ESTUDIOS

La mediación en detención ilegal: ¿una conducta atípica o justificada?

Carmen LAMARCA PEREZ

I. INTRODUCCION

He señalado en otras ocasiones[1] que, en el ámbito estrictamente penal, la respuesta jurídica al terrorismo difícilmente puede consistir en otra cosa que no sea la agravación de las penas, pues, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, el terrorismo se exterioriza a través de la comisión de delitos comunes; bien es cierto que entonces lo que acaso deba discutirse es la necesidad de una respuesta jurídica específica. Con todo, y aunque en realidad se trata también de modalidades agravadas, si algunas figuras de terrorismo conservan una cierta autonomía, éstas son las relativas a la asociación y colaboración con las organizaciones o bandas.

Del delito de asociación tuve oportunidad de ocuparme en un trabajo precedente[2]. Sin embargo, desde hace algunos años vienen cobrando especial relieve algunas conductas de colaboración y, en particular, las de «mediación», que han sido objeto de recientes fallos penales[3]. El «mediador» o «intermediario», que ha hecho su aparición hasta el momento sólo en los supuestos de detenciones ilegales o de amenazas condicionales (cobro del llamado impuesto revolucionario), sería aquella persona que actúa de transmisor entre la víctima o su familia y la organización terrorista y que interviene sólo en la fase de negociación de las condiciones económicas impuestas por los autores de estos hechos delictivos[4].

Hasta la fecha, tres han sido las resoluciones dictadas por nuestros tribunales a propósito de la mediación, todas en un breve período de tiempo: dos de ellas proceden de la Sección 1.ª de la Audiencia Nacional y la tercera del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco[5], llamando poderosamente la atención la diversidad de respuestas que tan escaso número de fallos han ofrecido sobre el problema. Resulta así, en cuanto a la calificación jurídica de los hechos, que en unas ocasiones la mediación se considera como una forma de colaboración genérica con las organizaciones terroristas del artículo 174 bis a) del Código penal, («caso Reizábal» y «caso Elosúa y Arratíbel»), mientras que en otra, por el contrario, se estima que este comportamiento constituye un supuesto de complicidad en el delito de detención ilegal («caso De la Hoz»), es decir, una forma de participación en el delito concreto en el que se interviene. En cuanto a las consecuencias, tampoco parece existir un mínimo acuerdo, pues las decisiones contemplan desde la absolución para el intermediario señor Elosúa, hasta la imposición de una pena de ocho años de prisión mayor para el señor De la Hoz, pasando por penas de tres y dos años de prisión menor en los casos de los señores Reizábal y Arratíbel respectivamente.

¿Significa esto que la mediación debe ser consi-

[1] Vid. mis trabajos, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985; «La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, setp.-dicbre., 1989, págs 955 y ss y «Aspectos procesales y garantías en el terrorismo», en *Cuadernos Jurídicos*, año 2, n.º 7, abril 1993, págs. 11 y ss.

[2] Además de los reseñados puede verse, «Sobre el concepto de terrorismo. (A propósito del caso Amedo)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto 1994, págs. 535 y ss.

[3] En realidad, la intervencion del mediador en los casos de detenciones ilegales no es un hecho reciente. Sin embargo, sólo en los ultimos años se ha iniciado su persecución; es más, en la causa incoada por la mediación en el secuestro del señor Gutiérrez transcurren más de cuatro años desde que tienen lugar los hechos hasta que se inicia el procedimiento judicial, sin que ninguna razón que no sea de mera oportunidad en el ejercicio de la acción penal justificase dicha dilación

[4] En la mayoria de los casos que registra la jurisprudencia, tanto si se trata de detenciones como de amenazas, la condición que impone la organización terrorista suele ser de indole economica, pues la comisión de estos delitos se concibe como un sistema de financiación de la estructura asociativa, aunque ambos tipos delictivos admiten la imposición de cualquier otra condición: así, en la detención y posterior muerte de Jose M.ª Ryan fue la del cierre de la central nuclear de Lemóniz

[5] La SAN 19/93, de 14 de noviembre, juzga la mediación del abogado señor Reizabal en un supuesto de amenazas condicionales por el llamado «impuesto revolucionario»; la SAN 5/94, de 3 de febrero, por su parte, enjuicia la conducta del abogado señor De la Hoz que actuó de intermediario en la detencion ilegal del señor Gutiérrez y, por ultimo, la STSJ del País vasco, de 28 de marzo de 1994, se refiere a la mediación realizada por los señores Elosúa y Arratíbel en el secuestro del señor Revilla.

derada siempre y en todo caso como un hecho típico?, y, en caso de resultar típica, ¿cabe apreciar la concurrencia de causas de justificación que, como ocurrió con el señor Elosúa, determinen la impunidad de la conducta? Por otro lado, de estimarse que es un hecho punible, ¿procede sólo su incriminación como un delito de colaboración genérica con las organizaciones terroristas o, por el contrario, cabe sostener que la mediación constituye un supuesto de participación en el delito concreto en el que se interviene? Con carácter previo, sin embargo, conviene precisar los perfiles de la conducta de mediación.

II. CONCEPTO DE MEDIACION Y CARACTERISTICAS GENERALES DE LA CONDUCTA TIPICA

1. Concepto

La definición penal de la mediación constituye una tarea tan necesaria como complicada. Es necesaria porque, como sucede en un Derecho que habitualmente usa los términos pero no los define, carecemos de un concepto legal; el artículo 174 bis a) CP se limita a decir que es punible «cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género» con las actividades de las bandas armadas[6], pero no nos aclara en qué consisten tales conductas. Pero es también una tarea complicada porque, a diferencia de lo que suele ocurrir en el Derecho, que usa los términos en su significado vulgar o, a lo sumo, en un significado técnico-jurídico ampliamente consolidado, todas las referencias semánticas de la palabra mediación casan bastante mal con la descripción de una conducta delictiva.

Así, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la conducta de mediación consiste en «interceder o rogar por uno» o «interponerse entre dos, que riñen o contienden, procurando reconciliarlos o unirlos en amistad» siendo éste, asimismo, el sentido con que se utiliza el término en el lenguaje coloquial; por otra parte, desde una perspectiva jurídica, hay que señalar que en la práctica del Derecho civil resulta de uso frecuente el denominado «contrato de mediación» que, según la jurisprudencia, está dirigido «a poner en conexión a las que puedan ser futuras partes contratantes»[7]. Es decir, tanto en el ámbito jurídico como en el social, al mediador o intermediario se le describe como un «hombre bueno» que intenta unir a dos partes o interceder por una de ellas o, al menos, como a una especie de árbitro[8] que, sin necesidad de comprometerse con ninguno de los bandos, interviene para concertar un acuerdo entre ambos[9].

A la vista de estos significados, quizás convenga señalar que nuestro legislador no ha estado muy oportuno al utilizar la palabra mediación para describir una actividad delictiva, porque lo cierto es que esta expresión no tiene en nuestro lenguaje común ninguna connotación negativa, sino todo lo contrario; el término mediación se utiliza, como hemos visto, para describir la conducta de una persona que ruega o intercede por otra, es decir, para definir a quien realiza una actividad moralmente positiva o, en el peor de los casos, la palabra alude a quien de modo neutral pone en relación a dos personas, esto es, a quien actúa de forma moralmente indiferente; y si éste es el sentido gramatical o habitual e incluso jurídico del término, hubiera sido deseable que el lenguaje penal se aproximara en mayor medida al mismo, como exige el principio de seguridad jurídica.

Partiendo de las consideraciones anteriores, cabe decir como primera aproximación que la conducta mediadora consiste en poner en relación a los sujetos o partes que intervienen, entendiendo por tales a la víctima o a su familia y a los autores de la acción criminal u organización terrorista; en nuestro caso, consiste en intervenir en la fase de negociación de las condiciones impuestas por los autores de una detención ilegal. Ahora bien, no parece que una conducta así definida pueda resultar suficiente para fundamentar una incriminación penal, máxime una incriminación encuadrada en el marco represivo de las bandas armadas u organizaciones terroristas. Veamos, pues, algunos requisitos suplementarios.

2. El mediador como un tercero ajeno a las partes

Ante todo, resulta imprescindible aclarar que la conducta de mediación sólo puede ser realizada por un tercero, es decir, por una persona que no es ni la víctima ni el autor de la detención ilegal que impone las condiciones del rescate. Por definición, el intermediario es siempre un tercero, una persona ajena a las partes directamente implicadas que precisamente interviene para que pueda producirse un acercamiento entre ambas. Si el mediador, por el contrario, se ha puesto previamente de acuerdo con los autores del hecho para intervenir en una de las fases del mismo, sobra toda discusión acerca de la naturaleza típica o no de la conducta de mediación, pues en tal caso lo que existirá será una coautoría en el hecho delictivo realizado y no una mediación, es decir, no habrá mas que dos partes implicadas en el delito, la víctima y los autores de la detención ilegal. Por ello, es lógico también que el intermediario sea un «extraneus», es decir, una persona no integrada en la organización terrorista que está detrás de los hechos, del mismo modo que sucede en to-

[6] El actual artículo 174 bis a), que procede de la reforma operada en el CP por la LO 3/88, tiene como precedente inmediato el artículo 9 de la LO 9/1984, en cuya redacción se introdujo por vez primera la referencia expresa a la «mediación».

[7] STS de 10 de marzo y 22 de diciembre de 1992, Sala I. A esta figura jurídica, no recogida expresamente en la legislación civil, acude la STSJ del País vasco de 28 de marzo de 1994, «caso Elosúa y Arratibel», para dilucidar el significado del término mediación.

[8] No obstante, frente a la figura jurídica del arbitraje, regulada por Ley 36/1988 de 5 de diciembre, el mediador no tiene poder de decisión o de resolución sobre el conflicto planteado por las partes.

[9] En un sentido similar, la Audiencia Nacional utiliza las expresiones «gestor» (SAN 19/93), «transmisor» o «mandatario» (SAN 5/94 y STSJ del País Vasco de 28/III/94) para describir la conducta del mediador.

dos los demás supuestos de colaboración previstos en el artículo 174 bis a)[10].

La utilización de personas ajenas a la banda armada para las labores de mediación parece ser, asimismo, el modo más habitual de operar de las organizaciones terroristas que, quizás por su carácter clandestino, no suelen contar con intermediarios propios[11]. La autoría del hecho principal, la detención ilegal en nuestro caso, es, desde luego, una actividad que se lleva a cabo por los propios integrantes de la organización pues, lógicamente, son quienes cuentan con la suficiente capacidad operativa para realizar este hecho delictivo; sin embargo, para el total agotamiento de la conducta, es decir, para el logro de las condiciones económicas impuestas, la organización terrorista deja que sean terceras personas quienes realicen su gestión, creándose así un sofisticado sistema de acercamiento a la estructura organizativa que en la mayoría de los casos supone la actuación de un elevado número de intermediarios[12], cuya actividad, como seguidamente veremos, puede estar dirigida bien únicamente a tomar contacto, es decir, a poner en mera relación a las partes, bien a favorecerlas.

3. El dolo del mediador

Sin prejuzgar ahora la posible calificación jurídica de la mediación, bien como forma de participación en un hecho delictivo concreto, bien como colaboración genérica del artículo 174 bis a), lo cierto es que para que pueda ser incriminada debe constituir, en todo caso, un acto encaminado a favorecer la actividad delictiva realizada por los miembros de la organización terrorista[13]. En este sentido, son numerosos los pronunciamientos, tanto del Tribunal Supremo como de la Audiencia Nacional, donde se señala que no basta con realizar los actos objetivos descritos en el correspondiente tipo penal, es decir, en nuestro caso, no basta con poner en relación a las partes o transmitir las condiciones que impone una de ellas; además es preciso que estos hechos se lleven a cabo teniendo el agente conciencia y voluntad del favorecimiento que su acción supone para las actividades delictivas de la banda armada[14].

