sup>(66)</sup>.

A mi modo de ver, no hay ningún inconveniente en entender que el desistimiento hace innecesaria la pena y, al mismo tiempo, negar toda vinculación de aquél con el injusto y la culpabilidad. Tal cosa podría resultar absurda si se partiera, por ejemplo, de los planteamientos de ROXIN, pero no es el caso. Ello es aún más claro cuando -como aquí- nos enfrentamos con un caso de desistimiento que opera tras la consumación, cuestión sobre la que ya se tuvo ocasión de discurrir en sede de naturaleza jurídica.

Una vez que se ha tomado partido por aquellas teorías que, a juicio de quien esto expone, mejor explican la impunidad en caso de desistimiento, es menester trasladar aquellas consideraciones al ámbito del art. 57 bis b); más concretamente a la conducta que sirve de presupuesto a todas las restantes: el abandono voluntario de la vinculación criminal. Pues bien, entiendo que de modo similar a como acontece en el desistimiento voluntario de consumir el delito, también el voluntario abandono a que se refiere el art. 57 bis b) disminuye, en efecto, la necesidad de pena en relación con el delito asociativo. Ahora bien, no hay que olvidar que tal comportamiento- en unión con otras conductas, ya mencionadas -posibilita la atenuación de la responsabilidad por el *conjunto* de delitos conexos al asociativo, y esto hace que la cuestión sea más controvertido al tener que proyectar aquel juicio relativo a la necesidad de pena sobre el conjunto de la responsabilidad por actos de terrorismo; respecto a tal conjunto sólo podría afirmarse, a lo sumo, la existencia de una cierta relajación de las funciones de prevención general y especial, pero no una absoluta falta de necesidad de pena; a cubrir la que resta va dirigida la pena que, aunque atenuada, se impondrá al sujeto responsable.

Así pues, considero que desde la perspectiva de la prevención general no hay inconveniente en atenuar la responsabilidad de quien ha contrarrestado, *al menos en parte*, el mal ejemplo que su actuar precedente produjo, porque en estos casos, el efecto

---

<sup>(66)</sup> Como ya se expuso en el Capítulo anterior, para este autor el desistimiento excluye la punibilidad misma, la cual en determinados casos, además de los elementos de injusto y culpabilidad, presupone la penalidad, elemento del delito que el desistimiento excluye. El desistimiento... op. cit. p. 65.

inhibidor de la pena no se ve perjudicado desde el momento que el sujeto, aunque atenuada, sufre una pena y porque aún pudiera decirse que el hecho de que en tales supuestos la norma prevea la atenuación de la responsabilidad no hace sino producir un efecto positivo sobre el sentimiento jurídico de la comunidad. Quizá desde este último punto de vista resulte más controvertida una de las modalidades de conducta que puede acompañar el abandono; me refiero a la consistente en aportar pruebas para la identificación o captura de otros responsables, comportamiento del que, desde antiguo, se ha dicho que- amén de otros males- produce un efecto perturbador en las costumbres públicas y en la moral de un pueblo<sup>(67)</sup>, cuestión que merece no ser desatendida- y no sólo por otros reparos que podrían oponersele- sino también porque el rechazo social hacía este tipo de conductas podría tener un efecto negativo de cara a la futura resocialización del sujeto.

Por lo que se refiere a las necesidades de prevención especial, también entiendo que quedan suficientemente cumplidas con la pena atenuada. A mi modo de ver, el tipo de conducta que sirve de base a la atenuación permite hacer un pronóstico favorable sobre la aptitud del sujeto para adaptar su vida social a las exigencias del ordenamiento jurídico, por lo que no puede decirse que resulte inalterada la necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención especial.

Más discutible es si la modalidad de conducta consistente en la inculpación de terceros se compagina bien con el significado jurídico-penal que cabe atribuir al art. 25.2 C. E. Ciertamente - como bien se ha dicho<sup>(68)</sup> - tal precepto no permite hacer consideraciones desmesuradas que conviertan a la reeducación y reinserción social en el juicio constitucional de la teoría de la pena. Sin embargo, sí que es posible extraer de él ciertas exigencias; y de entre éstas, no sólo aquella - más evidente - de que las penas allí señaladas no produzcan un efecto desocializador intolerable, sino también otro tipo de exigencias que afectan al resto del sistema penal, las cuales se concretarían - en el caso que nos ocupa - en la inadmisibilidad de que éste favoreciere conductas que lejos de posibilitar en el futuro la mejor integración del individuo en la sociedad, la

---

<sup>(67)</sup> Vid. Cap. I, nota 62. A ello quería referirse, sin duda, RODRÍGUEZ SAHAGÚN cuando afirmaba que conceder beneficios punitivos por la realización de este tipo de conductas era "socialmente impresentable" (Enmienda nº 25 al art. 6º L.O. 9/84).

<sup>(68)</sup> COBO-BOIX, "Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social", en Comentarios a la legislación penal, T.1, Madrid, 1982, p. 218; vid. también BOIX, "Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución", en Escritos penales, Universidad de Valencia, 1979, p. 131 y 132. Vid. también, S.T.C., 4 Julio 1991 (F.J.4º)

obstaculizaren seriamente. Y así ocurriría, muy probablemente, con los miembros de E.T.A. a quienes se atenuara la pena como consecuencia de la realización de la conducta en cuestión. No debe olvidarse que el rasgo diferencial de nuestra manifestación terrorista más grave se concreta - como bien se señala en el informe ROSE del Comité Internacional sobre la violencia en el País Vasco - en su dimensión nacionalista-esencialista<sup>(69)</sup>, lo cual le dota de una base social que no puede pasarse por alto. Como tampoco puede obviarse el hecho de que aún hoy Herri Batasuna capta las simpatías de un 20 % de los jóvenes vascos, y que, dentro de tal porcentaje, el 72,5 % cree que "pueden darse determinadas circunstancias en las que el terrorismo esté justificado<sup>(70)</sup>". En un contexto histórico-social de este tipo hay que pensar que la reinscripción de quien se hubiera acogido a la referida conducta será, en el mejor de los casos, extraordinariamente difícil. Y digo en el mejor de los casos porque no hay que olvidar tampoco el dato - más general - de que difícilmente va a reinsertarse quien por miedo a las represalias - peligro siempre presente pero mayor en este caso - se ve abocado a vivir de un modo más o menos clandestino.

En **conclusión**, el fundamento utilitario de la causa de atenuación es algo que en modo alguno puede ponerse en duda; pero es inexacto reducirlo a él. Si es cierto -como aquí se ha apuntado y como, más adelante, se precisará- que las conductas que integran la causa de atenuación provocan una relajación de las funciones de prevención general y especial, entonces resulta también que la función de tutela que la pena cumple a través de la prevención queda cumplida con una pena menor y, consiguientemente, es posible fundamentar también la atenuación en la adecuación de la pena a su función última de protección. En realidad, al afirmar la insuficiencia de un único criterio fundamentador, nos situamos en la línea de quienes<sup>(71)</sup> entienden que ninguna de las teorías con que se ha abordado el fundamento del desistimiento puede ofrecer *aisladamente* una legitimación convincente para explicar la impunidad. Y, en efecto, lo mismo puede decirse cuando nos

---

<sup>(69)</sup> Vid. DE LUCAS, "Sobre los orígenes ideológicos del terrorismo en España: el papel del nacionalismo", Ponencia presentada en el Seminario Italo-Español sobre Problemas sociales, políticos y jurídicos del terrorismo, Valencia, 21 y 22 de mayo de 1990, inédito.

<sup>(70)</sup> Encuesta realizada por el Instituto Deiker de la Universidad de Deusto, vid. El País Semanal, 13 de Diciembre de 1992 p. 32 y 34.

<sup>(71)</sup> Así, entre otros, FIANDACA, "Sulla desistenza nella partecipazione criminosa", en Studi Musotto, Vol. XLII, III, p. 265; RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentario al art. 3 C.P., en CORDOBA/RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios al Código Penal, T. I, Barcelona, 1972. VOGLER, Leipziger Kommentar, op. cit. § 24, Ran 20, p. 130. También parece situarse en esta línea HASSEMER, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, München, 1990, p. 244.

enfrentamos ante al art. 57 bis b) si es cierto -como aquí se ha mantenido- que en él se encierra un caso especial de desistimiento.

#### IV.3 - El fundamento utilitario de la causa de remisión total de la pena.

En el apartado 2 del art. 57 bis b) se prevé la posibilidad de que el Juez acuerde la remisión total de la pena cuando el sujeto además de abandonador sus previas actividades terroristas, colabora con las autoridades de modo tal que pueda considerarse dicha colaboración de particular trascendencia para identificar a los delincuentes, evitar el delito o impedir la actuación o el desarrollo de las bandas armadas, y siempre que no se imputen al sujeto en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los artículos 418, 419 y 421 C.P., condicionándose la remisión a que el reo no vuelva a cometer delitos de los relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

En tales casos no le ha parecido suficiente al legislador con atenuar la responsabilidad criminal resultante del conjunto de actividades delictivas del carácter expresado en el precepto, sino que ha ido mucho más allá: ha concedido la remisión total, de modo que la remisión, aun condicional, extenderá sus efectos a cualesquiera delitos que hubiere cometido el sujeto en relación con las actividades a que se refiere el art. 57 bis a).

