

Me ocuparé, a continuación del concepto de "*pruebas*". En relación con el mismo, tanto la doctrina española⁽¹⁹⁵⁾, como la italiana⁽¹⁹⁶⁾ coinciden en considerar que el citado término no debe entenderse en su acepción procesal estricta.

Sin duda, a esa conclusión conduce ya el simple hecho de que se hable de pruebas no sólo en relación con la identificación, sino también con la captura de otros responsables, pese a que, en modo alguno, puedan calificarse como tales los datos que conducen a la captura de un individuo. Pero es que ni siquiera en relación con la identificación, se puede entender en sentido estricto el mencionado término.

Dice GIMENO SENDRA que "por actos de prueba cabe entender la actividad de los sujetos procesales, dirigida a obtener la convicción del juez o tribunal sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo los principios de contradicción y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad, e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba"⁽¹⁹⁷⁾. Quiere decirse con ello que esa actividad, realizada a través de los medios de prueba, es la que se produce en el juicio oral; ahora bien, como el propio Tribunal Constitucional ha dicho, "el juicio lógicamente no versa sobre la *identificación* del inculpado como objeto de la acusación, sino sobre su culpabilidad o inocencia"⁽¹⁹⁸⁾.

Parece, pues, que están en lo cierto quienes afirman que nos hallamos ante un *uso impropio* del término "prueba", por no ser la identificación de los delincuentes la finalidad que los medios de prueba persiguen, que es, precisamente, a lo que van dirigidas las "pruebas" a que se viene haciendo referencia. A la averiguación del delincuente y a la comprobación del delito -tal y como reza el Título V, del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- van dirigidos los actos de investigación; de modo que, el sujeto identificado integra -en tanto que presunto responsable de un delito- el objeto de la prueba, su responsabilidad por unos hechos determinados conforma el *thema probandi*; en la configuración de éste es donde debe haber intervenido el colaborador,

⁽¹⁹⁵⁾ GARCÍA-PABLOS, "Asociaciones...", en Comentarios..., op.cit., p.166; LAMARCA, Tratamiento..., op.cit., p.341.

⁽¹⁹⁶⁾ CASELLI/PERDUCA, "Commento...", op.cit., p.564; CHELAZZI, La dissociazione..., op.cit., p.35 y 36; MADDALENA, Le circostanze..., op.cit., p.157.

⁽¹⁹⁷⁾ Derecho procesal, T.II. Proceso penal, junto a MORENO CATENA, ALMAGRO NOSETE y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valencia, 1992, 4ª ed., p.437.

⁽¹⁹⁸⁾ S. 10/1992, 16 Enero (F.Jº 4)

contribuyendo con datos ciertos y veraces a llevar el proceso los hechos sobre los que la prueba versa, pero de ningún modo introduce.

Entiendo, por tanto, que lo que la ley exige del colaborador es más bien una actividad que se integra dentro de lo que son los medios de investigación, esto es, la que tiene por objeto "introducir los hechos en el procedimiento (esclarecer los hechos) y contribuir a formar en el juez el juicio de probabilidad suficiente para disponer la imputación y adoptar las oportunas medidas cautelares"⁽¹⁹⁹⁾, o -siguiendo la definición que de actos de investigación da la Ley de Enjuiciamiento Criminal- una colaboración a través de la cual se hace "constar la perpretación de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes..." (art.299 L.E.Crim.).

En definitiva, de lo que se trata es de que el sujeto sea fuente de conocimiento; su colaboración va, pues, dirigida a la obtención de aquel tipo de datos, que sólo pueden estimarse pruebas si se utiliza tal término en su acepción usual, como argumentos, razones o indicios, los cuales, eso sí, deben ser- y ahí está el gran problema- decisivos para la identificación o captura de otros responsables. A precisar tal cuestión se dedican las líneas siguientes.

b).- Por "*decisivo*" se entiende en el uso común del lenguaje lo que decide o resuelve, esto es, lo que conduce a formar un juicio definitivo sobre algo o a tomar una determinación. Es, por consiguiente, un adjetivo sinónimo de aquel otro -"definitivas"- que se recogía en el art.174 bis c) C.P., y que, a juicio de GARCIA-PABLOS⁽²⁰⁰⁾, expresaba la necesidad de que los datos aportados fueran concluyentes para identificar o capturar a los culpables.