Se requiere, pues, la presencia de un elemento subjetivo que debe abarcar, por una parte, la pertenencia a una organización terrorista del ayudado, esto es, el mediador ha de saber que la banda armada está detrás del hecho en que se interviene, conocer que la detención ilegal ha sido realizada por una organización de estas características; y, de otra, debe comprender, asimismo, la conciencia de estar ayudando, con el desarrollo de esa conducta mediadora, a la actividad delictiva del grupo terrorista[15]. De este modo, la mediación realizada sin dicha intención de favorecimiento determinará la atipicidad de la conducta y[16], de concurrir otros móviles[17], és-

[10] Sobre la necesaria cualidad de «extraneus» en el tipo de colaboración con banda armada vid. mi trabajo «Tratamiento jurídico del terrorismo», citado, págs. 251 y ss.; en el mismo sentido se manifiesta la doctrina, si bien la jurisprudencia no es unánime, vid. E. Mestre, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, 1987, págs. 202 y ss. En todo caso, en ninguno de los supuestos de mediación hasta ahora enjuiciados se condena al intermediario como integrante de ETA, por lo que se reconoce su carácter de «extraneus» a la banda armada.

[11] Es evidente que cada caso puede desarrollarse de un modo distinto, según las circunstancias y las disponibilidades operativas de la organización. Por ejemplo, conforme declara probado la SAN 19/93 («caso Reizábal»), en algunas ocasiones, los mismos integrantes de la banda ETA son quienes contactan directamente con los empresarios para la negociación y cobro del llamado «impuesto revolucionario», mientras que, otras veces, la solicitud de pago enviada indica que deben utilizarse «los medios vascos habituales» para entrar en relación con la organización, lo que en aquel caso fue interpretado por los afectados de distinto modo, bien poniéndose en contacto con sacerdotes, amigos exiliados en Francia o abogados.

[12] Los supuestos pueden ser también aquí múltiples y variados. Es posible que la persona que intenta contactar con la banda armada no logre establecer comunicación y deba, a su vez, acudir a otros terceros. Es posible, asimismo, que sea la propia organización quien no acepte al intermediario bien porque teme que esté siendo sometido a vigilancia policial, bien por desconfianza ideológica o personal, etc.

[13] Como más adelante veremos, en el supuesto de que la mediación se califique como acto de participación en un tipo concreto, el dolo del mediador debe abarcar el conocimiento y voluntad de favorecer ese determinado hecho delictivo; así, en la detención ilegal se requerirá dolo de detener o encerrar o de que persista la situación de privación de libertad. En el caso de la colaboración del artículo 174 bis a), la redacción del precepto alude tanto al favorecimiento de las actividades como a la consecución de los fines de la banda armada pero, en ambos supuestos, el elemento subjetivo debe ir también referido al auxilio, aunque sea genérico, de hechos delictivos; sin que por fines de la banda quepa entender sus propósitos últimos de cambio del orden constitucional, que no son en sí mismos ilícitos. Vid. en este sentido más ampliamente, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, citado, págs. 254 y ss.

[14] Vid. SAN 21/84, 6/85, 69/85 y 85/85, Sección 2.ª y 54/85, Sección 1.ª. En igual sentido, las STS de 17 de marzo, 3 de junio, 5 de octubre, 30 de noviembre y 21 de diciembre de 1983, 8 de abril y 23 de junio de 1985, 23 de junio de 1986, 2 de febrero de 1987, 26 de mayo de 1992 y 21 de julio de 1993.

[15] Así, las SAN 27/84 y 6/85, Sección 2.ª y 74/85, Sección 1.ª, absuelven por no existir conciencia en el colaborador de la militancia terrorista del ayudado y la SAN 57/84, Sección 2.ª, porque con la ayuda prestada no se perseguía favorecer la lucha armada; en el mismo sentido, entre otras, las SAN 52/83, 26/84, 27/84, 31/84, 64/84 y 74/84, Sección 2.ª y 13/86, Sección 3ª. De igual forma, cuando la ayuda prestada al miembro de la organización terrorista tiene como único móvil, por ejemplo, la amistad (SAN 10/83 y 42/85, Sección 2.ª) o las relaciones afectivas o de respeto al cónyuge (SAN 39/82 y 23/82, Sección 3.ª) el hecho resulta atípico por falta del elemento subjetivo.

[16] La STSJ del País vasco, dictada en el «caso Elosúa y Arratíbel», es, no obstante, confusa en lo que respecta a la consideración del dolo. Así, inicialmente parece admitir que el dolo es un elemento del tipo de colaboración del artículo 174 bis a) (9.° Fundamento de Derecho) y, sin embargo, cuando aplica esta doctrina al caso enjuiciado, en sede de tipicidad sólo realiza una comprobación de que se han cumplido los elementos objetivos (la mediación como acto idóneo de colaboración), situando en la culpabilidad el elemento subjetivo, al menos en el caso del señor Arratíbel. En lo que respecta al señor Elosúa, la existencia o no de intención de favorecer o defender los intereses de ETA se discute, en cambio, al analizar el elemento subjetivo del estado de necesidad que se considera concurrente. A mi juicio, y sin perjuicio de lo que más adelante veremos, si no existió en el señor Elosúa intención de favorecer a ETA la conducta debió haber sido calificada como atípica y no como justificada.

[17] En la curiosa prueba realizada en el acto de la vista oral del «caso Reizábal», presentada como «pericial ética», el profesor Sádaba distinguió entre «motivos» e «intenciones» de la actuación del abogado, señalando que los motivos son de orden subjetivo y la intención era, sin embargo, la que le llevó a mediar (el resumen del informe de Sádaba puede verse en Diario «El Mundo», 23 de abril de 1993; asimismo, una distinción moral entre motivos, intenciones y razones puede verse en su libro *Saber mo-*

tos sólo podrán ser considerados a los efectos de modular la culpabilidad[18].

Ahora bien, sentada la necesidad de que concurra el elemento subjetivo, lo que ahora nos interesa precisar es qué datos objetivos permiten inferirlo, es decir, cuándo y en qué condiciones cabe deducir que el intermediario actúa o no con intención de favorecer a la organización terrorista que ha realizado el secuestro y, en especial, si la designación del intermediario por una de las partes es un dato suficiente para probar sin ningún género de dudas la finalidad con que se realiza la conducta o, más concretamente, si el hecho de actuar por cuenta o en nombre de la víctima resuelve por sí sólo el problema sobre el elemento intencional.

4. La designación del mediador

Hasta fechas muy recientes, nadie parecía dudar que cuando la mediación se realizaba por personas designadas directamente por la víctima o sus familiares la conducta no debía ser incriminada y ello a pesar de que, desde un punto de vista puramente objetivo, es obvio que la actuación de cualquier intermediario, incluso del que se limita a poner en contacto a las partes, favorece en último término a la organización terrorista que logra imponer sus condiciones; no obstante, en estos casos, la conducta debe resultar atípica porque, en principio, la actuación del mediador designado por la víctima se realiza en favor de ésta y no con ánimo de prestar ayuda o colaborar con la banda armada, en suma, se lleva a cabo con ausencia del citado elemento subjetivo[19].

Sin embargo, a partir precisamente de la primera sentencia dictada en esta materia, la recaída en el «caso Reizábal», conviene que revisemos estos planteamientos, pues aun declarándose como hecho probado que la intervención del abogado donostiarra se produjo a instancias del empresario extorsionado, por tanto, en nombre de la víctima, ello no impidió la condena por un delito de colaboración con bandas armadas, es decir, no impidió establecer que se actuó con ánimo de favorecer a la organización terrorista y que, en consecuencia, concurrió en el hecho el elemento intencional. De ello hay que deducir, en mi opinión, que no cabe identificar sin más los conceptos «actuar por cuenta de» y «actuar en favor de», pudiendo resultar incluso irrelevante por cuenta de quien actúe el mediador.

Ahora bien, como es sabido, la prueba de las intenciones que conducen o impulsan a una persona a actuar no es una prueba fácil y, desde luego, no puede estar basada en meras presunciones sino en hechos o datos objetivos, y no cabe duda que la designación lo es, aunque pueda resultar difícil de acreditar. Por ello, a mi juicio, si bien «actuar por cuenta» de una de las partes no es un dato definitivo, sí constituye, al menos, un indicio racional suficiente de que, en principio y salvo prueba en contrario, cuando se media designado directamente por la víctima o sus familiares se actúa «en favor» de los mismos, y, de igual modo, cuando la designación procede de la organización terrorista, se actúa «en favor de» ésta.

Conviene advertir, no obstante, que no actuar «por cuenta de» la víctima no constituye tampoco una indubitada demostración de que se actúa «por cuenta de» la organización terrorista ni, mucho menos, «a favor de» la misma. En efecto, muchas veces el problema consiste en determinar, no ya el ánimo del mediador, sino incluso por cuenta de quién actúa, es decir, por quién ha sido designado. Como es sabido, al producirse una detención ilegal los familiares de la víctima suelen elegir directamente a aquellas personas que hablarán en su nombre, que intentarán contactar y negociar con los secuestradores: no obstante, también resulta habitual que estas personas, en el curso de sus gestiones, deban recurrir a su vez a otros terceros de los que, por tanto, puede decirse también que actúan indirectamente «por cuenta de» o a instancias de los familiares de la víctima; de este modo, se crea, como hemos señalado, un sofisticado entramado de intermediarios hasta lograr encontrar a la persona que puede tener acceso a los secuestradores o, mejor dicho, a la organización que ha realizado el secuestro y que, por tanto, puede transmitir las condiciones de la liberación[20]. De ahí que, decir que el mediador actúa «por cuenta de» la banda armada creo que ha de interpretarse como que ha sido designado o impuesto claramente por la misma sin que, en mi opinión, sea suficiente que se haya sugerido o aceptado su nombramiento; en definitiva, quiere decir que es él, el mediador, quien se ha dirigido a los familiares de la víctima en nombre de los secuestradores y no que su intervención fue aceptada, directa o indirectamente, por estos últimos. En todo caso, lo que debe

rir, Madrid, 1991, págs. 147 y ss.). También en el ámbito jurídico-penal cabe diferenciar el dolo o intención de los móviles o fines últimos que motivan la conducta y que, de no estar expresamente requeridos por el tipo, no forman parte del injusto, pudiendo afectar únicamente a la culpabilidad. (Vid., las STS de 25 de noviembre de 1986, 2 y 17 de febrero de 1987 y 24 de mayo de 1993)

[18] Así, la mencionada SAN 19/93, «caso Reizábal», aprecia la existencia de una circunstancia atenuante, análoga al estado de necesidad, porque, junto a la intención de favorecer a la banda armada, la conducta del abogado estuvo también motivada por el ánimo de auxiliar al empresario extorsionado a cuya petición intervino el señor Reizábal como mediador. Cuestión distinta es, como veremos más adelante, que concurra en el hecho una causa de justificación que, como en el caso del estado de necesidad o de la legítima defensa, también requieren la presencia de un elemento subjetivo.

[19] Otros autores, sin embargo, estiman que en estos casos la impunidad deriva de la concurrencia de un estado de necesidad o de una causa de inculpabilidad. Vid., Muñoz Conde, F., *Derecho penal,* Parte Especial, 5.ª ed., Universidad de Sevilla, 1983, pág. 573.