Tal magnanimidad -de la que no hizo gala el legislador italiano<sup>(72)</sup> -sólo es comparable a la demostrada por el legislador alemán en la Ley de 9 de Junio de 1989<sup>(73)</sup> o a la "immunity" de los ordenamientos anglosajones<sup>(74)</sup>; para ser más exactos, es aún mayor, porque la ley alemana es, al menos, de carácter temporal, y la "immunity" cuando es total (*transactional immunity*) no pasa se ser, como ya se vio<sup>(75)</sup>, un expediente excepcional y de uso extraordinariamente mesurado. Y más aun: ni el propio legislador español ha ido tan lejos en otros supuestos de comportamiento postdelictivo; baste pensar en el caso del llamado arrepentimiento activo o del desistimiento voluntario de consumir el delito, en el cual la exención lo es sólo de la pena correspondiente a la frustración o a

---

<sup>(72)</sup> Vid. Cap. II, III. 2.1

<sup>(73)</sup> Vid. Cap. II, IV. 3.3.

<sup>(74)</sup> Vid. Cap. II, II. 3.2.B.

<sup>(75)</sup> Vid. Cap. II, notas 23 y 103.

la tentativa dejando, por tanto, subsistente la que pudiera corresponder por los hechos ya realizados si constituyeran por sí mismos un delito consumado.

Resulta, pues, necesario encontrar una razón que explique -aunque, eventualmente, no justifique- tanta benevolencia.

Si uno se para a observar la causa de atenuación, rápidamente advertirá que el centro de tal norma no es otro que el hecho del abandono, cuya autenticidad vienen a ratificar las conductas que la acompañan; sólo por eso ya debe imponerse la pena inferior en un grado, y, discrecionalmente, cabe incluso que la atenuación de la pena lo sea en dos grados aunque -sin duda- el legislador reservaba ese mayor beneficio para los casos en que el abandono fuera acompañado de alguno de los resultados a que se refería la letra b; pero incluso en este último caso en el que la finalidad utilitarista es más evidente, puede decirse que el fundamento utilitario no llega a desplazar de un modo total a aquel otro que centrábamos en la relajación de la necesidad de pena que aquellos comportamientos suponían; o dicho de otro modo: la atenuación de la pena con la que trata de motivarse al sujeto no es disfuncional con los fines de prevención general y especial de la pena; y no lo es por las razones que entonces se apuntaron, de entre las cuales interesa ahora destacar la consistente en que al sujeto, aunque atenuada, se le impone una pena.

Cosa muy distinta sucede en el supuesto que ahora analizamos. ¿Por qué en este caso el beneficio es tan amplio? Porque el legislador ha puesto el acento en el deseo de obtener los resultados a que se refiere el apartado 2<sup>(76)</sup> y no ha reparado en si el cauce elegido -la remisión total de la pena- para estimular a la realización de conductas con aptitud concreta y efectiva para producirlos es o no contradictorio con los fines de prevención general o especial que se asignan a la pena.

*En definitiva, a mi juicio hay datos bastantes para afirmar que el único fundamento de la causa de remisión es un fundamento utilitario que coincide plenamente con la finalidad legislativa y que puede resultar, al menos en algunos casos, dudosamente compatible con los fines de prevención general y especial, a través de los cuales la pena cumple su función de tutela.*

A continuación me propongo argumentar esta conclusión.

---

<sup>(76)</sup> Por otra parte, no debe olvidarse la victoria política que para el Estado supone el que quien antes se oponía violentamente a sus reglas, las acate ahora hasta el punto de prestar su colaboración, lo cual -como se dijo en Italia- es síntoma de una scelta di campo. Ciertamente, ya que el precepto lo permite, es preferible no cargar las tintas sobre este aspecto, y huir de interpretaciones que favorezcan un entendimiento del art. 57 bis b) en este sentido; sin embargo, no puede desconocerse que esta es también una razón que contribuye a explicar la magnanimidad de que el legislador ha hecho gala.

#### IV.4 - El art. 57 bis b) y los fines de la pena. La posible incompatibilidad entre el fundamento de la causa de remisión y los fines de la pena. La función promocional del Derecho Penal.

Hoy parece existir unanimidad a la hora de considerar que la pena es retribución exclusivamente en cuanto a su determinación conceptual, sin que ello altere para nada lo que es su función última, que no es otra que la tutela de bienes jurídicos, función que cumple a través de los fines inmediatos de prevención general y especial que a la pena se asignan.

Por lo que a la **prevención general** se refiere, esta se cifra -por una parte- en el efecto intimidatorio que la pena como instrumento represivo produce sobre la totalidad de los ciudadanos a los que de este modo se trata de disuadir respecto a la comisión de delitos (prevención general intimidatoria); sin embargo, en la actualidad es común en la doctrina el subrayar - aunque desde perspectivas distintas - el efecto "estabilizador" o "integrador" que también la pena cumple, de modo que se insiste en el carácter socio-pedagógico que la pena tiene desde el momento en que, por el reproche que supone, la pena representa un aseguramiento de las normas que posibilitan la convivencia social y, por tanto, los ciudadanos podemos llegar a asumirla como un instrumento idóneo para mantener los valores comunitarios, reforzando con ello el respeto al ordenamiento jurídico (prevención general integradora)<sup>(77)</sup>. Así entendida, resulta claro que la prevención general como fin de la pena es algo distinto a lo que en el uso común del lenguaje podría entenderse por prevención general: como sinónimo de evitación del delito; a contribuir a la consecución de ese objetivo se dirige, sin duda, el efecto general-preventivo de la pena *pero* del modo antes expresado; cuando lo que se pretende

---

<sup>(77)</sup> Vid. entre otros, COBO-VIVES, Derecho Penal. Parte General, op. cit., p. 619; HASSEMER, Fundamentos del Derecho Penal, traducción y notas de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, p. 393; LUZÓN PEÑA, Medición de la pena y sustitutivos penales, Madrid, 1979, p. 27 y 35; MIR PUIG, Función de la pena, y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, 1982, 2ª Ed., p. 31; MORILLAS Teoría de las consecuencias jurídicas del delito, Madrid 1991, p. 25 y ss. ROXIN, "Sentido y límites de la pena estatal", en Problemas básicos del Derecho penal, traducción de D-M Luzón Peña, Madrid 1976, p. 24 y ss; del mismo, "Risarcimento del danno e fini della pena", Riv. ital. dir. e proc. pen., 1987, p. 17. No obstante, hay que decir que, con anterioridad a tales autores, ya se había puesto de manifiesto los efectos preventivo-generales de naturaleza no intimidatoria que la pena suponía; concretamente en España merece destacarse al respecto la opinión de ANTÓN ONECA, La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena. (Discurso leído en la apertura del Curso académico 1944-1945), Salamanca, 1944, p. 93 y ss.

es que la pena coadyuve de una forma distinta a impedir la criminalidad, entonces se le está asignando una función de prevención en sentido amplio que vendría a compartir con otros mecanismos extrapenales -fundamentalmente policiales- perdiendo así su especificidad y, en consecuencia, poniendo en peligro, en determinados casos, su propia eficacia general-preventiva. Sin embargo, como veremos, no parece que fuera esta la conclusión a que llegó el legislador cuando decidió introducir la causa de remisión total de la pena del art. 57 bis b).

Asimismo, sabido es, que junto al fin de prevención general, la pena persigue también un fin de **prevención especial** que consiste en tratar de impedir la repetición del delito por parte de quien ya lo cometió, y ello tanto a través de la intimación como de la educación del sujeto para adaptarse a la convivencia social.

Partiendo de esta segunda perspectiva, podría pensarse<sup>(78)</sup> que tanto la atenuación como la remisión total de la pena se insertan en un sistema sancionador abierto a la idea de la prevención especial. A mi juicio, sin embargo, hay razones suficientes, que más adelante se expondrán, para negar que sea totalmente así. Pero aunque lo fuere, aunque en esos casos quedara excluida de antemano toda finalidad de prevención especial, si existieran -como efectivamente existen- razones para afirmar que prescindir totalmente de la pena podría perjudicar el fin preventivo-general de ésta, el argumento basado en razones de prevención especial no sería suficiente. Y no lo sería porque - como bien se ha dicho<sup>(79)</sup> - en el caso de conflicto *evidente* entre la prevención general y especial, la supremacía debe concederse a los intereses sociales frente a los individuales. Es más, ni siquiera quienes entienden -erróneamente, como bien se ha demostrado<sup>(80)</sup> -que el art. 25.2, inciso primero, obliga a hacer prevalecer el fin de la prevención especial<sup>(81)</sup>, ni siquiera ellos -repito- niegan que ello implique olvidar los fines de la prevención general. Quizá por todo ello, hoy es posible detectar una clara vuelta hacia la prevención general<sup>(82)</sup>, la cual ha llegado a concebirse como fin que la pena debe perseguir por imperativo constitucional<sup>(83)</sup>. Por otra parte, tampoco sería de recibo afirmar que, a fin de

---

<sup>(78)</sup> PULITANÓ, "Misure antiterrorismo", Democrazia e diritto, 1981, p. 91.