Ciertamente, no puede decirse que sea este un extremo que haya suscitado la atención de nuestra doctrina, lo cual contrasta con los malabarismos lingüísticos que la doctrina italiana se vio en la obligación de hacer para distinguir entre lo que eran pruebas "decisivas", pruebas "determinantes" o pruebas "relevantes", pues a cada uno de estos conceptos aparejaba la ley efectos de diversa entidad. A tal fin fueron dirigidos los intentos de establecer una gradación entre aquellos conceptos y, a resultas de los mismos, se convino en considerar que "determinante" era algo más que "decisiva" y ésto, a su vez,

⁽¹⁹⁹⁾ GIMENO SENDRA, Derecho procesal..., (con MORENO/ALMAGRO/CORTÉS) op.cit., p.438.

⁽²⁰⁰⁾ "Asociaciones...", en Comentarios..., op.cit., p.166. En el mismo sentido, ARROYO, "La Reforma...", op.cit., p.421; LAMARCA, Tratamiento..., op.cit., p.341; DE LA CUESTA, "Atenuación...", op.cit., p.572.

de entidad superior a "relevante"⁽²⁰¹⁾. Más concretamente, se entendió que sólo allí donde la ley exigía pruebas "determinantes"⁽²⁰²⁾ era absolutamente imprescindible que la contribución del sujeto hubiere conducido efectivamente a la individualización y posterior condena del partícipe o a la detención del mismo, de modo que no bastaba con la idoneidad "ex ante" de la colaboración para producir aquellos resultados, sino que ésta debía haberse revelado *causalmente eficaz* en una consideración "ex post"⁽²⁰³⁾. Por el contrario- se decía- cuando lo que la ley requiere es la ayuda del sujeto para la obtención de pruebas "decisivas"⁽²⁰⁴⁾, basta con que la contribución del sujeto fuera "ex ante" idónea para producir uno de aquellos resultados; de suerte que podían reputarse decisivas aquellas "pruebas" que, de hecho, no habían conducido ni a la declaración de culpabilidad ni a la detención, debido a la intervención de factores externos e independientes de la voluntad del colaborador, como, por ejemplo, la negligencia del órgano instructor o la policía, o, sencillamente, la eficaz resistencia ofrecida por el individuo en cuestión a las Fuerzas de Seguridad encargadas de detenerle⁽²⁰⁵⁾.

Tanto por lo que se refiere a las pruebas "determinantes" como a las "decisivas" se partía, pues, de exigir una relación material de causalidad entre la aportación del colaborador y la declaración de culpabilidad o, en su caso, la detención del individuo acusado por aquél. No obstante, se operaba con dos criterios distintos a la hora de decidir si la contribución del sujeto era o no "*conditio sine qua non*" para la producción del resultado: un criterio "ex post" tratándose de pruebas "determinantes" y "ex ante" tratándose de pruebas "decisivas".

Ya desde un punto de vista puramente metodológico, ofrece reparos el hecho de situarse en un caso en el momento de la producción del resultado, y, en otro, en el momento de la realización de la acción. Pero aun dejando a un lado ese tipo de consideraciones, lo que resulta absolutamente inadmisibile es el que, cuando se trata de decidir si las pruebas son o no "decisivas", se recurra a un criterio como el señalado con

⁽²⁰¹⁾ Vid. CASELLI/PERDUCA, "Commento...", op.cit., p.565 y 566; CHELAZZI, La dissociazione..., op.cit., p.44-45 y 65 y ss; MADDALENA, Le circostanze..., op.cit., p.165-166 y 169 y ss; PADOVANI, "Commento...", op.cit., p.58 y 62, SALVINI, "Un primo...", op.cit., p.1261 y 1262.

⁽²⁰²⁾ Art.5 Ley 6 Febrero 1980, nº 15; Vid.supra capítulo II.

⁽²⁰³⁾ Vid.supra nota 201.