[20] Este puede ser el caso de los señores Elosúa y Arratíbel, que fueron contactados indirectamente, reconociendo tanto la familia como el propio secuestrado que actuaban por su cuenta, si bien, según indica expresamente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ello no impide que su conducta pueda ser incardinada en el tipo de colaboración al actuar ambos como transmisores de la organización ETA. Asimismo, en el «caso De la Hoz», los mediadores directos de la familia declararon en el curso del juicio oral que aquél actuó a instancias suyas, si bien la SAN no recoge este dato, limitándose a afirmar que el señor De la Hoz «hablaba por cuenta de ETA», lo que, como ya sabemos, tampoco es incompatible con la designación por parte de la víctima o sus familiares.

quedar absolutamente claro es que, de la coincidencia ideológica del intermediario con la organización terrorista que ha realizado la detención ilegal, no cabe deducir ni que éste actúe por cuenta de la misma ni que actúe en su favor[21].

De otro lado, y por las mismas razones que actuar «por cuenta de» la víctima no equivale siempre a actuar «en favor de» ella, así tampoco acreditar que la designación del mediador ha sido obra de la organización terrorista todavía no prueba indubitadamente que su conducta se haya orientado al favorecimiento de la misma. Por ejemplo, si la banda armada impone coactivamente esa condición de mediador, creo que cabe presumir que éste actúa sin ánimo de favorecer a la misma, y ello al margen de que también pudiera fundarse en este hecho una causa de justificación o de no exigibilidad de otra conducta[22].

A la vista de las consideraciones precedentes, creo que podemos concluir que la designación del intermediario por una de las partes es un dato que debe operar, en principio, como presunción de la finalidad con que éste actúa pero, desde luego, no supone tampoco partir de una presunción «iuris et de iure», es decir, que no admita ser desvirtuada. ¿Cómo probar entonces cuándo el mediador actúa o no con intención de favorecer a la organización terrorista que ha realizado la detención ilegal?

5. El modo de ejercicio de la actividad mediadora

Ciertamente, para contestar a la pregunta que acaba de quedar formulada es difícil contar con lo que antiguamente se llamaba una prueba plena, pues, desde el momento en que la actividad propia del mediador (mediar) es en sí irreprochable e idéntica cualquiera que sea la parte «en favor de» la que se actúa, de la conducta objetiva no se deduce sin más una presunción fuerte a propósito de la intención que la guía; si se permite decirlo así, es como cuando entramos en un ascensor en una planta intermedia, que no sabemos si nuestros acompañantes suben o bajan. Con todo, pienso que para verificar la intencionalidad del mediador el dato decisivo o más objetivo lo suministra la forma en que desarrolla su actividad; en concreto, el intermediario ha de ostentar poder o capacidad de decisión en nombre de la banda armada[23], como corresponde a un colaborador o auxiliador de la misma y, en consecuencia, debe mantener un contacto directo con la organización que ha realizado el secuestro durante su intervención mediadora; negociar con el mediador debe ser equivalente a negociar con la organización que ha realizado el delito. Sólo de este modo se podrá decir que existen indicios racionales suficientes de que el sujeto actúa realmente «en favor» de la organización terrorista y de que con su comportamiento apoya la actividad delictiva ejecutada.

Otra forma de mediación, el mero contacto o, mejor dicho, la mera puesta en contacto entre ambas partes, no creemos que pueda o deba ser incriminada, y del mismo modo tampoco parece que conductas como la simple transmisión o la confirmación de unos datos[24], constituyan hechos típicos; es más, corroborar informaciones no ya a la víctima sino a la propia organización terrorista no integra, según la jurisprudencia de la propia Audiencia Nacional, un hecho típico[25]. En estos casos, el comportamiento realizado pone de manifiesto que el intermediario es un mero instrumento de comunicación de las partes implicadas y ello incluso con independencia de por quién haya sido designado o sugerido. Asimismo, deberían quedar también excluidos aquellos supuestos de mediación «en cadena», donde no existe un contacto directo con la banda armada que sirva como indicio de que la intervención mediadora se produce por cuenta de la misma y, por tanto, con la inicial presunción de que se actúa con ánimo de favorecerla.

III. POSIBILIDADES DE INCRIMINACION

Una vez que se acredita que las actuaciones objetivas de mediación constituyen efectivamente una labor de favorecimiento de la actividad delictiva concreta y, por tanto, de la actividad terrorista en general, corresponde dilucidar qué tipo es el más adecuado para articular la respuesta penal, lo que, como es lógico, dependerá de si la conducta cumple los requisitos de tipicidad, objetivos y subjetivos, exigidos por cada uno de ellos. La disyuntiva, ya lo decíamos al principio, es clara: o la mediación se califica como colaboración genérica con banda armada del artículo 174 bis a), o bien como una forma de participación en el tipo concreto en que el mediador interviene. De cualquier modo, lo que no cabe es la aplicación conjunta de ambos supuestos pues ello supondría la vulneración del principio «non bis in idem», como acertadamente señala la SAN 19/93

[21] La coincidencia ideológica del intermediario con la organización terrorista podrá servir, en su caso, para acceder más fácilmente a la misma o para que ésta acepte su mediación, pero lo que no cabe en un Estado de Derecho es partir de la presunción de que, tras una identificación ideológica, existe una vinculación o colaboración real con la asociación ilícita.

[22] Así, en el «caso Elosúa y Arratíbel», el señor Arratíbel aportó a los autos una carta de la organización ETA conminándole a actuar de intermediaro en el secuestro del señor Revilla, es decir, imponiendo su nombramiento. En la existencia de esta amenaza se basó la defensa del mediador para alegar que concurría un estado de necesidad propio, lo que fue desestimado por la sentencia del TSJ del País Vasco.

[23] Inequívocamente, por ejemplo, si es el mediador quien determina el precio final del rescate sin necesidad de que la organización terrorista muestre su acuerdo.

[24] La búsqueda de personas que confirmen las condiciones impuestas por los secuestradores es un hecho que se produce constantemente. Los familiares quieren asegurarse, lógicamente, de datos tales como que el precio está cerrado, que pagarán la cantidad requerida a quienes realmente han realizado el hecho, etc. Recuerdese, en este sentido, una noticia difundida por radio y televisión el 16 de febrero de 1992 donde se hablaba de la desarticulación de una banda de delincuentes comunes que, haciéndose pasar por la organización ETA, requerían a empresarios vascos el pago del «impuesto revolucionario»; la banda operaba enviando una carta similar a las utilizadas por ETA que copiaron de un ejemplar reproducido en la revista *Interviú*.

[25] Vid. la SAN 13/86, Sección 3.ª, que absuelve de un delito de colaboración con banda armada a quien confirmó a la organización terrorista informaciones que ya poseía

dictada en el «caso Reizábal». La relación existente entre ambas calificaciones no es por tanto la de un concurso de delitos, sino que se trata de un conflicto de normas cuya resolución será examinada más tarde.

1. La mediación como conducta de colaboración genérica con bandas armadas

Como se ha dicho, de los tres fallos registrados en esta materia, dos de ellos, la resolución 19/93 dictada por la Audiencia Nacional en el «caso Reizábal» y la sentencia del TSJ del País Vasco, «caso Elosúa y Arratíbel», han calificado la mediación como constitutiva de un delito de colaboración genérica con bandas armadas del artículo 174 bis a)[26], que sanciona «cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades» de las organizaciones terroristas. La colaboración es un tipo ya clásico de la legislación antiterrorista[27] con el que se pretende sancionar cualquier género de conductas de favorecimiento, lo que ha convertido el precepto en una especie de «cajón de sastre» cuya existencia ayuda a obviar ciertas dificultades de prueba; en particular, cuando no puede probarse la integración en la banda armada[28] o que la ayuda prestada favoreciera la realización de un hecho delictivo concreto, el artículo 174 bis a) ofrece una vía para la incriminación de unas conductas que, de otro modo, constituirían muchas veces actos preparatorios o de encubrimiento impunes.

Ahora bien, esta interpretación, mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, supone admitir entonces que la colaboración del artículo 174 bis a) es un tipo genérico, por lo que si la ayuda o el favorecimiento prestado se dirige a la ejecución de un plan concreto y específico, éste debe sancionarse como participación en el delito ejecutado[29]; como señala la STS de 26 de mayo de 1986 «la nota definitoria del delito de colaboración (consiste) en la ayuda genérica o potencial a los delitos proyectados por un grupo o banda armada, sin conexión directa a una concreta acción terrorista...»[30], conexión que, en el supuesto de la mediación, se produce indefectiblemente. La conducta del intermediario en la detención ilegal no constituye por ello, como señala la STSJ del País vasco en el «caso Elosúa y Arratíbel», un favorecimiento genérico del sistema de financiación de la banda armada, como podría ser por ejemplo la actividad de cotización[31], sino una contribución o ayuda en y para el caso concreto de detención ilegal en que el mediador interviene.

Del mismo modo, y en lo que concierne a la vertiente subjetiva del hecho típico, no creo que deba resultar indiferente determinar con la mayor exactitud posible el contenido del dolo, esto es, si el acto de colaboración se realiza con conocimiento y voluntad de favorecer de modo general la posible actividad delictiva de la organización terrorista o si, al contrario, dicho conocimiento y voluntad abarca únicamente el hecho concreto realizado, en nuestro caso, que se cumpla la condición económica impuesta por los autores de la detención ilegal en la que interviene el mediador. Bien es verdad que, por lo común, quien favorece un hecho delictivo concreto de una organización terrorista, como puede ser la detención ilegal, es consciente y asume también el favorecimiento genérico de su actividad; lo que parece menos verosímil a la inversa: quien proporciona una ayuda genérica no tiene por qué conectar su favorecimiento a un hecho delictivo concreto.

Sea como fuere, en principio creo que cuando el acto de favorecimiento está conectado a la realización de una acción delictiva, como ocurre en la mediación, debe entonces prevalecer la calificación de colaborador por el tipo específico, hallándose el artículo 174 bis a) en una relación de subsidiariedad. No se nos escapa, sin embargo, la dificultad que conlleva esta interpretación, dificultad que deriva de la excesiva penalidad prevista para el tipo de colaboración genérica con bandas armadas que puede dar lugar a que los actos de colaboración resulten sancionados con una pena superior a la que cabría imponer si la misma conducta formara parte o contribuyera a la ejecución de un hecho delictivo concreto lo que, cuando menos, supone una distorsión de nuestro sistema punitivo. Más adelante tendremos ocasión de profundizar en las diversas soluciones que se han venido ofreciendo por la jurisprudencia para resolver este concurso normativo, pero ya adelanto que la solución no debe consistir en una quiebra de los principios que rigen el concurso de leyes sino en modificar la estructura y penalidad del artículo 174 bis a) o incluso, quizás mejor, en la desaparición del mismo[32].

[26] En el «caso Reizábal» la sentencia admite que la conducta pudiera haber sido igualmente subsumida en el tipo de amenazas condicionales, optando por el tipo de colaboración por prever una mayor sanción, según lo previsto en el artículo 68 CP.

[27] La figura, con una redacción muy similar a la actual, procede del Decreto Ley 10/1975, de 26 de agosto. Un análisis sobre la evolución y contenido del precepto en mi citado trabajo *Tratamiento jurídico del terrorismo*, págs. 153 y ss., y 248 y ss.

[28] La injustificable equiparación punitiva que nuestra legislación establece entre integrante y colaborador de la banda armada resta interés a la polémica sobre la condición de «extraneus» del autor del tipo de colaboración (vid. STS de 23 de junio de 1986). En la actualidad, la pena del colaborador resulta incluso superior a la del integrante pues, inexplicablemente, ésta última no fue modificada en la revisión de las cuantías de la multa operada por la LO 3/89 de 1 de junio.