<sup>(79)</sup> ANTÓN ONECA, La prevención..., op. cit., p. 99 y ss.; LUZÓN PEÑA, Medición de la pena..., p. 64 y 65; MIR PUIG, Introducción..., op. cit. p. 105

<sup>(80)</sup> Vid. por todos: BOIX REIG, "Significación..." op. cit., 109 y ss.; COBO del ROSAL-BOIX REIG, "Derechos fundamentales ...", op. cit. p. 217 y ss.

<sup>(81)</sup> GARCÍA VALDÉS, Teoría de la pena, Madrid, 1985, p. 14 y 15.

<sup>(82)</sup> Cfr. MORILLAS CUEVAS, Teoría de las consecuencias..., op. cit., p. 37.

<sup>(83)</sup> BERDUGO, El delito de lesiones, Salamanca, 1982, p. 37, cit. por MIR PUIG, Función... op. cit.



cuentas el art. 57 bis b).2 no opera en la fase de la conminación legal que es donde - se diría - tienen cabida los fines de la prevención general. Y no sería de recibo porque aunque es cierto que cada uno de aquellos fines tiene un papel distinto en las diferentes fases de la pena, no lo es menos el que ambos deben estar presentes tanto en la fase legislativa como aplicativa o ejecutiva; aunque en distinta medida. Así, por lo que se refiere a la fase de determinación judicial de la pena, no puede admitirse que en ella sea posible prescindir de las exigencias ineludibles de la prevención general, de modo que también en esta fase la prevención general juega -hasta el límite máximo de culpabilidad- un importante papel por ser la imposición de la pena confirmación de la amenaza típica; por esa razón, en los casos de evidente contradicción entre los intereses generales y especiales de prevención habría que sacrificar estos últimos, de suerte que aunque razones de prevención especial aconsejaran imponer una pena inferior a la adecuada a la culpabilidad del autor y gravedad del hecho, si a ello se opusieran claros intereses de prevención general prevalecerían estos; precisamente por eso -dice ROXIN<sup>(84)</sup>- es impensable, por ejemplo, la condena condicional para delitos de carácter capital. En definitiva, incluso cuando en un supuesto concreto quedara excluida de antemano la finalidad de prevención especial ello no legitima que se prescinda *en todo caso* de la punición si ello contraviene claros intereses de prevención general. Así- decía ROXIN -si en los procesos contra asesinos nacionalsocialistas se prescindiera de la pena porque es obvio que ya no son peligrosos, con ello "el Estado estaría despreciando la garantía de vida de su ordenamiento jurídico, y cada futuro asesino podía ampararse en que si a esos otros no se les castiga, del mismo modo y en justicia, el tiene que escapar a la pena. Una protección que sólo se otorga según las circunstancias, ya no es una garantía jurídica, sino ejercicio de la arbitrariedad por parte del Estado (...) Se trata aquí de una razón de prevención general, aunque ciertamente tampoco se puede entender aquí este concepto en el sentido de mera intimidación, sino que hay que añadirle la significación más amplia, de salvaguardia del orden jurídico en la conciencia de la comunidad"<sup>(85)</sup>. Y así sería

---

p. 29, nota 25 bis.

<sup>(84)</sup> Sentido y límites de la pena estatal", en Problemas..., op. cit. p. 32; Vid. también MIR PUIG. Introducción..., op cit., p. 105.. En el mismo sentido, COBO-VIVES cuando afirman que las necesidades de tutela objetivamente fundadas e iguales para todos, pueden legitimar la denegación de la suspensión condicional, o que nadie discute la legitimidad, v.g. de la imposibilidad legal de conceder la suspensión cuando la pena rebasa ciertos límites, imposibilidad que se basa precisamente en la necesidad de tutela, Derecho Penal... op. cit., nota 7, p. 740 y 741. Lo mismo sucede con la *probation*, la cual- ni siquiera en un país como Estados Unidos donde goza de amplia acogida- se concede en el caso de infracciones graves; vid. MAQUEDA, Suspensión condicional de la pena y probation, Madrid, 1985 nota 198 p. 64.

<sup>(85)</sup> "Sentido...", op. cit. p. 25.

incluso en el caso de que la exención de pena pudiera explicarse en clave de prevención especial, lo cual - como veremos- no es la idea que subyace en el art. 57 bis b).2.

A continuación, voy a exponer las razones por las cuales, a mi juicio, existen dudas sobre la compatibilidad de la causa de remisión total de la pena con el fin preventivo-general de la sanción penal, sin que , además, pueda justificarse tampoco por una opción a favor de la prevención especial. Ello servirá, a contrario, para afirmar la compatibilidad con esos mismos fines de la causa de atenuación.

Ahora bien, antes de entrar directamente en ello es necesario que quede claro que no se parte de la base falsa de que el comportamiento postdelictivo no debe tener relevancia en orden a la determinación de la pena; antes al contrario. Voces mucho más autorizadas que la mía se han encargado ya de poner sobradamente de manifiesto *la relevancia que puede y debe darse al comportamiento postdelictivo* positivo, y ello tanto desde puntos de vista preventivo especiales como generales<sup>(86)</sup>.

Sin duda, así lo ha entendido también el legislador español. Ejemplos suficientemente significativos de ello son la impunidad que se concede en el caso de desistimiento voluntario de consumar el delito, o la causa de atenuación de arrepentimiento espontáneo. Como ya se apuntó, en el caso del desistimiento el fin preventivo general de la pena quedaba satisfecho desde el momento en que el sujeto voluntariamente había borrado totalmente el mal ejemplo que conllevó su anterior conducta y ,por ello, la impunidad no suponía ni un sacrificio de la eficacia intimidatoria de la pena, ni tampoco se atacaba con ello la función pedagógica de la misma; y por lo que a la prevención especial se refiere, parece claro que ante quien voluntariamente rectifica y vuelve a la senda del Derecho poco tiene que hacer la pena. Un planteamiento similar cabría hacer en el caso de la atenuante 9ª del art. 9; y ese es, en efecto, el que hace aquel sector de la doctrina que afirma que no sólo razones utilitarias justifican la atenuación, sino también razones basadas en una disminución de la necesidad de pena<sup>(87)</sup>. Ahora bien, en este último caso, el legislador sólo ha atenuado la pena, con lo cual ha

---

<sup>(86)</sup> En la doctrina española, Vid por todos: DE VICENTE REMESAL, El comportamiento..., op. cit., especialmente p. 356 y ss.; PROSDOCIMI, Profili... op. cit. p.215; ROXIN, "Prevención y determinación de la pena", traducción de Muñoz Conde, C.P.C. 1979, p. 71 y 72.

<sup>(87)</sup> Vid. BAEZA AVALLONE "El arrepentimiento espontáneo", en C.P.C. n° 9, 1979, p. 14 y ss; CALDERÓN SUSÍN, Arrepentimiento espontáneo... op. cit. p. 253 y ss; mención especial merece la magnífica argumentación con que DE VICENTE REMESAL demuestra la posibilidad de fundamentar la atenuación desde los fines de la pena, El comportamiento..., op. cit., especialmente, p. 349 y ss; BACIGALUPO, "La individualización de la pena", RFDUC, monográfico 3, 1980, p.61.

reconocido implícitamente la necesidad, aunque atenuada, de la sanción penal. Veamos, a continuación que es lo que sucede en el caso del art. 57 bis b).

Como ya dije, el art. 57 bis b) contiene, a mi entender, una regla especial de desistimiento, especialidad que le venía dada de un lado, por estar llamada a operar una vez consumado el delito asociativo, y de otro, por el hecho de que la atenuación o la remisión, en su caso, alcanzasen no sólo al delito de asociación ilícita sino al conjunto de la responsabilidad que por delitos relacionados con las actividades a que el precepto se refiere. Fundamentalmente este último dato es el que impide trasladar *íntegramente* las consideraciones que se hacen al abordar el fundamento del desistimiento ordinario. Si en este último caso son los criterios preventivos los que aconsejan prescindir totalmente de la pena, estos mismos criterios son los que en el caso del art. 57 bis b) aconsejan una solución distinta; precisamente por no limitarse el beneficio al delito asociativo y extenderse a otros ya consumados que, a diferencia de aquel, han producido ya una situación antijurídica irreversible. A mi modo de ver, los mismos criterios de prevención general y especial que permiten fundamentar el especial tratamiento punitivo que establece el art. 57 bis b), debieron tenerse también en cuenta para limitar el alcance del mismo y para determinar el tipo de comportamientos que posibilitan la obtención del beneficio.

Desde la perspectiva de la **prevención general**, nada hay que impida, *a priori* y con carácter general, valorar positivamente la conducta de abandono que constituye el centro del art. 57 bis b) así como la mayoría de los comportamientos que se integran con aquél en una unidad indisoluble. El sujeto que voluntariamente se aparta de la asociación criminal atenúa sólo por eso la gravedad de las consecuencias del hecho, por cuanto pone fin a la situación antijurídica creada con la comisión del delito asociativo; evidentemente, el hecho como conducta antijurídica queda inalterado, del mismo modo que no se altera la culpabilidad, por cuanto -como se dijo- la posición dogmática de la que aquí se parte impide considerar afectadas cualesquiera de las categorías del delito; pero ello no obliga a negar relevancia a conductas que -como las que aquí nos ocupan- limitan el alcance de las consecuencias dañosas, posibilitando con ello una valoración jurídica de aquel hecho desde los fines asignados a la pena y por cuya virtud puede resultar alterado -total o parcialmente- el juicio sobre la necesidad de pena a que se había llegado valorando el contenido de injusto y la reprochabilidad del autor.

