

reunión, asociación o tutela judicial efectiva<sup>(37)</sup> o cuando ha señalado que la diferencia entre militar y civil es relevante para establecer una agravación de las penas en la legislación militar, pero no a los efectos de determinar la responsabilidad civil de cada uno<sup>(38)</sup>.

Con ello, lo que el Tribunal viene a decir es que es necesario que la medida diferenciadora y el fin que persiga esté en relación directa con el criterio en base al cual se establece la diferencia. Así, agravar la responsabilidad criminal de los miembros de las Fuerzas Armadas con la finalidad de garantizar el buen servicio y la organización -profundamente jerarquizada y en la que los principios de unidad y disciplina desempeñan un papel crucial<sup>(39)</sup>- de la Institución Militar, está en relación directa con el criterio diferenciador (la pertenencia a las Fuerzas Armadas); por el contrario, no se ve qué relación tenga con él el hecho de sujetar a esos sujetos a un régimen de responsabilidad civil contractual distinto.

Resulta, por tanto, imprescindible a la hora de enjuiciar la razonabilidad de la diferenciación precisar cuál sea el fin que persigue la norma diferenciadora y ver, además, si es o no un fin lícito. Así es porque -como decía- pudiera suceder que estando justificado el criterio de la diferencia, no lo estuviera la concreta diferencia introducida, y, por tanto habría que ver en ella un odioso privilegio carente de una justificación objetiva y razonable. Eso es, por utilizar un ejemplo burdo, lo que ocurriría si con el fin de descongestionar los Centros Penitenciarios, el legislador autorizase a remitir el resto de la pena que quedase por cumplir a los miembros de los grupos a que se refiere el art.57 bis b) que estuvieron en el último período de la condena. Ni qué decir tiene que en un caso así -y dejando al margen la licitud o ilicitud del fin- resultaría imposible compatibilizar el fin de la norma con el criterio que sirve para introducir la diferencia.

Ahora bien, si el fin que el art.57 bis b) persigue es un fin lícito y si en tal norma es posible ver un instrumento -adecuado o no, cuestión que no interesa- al servicio de la lucha contra el terrorismo, no podrá decirse de ella que sea un irrazonable privilegio destinado a beneficiar a una clase de individuos en concreto. Y tal conclusión no podría verse alterada por el hecho de que el legislador no haya establecido un trato similar para quienes, relacionados con las actividades de otros grupos, realizasen conductas idénticas

---

<sup>(37)</sup> S.T.C.115/1987. 7 Julio (F.J.2º, 3º y 4º).

<sup>(38)</sup> S.T.C.151/1985. 5 Noviembre (F.J.5º y 6º) en relación con S.T.C.107/1986. 24 Julio (F.J.4º, 6º y 7º).

<sup>(39)</sup> S.T.C.180/1985. 19 Diciembre (F.º.2º).

a las contempladas en el art.57 bis b). Así es por cuanto la prohibición de distinciones arbitrarias no se refiere al alcance subjetivo de las normas, sino a su contenido<sup>(40)</sup>, de modo que existiendo una razón que avale esta opción de política legislativa, tan legítimo es que este tipo de instrumentos se reserven para la lucha contra el terrorismo, como que se extiendan a otras manifestaciones de la criminalidad si existiera también una razón que lo justificase<sup>(41)</sup>.

Volviendo, pues, a la cuestión del fin que el art.57 bis b) persigue, basta -según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>(42)</sup>- con que éste sea un fin lícito que no se oponga a los principios y valores que la Constitución consagra; es decir, ni siquiera resulta necesario que la finalidad perseguida deba estar expresamente recogida en la Constitución; es suficiente con que no se oponga a ella. De hecho, por ejemplo, tan lícita se estima la finalidad de que los candidatos a Decano de un Colegio de Abogados estén en condiciones de desempeñar su cargo con la atención debida<sup>(43)</sup>, como la de garantizar el buen servicio de las Fuerzas Armadas y, por consiguiente el mejor cumplimiento de los fines que constitucionalmente tienen encomendados<sup>(44)</sup>.

En tal sentido, no creo que existan dudas sobre la licitud del fin perseguido por el art.57 bis b).

En un Capítulo anterior<sup>(45)</sup> ya se tuvo ocasión de señalar la finalidad eminentemente utilitaria que persigue tal precepto. Con él -como ya sabemos- lo que se

---

<sup>(40)</sup> Si así fuera, no cabrían las leyes singulares, cuya compatibilidad con el principio de igualdad ha sido admitida por el Tribunal Constitucional, vid.S.T.C.166/1986, 19 Diciembre.

<sup>(41)</sup> En cualquier caso, la razón que podría justificar la diferencia no tendría por qué radicar necesariamente en el bien jurídico atacado, sino que pudiera estar, por ejemplo, en las mayores dificultades ante las que se enfrentan -por causas diversas- las tareas de represión de ciertos delitos en comparación con otros. Esa fue, concretamente, la explicación que comúnmente se dio en Alemania al hecho de haber introducido un instrumento de este tipo en los delitos de tráfico de drogas, frente a los cuales -se dijo- las investigaciones se encontraba ante una especie de estado de necesidad (*Ermittlungsnotstand*), que justificaba la diferencia e impedía, por tanto, considerarla contraria al principio de igualdad. Vid. JAEGER, Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung von § 31 BtMG, Frankfurt-Bern-New York, 1986, p.40 y ss. Cfr.FLORA, Il ravvedimento..., op.cit..p.167.