[29] Vid., en este sentido, Arroyo Zapatero, L., «La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la LO 2/1981 de 4 de mayo», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 15, 1981, págs. 409 y ss., y García-Pablos, A., «Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes. Asociaciones ilícitas y bandas terroristas», en *Escritos Penales*, Barcelona, 1984, págs. 359-360. Vid., asimismo, entre otras, las SAN 62/81 y 40/85, Sección 1.ª, 41, 48 y 83/84 y 42/85, Sección 2.ª y las STS de 8 de julio y 9 de diciembre de 1981, 27 de octubre y 20 de diciembre de 1982, 9 y 17 de marzo, 12 de abril, 30 de noviembre y 21 de diciembre de 1983.

[30] En el mismo sentido, vid. las STS de 26 de mayo de 1992 y 18 de octubre de 1993.

[31] Lo que quizás también podría sostenerse si el mediador fuera siempre la misma persona.

[32] Sigo sin comprender, por ejemplo, por qué ocultar a un homicida no constituye ni siquiera encubrimiento y en el caso de que el hecho lo haya realizado el integrante de una organización terrorista se aplica, en virtud de lo previsto por el artículo 174

2. La mediación como forma de participación en el tipo de detenciones ilegales

Frente a la calificación de colaboración genérica con banda armada, una única resolución, la SAN 5/94, dictada en el «caso De la Hoz», ha calificado la mediación como un supuesto de participación en el delito en que el intermediario interviene y, concretamente, como un supuesto de complicidad en el tipo de detenciones ilegales. No obstante, también resulta importante destacar que, tanto en la resolución mencionada como en la sentencia 19/93, «caso Reizábal», las acusaciones partieron no sólo de la imputación de este tipo específico, sino que consideraron que el mediador debía responder incluso como coautor del delito detención ilegal realizado[33].

Ahora bien, si la calificación de la conducta del intermediario se realiza por el tipo de detención ilegal creo que hay que partir de la hipótesis de que su conducta no constituye en ningún caso un supuesto de autoría pues, como se ha dicho, el mediador es siempre un tercero que interviene en el hecho delictivo realizado por otros, esto es, que interviene en la detención ilegal llevada a cabo por los miembros de la organización terrorista. El intermediario no puede ser entonces autor ni coautor ejecutivo ya que no realiza ni total ni parcialmente actos material y directamente vinculados a la acción típica, es decir, ni encierra o detiene y ni siquiera impone las condiciones o exigencias económicas de liberación[34]; su posición no le permite, pues, tener en ningún momento el dominio de la acción, poder que siguen manteniendo en todo momento quienes han llevado a cabo la actividad del secuestro para cuya ejecución no ha sido necesaria la aparición del mediador. En realidad, en los casos de delitos realizados por este tipo de organizaciones, autor es tanto la propia asociación o, más exactamente, sus dirigentes, que programan y deciden las acciones, como los que llevan a cabo la realización de los concretos hechos delictivos. Se trataría, en suma, de un supuesto de autoría mediata de los denominados «aparatos organizados de poder», donde los ejecutores de la acción típica son auténticos instrumentos de la asociación ilícita, aunque actúen no obstante con plena conciencia[35].

Que la negociación de las condiciones económicas de una detención ilegal no suponga la realización de actos materiales de ejecución no excluye, sin embargo, que la conducta pueda ser considerada como una contribución, necesaria o no, para la perpetración del hecho típico o para que los delincuentes se aprovechen de los efectos del delito. En este último sentido, resulta evidente que la actividad del mediador se inicia una vez que el autor ha realizado el secuestro por lo que, a simple vista, pudiera parecer entonces que nos encontramos ante un comportamiento posterior a la consumación del hecho típico, esto es, ante un supuesto de encubrimiento. No obstante, esta cuestión tampoco está exenta de problemas, pues la detención ilegal es, paradigmáticamente, un delito de los denominados de carácter permanente donde el estado antijurídico no cesa hasta que se produce la liberación del detenido, por lo que cabe intervenir en el hecho delictivo aún después de haberse realizado la detención[36]. De este modo, la constante actualización del momento de la consumación[37] que se produce en la detención ilegal implica que, hasta la liberación del detenido, nos hallamos aún en fase de ejecución delictiva donde toda actividad realizada puede generar una responsabilidad a título de coautoría[38] o

bis a), la pena de prisión mayor (Vid. la SAN 37/92 y STS 1848/93, dictadas en el «caso Treviño»). Sobre la distorsión que ha provocado en los casos de encubrimiento la recepción en el Código penal de la legislación antiterrorista vid Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*. Madrid, 1988, pág. 550.

[33] En el «caso Reizábal», las acusaciones calificaron la conducta del abogado como un supuesto de coautoría del artículo 14.1, y ello, quizás, porque al solicitar asimismo su condena como integrante de ETA, estimaban que la negociación del cobro a la víctima respondía a una mera distribución de papeles entre los miembros de la banda; no obstante, la SAN 19/93 absuelve a Reizábal del delito de integración y no entra a discutir el grado de participación delictiva de la mediación al aplicar finalmente el tipo del artículo 174 bis a) en lugar del de amenazas condicionales En ninguno de los demás casos se volvió a cuestionar la integración de los mediadores en la organización ETA y, concretamente en el «caso De la Hoz», mientras la acusación popular sostuvo que la mediacion constituia un supuesto de coautoria del articulo 14.1, el Ministerio Fiscal estimó que la conducta integraba la cooperación necesaria del artículo 14.3.

[34] Por ello, incluso aunque el mediador fuera integrante de la banda que ha realizado el secuestro y pudiera probarse el acuerdo previo o simultáneo con la misma ello no bastaría, sin embargo, para calificar la mediación como coautoría ejecutiva; como señala la doctrina, la coautoría supone, además del citado acuerdo, la realización material de actos típicos y, en este sentido, no creo que sea posible decir que negociar la cantidad impuesta como condición del rescate sea una actividad que esté directa y materialmente vinculada a la acción de encerrar o detener o imponer una condición En mi opinión, sí existe tal acuerdo y, por tanto, el mediador deja de ser un tercero, podríamos estar ante un supuesto de coautoría por cooperación necesaria o complicidad. Vid., Gimbernat, E., «Crítica de la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1966, págs. 13 y ss., así como las STS de 11 de julio de 1991 y 8 de septiembre de 1993.

[35] El «hombre de atrás», quien tiene el dominio de la voluntad, es la organización terrorista cuyos miembros se limitan a ejecutar los delitos programados por la misma. Vid. Roxin, C., «Täterschaft und Tatherrschaft», Berlín, 3.ª ed., 1975, págs. 242 y ss., y Gómez Benítez, J. M., «El dominio del hecho en la autoría», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, págs. 112-113 Para la doctrina mayoritaria, sin embargo, se trata de una coautoría entre los ejecutores del hecho típico y los dirigentes de la banda armada, aunque estos últimos no actualizaran su función directiva en la fase de ejecución delictiva.

[36] No obstante, el Auto de 11 de julio de 1991, dictado por el TSJ del País Vasco al resolver la apelación planteada por el señor Arratíbel contra su procesamiento por el tipo de detención ilegal, afirma que no cabe imputarle este delito porque su participación en los hechos se produjo varios meses después de haberse realizado el secuestro, aunque la víctima se encontrara aún privada de libertad. En mi opinión, resulta irrelevante el momento en que se interviene en el secuestro siempre que persista el estado antijurídico, esto es, siempre que no se haya liberado a la víctima.

[37] Como señala Gómez Benítez, en los delitos permanentes la consumación se está renovando continuamente durante el tiempo que dura el hecho antijurídico, *Teoría jurídica del delito*, citado, pág. 168; en el mismo sentido sobre el tipo de detención ilegal, vid. Portilla, G., *El delito de práctia ilegal de detención por funcionario público*, Madrid, 1990, págs. 344-345. Otros autores, como Muñoz Sánchez, afirman que en estos casos lo que se produce no es una prolongación de la consumación, sino que la conducta del reo reproduce la realización del tipo, por lo que el momento de la consumación y la naturaleza permanente o instantanea del delito son cuestiones diferentes, *El delito de detención*, Madrid, 1992, págs. 141 y ss.

[38] Según creo, en el delito permanente cabe, en efecto, parti-

de participación, pero no de encubrimiento que, como señala mayoritariamente la doctrina, constituye en realidad una conducta «ex post facto», que ni supone participación en el hecho delictivo ni lógicamente lo favorece[39].

Por consiguiente, excluida la posibilidad de la autoría ejecutiva en el delito de detención ilegal, así como el encubrimiento del mismo, sólo resta por examinar si la conducta de mediación constituye una contribución, necesaria o no, para la ejecución del hecho típico; en otras palabras, se trata de comprobar si los actos de negociación de las condiciones de un rescate favorecen de algún modo la ejecución del delito de detención ilegal ejecutado por los miembros de la banda armada.

Es indudable que la realización de algunos tipos penales admite, en mayor medida que otros, contribuciones al hecho típico que pueden ser incluso equiparadas a la propia realización de actos materiales de ejecución[40]. Este es, sin duda, el caso de las detenciones ilegales, donde conductas como vigilar al detenido, transportarlo de un lugar a otro u ofrecer el local para su encierro[41] se consideran aportaciones, necesarias o no, para la realización del injusto. Ahora bien, para poder decir que un acto facilita o hace posible el tipo de detención ilegal el mismo debe estar en conexión lógica con el acto típico de encierro o de mantenimiento de la privación de libertad o, lo que es lo mismo, ser idóneo para la realización del hecho y, en mi opinión, la aportación que corresponde al mediador no puede decirse verdaderamente que contribuya a la consecución ni a la persistencia de la privación de libertad, como lo serían por ejemplo la conducta ya aludida de vigilancia del detenido o, incluso, la del propio cobro del rescate impuesto como condición[42]. En realidad, lo que supone la actuación del mediador es una colaboración en la actividad de exigencia de rescate[43], es decir, se trata de una aportación a la acción típica prevista por el subtipo agravado del artículo 481,1.°, pero resulta, sin embargo, una contribución cuando menos indiferente para las acciones de detener o encerrar previstas en el tipo del artículo 480[44].

3. La mediación como contribución al tipo de amenazas condicionales

A la vista de las consideraciones precedentes, resulta inexcusable aceptar que la detención ilegal con exigencia de rescate constituye un tipo complejo que abarca dos conductas, subsumibles cada una de ellas en una figura delictiva distinta, a saber: en la detención ilegal del artículo 480 y en las amenazas condicionales de un mal constitutivo de delito previstas por el artículo 493,1°. Por tanto, en este segundo caso, la acción típica consistiría en conminar a los familiares del secuestrado con la ejecución de un mal, prolongación de la privación de libertad o incluso acabar con su vida, de no cumplirse la condición exigida.

Pues bien, la intervención del mediador en este tipo complejo se realiza sólo en la fase delictiva

cipar con postenoridad al momento en que se ha producido la inicial consumación, pero la coautoría sólo es posible si se considera que el cooperador necesario es coautor porque realiza una acción de igual entidad, en un plano valorativo, a las acciones ejecutivas realizadas por los autores del hecho típico. En otras palabras, el delito permanente supone, a mi juicio, una excepción exclusivamente dirigda a que los actos de cooperación necesaria o de complicidad puedan realizarse durante el espacio temporal que dura el hecho antijuridico, pero no cabe, sin embargo, realizar actos de autoría ejecutiva o con dominio pleno de la acción una vez que el tipo ha quedado inicialmente consumado. Aunque la doctrina no suele pronunciarse sobre este problema, en un sentido similar parece manifestarse Portilla cuando señala que en estos casos «se amplían las formas de participación distintas al encubrimiento y autoría», *El delito de práctica ilegal...*, citado, págs. 345 afirmando, en cambio, Muñoz Sánchez la posibilidad de que quepa la autoria ejecutiva, *El delito de detención*, citado, pág. 231

[39] Sin embargo, el Auto de 14 de diciembre de 1990, dictado por el Tribunal Supremo para declarar la competencia del TSJ del País Vasco en el enjuiciamiento del señor Elosúa, alude, aunque sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, a la posibilidad de que la mediación pudiera ser constitutiva de un acto de encubrimiento, calificación que había sido sugerida en el informe presentado por el Ministerio Fiscal.