Ahora bien, para que en tales casos la concesión al sujeto de un tratamiento punitivo particular no sea disfuncional con los fines intimidatorio y pedagógico de la

prevención general, es necesario, no obstante, que esos mismos fines se tengan en cuenta para limitar el alcance del beneficio.

a) Desde el punto de vista de la eficacia intimidatoria de la pena no se corre el riesgo de eliminarla siempre que aun atenuada se imponga al sujeto una pena. Tal cosa no sería necesaria si nos halláramos ante un caso ordinario de desistimiento en el cual el sujeto ha borrado íntegramente el mal ejemplo que su actuar precedente supuso; incluso sería posible defender una solución de este tipo si el beneficio se limitase exclusivamente al delito asociativo o, en su caso, al evitado; , pero no es así, y ello obliga a ser recelosos ante la *total* remisión de pena que el art. 57 bis b).2 ofrece. Siendo, además, que no se condiciona su concesión a que las conductas que le sirven de presupuesto tengan lugar- o, mejor, hubieran tenido lugar- en un determinado plazo desde la aparición del precepto, cosa que- como vimos- sí se preveía en las distintas leyes italianas, para evitar que la actividad criminal se mantuviera hasta que el sujeto considerase oportuno abandonarla y sujetarse a los beneficios previstos para esta eventualidad. Al decir esto, no obstante, no se está suscribiendo la opinión de quienes entienden que tan amplios beneficios destruyen completamente el efecto intimidador de la pena al ser la misma ley la que facilita una salida a tiempo al sujeto, el cual sabe desde un principio que puede evitar toda sanción<sup>(88)</sup>. A mi entender, decir tal cosa implica un total desconocimiento del tipo de criminalidad sobre la que se emiten esos juicios.

Sin llegar, pues, a tales exageraciones, sin embargo, sí que hay que contar con la posibilidad de que esta clase de mecanismos pueda coadyuvar a que el potencial terrorista interiorice - aún de forma inconsciente - que esos delitos no lo son tanto, razón por la cual sus consecuencias jurídicas no son equiparables a las del resto de conductas criminales, desde el momento en que la pena - en estos casos - no siempre es la consecuencia inmediata de la transgresión.

A mi juicio, no hay que desestimar la merma que la causa de remisión total de la pena puede producir en el efecto intimidatorio al reducir la certeza de la sanción. Si es cierto - como parece demostrado<sup>(89)</sup> - que uno de los factores que más aumenta la capacidad inhibidora de la pena es la certeza de que ésta será aplicada y no tanto la

---

<sup>(88)</sup> Así ,PASELLA, "Diritto penale premiale e funzione della pena", en Diritto premiale... op. cit. , p.242; JAEGER, Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung von § 31 BtMG, Frankfurt-Berlin-New York, 1986, p. 102, y -aunque más moderadamente- PADOVANI, "Il traffico..." , op. cit., p. 417.

<sup>(89)</sup> Vid. SCHUMANN / BERITZ / GUTH / KAULITZKI, Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention, Neuwied-Darmstadt, 1987, cit. por SILVA, Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, Barcelona 1992, nota 163, p. 219

mayor gravedad de la misma, resulta que nuestro legislador ha optado, precisamente, por el camino opuesto: aumenta las penas previstas para los casos de terrorismo e introduce, paralelamente, la causa de remisión a que se viene haciendo referencia.

Contrariamente, podría alegarse que la utilización de este tipo de técnicas refuerza el aspecto intimidatorio de la prevención general por los efectos perturbadores que introduce en las organizaciones al sembrar la desconfianza entre sus miembros. Naturalmente, así podría ser. Sin embargo, la prudencia aconseja, contemplar esa afirmación con cierto escepticismo, porque de lo que se habla es de una organización terrorista, cuyos integrantes están unidos por vínculos ideológicos muy concretos y, en cualquier caso, radicalmente enfrentados a los que encarna el aparato estatal, de modo que bien pudiera suceder que instrumentos de este tipo lejos de desunir a aquellos sujetos los uniera en mayor medida<sup>(90)</sup> ante lo que se calificaría como un acto más de amenaza proveniente del poder constituido o, incluso, como un símbolo de la debilidad de éste, lo cual bien podría reforzar la confianza del grupo en alcanzar sus objetivos.<sup>(91)</sup>

b) También desde la perspectiva de la llamada prevención general integradora, es posible y conveniente atenuar la responsabilidad del sujeto que lleva a cabo comportamientos que -como la mayoría de los previstos en el art. 57 bis b)- la comunidad valora positivamente. En este sentido son muchos<sup>(92)</sup> quienes han dicho que tal proceder legislativo contribuye a estimular la confianza en el propio ordenamiento, efecto que no debe ser desatendido por cuanto -como bien dice MIR- "un Derecho penal democrático ha de prevenir no sólo con el miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo"<sup>(93)</sup>.

---

<sup>(90)</sup> Incluso hay quien ha dicho - quizá exageradamente - que no sería de extrañar que las organizaciones, para garantizarse la unidad futura, exigieran de sus aspirantes la realización de delitos graves que excluyeran a éstos del círculo de posibles beneficiarios dando con ello prueba anticipada de su "honestidad". JAEGER, Der Kronzeuge..., op. cit., p. 102 y 103.

<sup>(91)</sup> Resulta muy interesante al respecto, una reflexión que HOBBS hacía sobre los beneficios que el Estado otorga a sus súbditos. Decía el autor del Leviatán que "el beneficio que un soberano concede a un súbdito por miedo al algún poder o facultad que éste tiene y que puede causar daño al Estado (...) se trata más bien de un sacrificio que el soberano (...) hace para aplacar el descontento de alguien a quien juzga más poderoso que a él mismo; y al actuar así, no está dando estímulo para que se le preste obediencia, sino que, por el contrario, está dando ocasión a que continúe y aumente la extorsión", Leviatán, cap. XXVIII, (Trad. de C. Mellizo), Madrid, 1989, p. 254 y 255.

<sup>(92)</sup> Así, entre otros, DE VICENTE REMESAL, El comportamiento..., op. cit., p. 356 y ss; HASSEMER, Fundamentos..., op. cit. p. 393; PROSDOCIMI, Profili..., op. cit., p. 246 y 247; ROXIN, "Risarcimento...", op. cit., p. 17.

<sup>(93)</sup> Función..., op. cit. p. 31.

Sin embargo, no es esto lo que se consigue cuando la previsión legislativa introduce el desconcierto<sup>(94)</sup>. Así ocurre cuando la concesión de beneficios desproporcionados<sup>(95)</sup> supone una profunda perturbación del orden jurídico preestablecido y desproporcionado es, a mi modo de ver, conceder en *todo* tiempo la *total* impunidad. Por otra parte, no es menor el desconcierto que provoca el que los potenciales destinatarios de aquel beneficio no vayan a ser de ordinario quienes han ocupado las capas más bajas de la organización y, en consecuencia, han cometido los delitos menos graves, sino precisamente quienes tuvieron en ella un papel más significativo, pues sólo estos últimos están en condiciones de aportar el tipo de colaboración a que se anuda la remisión total de la pena.

Con lo dicho, lo que se quiere es poner sobre el tapete la posibilidad de que la causa de remisión - tal y como aparece configurada - provoque una confusión valorativa y la consiguiente destrucción de la función de encauzamiento de la pena, a través de la cual se refuerza el respeto al ordenamiento y sirve con ello a la salvaguarda del mismo.

Debe quedar claro, no obstante, que aquella posibilidad que aquí se somete a reflexión no supone que se asuman los excesos a que puede llegarse desde ciertos planteamientos de la prevención general positiva. Concretamente, desde las llamadas "concepciones fundamentadoras"<sup>(96)</sup> de la prevención general positiva, esto es, aquellas que pretenden fundamentar la intervención del Derecho penal en un particular entendimiento de la prevención general positiva, que lleva a considerar que el recurso a la pena - o a una pena mayor - no está en relación directa con la necesidad de proteger bienes jurídicos a través de la intimidación, sino más bien con la necesidad de la sanción para crear y fortalecer una permanente actitud interna de fidelidad al Derecho<sup>(97)</sup> o -

---

<sup>(94)</sup> Vid. al respecto: BERNSMANN, "Kronzeugenregelungen des geltenden Rechts", *JZ*, 1988, p. 540 y 544; DE MAGLIE, Il fenomeno della dissociazione come circostanza attenuante e come causa di esclusione della punibilità, *Archivio penale*, 1985, p. 167; JUNG, "Der Kronzeuge - Garant der Wahrheits - findung oder Instrument der Überführung?" *ZRP*, 1986, p. 38; MEYER, "Brauchen wir den Kronzeuge?" *ZRP*, 1976, p. 27; PADOVANI, "Il traffico delle indulgenze. "Premio e corrispettivo" nella dinamica della punibilità", *Riv. ital. dir. e proc. pen.*, 1986, p. 420 y 421.

<sup>(95)</sup> Sobre tal extremo, vid., entre otros, FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, 1984, p. 161 y ss.; JUNG, *Straffreiheit für den Kronzeuge*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1974, p. 68 y ss.