⁽²⁰⁴⁾ Art.4 D-L 15 Diciembre 1979, nº 625; art.4 Ley 6 Febrero 1980, nº 15; art.3 (1ª hipótesis) Ley 29 Mayo 1982, nº 304; vid.supra Capítulo II.

⁽²⁰⁵⁾ En tal sentido, entre otros CASELLI/PERDUCA, "Commento...", op.cit., p.564; CHELAZZI, La dissociazione..., op.cit., p.45; PADOVANI, "Commento...", op.cit., p.58; SALVINI, "Un primo...", op.cit., p.1261.

la finalidad de seguir manteniendo la existencia de relación de causalidad -y, consiguientemente el presupuesto de la atenuación- en los casos en que, pese a la colaboración del sujeto, no se consigue la esperada condena o la detención del individuo, por causas no imputables a la conducta del colaborador.

Con ello se crea, en primer lugar, una relación causal ficticia, pues es obvio que una tal relación material no existe allí donde los resultados no se han producido; en segundo lugar, se echa mano de la tan criticada idea de que el nexo causal puede interrumpirse, y se afirma que esto es lo que acontece cuando la declaración de culpabilidad o la detención se frustran por razones ajenas a la voluntad del sujeto.

Ciertamente, en aquellos casos en que, pese al fracaso final, la colaboración era idónea, ofrecía razones o firmes posibilidades para la producción de aquellos resultados quizá la mejor solución sea precisamente la que aquellos autores defienden. Sin embargo, parece discutible que la cuestión deba resolverse determinando -con aquellos o con otros criterios- si existe una relación de causalidad entre la aportación del colaborador y la declaración de culpabilidad o la detención del individuo en cuestión; unos resultados que, en última instancia, sólo pueden producirse a través de una resolución que corresponde adoptar o, en su caso, ejecutar a terceros. El sujeto que colabora -que "coadyuva" como dice el art.57 bis b)- *más que causar* esos resultados, da *razones* o *motivos* para que aquellos se produzcan. Lo procedente no es, pues, precisar si existe o no una relación material de causalidad, esto es, si conforme a las leyes generales del acontecer causal el resultado se hubiera producido o no, sino que lo conveniente es, a mi juicio, prescindir de abordar la cuestión desde un punto de vista ontológico, y hacerlo desde un punto de vista valorativo, y, conforme al mismo, ponderar la ayuda que se ha prestado y decidir si puede estimarse o no que dicha ayuda posibilita firmemente la condena del inculcado o la detención del mismo. Ese sería, pues, el criterio para decidir si las "pruebas" son o no "decisivas".

Desde luego, soy consciente de que con lo que se acaba de decir sólo se contribuye relativamente a sacar de la indefinición el término que nos ocupa. Así es, porque una solución de aquel tipo conduce a que el exacto contenido de la atenuante lo fije en cada caso el concreto intérprete. Ese es, sin embargo, un problema que afecta como en alguna otra ocasión ya se dijo⁽²⁰⁶⁾- a todo este tipo de normas, casi- diría yo- se trata más de una nota consustancial a las mismas que de un problema de técnica legislativa(aunque también haya algo de eso). Hecha esa matización, queda ya claro que

⁽²⁰⁶⁾ Vid. supra Capítulo II, p. 180 y 181; vid. también, GARCÍA RIVAS, "Motivación..", op. cit.,p.110.

las pautas de interpretación que, a continuación, se ofrecen no tienen más valor que el del razonamiento del que se derivan.

Pues bien, tratándose de la identificación, lo más que la ley puede pretender es que el sujeto contribuya a fundamentar una acusación. Con ello se quieren decir varias cosas.

En primer lugar, que el presupuesto de la atenuante no queda cumplido por el solo hecho de que el sujeto afirme que un tercero es responsable del tipo de delitos que nos ocupan; eso sería, nada menos, que considerar que la atenuante consiste simplemente en realizar una imputación. En segundo lugar, y derivado de lo anterior, que la concesión del beneficio depende de los elementos y del material fáctico en que se apoye esa imputación, pues de eso es de lo que depende el que pueda decirse que el sujeto ha contribuido a fundamentar una pretensión acusatoria. Conviene, pues, detenerse a precisar qué tipo de elementos o qué material debe acompañar a la declaración en cuestión.