<sup>(42)</sup> Entre otras muchas, S.S.T.C.34/1981, 10 Noviembre (F.Jº.3º); 68/1982, 23 Noviembre (F.Jº.4º); 162/1985, 29 Noviembre (F.Jº.2º); 180/1985, 19 Diciembre (F.Jº.2º); 107/1986, 24 Julio (F.Jº.2º)

<sup>(43)</sup> En relación con la obligación de residir en la demarcación del Colegio para ser candidato a Decano del mismo: S.T.C.23/1984 20 Febrero (F.Jº.6º).

<sup>(44)</sup> En relación con el trato punitivo más riguroso que la legislación militar otorga a los miembros de las Fuerzas Armadas frente a lo que es el régimen penal común.

<sup>(45)</sup> Vid.supra Capítulo IV.

pretende ,de un lado, es incentivar al abandono de los grupos criminales, con la consiguiente disgregación de los mismos que tal cosa provocaría, y de otro lado, facilitar la investigación y la represión de los delitos a que el art.57 bis b) se refiere. Asimismo, todo ello redundaría en la tutela -aunque indirecta- de los bienes jurídicos que estos grupos atacan.

Dejando, por el momento, al margen los problemas -fundamentalmente procesales- que esta norma plantea, lo cierto es que esa finalidad no puede reputarse ilícita y, por tanto, no puede decirse que la norma sea arbitraria.

Las consideraciones expuestas son suficientes, a mi juicio, para considerar inobjetable el art.57 bis b) desde el punto de vista del principio de igualdad. Es- como hemos visto -la conjunción de varios criterios la que avala tal conclusión: de un lado, la objetiva singularidad de los delitos de que se trata; de otro, el hecho de que la medida se acomode al sentido de esa singularización; y, finalmente, la licitud del fin perseguido.

En realidad, los mismos criterios sobre los que el Tribunal Constitucional articuló el fundamento jurídico segundo de la conocida sentencia 199/1987, de 16 de Diciembre. Se analizaba allí una de las cuestiones suscitadas por el Parlamento Vasco; concretamente, la que consistía en afirmar que la ley 9/1984, de 26 de Diciembre, vulneraba el principio de igualdad al establecer lo que se consideró un "privilegio negativo" para determinados ciudadanos, los cuales resultaban, así, discriminados.

El Tribunal Constitucional no se limitó a decir -y podría haberlo hecho- que tal diferencia de trato era consecuencia de una previsión constitucional que no podía obviarse al interpretar el art.14, sino que argumentó sobre la razonabilidad y no arbitrariedad de la distinción. A tal efecto combinó -tal y como aquí se ha hecho- varios criterios: de un lado, la finalidad intrínsecamente atendible que la norma diferenciadora perseguía (la suspensión de determinados derechos fundamentales tenía por objeto facilitar las investigaciones); de otro, la razón última que justificaba la diferenciación (la especial gravedad de los delitos a que iba referida), factor diferencial con relevancia suficiente para legitimar el recurso a una medida de aquel tipo.

c.- Finalmente, en ocasiones, suele el Tribunal Constitucional concluir el llamado juicio sobre la igualdad analizando si existe o no una "razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida"<sup>(46)</sup>.

---

<sup>(46)</sup> S.34/1981. 10 Noviembre (F.Jº.3º). En el mismo sentido. S.S.T.C.22/1981. 2 Julio (F.Jº.9º); 75/1983. 3 Agosto (F.Jº.2º); 23/1984. 20 Febrero (F.Jº.6º); 107/1986. 24 Julio (F.Jº.1º); 123/1987. 15 Julio (F.Jº.4º).

En el presente caso, sin embargo, no se alcanza a ver cuál pueda ser el papel que corresponde jugar al principio de proporcionalidad, en sentido estricto, a la hora de decidir sobre la conformidad del art.57 bis b) con el principio de igualdad.

Las propias características de la norma enjuiciada -que se limita a establecer un trato punitivo más favorable- impide ver en ella ese "sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza"<sup>(47)</sup>, que es la única desproporción que puede dar lugar a un enjuiciamiento de la cuestión por el Tribunal Constitucional.

Cuando el Estado- por las razones ya vistas- renuncia, siquiera parcialmente, al ejercicio de la potestad punitiva en relación con un grupo de sujetos, no puede decirse que vulnere la proporcionalidad en sentido estricto, pues -para los excluidos de aquella previsión- tal cosa sólo supone el que continúen quedando sujetos a la pena de que se habían hecho acreedores.

Por otra parte, no es preciso insistir en que, en última instancia, ese control sobre la adecuación no es -como el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de señalar<sup>(48)</sup>- un control sobre la oportunidad de la medida o un juicio técnico sobre su corrección, pues tal cosa entra dentro de las competencias del legislador. Basta, por tanto, con que la medida adoptada sea genéricamente idónea para alcanzar el fin lícito que se persigue -y el art.57 bis b) lo es- sin que sea necesario que resulte la más apropiada o la óptima<sup>(49)</sup>.

En conclusión, el que no exista una previsión semejante a la contenida en el art.57 bis b) a favor de quienes, vinculados a grupos criminales distintos de los allí referidos, realicen las mismas conductas contempladas en el art.57 bis b), no implica que este precepto sea un privilegio arbitrario y, por tanto, contrario al principio de igualdad, pues

---

<sup>(47)</sup> S.T.C.66/1985. 23 Mayo (F.Jº.1º).