[40] Por ello, es acertada a nuestro juicio la línea jurisprudencial que, al margen de su carácter esencial o no, califica los actos de vigilancia o de traslado del detenido como cooperación y no como coautoría ejecutiva (Vid., entre otras, STS de 29 de septiembre de 1984 y 18 de noviembre de 1985). Un sector de la doctrina y jurisprudencia (Vid. Muñoz Sánchez, *El delito de detencion*, citado, págs. 232 y ss., y las sentencias allí reseñadas), consideran, sin embargo, que en estos casos existe coautoría por suponer el cumplimiento de actos ejecutivos, sin tener en cuenta, a mi juicio, que estas conductas no realizan materialmente la acción descrita por el tipo penal, aunque sí pueden contribuir de manera esencial a la consecución o mantenimiento de la situación típica. Por otra parte, la detención ilegal no es, como sorprendentemente indica la SAN 5/94 de 3 de febrero, «caso De la Hoz», un delito pluripersonal que exija necesariamente la intervención de varios sujetos, sino que admite diversas formas de contribuir al hecho típico, realizables por el autor o por terceras personas.

[41] Precisamente este ultimo supuesto, aportar el local para la detención ilegal, está expresamente previsto por el párrafo 2.° del articulo 480 y equiparado en penalidad a la conducta del que detiene. Esta equiparacion resulta, por otra parte, criticable por cuanto no permite comprobar en cada caso concreto si la contribución resulta o no de carácter sencial. Vid. en este sentido, Polaino Navarrete, M., *El delito de detención ilegal*, Madrid, 1982, pág. 225, y Muñoz Sánchez, J., *El delito de detención*, citado, pág. 239.

[42] La persona que cobra el rescate, al ser ella quien tiene que dar aviso a la organización de que se ha cumplido la condición impuesta, puede tener en su mano, por así decirlo, que siga o no persistiendo la privación de libertad, aunque es indudable que la decisión final de librar a la víctima depende exclusivamente de los autores, es decir, de la organización terrorista. En todo caso, este poder del que cobra el rescate no lo ostenta, sin embargo, el mediador, que ni siquiera domina el hecho de que las partes cumplan las condiciones transmitidas, es decir, no está en su mano ni que unos paguen ni que otros pongan en libertad a la víctima.

[43] En este mismo sentido se pronuncia expresamente la SAN 5/94, «caso De la Hoz» (5.° Fundamento de Derecho), no obstante, lo cual condena al intermediaro como cómplice del delito de detención ilegal por la naturaleza no esencial de su aportación. En mi opinión, sin embargo, el problema a debatir es de carácter previo a la comprobación sobre la necesidad o no de la contribución y consiste en determinar si la conducta del mediador constituye efectivamente un acto de favorecimiento idóneo para la ejecución del tipo de detenciones ilegales.

[44] Objetivamente, a lo que contribuye la conducta del mediador es más bien a lo contrario, es decir, a que se ponga fin lo más rápidamente posible a la situación de privación de libertad, lo que no sucedería, o tardaría más tiempo en suceder, si los familiares del detenido no toman contacto con los autores del hecho y no conocen ni, por tanto, negocian las condiciones de la liberación

constitutiva del tipo de amenazas condicionales por cuanto, sin participar en el hecho de la detención, su labor se reduce a tomar contacto o servir de vehículo entre los familiares del detenido y los autores del secuestro, y su intencionalidad va asimismo referida, en todo caso, sólo a este último extremo: el logro del cobro de la cantidad exigida como rescate[45], lo que constituye también el elemento finalístico del tipo de amenazas condicionales.

Si objetiva y subjetivamente la conducta del mediador consiste en una contribución a la exigencia de rescate, no existe, en mi opinión, ningún obstáculo para romper entonces el mencionado tipo complejo del artículo 481,1°, pues es evidente que no basta el mero conocimiento de la situación típica para que pueda extenderse la responsabilidad del complice o del cooperador a todo el tipo complejo[46]. Es más, a mi juicio, esta es la calificación que correspondería, asimismo, en el supuesto de que la negociación del rescate tuviera lugar con posterioridad a la puesta en libertad del detenido, conducta que no cabría calificar tampoco como un mero acto de encubrimiento del tipo complejo de detención ilegal con rescate, dado que la negociación de la condición impuesta, sea cual sea el momento en que se realice, constituye una contribución a la ejecución de un hecho típico específico, amenaza condicional.

Así pues, apreciada la tipicidad de la conducta de negociación como constitutiva de amenazas condicionales, corresponde examinar ahora el grado de concreta responsabilidad en que incurre el intermediario. En mi opinión, la discusión debe partir, también aquí, de que no se trata de un supuesto de autoría ejecutiva: el mediador sigue siendo un tercero que no realiza la amenaza, es decir, no es él sino la organización terrorista que ha realizado la detención ilegal quien impone la condición económica a los familiares del secuestrado. La negociación del rescate constituye entonces una contribución que podrá ser constitutiva de coautoría por cooperación necesaria o de complicidad, lo que nos remite a comprobar, ahora sí, si el comportamiento que realiza el mediador tiene carácter esencial para la realización del tipo delictivo o, lo que es lo mismo, si su aportación resulta del tal entidad que tiene igual significación, en un plano valorativo, que la ejecución de actos materialmente típicos[47].

Como es obvio, para calificar un acto como necesario no basta una mera contribución que facilite la realización del hecho, dado que ello forma parte también de la conducta de complicidad; para que una actividad pueda conceptuarse como esencial ésta debe asegurar al cooperador el dominio funcional del hecho, debe permitir que el cooperador, como el resto de los coautores, se asegure un dominio sobre el plan común, y no sólo sobre su concreta aportación, de modo tal que «ex ante» quepa apreciar la necesidad de existencia de esa contribución para la realización del hecho delictivo[48].

Partiendo de estas premisas, creo que resulta cuando menos discutible que la aportación del mediador pueda ser considerada esencial para la realización del tipo de amenazas condicionales. Si atendemos al criterio de la escasez de la contribución, la conducta de negociación no es un bien de difícil obtención porque no se trata de una actividad inequívocamente criminal[49], el intermediario es una persona fácilmente sustituible[50] en la labor que desarrolla de modo que, como se ha demostrado en la práctica, no resulta tan difícil encontrar quien esté dispuesto a llevarla a cabo; de hecho, en la mayoría de los secuestros protagonizados por la organización terrorista ETA, son numerosos los que intervienen en la fase del cobro del rescate, sucediéndose unos a otros en su actuación negociadora o realizando cada uno una parte de la gestión[51]. Pero, sobre todo, se trata de comprobar si la no concurrencia del mediador produce la quiebra del plan total del autor y, a mi juicio, su aportación, en los supuestos que aquí venimos comentando, simplemente hace más fácil el agotamiento del tipo, que los autores logren su propósito de cobrar la cantidad exigida como condición, pero no compromete el cumplimiento del mismo[52].

[45] Esta es, asimismo, la finalidad que resulta acreditada en el supuesto de la SAN 5/94, «caso De la Hoz», donde se declara expresamente que el ánimo que guió la actuación del mediador fue el de «ayudar a conseguir el rescate para la organización ETA», pero en ningún momento se hace referencia a la intención de favorecer la detención ilegal llevada a cabo por la banda armada. Pese a ello, castigará la conducta como complicidad en el secuestro.

[46] Del mismo modo que sucedería, por ejemplo, en el supuesto de robo con homicidio, para quien, con conocimiento del robo pero sin participación alguna en este hecho, proporciona posteriormente al autor la pistola que éste utiliza para acabar con la vida de sus perseguidores; en este caso, se debe responder como cooperador necesario o cómplice del tipo de homicidio, pero no de la totalidad del complejo realizado por el autor.

[47] Como es sabido, frente a la teoría objetivo-formal que considera autor a quien realiza todo o parte de la acción típica y partícipes al inductor, cooperador necesario y cómplice, la teoría del dominio del hecho estima que el cooperador es coautor y no partícipe si realiza, en fase de ejecución, actos necesarios directa e íntimamente vinculados con la acción típica, es decir, actos no típicos pero de igual entidad valorativa. Vid. Gómez-Benítez, J. M., «El dominio del hecho en la autoría», citado, pags. 103 y ss., y, más ampliamente, en *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1988, págs. 109 y ss , y 497 y ss.

[48] En este sentido vid. Cerezo, J., «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española», en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, pág. 177.

[49] Vid. Gimbernat, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, págs 167-168.

[50] En este sentido la SAN 5/94, «caso De la Hoz», califica de complicidad la conducta del intermediario por cuanto la colaboración prestada «no era indispensable, ni imprescindible y su intervención... podría haber sido sustituida por la actuación de alguna otra persona próxima a la organización terrorista»

[51] La esencialidad no reside desde luego en la persona sino en la contribución que la misma realiza al hecho. Por ello la aportación del mediador tampoco resulta en principio un bien escaso si la banda exige, por ejemplo, negociar únicamente con una persona determinada.

[52] Parece que si los secuestradores han podido hacer lo más, detener y amenazar, pueden también hacer lo menos, gestionar el cobro de la condición impuesta. La no concurrencia de mediadores a lo que suele dar lugar es a una mayor duración de la detención por las dificultades que para contactar tienen los familiares de la víctima, pero lógicamente nada impide tampoco que la organización se niegue a negociar las condiciones de liberación, que pueden ser impuestas en el mismo momento del secuestro, no admitiendo los ulteriores servicios de mediación. En todo caso, es evidente que, como siempre que se trata de distinguir actos de cooperación o complicidad, habrá que estar al supuesto concreto teniendo en cuenta la función que cumple el mediador en el plan delictivo.

IV. LA SOLUCION AL CONCURSO DE NORMAS

1. La aplicación del principio de especialidad

Señalaba en páginas anteriores que la opción de calificar la conducta del mediador como participación en un tipo específico resultaba en mi opinión más acorde con el principio de especialidad que la de aplicar el supuesto genérico de colaboración con bandas armadas previsto en el artículo 174 bis a). Sin embargo, este conflicto de normas se ha venido resolviendo por la jurisprudencia de distintas formas, aunque para llegar casi siempre a una misma solución: bien sea invocando el mencionado principio de especialidad, bien el denominado de alternatividad, se elige aquél precepto que, en el concreto caso enjuiciado, conduce a una mayor sanción, lo que por cierto desvirtúa el significado de la especialidad.

Precisamente, esto es lo que ocurre en los dos casos de mediación enjuiciados hasta el presente por la Audiencia Nacional; así, mientras en la sentencia 5/94, «caso De la Hoz», se nos dice que la calificación del hecho como complicidad en detención ilegal es «más conforme» con el principio de especialidad, añadiendo por cierto que también lo es con el de alternatividad; en la resolución 19/93, «caso Reizábal», se opta directamente por dar prevalencia al tipo genérico de colaboración con banda armada, basándose esta vez, claro está, sólo en lo previsto por el artículo 68 del Código penal, es decir, en el principio de alternatividad o de mayor gravedad de la sanción del precepto aplicable. Me parece que no es difícil percibir una vacilación interesada de la jurisprudencia, bastante poco acorde con los principios que rigen el concurso de normas; como luego veremos, en esta solución se termina privilegiando la regla del artículo 68, interpretada además como una pura opción hermenéutica contra reo.