Pues bien, no estimo oportuno exigir que la declaración se apoye en todo caso en elementos idóneos de por sí para constituir en su momento auténticos medios de prueba (v. g. el colaborador aporta un documento del que claramente se extrae la implicación del tercero en el hecho que le imputa). Naturalmente, tal cosa permite obtener la atenuación, e incluso- como veremos- la remisión de la pena, pues, sin duda, en ello es posible fundar positivamente una pretensión acusatoria contra el individuo en cuestión; ahora bien, de lo que se trata es de decidir si sólo una colaboración de ese tipo autoriza a conceder el beneficio, y ya digo que la respuesta es no; sencillamente, porque eso sería ir más allá del tenor literal de la ley, que sólo exige que se "*coadyuve* en la obtención...".

Tampoco parece adecuado limitar el beneficio a los casos en que, a raíz de aquella declaración y de los datos en ella contenidos, hubiera sido posible que otros obtuvieran material con aptitud suficiente para servir en su momento como medio de prueba(v. g. posibilita el que sean halladas las armas utilizadas en una acción concreta, y en una de ellas se localiza la huella del tercero acusado; asimismo, se ordena una diligencia de registro a consecuencia de la cual se obtienen otra serie de indicios, que, concordantes con el anterior, integran una prueba de indicios en toda regla). De nuevo- como en el supuesto antes referido- debe quedar claro que no está en entredicho el que tal cosa integre la atenuación(y aun la causa de remisión), sino de puntualizar que una exigencia de ese tipo sobrepasa lo que el art. 57 bis b) dispone. Así es, porque aunque el precepto exija que se coadyuve a la obtención de *pruebas*, ya vimos que se trata de un uso impropio del término.

Así pues, hay que concluir que los elementos que apoyan la declaración son algo menos que todo eso; a mi juicio, basta con que autoricen a llegar racionalmente a la conclusión de que aquella declaración puede estimarse provisionalmente como cierta. Para que tal cosa ocurra será necesario, por descontado, que sea intrínsecamente atendible, esto es, que no sea contradictoria o absurda, sino coherente y detallada; asimismo, estimo imprescindible que la mayoría de los datos- o, al menos, los datos sustanciales- que en ella se contengan resulten verificados(v. g.,el sujeto afirma que con el objeto de preparar el delito, ambos alquilaron una vivienda en la localidad donde tuvieron lugar los hechos, y se constata que así fué; se constata también que en el día indicado se recibió en aquel domicilio un paquete, que- según lo declarado-era el que contenía las armas empleadas; asimismo, del obligado careo, previo a la apertura del juicio oral, entre el colaborador y el acusado por éste se extraen nuevas razones que apoyan la fiabilidad de la imputación, etc). En puridad no puede decirse- y en otro Capítulo tendré ocasión de precisar tan importante cuestión⁽²⁰⁷⁾- que todo ello sea material idóneo para convertirse en medio de prueba contra el acusado por el colaborador, pero sí es suficiente para para abrir una vía de investigación, que es, en última instancia, lo que se pretende, y, en todo caso, para sostener la acusación.

Si se me permite el símil, el órgano encargado de decidir sobre la atenuación deberá, antes de concederla, llevar a cabo un juicio similar al que se realiza para resolver sobre la apertura del juicio oral, lo cual implica que la pretensión acusatoria esté lo suficientemente fundada como para provocar una imputación judicial basada en la existencia de indicios racionales de criminalidad, que, llegado el momento de discernir sobre la apertura del juicio, aun persisten por no haber aparecido razones para acordar el sobreseimiento, ni libre, ni provisional, lo que indica que la pretensión está jurídica y *fácticamente* bien fundada. Diríase que lo que hay que llevar a cabo es más que un simple juicio de probabilidad, para convertirse en uno de probabilidad cualificada.

Pero nada mas; el carácter decisivo de esos indicios o de esas razones no puede depender, en modo alguno, de una eventual declaración de culpabilidad, que puede, por muchas razones, no llegar a producirse.