<sup>(48)</sup> Entre otras, S.S.T.C.65/1982. 10 Noviembre (F.Jº.4º); 75/1983. 3 Agosto (F.Jº.7º); 180/1985. 19 Diciembre (F.Jº.2º); 107/1986. 24 Julio (F.Jº.2º); 75/1992. 14 Mayo (F.Jº.3º); Vid. entre otros. CARRASCO PERERA, "El 'juicio de razonabilidad' en la justicia constitucional". Revista española de Derecho constitucional, nº 11. 1984, p.53 y ss; DE OTTO, "Igualdad". en Diccionario... op.cit., p.449; GARRORENA MORALES, El Estado español como Estado social y democrático de Derecho. Madrid. 1987, p.55 y ss.

<sup>(49)</sup> Eso es algo que aquí mismo -en un Capítulo anterior. vid.supra. Capítulo IV- se ha puesto en tela de juicio; sobre todo en el caso de la remisión. pues su dudosa compatibilidad con los fines de la pena autoriza a cuestionarse si es posible tutelar penalmente bienes jurídicos con medidas que no se ajustan a los fines a través de los cuales la pena cumple su función de tutela.

la diferencia que dicha norma introduce tiene -como se ha tratado de demostrar- una justificación objetiva y razonable.

2.- Como ya dije, también se ha alegado la incompatibilidad del art.57 bis b) con el principio de igualdad desde una perspectiva distinta. Concretamente, en el sentido de que la norma no toma en consideración las distintas posibilidades de colaboración de los potenciales destinatarios de la misma, de manera que favorece a quienes han tenido un papel importante en el seno del grupo, en detrimento de quienes -por haber ocupado las capas más bajas- no están en condiciones de ofrecer la colaboración que, por su grado y eficacia, reporta los mayores beneficios.

No se discute, pues, la generalidad de la ley -que, naturalmente, será aplicada a *todos* los que realicen las conductas en ella recogidas- sino el hecho de que el art.57 bis b) no distinga situaciones fácticas distintas.

A mi juicio, tal cosa podrá tomarse en consideración a los efectos de cuestionar la norma desde otra perspectiva<sup>(50)</sup>, pero, en modo alguno, para afirmar su inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad.

Por el contrario, estimo que la diferencia -real- que existe entre ambas clases de individuos es, desde el punto de vista del principio de igualdad, jurídicamente irrelevante. El art.14 C.E. -como en alguna ocasión ha señalado en Tribunal Constitucional<sup>(51)</sup>- reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no a imponer diferencias de trato cuando las diferencias que existan entre las situaciones de que se trate deban estimarse jurídicamente irrelevantes, esto es, cuando carezcan de sentido desde lo que es la finalidad que la norma cuestionada persigue, que es, precisamente, lo que en este caso sucede.

Por otra parte, parece innecesario decir que es descabellado reprochar al legislador el que deje de tomar en consideración lo que es una desigualdad de situaciones cuando ambas son contrarias al ordenamiento jurídico. Una pretensión de aquel tipo se asimila mucho -aunque sea cosa distinta- a aquellas otras en que se solicita el amparo del Tribunal Constitucional por estimar que se discrimina a quienes se les aplica correctamente la ley frente a quienes recibieron un trato distinto -más favorable- al

---

<sup>(50)</sup> Vid. *supra*, Capítulo IV, p 306 y 307 .

<sup>(51)</sup> S.S.T.C.86/1985, 10 Julio (f.Jº.3º); 19/1988, 16 de Febrero (F.Jº.6º).

margen de la ley. Sin embargo, es obvio que "el principio de igualdad no puede transformarse en una exigencia de trato igual a todos fuera de la legalidad"<sup>(52)</sup>; tal cosa -aun salvando las distancias que median entre esta cuestión y la que nos ocupa- podría alegarse también a los efectos de destacar la irrelevancia jurídica que, desde la perspectiva del principio de igualdad, tiene el hecho de que unos sujetos ocuparan las capas marginales de una asociación ilícita y no aquellas otras más elevadas, que les permitirían ofrecer una colaboración de superior entidad y obtener, consiguientemente, los mayores beneficios. Así pues, tampoco estimo convincente la objeción que desde esta perspectiva se ha hecho al art.57 bis b) en relación con el principio de igualdad.

De todo cuanto se ha dicho, se deduce, pues, que el art.57 bis b) es inobjetable desde el punto de vista del principio de igualdad, lo cual, ciertamente, nada dice en torno a si la opción legislativa que tal norma representa puede estimarse más o menos justa o adecuada.

### II.3.- La opción por un recusable Derecho penal de autor.

Decía FERRAJOLI, que la clase de normas que nos ocupan se caracterizan por sustituir la tipicidad del hecho "por una nueva e inédita figura de 'tipo normativo de autor', o peor, de 'tipo normativo de imputado': el tipo de imputado 'arrepentido' (...) contrapuesto al tipo de imputado 'impenitente'"<sup>(53)</sup>, lo que -a su juicio- suponía resucitar "los infaustos modelos del Derecho penal de la voluntad o de la personalidad"<sup>(54)</sup>.

Pues bien, como es sabido, el Derecho penal de autor, en su formulación más pura, hunde sus raíces en los postulados defendidos por la escuela de Kiel, que representó el intento de dar forma teórica a un Derecho penal asentado ideológicamente en la doctrina política del nacionalsocialismo, y destinado, consiguientemente, a servir de instrumento al servicio del Estado totalitario.

Con ese fin -y entre otras cosas- se propugnó (DAHM, SCHAFFSTEIN) la sustitución del Derecho penal del hecho (*Tatstrafrecht*) por un Derecho penal de autor (*Täterstrafrecht*); basado en la voluntad (*Willensstrafrecht*) y articulado a partir de lo que

---

<sup>(52)</sup> S.T.C.43/1982. 6 Julio (F.º 2º); id.S.T.C.37/1982. 16 Junio (F.º 3º).