Como es sabido, para solucionar los casos del llamado concurso aparente de normas penales rige el principio general de especialidad, que se desglosa en una serie de reglas diferentes: el principio de especialidad en sentido estricto, la ley más específica deroga a la más general; el criterio de subsidiariedad, el precepto subsidiario se aplica en defecto del principal; y la regla de consunción, el precepto que contempla de modo más total el desvalor de la acción se aplica frente al que lo contempla de modo más parcial[53]. Partiendo pues de estas reglas, que admite tanto la doctrina como la jurisprudencia, veámos cuál es la relación existente entre el tipo de amenazas condicionales y el de colaboración con banda armada.

En opinión de Muñoz Conde, la aplicación del artículo 174 bis a) procede bien cuando el delito en que se colabora no llega a cometerse o no es posible probar la participación en el mismo, lo que evidentemente no ocurre en el caso del mediador, bien cuando la pena que corresponda por participar en un tipo concreto resulta inferior a la de colaboración genérica, pues, de otro modo, el precepto más específico quedaría privilegiado en detrimento del designio agravatorio de la legislación antiterrorista[54]. Sin embargo, esta última solución creo que no responde a una simplista aplicación del artículo 68 CP, sino que se inspira también en el principio de especialidad desde el momento en que el sujeto activo del delito en que interviene el mediador es una organización terrorista, cuyas actuaciones han querido ser reguladas específicamente por el legislador, ciertamente con un espíritu agravatorio. En otras palabras, si se aplica el artículo 174 bis a) no es simplemente porque resulte una pena más grave, sino sobre todo porque presenta una obvia conexión de especialidad de sentido agravatorio: la banda armada.

Ahora bien, que existan razones de especialidad para preferir la colaboración genérica frente a la participación en el tipo concreto, tampoco debe ocultarnos que existen otras razones de especialidad que militan en sentido contrario, pues no cabe duda que la calificación de complicidad o acaso de cooperación necesaria en unas amenazas condicionales contempla mucho más detallada y específicamente la conducta del mediador que la de genérica cooperación terrorista. De manera que si optamos por el tipo específico, quedará oculta la dimensión terrorista; y si optamos por el artículo 174 bis a) quedarán ocultos numerosos ingredientes de la conducta mediadora. ¿Es posible alcanzar una solución capaz de conjugar ambas razones? Pienso que sí: la propia legislación antiterrorista ha previsto una circunstancia agravante específica, la contemplada en el artículo 57 bis a) CP[55], que permite tener en cuenta la especialidad terrorista sin sacrificar la especialidad de los tipos concretos.

De lo anterior se deduce, por tanto, que si se adopta el criterio de especialidad, como creo más razonable, deberá optarse por calificar la mediación como acto de participación en el tipo de amenazas condicionales con la concurrencia, eso sí, de la circunstancia agravante del artículo 57 bis a) de delito relacionado con la actividad de bandas armadas u organizaciones terroristas, lo que obliga a imponer la pena del tipo de amenazas en su grado máximo[56].

[53] Vid. Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., Valencia, 1987, pág. 126. Vid. asimismo, Córdoba Roda, J., en Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo y otros, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Barcelona 1976, pág. 326 y ss.

[54] Muñoz Conde, F., *Derecho Penal Parte Especial*, 5.ª edición, Sevila, 1983, pág. 576.

[55] Según el artículo 57 bis a) «Las penas correspondientes a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes se impondrán en su grado máximo, salvo que tal circunstancia estuviese ya prevista como elemento constitutivo del tipo penal»

[56] La previsión contenida en el párrafo 2 ° del artículo 493, 1.°, que obliga a imponer la pena de las amenazas condicionales en su grado máximo cuando éstas se realizaren «a nombre de entidades reales o supuestas», suscita la discusión sobre su compatibilidad con el artículo 57 bis a) dado que, en principio, el motivo de la agravación es el mismo en ambos casos, esto es, que el delito de amenazas se realice en nombre de una pluralidad de personas organizadas. Podría sostenerse, sin embargo, que es posible la aplicación de ambos preceptos por el plus que significa que la amenaza se realice en nombre no sólo de una organización, sino de una organización terrorista, siempre naturalmente que no se interprete la referencia a «bandas armadas», contenida en el 57 bis a), como comprensiva de cualquier asociación ilícita común. Vid , en este sentido, mi trabajo «La última recep-

De este modo, se cumplen dos de las vertientes del mencionado principio de especialidad; de un lado, porque el tipo específico de amenazas condicionales comprende en su injusto el desvalor de la conducta, desplazando a la genérica colaboración[57]; de otro, porque con ello, se está cumpliendo también con la especialidad agravatoria que caracteriza a las normas antiterroristas.

2. Algunas precisiones sobre la interpretación del artículo 68 CP

Según hemos indicado, en el caso que nos ocupa no existe una auténtica relación de alternatividad que nos obligue a recurrir a la regla del artículo 68; entre las amenazas condicionales y la colaboración con banda armada es fácil encontrar razones de especialidad, aunque sean razones de sentido contrario, y la solución que hemos propuesto intenta armonizar dichas razones. Sin embargo, la jurisprudencia no siempre lo entiende así, invocando en cambio el mucho más cómodo expediente del artículo 68: aplicar la pena más grave. Conviene, pues, que nos detengamos brevemente en el alcance de dicho precepto.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional ha reiterado que, entre las varias interpretaciones posibles de un precepto, debe escogerse aquella que sea más conforme con la Constitución y, asimismo, más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales[58]. Es más, el mismo Tribunal ha declarado que, cuando una interpretación resulte incompatible con nuestro texto fundamental, debe quedar excluida con carácter general, y este es precisamente el fundamento de las llamadas sentencias interpretativas, una de cuyas técnicas consiste en afirmar que determinada disposición es inconstitucional cuando se le atribuye un significado o sentido contrario a nuestra normativa superior[59]. Partiendo de estas consideraciones, creo que existen serios motivos para sostener que la interpretación que se viene realizando del artículo 68 del Código penal, como un criterio distinto a los de especialidad en sentido estricto o consunción, resulta contraria a la Constitución o, cuando menos, muy poco acorde con la misma.

Porque, en efecto, si un hecho es susceptible de ser calificado con arreglo a dos o más preceptos del Código, en buena lógica sólo caben dos posibilidades: o un precepto resulta más específico que otro, especialidad en sentido estricto, o un precepto se integra o subsume en otro más amplio, en cuyo caso lo que existe es una relación de consunción. Ahora bien, si no hay especialidad o consunción, ello significa que estamos interpretando que un mismo hecho viene castigado de forma distinta dentro de un mismo cuerpo legal; lo cual, al margen de que evidenciaría una deficiente técnica y una falta de congruencia, podría suponer una lesión del principio de igualdad (art. 14 CE), es decir, del principio que ordena tratar de modo igual lo que es igual.

Por otro lado, no es preciso recordar que el Derecho penal sólo se justifica en la protección de bienes jurídicos frente a las lesiones más intolerables, lo que significa que bien jurídico y ofensividad son los ejes sobre los que deben girar los diferentes tipos y penas, y también la interpretación de los mismos. De ahí que resulte incongruente que un hecho que ofende del mismo modo un mismo bien jurídico tenga atribuidas distintas consecuencias penales.

Con todo, si se produce esta paradoja en sede legislativa o interpretativa, si realmente tuvieramos que aceptar que un mismo hecho viene contemplado de forma distinta en dos o más preceptos penales, sin que concurra ninguna razón de especialidad, lo que parece muy poco acorde con los valores y disposiciones constitucionales es resolver el problema optando necesariamente por la pena más grave, esto es, en contra del reo, pues ello resultaría, a mi juicio, contrario al valor superior de la justicia (art. 1.1° CE) y, sobre todo, al fundamental principio de dignidad humana (art. 10.1° CE) que ha inspirado el Derecho penal moderno. Es decir, el Derecho penal, en cuanto limitador de la libertad, necesita una razón para intervenir, y una razón aún más fuerte para intervenir con mayor vigor. Por consiguiente, si, según una disposición penal, un hecho merece un cierto castigo, la imposición de otro más grave previsto en otra disposición sólo puede explicarse entendiendo que hay un plus de ofensividad.

Por todo ello, el artículo 68 no puede interpretarse, en mi opinión, como una pura opción hermenéutica contra reo, sino como una plasmación del principio de consunción: debe, en efecto, aplicarse la pena más grave, pero sólo cuando un hecho resulte más ofensivo, cuando incorpore un plus de desvalor[60]; un mismo hecho puede quedar subsumido en dos tipos penales, pero es preciso interpretar que, si la pena es distinta, ello obedece a que uno de ellos contempla una mayor lesión de bienes jurídicos. Lo contrario equivaldría a aceptar una antinomia en el seno del Código Penal y, lo que es más grave, a resolver esa antinomia necesariamente en el sentido más gravoso para el reo.

ción de la normativa antiterrorista en la legislación común», citado, pág. 961.

[57] Del mismo modo que sucede, por ejemplo, en el supuesto de expendición de abortivos (art. 416, 3.ª), donde no cabe apreciar la concurrencia del tipo autónomo si la conducta constituye un acto de participación en un concreto delito de aborto. Vid. este concepto de consunción en Córdoba Roda, obra citada, pág. 334.

[58] Vid., en este sentido, entre otras, las STC 19/1982, de 5 de mayo; 34/1983, de 6 de mayo; 67/1984, de 7 de junio y 93/1984, de 16 de octubre.

[59] Vid., por todas, STC 22/1981, de 2 de julio y 34/1981, de 10 de noviembre.

[60] A juicio de Cobo-Vives, sin embargo, cabe la llamada consunción impropia cuando el injusto y la culpabilidad sean idénticos en cuyo caso «habría que entender expresada sólo en el tipo más gravemente penado la reprobación atribuida al hecho por el ordenamiento jurídico (pues) la pena mas benigna expresaría esa reprobación sólo de manera parcial», *Derecho Penal. Parte General*, citado, págs. 129-130.

V. CAUSAS DE JUSTIFICACION DEL HECHO TIPICO

1. El ejercicio de la profesión de abogado

Finalmente, aunque pueda predicarse la tipicidad de la conducta de mediación si se dan los requisitos que hemos venido analizando, cabe considerar, no obstante, la posible concurrencia de causas que la justifiquen o exculpen. En este sentido, dos han sido las circunstancias invocadas en los hechos enjuiciados hasta la fecha que se encaminan a demostrar la juridicidad del comportamiento de mediación: de un lado, se alega la eximente de actuar en ejercicio legítimo de un oficio, la profesión de abogado; de otro, y fundamentalmente, la concurrrencia de un estado de necesidad.

Con respecto a la circunstancia prevista en el número 11 del artículo 8.° del Código Penal, ejercicio legítimo de un oficio[61], hay que constatar el dato fáctico de que, en efecto, las labores de mediación suelen ser realizadas casi siempre por profesionales del Derecho[62]. Varias pueden ser las razones que lo expliquen, pero acaso la principal sea el secreto profesional que ampara las confidencias y datos que necesariamente se porporcionan al mediador. El abogado no está obligado, como pudiera estarlo el resto de los ciudadanos, a poner en conocimiento de la autoridad hechos que, como la entrega de dinero a una organización terrorista, pueden revestir objetivamente los carácteres de delito lo que, indudablemente, otorga una mayor confianza al cliente.