No muy distinto es el planteamiento que cabe hacer cuando de lo que se trata es de discurrir sobre la modalidad consistente en coadyuvar a la obtención de pruebas decisivas para la captura de otros responsables. Bastará en tal caso con que el colaborador aporte datos ciertos y precisos, que solos o en unión de otros -"coadyuve", dice el

⁽²⁰⁷⁾ Vid. infra, Capítulo VIII,II.4.3

precepto- permitan conocer el paradero exacto del sujeto cuya detención se pretende. El hecho de que ésta -como en el caso de la condena- pueda quedar frustrada, no debe ser obstáculo para seguir considerando que los datos obtenidos a partir de la colaboración del sujeto ofrecían, según la experiencia, firmes posibilidades para la localización y subsiguiente captura del individuo en cuestión.

Entiendo, pues, que ni la declaración de culpabilidad ni la efectiva detención del sujeto forman parte del presupuesto de la atenuación, lo que exime -incluso en el caso de que tales resultados llegaran a producirse- de analizar si los mismos se hayan unidos a la conducta del colaborador como efecto de esta. Ello, a su vez, permite, naturalmente, conceder la atenuación aun a falta de dichos resultados, pues el juez encargado de resolver sobre la atenuación deberá decidir con independencia de que los mismos se hayan o no producido, y limitarse a valorar si los datos, las facilidades o posibilidades ofrecidas por el colaborador han permitido fundar positivamente una pretensión acusatoria -o tratándose de la captura- si han aportado indicios bastantes para conocer el paradero del sujeto en cuestión. Y eso, aun en el caso de que el órgano encargado de decidir sobre la atenuación sea el mismo- debido a la acumulación de procedimientos- que ha absuelto al acusado por el colaborador.

La última de las afirmaciones realizadas le podrá parecer a alguno una inexplicable paradoja. Sin embargo, es sólo una paradoja aparente. Así es porque los juicios en que se basan ambas decisiones no son inconciliables. La condena exige la certeza de la culpabilidad; la atenuante, sólo la probabilidad cualificada a la que me he referido en su momento, de modo que no habiéndose demostrado la falsedad de la declaración, es claro que subsiste el presupuesto de la atenuación, aunque eso no sea suficiente para fundar una condena, de cuya existencia- insisto- no puede depender el beneficio.

Así, por otra parte, se entiende mejor el que nuestro art.57 bis b) predique la eficacia de la ayuda ("que coadyuve eficazmente...") y no de las llamadas pruebas. De este modo, la norma consigue un adecuado equilibrio entre consideraciones puramente utilitarias y otras de cuya justicia no cabe dudar: de un lado, no exige la efectiva producción de unos resultados -llamémosles "procesales"- que no pueden derivarse de la conducta del sujeto sino por medio de la resolución del órgano jurisdiccional encargado del enjuiciamiento del sujeto acusado por el colaborador, o a través de la actividad del órgano encargado de practicar la detención; de otro lado, sin embargo, el precepto no se contenta con una ayuda privada de cualquier tipo de virtualidad, lo que supondría una indeseable orientación del art.57 bis b) hacia el Derecho penal de autor; antes al

contrario, exige que la colaboración prestada haya contribuído realmente a fundamentar positivamente una pretensión acusatoria o, en su caso, a determinar el paradero de aquel cuya detención se pretende. Pero ahí, en su justo punto, terminan las exigencias normativas.