<sup>(53)</sup> "Ravvedimento processuale e inquisizione penale". *Questione Giustizia*. 1982 (2). p.216.

<sup>(54)</sup> *Ibidem*.

se llamó tipos de autor (*Tätertypus*). Desde tal perspectiva, no se trata tanto de decidir sobre la comisión de un hecho determinado, sino sobre si el sujeto se adecúa o no al perfil del tipo de autor a que la norma liga una pena. Para decidir al respecto, lo que interesa no es el hecho concreto -pues un asesinato lo puede cometer tanto quien da el tipo del asesino como quien no lo da- sino la personalidad del individuo, su carácter, su actitud interna, los móviles de su actuación, etc. A partir de ahí, nada más lógico que el hecho de que la pena tenga su razón de ser no en el delito realizado, sino en la persona del delincuente, el cual viene a situarse en la posición de un adversario contra quien es lícito utilizar cualquier instrumento de lucha.

Ciertamente, la mayoría de los Derechos penales contemporáneos no han optado por tan recusable orientación; sin embargo, tampoco puede decirse que dichos sistemas penales carezcan en absoluto de alguna manifestación cercana -aunque no idéntica- a tales formulaciones autoritarias. Hecha esta salvedad, queda más claro que de lo que se trata no es de decidir si el art.57 bis b) es expresión de un Derecho penal de autor en su formulación más pura -cosa que, entiendo, no puede sostenerse- sino que se trata, más bien, de dilucidar si nuestra norma es una de esas manifestaciones -más matizadas- que representan un retorno parcial a los esquemas del Derecho penal de autor.

Al respecto, no puede desconocerse que en el art.57 bis b) la responsabilidad por el hecho y la gravedad del mismo se desplazan a un segundo plano y se sobrevalora un comportamiento sucesivo que -sin desconocer, no obstante, la indiscutible relevancia que puede y debe concederse al llamado comportamiento postdelictivo positivo- no parece que pueda desplazar la valoración que, de por sí, merezca el hecho realizado, y, desde luego, nunca hasta el extremo a que se llega con la causa de remisión total de la pena.

La razón de todo ello no puede verse -como en reiteradas ocasiones se ha dicho- en que nos hallemos ante conductas perfectamente antagónicas a las realizadas hasta el momento. Si esa fuera la razón, bastaría -las más de las veces- con recurrir a los instrumentos ordinarios, los cuales son perfectamente acordes con un Derecho penal del hecho, por cuanto la renuncia a la pena tiene tanto que ver con el autor como con el hecho, *con el suyo*, que ha sido el que finalmente ha evitado. Sin embargo, ya sabemos que no es eso lo que acontece en el art.57 bis b), para el cual es condición suficiente -en los supuestos menos problemáticos- con que se disminuya una situación de peligro o se eviten delitos de los allí referidos, sean propios o ajenos. Y si son ajenos, es difícil ver la relación que tal cosa pueda tener con el hecho o hechos que concretamente hubiera realizado el individuo en cuestión.

Y si tal cosa sucede en los supuestos que -por su mayor relación con la ofensa- son menos problemáticos, ¿qué no decir de aquellos otros supuestos donde la renuncia a la pena está ligada a conductas que se dirigen a facilitar la represión de delitos ya cometidos?. Me refiero, naturalmente, a las denostadas conductas consistentes en la inculpación de terceros.

Es por ello que hay razones para pensar que en el caso de normas como el art.57 bis b), estas se dirigen, entre otras cosas, a premiar una opción determinada: la renuncia a seguir siendo un terrorista; de ahí que -como dijera FERRAJOLI<sup>(55)</sup>- no se interesen tanto por los hechos realizados cuanto por saber si el sujeto sigue o no siendo un terrorista. Lo que se premia -dice TERRADILLOS<sup>(56)</sup>- es esa opción; el privilegio del "arrepentido" responde pues, al esquema amigo-enemigo, impropio del Derecho penal de un Estado democrático.

Naturalmente, debe existir acuerdo en relación con la última de las afirmaciones realizadas; en modo alguno es propio del Estado democrático optar, frente al Derecho penal del hecho, por un recusable Derecho penal del autor. Ahora bien, cuestión más discutible es el que tal cosa sea algo que, en el caso del terrorismo, introduzca el art.57 bis b), cual si se tratara de una norma que viene a distorsionar el, hasta su aparición, impecable tratamiento jurídico que recibe el terrorismo en España.

En este sentido, conviene tener presente que, también cuando se castiga<sup>(57)</sup>, no se castiga sólo por lo que se ha hecho, sino, además, porque quien así ha actuado se integra -o de ese modo colabora- en una organización que se opone directamente al poder político constituido. Tiene, pues, razón LAMARCA cuando afirma que "la protección de la seguridad y la estabilidad del sistema constitucional es el propósito que orienta todas y cada una de las previsiones de la Ley orgánica (sc. L.O.9/1984), pero sin duda no constituye una exclusiva o monopolio de la misma, pues numerosos preceptos del Código penal responden al mismo objetivo. Por eso, es preciso insistir en que la agravación de las conductas delictivas (...) se explica por el carácter organizado del sujeto activo"<sup>(58)</sup>.

---

<sup>(55)</sup> "Emergenza penale e crisi della giurisdizione". Dei delitti e delle pene. 1984. p.275 y 276; del mismo Diritto e ragione..., op.cit., p.860.