<sup>(96)</sup> La distinción entre concepciones fundamentadoras, y limitadoras de la prevención general positiva se debe a MIR. Con ello, este autor distingue a quienes defienden esta forma de prevención como fundamentadora, y en su caso, ampliatoria de la intervención del Derecho penal, de aquellos otros que lo que tratan es de poner freno a la prevención general intimidatoria con aquella otra modalidad de prevención. "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", *A.D.P.C.P.*, 1986, p. 49 y ss.

<sup>(97)</sup> Cfr. KAUFMANN, Armin "La misión del Derecho penal" en MIR (ed.), *Política Criminal y*

como dice JAKOBS <sup>(98)</sup> - para afirmar la validez de la norma, y, así, conservar ésta como el modelo que orienta las relaciones sociales; una función pedagógica que la pena cumple ejercitando en la fidelidad al Derecho, en la aceptación de las consecuencias, y, en definitiva, en el reconocimiento de la norma y la confianza en ella<sup>(99)</sup>.

Desde perspectivas que asignan a la pena una función tan poco modesta como la de mantener y aún crear la confianza en el Derecho, lo lógico será admitir que aquella debe satisfacer la idea que del castigo justo se tenga en una comunidad concreta, porque de no hacerse así, la norma no se estabilizaría y, consiguientemente, se perdería la confianza en el ordenamiento. Sobre esta base, habría de admitirse que la pena - o su medida - vendrá determinada, en primer lugar, por las exigencias sociales para mantener la confianza en el Derecho, con independencia de que tales exigencias puedan superar en algunos casos - como lo demuestra alguna triste experiencia <sup>(100)</sup>- lo requerido por la simple intimidación.

Este tipo de planteamientos - a los que se han dirigido múltiples críticas que, no obstante, no es el momento de reproducir - parten de asumir que la prevención más efectiva es la que se sujeta a la estimación social de lo que es justo y de lo que no lo es, y, claro, partir de una base así es partir de una base endeble. Ya decía ROSS <sup>(101)</sup> que "las palabras "justa" e "injusta" (o "correcta" e "incorrecta") tienen sentido cuando se aplican para caracterizar la decisión hecha por un juez, o por cualquier otra persona que debe aplicar un conjunto determinado de reglas. Decir que la decisión es justa significa que ha sido hecha de una manera regular, esto es, de conformidad con la regla o sistema de reglas vigentes (...). Pero aplicadas para caracterizar una regla general o un orden, las

---

Reforma del Derecho penal, Bogotá, 1982, p. 127, cit. por MIR, "La función ...", op. cit., p. 53, nota 11.

<sup>(98)</sup> Strafrecht, A.T., 2. Auf., Berlin, 1991, p. 6 y ss., especialmente, p. 9 y 10. En este punto, es de notar la influencia de quien fuera su maestro, pues es conocida la función ético-social que WELZEL atribuía al Derecho penal (Derecho penal alemán. Parte General, trad. de la 11ª ed. alemana de Bustos Ramirez y Yañez Pérez, Chile, 1976, p. 11 y ss.)

<sup>(99)</sup> Strafrecht..., op. cit., p. 13 y 14.

<sup>(100)</sup> Me refiero a la brutal violación y posterior asesinato de tres niñas en la localidad valenciana de Alcacer, cuyos cuerpos fueron encontrados el 27 de enero de 1993. A partir de ese momento, se generalizó, y aún se hizo violenta, una corriente de opinión nacida a consecuencia de acontecimientos similares ocurridos en los años 1991 y 1992, favorable al aumento desmesurado de las penas y a la supresión de los permisos penitenciarios.

<sup>(101)</sup> Sobre el Derecho y la Justicia, Eudeba, 1977, p. 267 y 268. Vid. también, sobre la inconveniencia de convertir, sin un previo análisis crítico, las exigencias y la moralidad popular en ley penal, HART, "Inmoralidad y alta traición", en DWORKIN (comp.), La filosofía del Derecho, 1959, p. 167.

palabras "justo" o "injusto" carecen de significado (...). Una persona, que sostiene que cierta regla o conjunto de reglas (...) es injusto no indica ninguna cualidad discernible en las reglas (...). Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto (...). La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto, puesto que, por un lado, incita a la creencia de que la demanda propia no es la mera expresión de un cierto interés en conflicto con intereses opuestos, sino que posee una validez superior, de carácter absoluto, y por otro lado, excluye todo argumento y discusión racionales con miras a un compromiso (...). Puesto que la idea formal de igualdad o justicia como estrella polar para la orientación político-social carece de todo significado, es posible abogar por cualquier tipo de postulado material en nombre de la justicia. Esto explica por qué todas las guerras y conflictos sociales (...) han sido librados en nombre de la exaltada idea de justicia ".

Por todo ello, cuando manifiesto mis dudas sobre la compatibilidad de la causa de remisión total de la pena y las exigencias de la prevención general positiva, no le doy a ésta el contenido que se le da desde planteamientos tan radicales, sino otro de alcance más humilde - y más respetuoso con los fines del Derecho penal - que conecta la función de encauzamiento de la pena con la función intimidatoria de la misma.

A mi modo de ver, es necesario insistir en el hecho de que ambos aspectos de la prevención general están en una relación recíproca por cuya virtud no es posible decir que la variación *sustancial* en uno de ellos deje inalterado el otro. Esto es claro en el caso de que decidiesemos castigar con la pena de delitos muy graves otros que no lo son tanto: con ello destruiríamos el efecto integrador de la pena al introducir en la sociedad una confusión valorativa que provocaría, a su vez, una disminución del efecto inhibitor de la pena con que se conminan delitos muy graves. Pues bien, una confusión valorativa idéntica y el mismo resultado es lo que en muchos casos puede producir la renuncia a la pena, cuando: a) es total, b) cuando su concesión no se condiciona a que los comportamientos que la posibilitan tengan lugar dentro de unos límites temporales prefijados, y c) cuando la causa de remisión está llamada a operar también respecto a delitos que no pueden calificarse de leves. Difícilmente podrá servir la pena para reafirmar los valores que trata de proteger cuando el mismo ordenamiento favorece que quede exento de cualquier responsabilidad un sujeto a quien, por ejemplo, entre otros delitos, se le imputen en concepto de autor varias detenciones ilegales y aún su participación como cómplice en delitos de los que hubiera resultado la muerte de otro. Decir - como aquí se hace - que en casos como el expuesto la defensa del orden jurídico - utilizando la conocida y criticada fórmula del § 47 StGB - exige no superar ciertos



límites, no es - pese a lo que se ha dicho<sup>(102)</sup> dar entrada a la necesidad psico-social de venganza; y no es así porque de lo que se trata no es de operar con arreglo a parámetros irracionales o emotivos, variables según las circunstancias, sino de ver si con arreglo al sistema de valores que nuestro ordenamiento acoge, es posible llegar a una solución como la prevista en el art. 57 bis b). 2, sin que ello sea contrario a lo que resultaría de una reflexión conforme a los mismos criterios y principios sobre los que se asienta ese orden jurídico. Y si resulta que no es así, habrá de convenirse en que es posible que, rebasar el límite señalado, suponga hacer vanas las disposiciones punitivas al crear un sistema de valores paralelo orientado por criterios distintos, e incluso, opuestos; y, en consecuencia, introducir una confusión valorativa que perturbe la función de encauzamiento de la pena y que amenace - si se admite que son aspectos correlativos - con mermar el efecto intimidatorio de la misma.

Desde luego, no se desconoce que aquel límite - aún cuando se extraiga del propio ordenamiento - es difícil precisarlo. Entre otras cosas, porque como se ha dicho repetidamente, hoy se sabe realmente muy poco acerca de los posibles efectos que sobre la prevención general negativa y positiva pueden derivarse de atenuaciones o sustitutivos penales; pero ello, precisamente, obliga, en casos de duda, a actuar con moderación y prudencia. Con tales cautelas es conforme la causa de atenuación e, incluso, lo sería la posibilidad de remitir la pena correspondiente al delito asociativo; no, por el contrario, la causa de remisión tal y como está hoy configurada.

Hasta aquí se ha planteado la cuestión desde la hipótesis - falsa, como se dijo - de que la remisión tuviera su razón de ser en exigencias de prevención especial; y aún así, se ha concluido en que en casos dudosos no es conveniente sacrificar intereses generales en beneficio de otros particulares, lo que obliga a dar preferencia a la prevención general. Ahora de lo que se trata es de dejar constancia de que la causa de remisión ni siquiera responde a una opción a favor de la **prevención especial**<sup>(103)</sup>.

---

<sup>(102)</sup> Vid. LUZÓN PENA, Medición..., op. cit. p. 33 y ss.