También, por otra parte, una solución como la propuesta, que prescinde de la efectiva producción del resultado y, por tanto, de la necesidad de constatar la existencia de un nexo causal entre aquel resultado y la conducta del colaborador, es asimismo la que mejor se ajusta a una interpretación armónica del entero art.57 bis b). Si se observa, en el apartado 2 de este precepto se consigna como modalidad de conducta que permite la remisión total de la pena el que "la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para identificar a los delincuentes". Pues bien, si la atenuación sólo fuera procedente allí donde la contribución del sujeto pudiera calificarse -"ex ante" o "ex post", cuestión que ahora no interesa- como causa de un determinado resultado, no quedaría espacio posible para una aportación que pudiera calificarse como colaboración de particular trascendencia. Y no lo habría porque a partir del concepto de causa de la teoría de la equivalencia de las condiciones -que parece la teoría más correcta para determinar la relación material de causalidad- toda condición del resultado es *igualmente* causa del mismo sin que quepa establecer una relación jerárquica entre ellas. Sin embargo, si, en lugar de causas, se habla de dar razones o motivos para una declaración de culpabilidad la cuestión cambia; y así es porque entre en conjunto de razones sí que es posible -a través de una ponderación de las mismas- establecer un orden jerárquico, y decidir si la aportada por el colaborador es o no de particular trascendencia; de hecho, no es infrecuente que cuando los Tribunales motivan sus sentencias elijan, entre las múltiples razones que les llevan a condenar, aquella o aquellas que de un modo más evidente conducen al fallo, y que situen a éstas en un lugar prioritario dentro de su argumentación. Una valoración de ese tipo es la que deberá hacer el órgano encargado de decidir sobre la remisión. Cosa distinta sucedería si de causas se tratara, pues no nos hallaríamos ante un problema que admitiera soluciones valorativas, improcedentes cuando de lo que se trata es de solventar la cuestión, ontológica, de si un determinado resultado es o no efecto de una determinada acción.

Desde una perspectiva como la que aquí se adopta, tampoco debería plantear grandes problemas el decidir si es posible o no aplicar la atenuante a aquellos casos en que dos sujetos colaboran con una aportación idéntica a la individualización de un mismo individuo. Y no debería plantear problemas porque no es necesario decidir de cuál de las dos aportaciones se deriva un resultado, sino de valorar si cualquiera de ambas contribuye o posibilita la producción de aquél. Y eso es, precisamente, lo que ocurre en

estos casos, pues cada declaración inculpatoria incrementa el valor indiciario de la otra, dando consiguientemente, mayor solidez a la pretensión acusatoria.

Y algo similar cabría decir cuando de lo que se trata es de dos aportaciones que se integran recíprocamente. Tampoco en tal caso hay que decidir si cada una de ellas aisladamente era apta, era causa bastante para producir el resultado, sino, una vez más de valorar si en efecto han coadyuvado a que se obtengan indicios racionales de criminalidad, o han posibilitado el que se conozca el paradero exacto de aquel cuya detención se pretende.

Así pues, y concluyo, no parece procedente exigir nexo causal de ningún tipo entre la conducta del que colabora y los resultados tantas veces referidos; a lo sumo -si se quiere- cuando aquellos resultados efectivamente se produjeran -cosa que, como ya he dicho, no es necesaria- podría hablarse de una relación de causalidad figurada, expresión que vendría a sintetizar que el sujeto ha posibilitado en gran medida el que ese resultado se produzca. En realidad, hay razones para creer que cuando la doctrina italiana hablaba de relación de causalidad no lo hacía en el sentido riguroso comúnmente utilizado; de otro modo no se entiende cómo podía afirmarse que las pruebas "decisivas" o las "relevantes" suponían, frente a las "determinantes", un nexo causal "meno stretto fra condotta dell'imputato e accertamento conseguente"⁽²⁰⁸⁾, pues lógicamente el nexo causal o existe o no existe, pero no puede ser más o menos estrecho.

3.- Tras las consideraciones expuestas, merece la pena detenerse en una cuestión que puede plantear algunos problemas. Me refiero a la necesidad de que la colaboración -cuya entidad objetiva ya ha sido precisada- sea también subjetivamente completa, lo que conduce a la *imposibilidad de admitir una colaboración voluntariamente limitada*.

En este punto, existe total acuerdo en considerar que el sujeto no puede optar entre ofrecer una colaboración de mayor o menor entidad, sino que debe aportar toda la información útil de que dispusiere, manteniendo, por otra parte, su disponibilidad a la cooperación de un modo permanente⁽²⁰⁹⁾. Desde luego, parece lógico que exista acuerdo al respecto, pues admitir otra cosa, supondría burlar la *ratio* del precepto y comprometer la lealtad procesal necesaria para el buen funcionamiento de normas que -como la presente- resultan inspiradas en el principio de oportunidad procesal.

⁽²⁰⁸⁾ CASELLI/PERDUCA, "Commento...", op.cit., p.566, nota 22.