<sup>(56)</sup> Terrorismo..., op.cit., p.39. del mismo. "El delito...", op.cit., p.75.

<sup>(57)</sup> TERRADILLOS. Terrorismo..., op.cit., p.38; del mismo. "El delito...", op.cit., p.75.

<sup>(58)</sup> Tratamiento..., op.cit., p.305.



El art.57 bis b) se limitaría, pues, a ser la otra cara de la moneda. La mayor severidad punitiva, de un lado, y la benevolencia que representa el art.57 bis b), de otro, serían el mismo tipo de respuesta -aunque con instrumentos distintos- a una misma cosa.

Podría decirse, por lo tanto, que el error viene de lejos: de una concepción -como se decía en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de 1992<sup>(59)</sup>- del terrorismo que no sólo es discutible, sino que pudiera llegar a ser contraproducente porque, si a igualdad de injusto y culpabilidad, los delitos de terrorismo reciben un tratamiento punitivo distinto -más severo o más benévolo- podría llegar a interiorizarse que se trata de delitos sustancialmente distintos, produciéndose así un efecto perverso de inversión de valores.

Es por ello que suscribo las opiniones vertidas en el Informe antes citado de que la pertenencia a una organización cuyos fines están directamente enfrentados a los de la organización estatal, debe ser la base del castigo a título de asociación ilícita, pero que resulta inadecuada cuando de reprimir la actividad terrorista se trata<sup>(60)</sup>.

De igual modo, lo más coherente con un Derecho penal del hecho es que el abandono de la organización suponga, en su caso, la atenuación de la pena correspondiente a ese delito; pero, resulta poco conforme con él que ese abandono, unido a las conductas que acreditan la realidad e irreversibilidad del mismo, venga a ser una especie de tupido velo tras el cual se oculta la total responsabilidad criminal en que ha incurrido el que, primero, fue un disidente y, posteriormente, decidió volver a la verdad de la mayoría.

Así las cosas, no puede afirmarse que nuestra norma -como, en general, el tratamiento jurídico que el terrorismo recibe- armonice bien con los postulados de un Derecho penal del hecho.

Ahora bien, ello no exime al intérprete de hacer un esfuerzo- y la norma lo permite- para evitar una interpretación del precepto de carácter ideológico o subjetivo, en términos de "scelta di campo", como dijo PADOVANI<sup>(61)</sup>. Una interpretación de aquel tipo no sólo agudizaría las críticas que desde esta perspectiva puede hacerse a nuestra norma, sino, lo que es más grave, llevaría innecesariamente a tener que cuestionar la constitucionalidad del precepto a la luz del art. 14 C.E.

---

<sup>(59)</sup> Puede verse en C.P.C., nº 48, 1992, p.662.

<sup>(60)</sup> *Ibidem*.

<sup>(61)</sup> "Premio e corrispettivo...", op.cit., p.54.

El principio de vigencia obliga, pues, a realizar ese esfuerzo y a sustraerse a tal tipo de interpretación. Eso es lo que, en todo momento, aquí se ha perseguido. De hecho, ya al abordar el concepto de abandono se insistió en la necesidad de desechar un entendimiento del mismo -en la línea de lo que hacía la ley italiana de 1987<sup>(62)</sup>- que lo convirtiera en la expresión pública de una opción política<sup>(63)</sup>. De igual modo, se huyó de una consideración de aquel tipo a la hora de interpretar el concepto de voluntariedad<sup>(64)</sup>, o el contenido que debía darse a la fórmula "disminuir una situación de peligro"<sup>(65)</sup>. En fin, también estuvo presente el deseo de evitar una excesiva subjetivización de la ley en el momento de abordar la causa de remisión total de la pena; de ahí que se prefiriese poner el acento en la utilidad concreta y efectiva que las conductas de colaboración pueden tener para la salvaguarda -aunque indirecta- de bienes penalmente protegidos, y no, por el contrario, en el hecho de que el sujeto se hubiera decidido a colaborar, cual si esa disponibilidad -aunque estéril desde el punto de vista de la ofensa- debiera premiarse excepcionalmente por ser la mejor muestra de que el sujeto asume hasta tal punto los valores que antes atacaba que decide colaborar, que ha realizado, en definitiva, una opción política igualmente excepcional<sup>(66)</sup>.

La buena voluntad del intérprete no puede, sin embargo, convertir en adecuada una opción legislativa que, desde la perspectiva de un Derecho penal del hecho, puede ser tan justamente criticada como el resto de normas que regulan este tipo de delitos. Como todas, pone el acento en una nota sociológica- la organización- que no debiera afectar a la valoración jurídica del acto; la diferencia, que merece ser resaltada, es que no va destinada a incriminar conductas, sino a todo lo contrario.

---

<sup>(62)</sup> Vid. supra Capítulo II, p. 164 y ss. A mi juicio, pese a que esta ley no exigiera género alguno de colaboración -razón por la que fue muy alabada- es la que mejor representa -con diferencia- la opción a favor de un Derecho penal de autor, pues las leyes anteriores, al menos, ligaban los beneficios a la realización de unos hechos objetivos, dejando en un segundo plano las motivaciones del sujeto. Esta no: ésta, al erigir en presupuesto del beneficio, el absoluto repudio de la violencia como medio de lucha política, obligaba al juez a hacer una especie de diagnóstico político-ideológico, que, en absoluto, armoniza con los principios del Derecho penal del hecho.

<sup>(63)</sup> Vid. supra, Capítulo VI, p.364 y 365.

<sup>(64)</sup> Vid. supra, Capítulo VI, p.366 y ss.