<sup>(103)</sup> Lo cual - por otra parte - no es de extrañar si tenemos en cuenta que el mismo Gobierno que, en su día introdujo por vía de enmienda el art. 174 bis c y, más tarde, defendió el art. 6 L.O. 9/84 y el art. 57 bis b) C.P., insiste en reservar para sí las decisiones sobre política de reinserción, lo que le lleva a reaccionar con dureza ante resoluciones de Jueces de Vigilancia penitenciaria en las que se concede el tercer grado penitenciario a determinados presos de E.T.A. que no sólo privadamente -en conversaciones con familiares que se hicieron públicas- sino también en un texto conjunto con otros presos que publicó un semanario español, se manifestaron radicalmente en contra de la violencia y apostaron por la necesidad de "detener la actual dinámica militar", críticas que, a su vez, recibieron el respaldo de otros presos de E.T.A., y que les supusieron, a quienes las hicieron, la expulsión del "colectivo de presos políticos vascos" o, lo que es lo mismo, la expulsión formal de la banda terrorista. (tal referencia lo es a los presos I. ETXABE y J.A. URRURIA; el texto al que se ha aludido

Naturalmente, el legislador podría haber articulado el precepto de modo que éste permitiera acoger consideraciones de prevención especial, porque no hay duda de que el comportamiento del sujeto posterior a la comisión del delito representa un aspecto importante de la personalidad de aquel y, por tanto, puede ser indicativo de la mayor o - en este caso- menor probabilidad de que vuelva a delinquir; por tanto, en aquellos supuestos en que la necesidad de pena resultara muy limitada, habría que convenir con ROXIN<sup>(104)</sup> en que desconocer tal circunstancia en favor de un principio de pena adecuada a la culpabilidad, sin concesiones de ningún tipo, no puede satisfacer desde el punto de vista político-criminal; sólo la pervivencia de una discutible mentalidad retributiva obstaculizaría dar entrada a este tipo de consideraciones cuando con ello no resultase menoscabada la necesidad de tutela<sup>(105)</sup>.

Sin embargo, no creo que hayan sido una reflexión de este tipo la que fundamenta la causa de remisión total de la pena del art. 57 bis b). Y no lo creo porque si así hubiera sido, la causa de remisión se habría articulado de modo que sus prioritarios destinatarios fueran aquellos que están menos necesitados de reeducación. Sin embargo, el art. 57 bis b)2 impide conceder la remisión a quien tal vez está menos necesitado de ella: piénsese en el caso de quien abandonó la organización mucho tiempo atrás - o, como hay algún caso, fue expulsado formalmente de ella por discrepancias con la dirección - y cuya vida presente discurre conforme a los dictados jurídicos; sin embargo, la información que el sujeto posee no es apta, por su antigüedad, para permitirle beneficiarse de la causa de remisión. Por el contrario, el art. 57 bis b) da pie a que la obtenga quien pudiendo haber colaborado en mayor medida ha dejado voluntariamente de hacerlo; podrá contraargumentarse que en estos casos nada obliga a conceder la remisión, que es facultad del Juez otorgarla o no, pero esta es una objeción ingenua: si en un caso de colaboración de particular trascendencia -aunque de entidad inferior a la que ese sujeto estaba en condiciones de ofrecer- se le ocurriera al juzgador negar la remisión, tal decisión generaría la desconfianza en el precepto de sus destinatarios, y sería, por ello,

---

apareció publicado en Panorama, 9 de Diciembre de 1991, p. 10 y 11; Vid. también el diario El Mundo, 20 de Junio de 1992, p. 5.

Que el Gobierno sea tan receloso con este tipo de decisiones judiciales adoptadas durante la fase de ejecución de la pena, y que, por otra parte, defienda como lo hizo el art. 57 bis b) es, sencillamente, inaudito y contradictorio. (Vid. El País, 24 de Octubre de 1992, p. 19, así como el diario valenciano Las Provincias, de 25 de Octubre de 1992, p. 3, donde el Ministro de Justicia insiste en que las decisiones sobre política de reinserción "son y deben ser decisiones del Gobierno en exclusiva").

<sup>(104)</sup> "Prevención...", op. cit. p. 71.

<sup>(105)</sup> Vid. Informe sobre el Anteproyecto de Código penal de 1992 del Consejo General del Poder Judicial, C.P.C., n° 48, 1992, p. 656.

el detonante que haría saltar en pedazos la tan buscada eficacia político-criminal del art. 57 bis b).

Cuando el legislador abordó la causa de remisión, no estaba pensando- a diferencia de lo que ocurría en Italia con las causas de no punibilidad- en que ésta se acordara ante casos de pequeña gravedad en los que la remisión no representase realmente una renuncia importante del Estado a su potestad punitiva. Estaba, más bien, pensando en un instrumento destinado a sujetos cuya responsabilidad criminal no era despreciable; de ahí que no le interesase tanto el hecho de que el abandono y la colaboración sean síntoma de la voluntaria enmienda del sujeto, cuanto que aquellos comportamientos sean real y concretamente eficaces. Si la renuncia a la pena puede operar en tales casos de especial gravedad, lógico es que, como contrapartida, excepcionales sean los presupuestos que autorizan a renunciar a la pena, lo que inevitablemente lleva a excluir de ese círculo a quienes no están en condiciones de prestar esa contribución de excepción, pero quizá están menos necesitados de pena desde el punto de vista de la prevención especial.

Por otra parte, no deja de ser indicativo el que exista acuerdo en entender que no es obstáculo a la aplicación del precepto el hecho de que el comportamiento allí previsto tenga lugar una vez que el sujeto ha tenido conocimiento de las ventajas punitivas que de él pueden derivarse<sup>(106)</sup>. Y que sea ésta la interpretación generalmente admitida no es casual; sobre todo si se tiene en cuenta que el legislador permite que las conductas puedan realizarse hasta el momento de la sentencia definitiva, y aún más tarde, a efectos de obtener la libertad condicional; la cuestión es, si cabe, más clara cuando se observa que a partir de la L.O. 9/84 desaparece el requisito de espontaneidad de la colaboración a que expresamente se aludía en el art. 6 de dicha ley.

Y, en fin, si analizamos la cuestión desde la perspectiva de la reinserción social, no hay duda de que la conducta consistente en la inculpación de terceros difícilmente se compadece - por las razones que ya vimos - con las exigencias de la más elemental política de reinserción<sup>(107)</sup>.

---

<sup>(106)</sup> Vid. ARROYO, "La Reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica w/1981, de 4 de Mayo". C.P.C. nº 15, 1981 p. 418; DE VICENTE REMESAL, EL comportamiento..., op. cit., p. 105 y 106. Un dato importante a tener en cuenta es el hecho de que las distintas leyes italianas no excluyeran de su respectivo ámbito de aplicación a los sujetos contra quienes ya se había iniciado el procedimiento, lo que implícitamente quería decir que no se requería espontaneidad de tipo alguno a la hora de realizar las conductas que eran presupuesto para la aplicación de los beneficios.

<sup>(107)</sup> En este sentido, se manifestó ya claramente el portavoz de Izquierda Unida -N. SARTORIUS- al defender sus enmiendas (Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación

Quizá lo único que en este apartado del art. 57 bis b) está teleológicamente orientado a cumplir con las exigencias de la prevención especial es el hecho de que la llamada remisión sea, al menos condicional. Sin embargo, aún ahí habría que recomendar al legislador - de nuevo - mayor cautela, pues contentarse con que el sujeto no vuelva a cometer delitos de los previstos en el art. 57 bis a) es contentarse con muy poco; a mi juicio, no hay que temer que el sujeto vuelva a integrarse en la banda, ni tampoco - porque difícilmente se le aceptaría - en otra distinta; sin embargo, si se tiene en cuenta que la remisión alcanzó también a delitos distintos del asociativo, parece necesario garantizar - siquiera sea a través del mecanismo de la revocación - que el sujeto se abstendrá en el futuro de atentar contra esos otros bienes jurídicos.

A mi modo de ver cuando el legislador ha configurado la causa de remisión de la pena tal y como lo ha hecho, ha partido de un peculiar entendimiento de la llamada **función promocional del Derecho penal**.

Por tal función suele entenderse -quizá, como señala BRICOLA<sup>(108)</sup>, de un modo un tanto estrecho- la que consiste en estimular al sujeto a la realización del comportamiento deseado, sirviéndose para ello de técnicas premiales como -en el caso del Derecho penal- podían ser la atenuación o la exención de pena; en la conocida formulación de BOBBIO<sup>(109)</sup>, la técnica sancionadora tradicional respondería al esquema "si no quieres A, debes B", mientras que la técnica premial se ajustaría a este otro: "Si quieres A, debes B".

En este sentido, la aparición en Italia de la llamada "*legislazione dell'emergenza*" hizo que alcanzara gran difusión la idea de un Derecho penal premial<sup>(110)</sup>. Con esta

---

permanente, III Legislatura, 1988, nº 95, 17 Marzo 1988, p. 5960, Vid. también lo expuesto por el SR. BANDRÉS en op. cit. , p. 5957 y 5958). En el mismo sentido, DE LA CUESTA, "Atenuación...", op. cit., p. 583., y LAMMER, "Terrorbekämpfung durch Kronzeuge" ZRP, 1989, p. 252.

<sup>(108)</sup> Parece asistir la razón a BRICOLA cuando afirma que la llamada función promocional del Derecho puede cumplirse también a través de técnicas sancionadoras; así v.g. mediante el establecimiento de tipos omisivos ("Funzione...", op. cit. p. 447 y ss.)

<sup>(109)</sup> "Sulla funzione promozionale del diritto", en Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1969, p. 1328.