El problema reside, sin embargo, en aclarar si la conducta de mediación realizada por el abogado constituye efectivamente ejercicio legítimo del oficio de abogado, pues resulta evidente que la reiterada elección de este tipo de expertos no concede, por sí misma, un carácter profesional a dichas labores de mediación. En este sentido, dos de las resoluciones judiciales comentadas han coincidido en negar la existencia de la mencionada causa de justificación por cuanto, a su juicio, la actividad mediadora realizada con motivo de una detención ilegal no supone aplicación de la ciencia y de la técnica jurídica[63], como exige el Estatuto General de la Abogacía[64].

No es momento de dilucidar en qué consiste exactamente esa «aplicación de la ciencia y técnica jurídicas», aunque es obvio que no se circunscribe únicamente a las actividades de asistencia o defensa letrada en procesos jurisdiccionales, sino que comprende otras muchas labores de carácter extrajudicial, entre ellas las de mediación o arbitraje que sin duda guardan una cierta relación con las conductas que aquí se vienen examinando[65]. Bien es verdad que esa mediación o arbitraje no constituye una función privativa de la profesión de abogado, pero cabe concebir que, cuando se encomienda precisamente a un letrado, la tarea se enmarca y queda amparada por la normativa que regula el ejercicio de la profesión[66].

Por ello, creo que no cabe excluir, de entrada, que la actividad del intermediario pueda quedar amparada por la circunstancia de ejercicio legítimo de la profesión de abogado. No obstante, parece también que la circunstancia resultará de difícil apreciación por cuanto deberá acreditarse tanto que el encargo de la negociación al intermediario se realizó en función de sus características profesionales[67], como que dicha labor de mediación se realizó exclusivamente en ejercicio de la actividad profesional.

2. El estado de necesidad: el problema de la concurrencia de móviles

Entre las causas que pueden justificar la conducta de mediación, destaca sin duda alguna la circunstancia 7.ª del artículo 8° del CP, es decir, la concurrencia de un estado de necesidad ajeno[68]. No es preciso extenderse aquí en la demostración de que el secuestrado se halla efectivamente en una auténtica situación de necesidad, pues no sólo se encuen-

[61] Por ejemplo, se ha estimado amparada en esta causa de justificación la asistencia sanitaria de un médico al herido que es miembro de una organización terrorista al tratarse de «actos ejecutados en cumplimiento de un deber profesional y, por tanto, exentos de antijuricidad. .», SAN 4/86, Sección 3.ª

[62] En las tres resoluciones que ya conocemos los mediadores procesados ejercían la profesión de abogado con la única excepción del señor Arratíbel.

[63] Así, la SAN 19/93, «caso Reizábal» y la STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 1994, «caso Elosúa y Arratíbel». La resolución dictada en el «caso De la Hoz» (SAN 5/94), señala por su parte, que no cabe aplicar la eximente del artículo 8,11.° porque el intermediario ejerció de «mandatario» de los secuestradores, por lo que «su intervención no fue la de mero mediador, tratando de aproximar las posturas económicas de ambas partes». Es decir, parece que, en este último caso, no se niega de entrada que la actividad del mediador pueda constituir ejercicio de la profesión de abogado, sino que lo que se rechaza es que la mera transmisión de los datos o exigencias de una de las partes represente una auténtica mediación. Con todo, como ya se ha dicho, creo que la mera transmisión debe reputarse en principio una conducta atípica porque no evidencia la intencionalidad del hecho.

[64] Según el artículo 8 del Estatuto, aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, «La abogacía es una profesión libre e independiente consagrada en orden a la Justicia, al consejo, a la concordia y a la defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídicas»

[65] En este mismo sentido se manifiesta el Informe del Consejo Vasco de la Abogacía, de 30 de diciembre de 1993, aportado como prueba pericial en la causa enjuiciada por la SAN 5/94, «caso De la Hoz», donde se señala que «es práctica habitual en el ámbito nacional e internacional con ocasión de graves conflictos y peligro para la vida de las personas que por razones humanitarias se recurra a la mediación del abogado»

[66] La polémica sobre la naturaleza de la intervención letrada en estos casos de mediación se suscitó en una sesión de los colegiados de la corporación de San Sebastián, donde la Junta del Colegio instó expresamente a quienes realizasen estas tareas presentaran minuta de honorarios con el fin de acreditar de modo fehaciente que se trataba de una relación de carácter profesional

[67] Por ejemplo, por su condición de buen negociador. No parece viable, en cambio, cuando la designación responde a otros motivos ajenos al ejercicio de la profesión, como el buen acceso a los secuestradores, etc. Es indudable, sin embargo, que pueden concurrir distintas motivaciones.

[68] La concurrencia de un estado de necesidad propio se planteó también en el caso del señor Arratibel, quien presentó una carta de la organización ETA conminándole a mediar en el secuestro del señor Revilla. La STSJ del País Vasco desestimó, sin embargo, la eximente señalando que la amenaza «no se muestra meridianamente clara a efectos de entender que lo sea de un mal inminente y grave y, menos aun, inevitable», y ello a pesar de que en la carta recibida se dice expresamente: «Usted sabe muy bien como actúa la organización Euskadi ta Askatasuna y en caso de haber algún problema.. tomaremos medidas contra usted».

tra privado de su libertad deambulatoria, sino que incluso corre un peligro inminente para su vida[69], peligro que sólo puede ser conjurado cumpliendo la condición impuesta para su liberación, esto es, pagando el rescate; y la actividad del mediador representa un favorecimiento de ese pago[70].

Asimismo, la exigencia de que el mal causado resulte de inferior entidad al evitado se cumple claramente en el secuestro de personas; la contribución o el favorecimiento de la concreta actividad delictiva de la organización terrorista supone sin duda una lesión del orden jurídico menor de la que representa la persistencia en la privación de libertad del secuestrado y el consiguiente riesgo para su vida. En consecuencia, la causa deberá ser considerada como justificativa de la conducta[71]. Ciertamente, algunas resoluciones eluden esta conclusión describiendo el mal causado por la mediación y, en definitiva, por la entrega del dinero en unos términos de extraordinaria magnitud: el cobro del rescate —vienen a decir— contribuye a la subsistencia de la organización terrorista y, por tanto, al mantenimiento de un estado de violencia sobre personas y bienes[72]. Sin embargo, incluso aceptando esta interpretación, tendría mayor entidad el bien jurídico de la salvación de la vida del secuestrado, no porque su vida sea realmente más valiosa que las vidas de las demás personas, sino porque sólo la suya está en concreta situación de peligro frente a la amenaza genérica e indeterminada que pueden correr las vidas de los demás ciudadanos por el hecho de la existencia de organizaciones terroristas.

Ahora bien, las resoluciones judiciales dictadas en los casos de mediación por secuestro no han negado en ningún momento la existencia de los elementos objetivos del estado de necesidad, es decir, la concurrencia tanto de la situación de necesidad como de los tres requisitos que configuran la eximente; la polémica se ha suscitado, sin embargo, en torno al elemento subjetivo, esto es, a la comprobación de que el intermediario actuara «para evitar un mal ajeno», en nuestro caso, para evitar la privación de libertad o salvar la vida del secuestrado, y en este punto como veremos, muy diversas han sido no sólo las soluciones aportadas por los tribunales sino también la fundamentación de las mismas.

De entrada, hay que decir que la exigencia del elemento subjetivo en las causas de justificación no es una cuestión pacífica, pues depende de la concepción del injusto que se mantenga. Así, refiriéndose en concreto al estado de necesidad, Gimbernat ha indicado recientemente que la formulación legal de dicha eximente ha de ser interpretada «únicamente en el sentido de que... el autor tiene que conocer la situación objetiva de justificación, es decir: que tiene que conocer que concurre una efectiva colisión de bienes jurídicos en la que es necesario sacrificar uno para salvar al otro pero no en el de que sea preciso, además, que se actúe con una específica y exclusiva voluntad de salvamento», argumentando esta afirmación en las regulaciones específicas que prevén los artículos 417 bis y 428 para los supuestos de aborto y de determinadas intervenciones quirúrgicas, donde efectivamente no se requiere la presencia de un elemento intencional[73]. Por tanto, en los casos de estado de necesidad entre bienes desiguales basta constatar la salvación del bien jurídico de mayor entidad para que la acción esté plenamente justificada.

Por mi parte, creo que el mero conocimiento de la objetiva situación de necesidad no resulta suficiente, sino que debe exigirse también la dimensión subjetiva de actuar con una finalidad de salvación del bien jurídico; y ello, no sólo por la razón de orden general de que para excluir la antijuricidad la acción debe ser, como el resultado, valiosa, sino porque además, en este caso concreto, dicha exigencia deriva del propio tenor literal del artículo 8,7[74]. Ahora bien, la presencia de este elemento subjetivo no resulta en modo alguno incompatible con la concurrencia de otras intenciones o motivaciones; lo que no exige la formulación legal de la eximente de estado de necesidad es que el propósito de evitar el mal ajeno tenga un carácter exclusivo o excluyente[75]. Y

[69] Así, en los casos de detencion de don Jose M.ª Ryan y don Alberto Martín Barrios, reivindicados por la organización ETA, el hecho delictivo finalizó con la muerte de los secuestrados.

[70] En este sentido se pronuncia la STSJ del País Vasco, de 28 de marzo de 1994, «caso Elosúa y Arratibel». En el caso del cobro del llamado «impuesto revolucionario», la SAN 19/93, «caso Reizábal», estima, sin embargo, que el pago no es el único modo de conjurar el peligro creado, pues cabe que el extorsionado tenga «la posibilidad de sustraerse al anunciado mal mediante un traslado de residencia o una protección específica». En mi opinión, debe resultar indiferente la actitud que adopte el extorsionado, al que por cierto no cabe exigírsele que huya como ocurre en los supuestos de legítima defensa, pues de trata de que el mediador actua bajo un estado de necesidad ajeno. Finalmente, esta misma resolución 19/93 rechaza la aplicación de la circunstancia alegando que, por su conocida militancia «abertzale», el mediador pertenecia al «entorno del extorsionador», lo que en su opinión significa, inexplicablemente, la posibiidad de evitar el hecho delictivo, «de acuerdo con la experienia general».

[71] Como es sabido, para la mayoria de la doctrina y jurisprudencia, sólo cuando el mal causado es de menor entidad el estado de necesidad se configura como causa de justificación, mientras que se excluye la culpabilidad cuando los males, causado y evitado, son identicos. Para la teoria unitaria, sin embargo, en ambos casos la conducta está justificada, teoría que parece adecuarse mejor a nuestro sistema legal al admitir que pueda ser un extraño quien tenga que optar en la salvación de iguales bienes jurídicos. Vid., en este ultimo sentido, Gómez Benítez, J. M., *Teoria jurídica del delito*, citado, págs. 378 y ss y Gimbernat, E., «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990, págs. 218 y ss

[72] En este sentido la STSJ del Pais Vasco, «caso Elosua y Arratíbel», si bien admite que este peligro es meramente potencial La SAN 19/93, «caso Reizábal», sin embargo, señala expresamente que no cabe afirmar que la vida del empresario «sometida al peligro continuado de la amenaza condicional» tenga mayor valor «que las vidas de un número indeterminado de personas sometidas al riesgo continuado del mantenimiento de una organización mortífera».

[73] En estos casos, señala Gimbernat, tanto para practicar legalmente un aborto como para realizar una operación quirúrgica, el legislador no ha tenido en cuenta las motivaciones del sujeto; aunque tales intervenciones se realizaran, por ejemplo, con finalidad lucrativa y sea o no este el fin primordial, la conducta quedaría amparada por el estado de necesidad. «Colaboración con banda armada y estado de necesidad», diario *El Mundo*, 9 de marzo de 1994.