<sup>(65)</sup> Concretamente, se estimó que no podía bastar a tal efecto -y pese a lo que autorizados intérpretes mantuvieron en Italia- con llevar a cabo comportamientos del significado político más general, como, por ejemplo, llamamientos públicos a la desertión, vid. supra, Capítulo IV, p.408..

<sup>(66)</sup> Vid. supra, Capítulo VI, especialmente, p.426 y ss.

## II.4.- La distorsión del proceso.

### II.4.1.- Consideraciones generales.

Sin duda el mayor número de críticas que se han dirigido al art.57 bis b) van referidas a la supuesta disconformidad de tal precepto con el sistema procesal vigente. Hasta tal punto son importantes las objeciones que desde tal perspectiva se le han hecho que, de ser todas ellas acertadas, podría decirse que el art.57 bis b) no solamente convulsiona la misma estructura del proceso, sino que prácticamente no respeta ni uno solo de los principios y derechos que se estiman como garantías procesales básicas en todo estado civilizado.

A mi juicio, sin embargo, las cosas no son, por fortuna, exactamente así, y el análisis detenido de cada una de las mencionadas críticas nos demostrará la inconsistencia de algunas, aunque, también, la mayor solidez de otras. A algunas de ellas se les dedica en las páginas que siguen un tratamiento independiente; pero, por ahora, abordaré aquellas objeciones que van referidas en general a la alteración que el art.57 bis b) introduce en la estructura del proceso y en los principios que disciplinan la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de los sujetos procesales.

1.- Comenzaré por hacer algunas reflexiones en torno a la relación, que hay quien estima tortuosa, entre el art.57 bis b) y lo que los procesalistas llaman **principio de legalidad procesal**.

Esta fue una crítica muy generalizada que la doctrina alemana dirigió al art.4 de la ley de 9 de Junio de 1989<sup>(67)</sup>, pero que pierde sentido cuando se le dirige a preceptos como el art.57 bis b)<sup>(68)</sup>, pues la diferencia en este punto entre ambos preceptos es manifiesta. Así es porque el art.4 de la citada ley es un precepto híbrido que no sólo permite prescindir de la pena o atenuarla (art.4 § 2), sino que entre las medidas recogidas en aquél se encuentra tanto la posibilidad de que el Fiscal General Federal ordene prescindir de la persecución penal, como la de decretar el sobreseimiento una vez ejercitada la acción (art.4, §§1 y 2); esas son, por otra parte, facultades de las que goza el Ministerio Fiscal en todos aquellos casos en que se dan los presupuestos que permitirían al Tribunal prescindir de la pena (§153b StPO).

---

<sup>(67)</sup> Vid. supra Capítulo II, p.216.

<sup>(68)</sup> Vid. Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura al Anteproyecto de Código Penal. C.P.C., n° 47, 1992, p.324; críticas que asume como propias A.DE LA OLIVA en el voto particular que formula al Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal. C.P.C., n° 48, 1992, p.765. Vid. también CHELAZZI. La dissociazione dal terrorismo. Milano, 1981, p.94.

Por el contrario, el art.57 bis b) ni autoriza a no incoar el procedimiento ni a provocar su sobreseimiento, por lo que parece desmedido trasladar sin más aquellas críticas a nuestro precepto.

Sin embargo, aunque el art.57 bis b) no represente una consagración pura del principio de oportunidad procesal, sí que es cierto que puede estimarse que no es absolutamente ajeno al mismo; incluso -como estima VIVES ANTÓN<sup>(69)</sup>- podría admitirse que no responde a una configuración del principio de oportunidad que pudiera generalizarse. Pero todo ello no implica que vulnere un pretendido principio constitucional que obliga en todo caso al ejercicio de la acción y que impone una especie de insoslayable deber de castigar. Un deber de tal tipo, sin embargo, no existe, e incluso me atrevería a plantear si lo inconstitucional, a la luz del principio constitucional de proporcionalidad o prohibición de exceso no es la posición de quienes estiman que toda pretensión penal deba hacerse efectiva aun cuando el recurso a la pena no depare ningún bien.

En efecto el art.124.1 C.E. dice que "el Ministerio Fiscal (...) tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad", pero -como bien dice VIVES ANTÓN<sup>(70)</sup>- de ahí "sólo se sigue la obligación de ejercitar las acciones penales, en tanto la ley configure ese ejercicio como obligatorio, de modo que la ley podría otorgar un margen al principio de oportunidad sin que ese margen tuviera que reputarse inconstitucional".

A mi juicio, tiene razón este autor cuando dice que quienes rechazan el principio de oportunidad del modo en que lo hacen, confunden el llamado principio de legalidad procesal con el principio constitucional de legalidad, que no va referido al carácter necesario del ejercicio de la acción para el Ministerio Fiscal; así, pues, resulta que la pretendida base constitucional de una obligación de ese tipo en realidad no existe<sup>(71)</sup>.

Es por ello que uno podrá no estar de acuerdo con esta concreta manifestación -muy relativa, por otra parte- del principio de oportunidad que el art.57 bis b) representa,

---

<sup>(69)</sup> Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código penal. cit. en nota anterior. p.48.No obstante,con ello no asume el citado autor que nos hallemos ante una manifestación del principio de oportunidad entendido en sentido estricto.

<sup>(70)</sup> "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal. Poder Judicial. número especial II: Justicia penal. 1987. p.108; del mismo autor, La reforma del Proceso Penal. Valencia. 1992. p.295 y 296. Cfr.DE LA OLIVA, en el voto particular que formula al Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto.... cit.. p.760.