<sup>(110)</sup> Esta expresión ha sido utilizada en diversos sentidos siendo, quizá, uno de los más extendidos el que BETTIOL le diera; muy distinto al que aquí se le dará. BETTIOL habló del Derecho penal como Derecho premial para poner de manifiesto la evolución sufrida en el modo de entender la justificación y el fin de la pena; "tolta di mezzo - decía BETTIOL -l'idea della sanzione e della pena retributtiva, il diritto penale si trasforma in un diritto premiale", el cual -a juicio de este autor- desemboca "in una serie di provvedimenti che tendono ad operare al di fuori di ogni idea afflittiva per dare al condannato

expresión -lingüísticamente contradictoria<sup>(111)</sup>- se refería la doctrina a aquellos preceptos penales que ligaban la atenuación o exención de pena a determinados comportamientos postdelictivos del reo. Ahora bien, la polémica no surgió en relación con los supuestos tradicionales de comportamiento postdelictivo que -como v.g. el desistimiento o el arrepentimiento activo- contenía el Código Rocco, sino con aquellos otros introducidos por la legislación de la emergencia; y así fue por cuanto en ella se preveían hipótesis de comportamiento postdelictivo cuya manifestación tenía lugar en sede procesal, a través de la colaboración con los órganos encargados de la persecución y castigo. Fue, por tanto, a partir de ahí que el fenómeno a que me refiero alcanzó gran difusión, y la doctrina<sup>(112)</sup> se preocupó especialmente de señalar las diferencias esenciales entre los preceptos tradicionales que -se decía- se movían en el terreno sustancial, y los nuevos, llamados a operar en el marco del proceso. Las críticas se sucedieron e, incluso, llegó a afirmarse la inconstitucionalidad de este nuevo tipo de normas de favor<sup>(113)</sup> o, al menos, la posibilidad de que fueran objeto de control de constitucionalidad<sup>(114)</sup>.

---

quell'accrescimento di possibilità in modo da renderlo idoneo alla vita sociale"; "Dal Diritto penale al Diritto premiale". Riv. it. di dir. e proc. pen., 1960, p. 708; existe traducción española de A. D'Alessio y M. Oliveri, en Estudios jurídicos en homenaje al Profesor L. Jiménez de Asua, Buenos Aires, 1964, p. 279 y ss. Sobre las diferentes acepciones de la fórmula Derecho penal premial, puede verse MUSCO, "La premialità nel diritto penale", en La legislazione..., op. cit., p. 115 y 116.

<sup>(111)</sup> RESTA, "Il diritto penale premiale: "Nuove" strategie di controllo sociale", Dei delitti e delle pene, 1983, p. 41

<sup>(112)</sup> La mayoría de los autores que se ocuparon del tema aludieron, siquiera brevemente, a las diferencias que podían advertirse entre las tradicionales y las nuevas disposiciones. Nos limitamos aquí a señalar algunos de los trabajos donde se concede a la cuestión un tratamiento más pormenorizado: PADOVANI, "La soave...", op. cit. p. 529 y ss; del mismo, "Il traffico..." op. cit. p. 406 y ss.; PISANI, "Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni", Indice Penale, 1981, p. 203 y ss.; PISAPIA en la Relazione introduttiva al Congresso sobre legislación premial, en La legislazione..., op. cit., p. 31 y ss; MUSCO, "La premialità...", op. cit. p. 127 y ss.

<sup>(113)</sup> Así, entre otros, DE MAGLIE, "Il fenomeno...", op. cit., p. 172 y ss; FERRAJOLI, "La legge sulla dissociazione: un nuovo prodotto della cultura dell'emergenza" Questione Giustizia, 1987, p. 274 y ss.; MUSCO, "La premialità...", op. cit., p. 126 y 127.

<sup>(114)</sup> La polémica en este punto no se centró exclusivamente en las normas a favor de los terroristas "arrepentidos", sino que tuvo mayor alcance por cuanto lo que se planteaba era el interrogante de si el legislador era absolutamente libre a la hora de configurar hipótesis de no punibilidad o si, por el contrario, era posible someter a control de constitucionalidad las normas "favorables" al reo. Sin embargo, la cuestión tropezó con diversas declaraciones de la Corte Costituzionale por las que se declaraban inadmisibles este tipo de cuestiones de legitimidad por defecto de relevancia, y ello por cuanto "in virtù dell'irretroattività delle sanzioni penali più sfavorevoli all'imputato il giudice a quo dovrebbe in ogni caso applicare la disposizione più vantaggiosa per l'imputato che è quella denunciata per incostituzionalità" (Sentencia n° 91 de 26 Julio 1979; Giurisprudenza Costituzionale, 1979, I, p. 678 y ss, con comentario en op. cit. de D'ALESSIO, p. 679 y ss; en el mismo sentido: Sentencia n° 143, 16 Mayo 1984, Giurisprudenza Costituzionale, 1984, Parte Prima, II, p. 983 y ss; sobre la irrelevancia "necesaria" de este tipo de cuestiones: DOGLIANI "Irrelevanza "necessaria" della

No obstante, no es este el momento de entrar a analizar todo este conjunto de objeciones; más bien de lo que se trata ahora es de dilucidar si cabe admitir que el Derecho penal cumpla una *función promocional* -en el sentido ya visto- *a través de normas* que -como se ha pretendido demostrar- son *dudosamente compatibles con los fines preventivos de la pena*. A mi juicio, sólo cabe responder a esta cuestión negativamente. Y ello por la sencilla razón de que si el Derecho penal es un instrumento jurídico al servicio de la tutela de determinados bienes, y si dicha tutela se persigue a través de la pena, difícilmente pueden servir para cumplir lo que es su función propia, normas que no armonizan con los fines preventivos a través de los cuales la pena cumple la tan citada función. Y eso es lo que sucede con la causa de remisión total de la pena prevista en el apartado 2 art. 57 bis b).

Hoy ya nadie duda de la posibilidad de prescindir de la pena -y aun de la conveniencia de hacerlo en virtud del principio de proporcionalidad<sup>(115)</sup>, siquiera sólo sea porque -como dice VIVES ANTÓN- "la justa proporción que reclama el principio retributivo solamente puede establecerse sobre la base de valoraciones culturales, cambiantes e inseguras. De modo que, si bien la retribución ha de operar como límite máximo de la medida de la pena, en modo alguno cabe deducir de ella un límite mínimo a ésta"<sup>(116)</sup>. Por otra parte, es claro también que existe cierta unanimidad en conceder al legislador un amplio margen de libertad tanto a la hora de criminalizar como de descriminalizar conductas<sup>(117)</sup>; sin embargo, la cuestión se complica cuando prescindir de la pena implica menoscabar la función de tutela que se le asigna. Y afirmar esto no implica desconocer que los criterios que deben utilizarse para imponer una pena no son los mismos que autorizan a renunciar a la misma. Ciertamente, tal distinción de criterios existe, pero la función de tutela que a la pena se le asigna no puede dejar de estar presente en cualquiera de ellos.

---

questio relativa a norme penali di favore", Giurisprudenza Costituzionale, 1976, Parte Prima, p. 585 y ss.) Con carácter general Vid., BRICOLA, "Il 2° e 3° comma dell'art. 25; en Commentario della Costituzione, AA.VV., coordinados por G. Branca, Bologna, 1981, especialmente p. 275 y ss; STORTONI, "Profili costituzionali della non punibilità", Riv. ital. dir. e proc. pen., 1984, p. 626 Y ss.

<sup>(115)</sup> Así lo entienden quienes, acertadamente, consideran que no cabe atribuir a la pena una función retributiva; entre otros: COBO-VIVES, Derecho Penal. Parte General, op. cit. p. 71, 618 y 632 MIR PUIG, Función... op. cit., p. 39 y 40; del mismo, Introducción... op. cit., p. 104 y 105; ROXIN, "Sentido...", op. cit., p.30. Vid. también Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código penal de 1992. C.P.C., nº 48, 1992, p.656 y ss.

<sup>(116)</sup> "Régimen penitenciario y Derecho penal. Reflexiones críticas", C.P.C., 1977, nº 3, p. 261 y 262

<sup>(117)</sup> Vid BRICOLA, "Il 2° e 3° comma dell'art. 25", op. cit. p. 274; HASSEMER-MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Valencia 1989, p. 75 y ss.; STORTONI, "Profili...", op. cit., p. 636 y ss. Vid. también la interesante S.T.C 4 Julio 1991 (F.J.4°).

La total impunidad la concede nuestro legislador para estimular en mayor medida a la realización de conductas sin duda deseables y aptas en el caso concreto para producir un resultado valioso; sin embargo, prescindir totalmente de la pena en casos de especial gravedad es dudosamente aconsejable desde la prevención general, y cuando, además, tal cosa no puede ser entendida en clave de prevención especial ello impide estimar tal previsión como valiosa en su conjunto. Es lo mismo que sucede, por ejemplo, en sede de justificación: la mera producción del resultado valioso no basta en aquellos casos en que se requiere la concurrencia de ciertas finalidades subjetivas, que si están ausentes impide que las consecuencias, estimadas en su conjunto, puedan reputarse valiosas por el

ordenamiento jurídico.<sup>(118)</sup>

Precisamente, si nadie cuestiona la impunidad del desistimiento en la tentativa o del arrepentimiento en la frustración es porque aquella disfuncionalidad no se produce en estos casos, cosa que sí ocurre cuando la no punibilidad gira en torno a juicios de valor que amenazan con debilitar los fines propios de la pena; es entonces cuando -como se hizo en Italia<sup>(119)</sup>- puede hablarse de una crisis de la función de la pena.