[74] En este mismo sentido vid. Gómez Benítez, J. M., *Teoría jurídica del delito*, citado, pág. 385 y Mir Puig, S , *Derecho Penal Parte General*, 3.ª ed , Barcelona, 1990, pag. 499.

[75] En este sentido, señala Cordoba Roda que «si una elemental observación psicologica conduce a afirmar la posibilidad de que se actue tanto para conseguir la salvación de un bien, como

aquí es donde cabe disentir de la argumentación desarrollada por las sentencias que venimos comentando, pues confunden la exigencia del elemento subjetivo característico del estado de necesidad con la presencia de otras posibles motivaciones e incluso con el problema del dolo de favorecimiento a la banda armada.

Así, la SAN 5/94, «caso De la Hoz», niega la concurrencia de la eximente de estado de necesidad, tanto completa como incompleta, por cuanto la «intención primordial» del intermediario no fue la de «evitar o hacer cesar un mal», sino «la de ayudar a conseguir el rescate para la organización ETA que había proyectado y dirigido el secuestro» en el que intervino. Esto es, la sentencia no niega que la mediación se realizara con la intención que requiere la eximente, sino que únicamente indica que no fue ésta, la salvación del secuestrado, su intención primordial, ignorando por tanto la plena viabilidad de la concurrencia de móviles. Pero, sobre todo, al insistir en que la intención del mediador fue ayudar a conseguir el rescate, lo que hace es plantear de nuevo el problema del conocimiento y de la voluntad, es decir, el problema del dolo de colaborar en la actividad delictiva realizada por la banda armada, elemento que justamente nos ha permitido calificar como típica la conducta de mediación. Porque, en efecto, lo que hace la causa de justificación es convertir en conforme a Derecho una conducta objetiva y subjetivamente típica o, si se quiere, una conducta objetivamente típica y además culpable[76]. Cuestión distinta sería que la sentencia hubiera afirmado que la única intención del mediador era favorecer la actividad delictiva de la banda armada, pues entonces faltaría por completo el elemento subjetivo de la causa de justificación.

En el caso «Elosúa y Arratíbel», por su parte, la sentencia dictada por el TSJ del País vasco resulta aún más confusa. La intención de favorecer la actividad delictiva, defensa de los intereses de la organización ETA según se dice expresamente, se analiza, en relación con el señor Elosua, al tratar del elemento subjetivo del estado de necesidad y ello para negar que dicha intención concurriera en ningún momento, por lo que no sólo se da como probado que el ánimo de salvar al secuestrado fue el único que guió la actuación mediadora, sino que al mismo tiempo se confirma la ausencia de dolo en su conducta que, por tanto, debía haber sido declarada atípica. En el caso del señor Arratíbel, en cambio, al analizar la causa de justificación sólo se discute la concurrencia del ánimo de salvar al detenido con el móvil de actuar para obtener un aprovechamiento económico[77], lo que conduce a la apreciación del estado de necesidad como eximente incompleta; sin embargo, el dolo de favorecer a la organización terrorista se sitúa ahora en la culpabilidad y además apenas se cuestiona su existencia.

En conclusión, si se niega la intencionalidad de favorecer a la organización terrorista que ha realizado el secuestro y ha impuesto la condición económica, lo que debe negarse es que la conducta de mediación sea dolosa y, por tanto, típica. Por lo demás, nada impide que concurra plenamente la eximente de estado de necesidad[78], ya sea porque sólo se percibe el movil de salvar al secuestrado, ya porque la presencia de otras posibles intenciones, con independencia de su naturaleza[79], se considere compatible con aquél. En último caso, de estimar nuestros tribunales que la intención de evitar un mal debe ser primordial o prevalente, parece inexcusable la apreciación de la circunstancia como eximente incompleta, dado que todos los demás presupuestos del estado de necesidad, incluido el referido elemento subjetivo, concurren en la conducta de mediación.

VI. CONCLUSION. LA CONDUCTA MEDIADORA, ENTRE LA ATIPICIDAD Y LA JUSTIFICACION

Como hemos visto, las resoluciones judiciales que han servido de hilo conductor a esta reflexión son tan escasas como dispares en el modo de enjuiciar y calificar los hechos; seguramente, ninguna de ellas constituye un modelo de hermenéutica penal y, en su conjunto, ni siquiera representan una concepción segura y uniforme del ejercicio de la acción punitiva. Sin embargo, más allá del concreto debate que pudiera entablarse con cada sentencia, lo más llamativo es precisamente esa disparidad[80], que revela las vacilaciones que atenazan a nuestros tribunales a la hora de incriminar este género de conductas.

Y la vacilación es comprensible, pues el castigo de las actividades de mediación, tal y como gene-

para alcancar una meta distinta, y la ley simplemente exige obrar «impulsado por un estado de necesidad para evitar un mal propio o ajeno», el elemento subjetivo deberá ser estimado con indiferencia de que a la misma se sume una ulterior motivación». En Córdoba Roda, Rodriguez Mourullo y otros, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, citado, págs. 282-283. Igualmente, Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, citado, pag. 499

[76] Porque si no la inexistencia de dolo se convertiría siempre en una causa de justificación

[77] La sentencia del TSJ del País Vasco declara como hecho probado que el señor Arratibel cobró a los familiares del secuestrado por su intervención mediadora la cantidad de 75 millones de pesetas.

[78] La cuestión, que no se ha puesto en duda en ninguno de los casos enjuiciados es que efectivamente se actúe con la finalidad de salvar al secuestrado. Este será, en mi opinión, el ánimo que cabrá deducir cuando el intermediario haya sido designado, directa o indirectamente, por los familiares de la víctima.

[79] No veo por qué no puede apreciarse la eximente de estado de necesidad cuando concurre, por ejemplo, el móvil de cobrar una recompensa o cualquier otro lucrativo, como en el caso del señor Arratíbel En mi opinión, condicionar la realización de la conducta de mediación al cobro de la misma podrá ser moralmente reprobable, por aprovechamiento de la angustiosa situación en que se encuentran los familiares del detenido, pero no constituye ningún hecho delictivo por lo que debe resultar irrelevante

[80] En el caso enjuiciado por el TSJ del País Vasco, la apreciación de la eximente de estado de necesidad determinó la absolución del mediador señor Elosua, mientras que el señor Arratíbel, para quien se estima la misma causa como incompleta, fue condenado a la pena de dos años de prisión menor En los supuestos tramitados ante la Audiencia Nacional, por su parte, se condena al señor Reizábal, cuya intervención mediadora fue en delito de amenazas y no de secuestro, a la pena de tres años de prisión menor por concurir una atenuante analógica muy cualificada de estado de necesidad exculpante; al intermediario señor De la Hoz, en cambio, se le impuso la pena de ocho años de prisión mayor, evidentemente desproporcionada si la comparamos con los casos anteriores.

ralmente aparecen en la complicada y enmarañada red de informaciones y consultas que se teje en el espacio temporal que separa la detención de una persona de su liberación, forma parte de lo que pudieramos llamar el desbordamiento punitivo de la legislación antiterrorista. Este es un desbordamiento conocido y en el que no merece la pena insistir, aunque nunca está de más recordar alguna de sus consecuencias, ahora con la ayuda de Ferrajoli. La extensión de la cita me parece justificada: el Derecho penal nacido para hacer frente al terrorismo y a la criminalidad organizada se halla indudablemente «en contraste con los principios del Estado de Derecho. El cambio de su fuente de legitimación externa —la razón de Estado y el criterio pragmático de los fines en la lucha contra el delito, antes que las reglas del Estado de Derecho en torno a los medios y sus implicaciones garantistas— ha producido en muchos casos una *justicia política* alterada en su lógica interna respecto a los cánones ordinarios: no ya actividad cognitiva basada en la imparcialidad del juicio, sino procedimiento decisionista e inquisitorio fundado sobre el principio del amigo/enemigo y sometido, más que a la estricta legalidad, al consenso mayoritario de los partidos y de la opinión pública. Esta lógica penetra en todos los momentos del mecanismo punitivo: en la legislación, en la jurisdicción y en la ejecución penal. Y permite hablar de un derecho penal especial —*especial* en cuanto a las figuras delictivas, *especial* en cuanto a la forma de los procesos, *especial* en cuanto al tratamiento carcelario— y marcado en todos estos aspectos por una espesa distorsión sustancialista y subjetivista»[81].

Sin esa especialidad a la que alude Ferrajoli difícilmente se comprende la incriminación de la que pudiera llamarse conducta paradigmática de mediación, esto es: la conducta de aquella persona que, ajena a la banda armada y al concreto grupo de secuestradores, sin acuerdo previo, procura el contacto entre las partes, transmitiendo informaciones y exigencias con el fin —que no excluye otros fines— de facilitar la pronta liberación del secuestrado. Porque, en efecto, es significativo observar que, si en la explicación de la mayor parte de los comportamientos delictivos lo normal es comenzar describiendo una acción humana en principio moralmente reprochable (matar, robar, etc.) y sólo después examinar las «excepciones» (ausencia de dolo, legítima defensa, etc.), en el caso de la mediación ocurre precisamente lo contrario: la descripción de lo que de ordinario entendemos como acción mediadora se nos presenta como una conducta irreprochable, y es preciso añadir numerosos ingredientes suplementarios para llegar a una conclusión contraria.

A modo de resumen. Primero, la actividad mediadora sugiere una acción moralmente plausible o, al menos, neutral. Segundo, su incriminación requiere en todo caso acreditar una voluntad de favorecimiento de la actividad delictiva realizada por la banda armada. Tercero, dicha acreditación resulta tanto más difícil por cuanto la actividad externa de quien favorece a la víctima y al grupo terrorista resulta objetivamente muy semejante y el dato de la designación no es definitivo, y asimismo por cuanto en estos casos se suele crear un entramado de mediaciones y de aceptaciones tácitas que llena de penumbra y ambigüedad el alcance de cada comportamiento individual. Cuarto, la calificación penal, cuando proceda, obliga a una ruptura del tipo complejo de detención ilegal bajo condición, dado que el dolo del mediador comprende sólo la segunda parte, la relativa a las amenazas, lo que impide su encuadramiento en la tipología terrorista de no ser por la vía de la agravante específica del artículo 57 bis a). Y, en fin, en quinto lugar, es poco concebible que no concurra alguna causa de justificación y, en particular, la de estado de necesidad, pues cuando se aprecian los elementos objetivos de la misma, como ocurre en estos casos, la relevancia de la eximente no es incompatible con la presencia de otros posibles móviles distintos al de salvar a la persona detenida.

De ahí nuestra duda: una conducta atípica o justificada. Ambas alternativas cuentan con buenas posibilidades: la atipicidad porque sólo concibiendo al mediador como un sujeto que busca el favorecimiento de la banda armada a través de los frutos del secuestro, resulta viable su incriminación; y, por cierto, resulta viable a través de un camino distinto al practicado por algunas sentencias, pues en el peor de los casos nos hallamos ante una complicidad en el tipo de amenazas condicionales, no en el de secuestro, ni en el de la genérica colaboración terrorista. Pero, en su defecto, también la justificación cuenta con buenas razones, pues en el común de los supuestos es fácil imaginar la presencia de un estado de necesidad, completo o incompleto, y acaso también de un ejercicio legítimo de la profesión.

[81] Ferrajoli, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2.ª ed., 1990, pág. 853. (Edición castellana en curso de publicación en Editorial Trotta, Madrid).