<sup>(71)</sup> La reforma... op.cit.. p.295.

pero las críticas que al mismo se le formulen no pueden estar basadas en la errónea idea que orienta las objeciones que se formulan -al menos de modo en que se hacen- al principio de oportunidad procesal. Así lo entendió -frente a la opinión quizá más extendida- una buena parte de la doctrina alemana<sup>(72)</sup> y así se entiende también aquí. Todo ello sin perjuicio de que considere -por las razones que en su momento expuse<sup>(73)</sup>- que la conveniencia de renunciar totalmente a la pena en determinados casos sea, al menos, discutible por la dudosa compatibilidad de esa renuncia con los propios fines de la pena, circunstancia ésta que permite poner en tela de juicio el acierto de la opción legislativa; pero nada más.

Para terminar, y como contrapunto a la inusitada resistencia que en algunos círculos jurídicos provocan aquellos institutos que están inspirados en el principio de oportunidad, parece interesante recoger la opinión de un reputado procesalista -GIMENO SENDRA- que estima que "debe también consagrarse en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal un motivo de sobreseimiento por razones de oportunidad que, solucione el tema de los terroristas arrepentidos"<sup>(74)</sup>, pues con ello -dice GIMENO- "se puede dar una rápida y discreta solución ("sine strepitu fori" o "militari") al tema..."<sup>(75)</sup>. En definitiva, pues, lo que nos sugiere es trasladar el problema al Ejecutivo que es, curiosamente, lo mismo que proponen algunos de los defensores del aparentemente sacrosanto principio de legalidad procesal.

2.- Conviene, a continuación, plantearse si, en efecto, del art.57 bis b) se deriva -como ha señalado nuestra doctrina, siguiendo a la italiana<sup>(76)</sup> una alteración del **objeto procesal**, pues según se dice -este tipo de normas aboca a que el proceso se oriente no tanto a la determinación de los hechos, cuanto a la averiguación de la actitud subjetiva del imputado.

---

<sup>(72)</sup> Vid.supra Capítulo II, notas 372 y 373..

<sup>(73)</sup> Vid.supra Capítulo IV. apt.IV.4.

<sup>(74)</sup> "Nuevas perspectivas de la legislación procesal penal antiterrorista". Documentación jurídica. nº 37-40. Enero-Diciembre 1983. Vol.II, p.1261. La propuesta de este autor no queda lejos de lo que hoy dispone. por ejemplo, la ley procesal alemana en los §§153b), 153d) y 153e), vid.supra Capítulo II, p.198 y ss.

<sup>(75)</sup> Op.cit., en nota anterior, p.1251.

<sup>(76)</sup> Vid. LAMARCA. Tratamiento..., op.cit., p.348; DE LA CUESTA, "Atenuación...", op.cit., p.582; TERRADILLOS. Terrorismo..., op.cit., p.80; vid.supra. Capítulo II, p.185 y 186.

Si entendemos -siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA<sup>(77)</sup>- que el objeto del proceso es una pretensión punitiva del Estado que surge en virtud de la comisión de un hecho criminal, habrá que estar de acuerdo en considerar que lo que debe ser esclarecido y enjuiciado en el proceso es sólo el hecho en sí, debiendo quedar fuera todo lo que no afecte a la objetividad jurídica del mismo, y muy especialmente todo lo que se refiera a la actitud subjetiva del inculpado y al desvalor subjetivo del hecho.

Pues bien, sucede que en el art.57 bis b) se otorga relevancia penal a una serie de conductas que, como sabemos, son en gran parte ajenas al hecho que se enjuicia, y cuya principal virtualidad es la de acreditar que el sujeto ha abandonado la organización y que, consiguientemente, no puede seguir siendo considerado un terrorista. De ahí, deduce FERRAJOLI<sup>(78)</sup> que el objeto del proceso es no sólo y no tanto el hecho que el sujeto haya cometido, sino también si fue y, sobre todo *si sigue siendo un terrorista*; de modo que si a través de su conducta demuestra que dejó de serlo, aquel hecho concreto ya no deberá quedar sujeto al severo tratamiento que la ley reserva a quien lo comete como integrante o colaborador de aquel tipo de grupos.

Sin embargo, creo que esa afirmación que hace FERRAJOLI puede ser entendida de dos modos sustancialmente distintos, cada uno de los cuales hace que el problema que nos ocupa cobre una u otra dimensión: a) como indagación dirigida a constatar la existencia de datos externos que acrediten la desvinculación criminal del sujeto, cuya única finalidad es hacer constar la existencia de un requisito objetivo como garantía del comportamiento futuro; y b) como indagación que obliga a sujetar a exámen la personalidad y el sistema de valores del individuo en cuestión, orientada, pues, a la averiguación de la actitud subjetiva del inculpado.

Si se entiende en el primero de los indicados sentidos, las críticas que en este punto se hagan al art.57 bis b) no pueden ir más allá de las que merecen recibir las normas propiamente incriminadoras. Así es, porque siendo exacto que la circunstancia de haber abandonado la organización no altera la objetividad material del hecho concretamente enjuiciado, también lo es que la pertenencia o la vinculación con uno de aquellos grupos tampoco debiera alterar la valoración jurídica de ese hecho a la hora de ser sancionado, pues la pertenencia a la organización no afecta a la objetividad material del acto aislado; y sin embargo lo cierto es que la altera como consecuencia de ser referencia típica esencial que el legislador ha incorporado en cuantos tipos tratan de reprimir esa actividad. Ese es, por tanto, un problema que -como en reiteradas ocasiones

---

<sup>(77)</sup> Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. T.I.. Barcelona. 1947. p.51.