## V - CONCLUSIÓN

La **causa de atenuación de la pena** prevista en el art. 57 bis b) no sólo puede fundamentarse en *consideraciones utilitarias*, sino que también se justifica desde los *fines de la pena*: en primer lugar, por la relajación de la necesidad de prevención general y especial que supone la realización de las conductas a que se asocia aquel beneficio; y en segundo lugar, por el hecho de evitar la posible merma del efecto intimidatorio con la imposición- aunque atenuada- de una sanción al sujeto. Alguna matización, no obstante, habría de hacerse en relación con la modalidad de conducta consistente en la inculpación de terceros, y ello por cuanto -amén de los problemas que en otra sede plantea- este tipo

---

<sup>(118)</sup> En este sentido, COBO-VIVES, Derecho Penal. Parte general, op. cit., p. 356; Cfr. en op. cit. nota 12, p. 389.

<sup>(119)</sup> RESTA, "Il diritto...", op. cit. p. 61.

de comportamientos se compadecen mal con las exigencias de la más elemental política de reinserción.

Por lo que se refiere a la **causa de remisión total de la pena**, la cuestión se plantea ahí de un modo muy distinto. En este caso, el legislador ha desatendido algo que, a mi juicio, es fundamental: el que la no punición no puede ser ajena y aun dudosamente compatible con los fines propios de la pena.

A mi modo de ver, la remisión de la pena correspondiente al conjunto de actividades a que se refiere el art. 57 bis b) sólo puede fundarse en *discutibles razones utilitarias*, en base a las cuales se opta por una técnica que no sólo puede ser contraria a las exigencias de prevención general, sino que, ni siquiera, resulta avalada por consideraciones de prevención especial.

Nada habría que oponer al hecho de que el legislador hubiere concedido la remisión de la pena correspondiente al delito asociativo; y ello porque quien abandona lleva a cabo voluntariamente una conducta antagónica a la que fundamenta en estos casos la punición, de modo que, por las mismas razones que en los casos del desistimiento en la tentativa o el arrepentimiento en la frustración, la renuncia a la pena no menoscaba la función de tutela que tiene encomendada<sup>(120)</sup>.

Sin embargo, la justificación en tales términos es más difícil cuando de lo que se trata es de extender la remisión al conjunto de la responsabilidad que por los delitos relacionados con las actividades señaladas en el art. 57 bis b) se impute al sujeto. En tales casos, no sólo hay razones fundadas para dudar de que consideraciones de prevención general permitan una solución de ese tipo, sino, además, otras que impiden interpretar el beneficio en clave de prevención especial; y esto último porque el precepto no se orienta en este sentido, y porque, además, es altamente dudoso que, aun cuando en el caso concreto quedase excluida de antemano la finalidad de prevención especial, pudiera justificarse sólo sobre esa base tan excepcional tratamiento cuando ello contraviniese intereses de prevención general.

Es por todo ello que la remisión total de la pena sólo puede justificarse en base a consideraciones utilitarias, en el deseo de estimular con tal beneficio a la realización de las conductas deseadas, con las que se trata de dar satisfacción a determinados intereses

---

<sup>(120)</sup> En tales casos podría hablarse -según BRICOLA- de "momenti di tecnica premiale all'interno del diritto penale: trattasi, però, di momenti che non esauriscono ma integrano la tecnica sanzionatoria penale", o lo que es lo mismo, "tecniche di incoraggiamento che si muovono parallelamente alle tecniche sanzionatorie de tipo afflittivo(...)" "Funzione...", op. cit., p. 449). En el mismo sentido, PADOVANI, "Il traffico...", op. cit., p. 407.



que, sin duda, son intereses legítimos desde el momento en que, aunque indirectamente, están orientados en última instancia a la protección de bienes jurídicos,<sup>(121)</sup> pero cuya satisfacción es dudoso que corresponda conseguirla prioritariamente a través de la pena.

Por todo ello, convendría que el legislador reflexionase sobre si para acabar con la delincuencia terrorista es oportuno utilizar prioritariamente la pena y hacerle asumir a ésta funciones de tutela genérica de los bienes que el terrorismo ataca, y si es conveniente hacerlo aun a costa de que ello pueda entrar en contradicción con sus fines propios. Corresponde en cualquier caso al legislador ponderar ese riesgo y optar por mantener el precepto o por acudir a otro tipo de medios puestos al servicio de poderes públicos distintos al Poder Judicial.

---

<sup>(121)</sup> No obstante, conviene tener presente que no son ajenas a este tipo de preceptos consideraciones de índole muy distinta, pues al premiar al terrorista -como dice TERRADILLOS- "se potencia la tesis de que sus valores no servian, y se refuerza la útil demonología en cuya virtud no hay razones políticas para el terrorismo, sino sujetos que, movidos, en el mejor de los casos, por análisis erróneos, habían llegado a comportamientos que ahora, tras una reflexión más serena y ponderada, critican. La verdad de la mayoría termina, naturalmente, imponiéndose", "El delito de terrorismo en el Proyecto de Código penal", Cuadernos Jurídicos, 9, 1993, p. 76.

**CAPITULO QUINTO**  
**AMBITO DE APLICACIÓN**

## I.- PLANTEAMIENTO

El ámbito de aplicación del art. 57 bis b) viene delimitado indirectamente, a través de la remisión que en este precepto se contiene a "los delitos a que se refiere el art. 57 bis a)", donde, como es sabido, se contiene la agravante específica de la responsabilidad criminal. Resulta, por tanto, que preceptos de efectos tan dispares tienen como ámbito común de aplicación el de "los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes".

Ahora bien, el hecho de que el ámbito conceptual de aplicación de ambos preceptos coincida, no quiere decir que éste sea, finalmente, idéntico. Y no lo es porque, en muchas ocasiones el art. 57 bis a) resulta desplazado por otras normas agravatorias con las que entra en concurso. Sin ir más lejos, el art. 57 bis a) no debería aplicarse al delito de integración en banda armada (art. 174 nº 3 C.P.) por cuanto aquella circunstancia ya está contemplada para agravar la responsabilidad del delito asociativo. Sin embargo, resulta obvio, que tal limitación de su ámbito objetivo de aplicación no afecta al art. 57 bis b), por lo que, insisto, la coincidencia en este punto es puramente conceptual.

Hechas esas primeras consideraciones, el paso siguiente es tratar de precisar qué debe entenderse por "delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes".

Para desentrañar el significado de la fórmula utilizada me propongo acotar el alcance de conceptos como el de "banda armada" y "elementos terroristas o rebeldes". Tales términos -pese a la relativa frecuencia con que el legislador alude a ellos - no puede decirse que sean objeto de una interpretación unánimemente admitida. De hecho, el T.C-

en la conocida sentencia 199/1987, de 16 de Diciembre- se vió en la necesidad de delimitar el contenido y alcance de los mismos, con lo que, en cierto modo, venía a reconocer que no nos hallabamos ante conceptos jurídicos perfectamente consolidados. Precisamente por eso mismo, en la discusión parlamentaria de lo que sería la L.O. 3/1988, de 25 de Mayo, se criticó la indeterminación en que seguían sumidos tales términos, y se insistió en la necesidad de delimitar su alcance<sup>(1)</sup>.

Es más, con posterioridad a la aprobación legislativa de la citada Ley Orgánica, el Parlamento Vasco promovió recurso de inconstitucionalidad contra la misma, por entender que el empleo de los términos "elementos" u "organizaciones terroristas", sin dar una definición de lo que deba entenderse por terrorismo, vulnera las exigencias del principio de legalidad.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional- S.89/1993, de 12 de marzo- acordó desestimar el recurso de inconstitucionalidad, por considerar que la falta de una definición legislativa sobre lo que deba entenderse por tales términos, no contradice las exigencias dimanantes del citado principio.

A juicio del Tribunal, la Constitución no impone al legislador la obligación genérica de definir todos y cada uno de los términos de la descripción típica (fundamento jurídico 3º), sino que "una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica carecieran de toda virtualidad significativa y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada con tales expresiones." (fundamento jurídico 3º).

Pero no es eso- según el Tribunal- lo que sucede con las expresiones que son objeto del recurso, las cuales se inscriben "en el seno de un ordenamiento que proporciona datos bastantes para la determinación, clara y precisa, de aquellas nociones..." (fundamento jurídico 3º). Tal afirmación la fundamenta el Tribunal en tres tipos de razones, contenidas todas ellas en el fundamento jurídico tercero: la primera consiste en el uso que de aquellas expresiones se hace en la Constitución (arts. 13.3 *in fine* y 55.2) y en la interpretación, y consiguiente precisión, que de tales conceptos ha hecho el propio Tribunal en la conocida sentencia 199/1987. La segunda de las razones alegadas, apunta a la existencia de una larga tradición jurisprudencial sobre el contenido y alcance de aquellas nociones, debido al hecho de que las mismas no hayan sido introducidas *ex novo* mediante la ley impugnada, sino que ya aparecieran recogidas en

---

<sup>(1)</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, III legislatura, nº 84, sesión del 11 de Febrero de 1988, p. 5334 y 5341.