<sup>(78)</sup> Diritto e ragione..., op.cit., p.859 y 860.

se ha dicho- el art.57 bis b) comparte con el resto de las normas que configuran el tratamiento jurídico que el terrorismo recibe, pero que, a mi juicio, sólo indirectamente afecta a la cuestión que ahora se debate. Así es porque si el órgano jurisdiccional se limita a constatar si concurre o no el dato objetivo de la ruptura del vínculo criminal, se está limitando en puridad a enjuiciar la existencia o inexistencia de un presupuesto objetivo para la aplicación de la ley, que ,como tal, forma parte del conjunto de elementos que componen el hecho punible como objeto del proceso, con independencia de que nos pueda parecer desacertada la decisión legislativa de incluir tal elemento entre los presupuestos de aplicación de la ley.

Así pues, el problema específico que, desde la perspectiva que ahora se analiza, plantea el art.57 bis b) no está -a mi modo de ver- en el hecho de que deba determinarse si el sujeto puede o no seguir siendo considerado un terrorista, sino en el contenido y alcance que se atribuya a esa labor. Y en este sentido, creo que es cierto que el art.57 bis b) encierra el peligro de producir serias disfunciones. Precisamente, por ser un instrumento que fácilmente se presta a interpretaciones a través de las cuales se potencie un entendimiento del terrorismo, no ya inspirado, sino absolutamente acorde con los esquemas del más puro *Derecho penal de autor*, que en el ámbito procesal encontraría su correspondencia con lo que podríamos llamar el tipo normativo de imputado.

Pues bien, esto último es precisamente lo que ocurre cuando el abandono de la organización, y cualesquiera de las conductas que lo exteriorizan, se pretenden presentar como una victoria política del Estado. A partir de ahí, naturalmente, no basta con que en el proceso se constate el hecho objetivo de que el sujeto se ha desvinculado de la organización criminal; es necesario ir más allá e indagar sobre las razones que le han llevado a ello, dirigir todo el proceso -como dice TERRADILLOS<sup>(79)</sup>- a averiguar cual es la actitud subjetiva del acusado, a definir -precisa FERRAJOLI<sup>(80)</sup>- el carácter de "amigo" o "enemigo" que deba otorgarse al sujeto.

De un planteamiento de ese tipo nace indefectiblemente la categoría o el tipo de imputado "arrepentido" como contrapuesto al tipo de imputado "impenitente" o "irreducible", pues un elemento de primerísima importancia, entre los que se dirigen a indagar sobre la nueva personalidad del sujeto, va a ser la actitud que éste mantenga en el proceso y, más concretamente, la disponibilidad o la negativa del mismo a colaborar en la desarticulación de la organización. De acuerdo con tan criticables parámetros, sólo el primero merece ver mitigado su castigo porque sólo él demuestra que su abandono

---

<sup>(79)</sup> Terrorismo... op.cit.. p.80.

<sup>(80)</sup> Diritto e ragione..., op.cit.. p.860.

responde a la previa asunción de la verdad de la mayoría; en cuanto al segundo, el hecho de que exista objetiva constancia de la ruptura del vínculo criminal resulta, por su reticencia a colaborar irrelevante. La máxima -decía DOMINIONI<sup>(81)</sup>- es la siguiente: el colaborador es siempre un arrepentido; si una persona no colabora, eso quiere decir que no se ha arrepentido.

Si la cuestión se resolviese en tales términos, no es sólo que pueda decirse que se ha producido una ampliación o una alteración del objeto procesal, sino que más bien debiera decirse que se ha privado absolutamente a este concepto del sentido que tradicionalmente se le otorga y, lo que es más grave, que ello ha sido la consecuencia de atribuir a la función jurisdiccional un contenido que la Constitución de ningún modo le asigna. Pues bien, ese es un riesgo que se corre con normas como la que nos ocupa.

No obstante, conviene también advertir que el art.57 bis b) no obliga necesariamente a otorgar al proceso tan nefasta orientación; es una determinada interpretación del precepto la que conduce a asumirla como la única conclusión posible. Es más, entiendo que una interpretación como la que aquí se ha criticado debiera reputarse inconstitucional por estar basada en una discriminación por motivos puramente ideológicos que expresamente prohíbe el art.14 de nuestra Constitución. Por ello, resulta útil insistir -como ya se dijo al reflexionar sobre la cuestión relativa al Derecho penal de autor- en la singular importancia que en este tipo de normas reviste el momento aplicativo, donde pueden eludirse (aunque también agravarse) los riesgos que de por sí comportan.

3.- En inmediata conexión con lo que se acaba de analizar se sitúa lo que es el grueso de las críticas que se dirigen al art.57 bis b), con las cuales se profundiza en la idea de que el proceso -según se dice- se convierte en una fase más de la lucha contra este tipo de criminalidad. La estrategia- se afirma- consiste, o bien en conseguir lo que se ha considerado una confesión propia del modelo inquisitivo, o bien en potenciar el que a través del proceso se consiga la condena de otros responsables, o bien en alcanzar ambas cosas a un tiempo; a la consecución de tales objetivos se dirigen los esfuerzos de todos los intervinientes, y a ello se supeditan los derechos del imputado y la misma dialéctica procesal, que pasa a convertirse -según expresión de CORDERO<sup>(82)</sup>- en un estilo procesal

---

<sup>(81)</sup> "Verso l'obbligo di collaborare". La legislazione penale. 1983. p.608.

<sup>(82)</sup> Riti e sapienza del Diritto. Bari. 1981. p.625.