⁽²⁰⁹⁾ En tal sentido, entre otros, ARROYO, "La Reforma...", op.cit., p.421 y 422; GARCIA SAN PEDRO, "Atenuación...", op.cit., p.61; LAMARCA, Tratamiento..., op.cit., p.341 y 342; CHELAZZI, La dissociazione..., op.cit., p.45 y 46; CASELLI/PERDUCA, "Commento...", op.cit., p.565; MADDALENA, Le circostanze..., op.cit., p.149 y ss; SALVINI, "Un primo...", op.cit., p.1261 y 1262.

De todo ello se deriva el que no debiera bastar para conceder la atenuación, por ejemplo, la conducta de quien, aun colaborando, oculta la identidad o el paradero de otros sujetos cuya responsabilidad le es conocida, o de aquél que, aún inculpando a un tercero de la comisión de un concreto delito, omite otros datos que permitirían enjuiciarle por su participación en delitos distintos. Tampoco deja de suscitar dudas la posibilidad de conceder la atenuación a quienes, habiendo colaborado en la fase de investigación se retractan posteriormente de las declaraciones hechas y se niegan a reiterarlas en el juicio oral contra el inculpado o de quienes, sencillamente, habiendo colaborado con la policía, se niegan a hacerlo con el juez encargado de la instrucción. Menos problemas plantea el caso -que no fue infrecuente en Italia- del sujeto que niega su ayuda a las Fuerzas de Seguridad, pero la ofrece posteriormente y sin vacilaciones a la Autoridad judicial; ante tal supuesto, la doctrina coincidía en considerar que aquella oposición inicial a la colaboración no era obstáculo a la concesión de los beneficios, por cuanto su disponibilidad posterior permitía que, en última instancia, se alcanzasen los objetivos perseguidos por el tipo de normas que nos ocupan, y porque, además, aquella primera negativa no alteraba sustancialmente la significación que la sucesiva colaboración tenía como síntoma de una auténtica disociación⁽²¹⁰⁾. También a mi juicio es este el criterio más adecuado.

Mayores dificultades presenta, sin embargo, el encontrar una solución satisfactoria para el resto de los casos apuntados. No obstante, ya se tuvo ocasión de abordar una problemática análoga a propósito de la confesión: cuando el sujeto omitía alguno de los hechos criminales en los que había tomado parte, o bien se retractaba sucesivamente de la confesión que en su momento hiciera. Pues bien, las soluciones no pueden ser muy divergentes.

Por lo que se refiere a la retractación de manifestaciones hechas con anterioridad, ya se señaló -a colación de la que tenía lugar en relación con la confesión de hechos propios⁽²¹¹⁾- que tal conducta permitía albergar serias dudas sobre la realidad y permanencia del abandono de las actividades delictivas que nos ocupan. Así lo entiendo también ahora, porque hay razones para creer que quien se retracta de las imputaciones hechas y se niega a mantener su colaboración, parece dar con ello señales de su intención de retomar el contacto con sus antiguos correligionarios o, al menos, de intentar, así, granjearse de nuevo su confianza. Sin embargo, como ya se precisó⁽²¹²⁾, bien pudiera

⁽²¹⁰⁾ En tal sentido entre otros, PADOVANI, "Commento...", op.cit., p.58; SALVINI, "Un primo...", op.cit., p.1261.

⁽²¹¹⁾ Vid. p. 384 y ss

⁽²¹²⁾ Vid. p.385

sucedier que la negativa del sujeto a seguir colaborando fuera debida a circunstancias absolutamente ajenas a su voluntad decidida e incontestable de abandonar la previa experiencia criminal; más concretamente, se hizo referencia al caso, nada irreal, de que la retractación se hubiera producido por el miedo razonable a sufrir graves represalias. Ante una situación de este tipo la cuestión varía sustancialmente, hasta el punto de que siempre que exista la constancia de que el colaborador que se retracta ha sido objeto de amenazas graves, es aconsejable no negar *a priori* la realidad, irreversibilidad y permanencia del abandono. Ahora bien, es conveniente distinguir perfectamente ambas situaciones: aquella en que la negativa a continuar colaborando pone en tela de juicio la definitiva ruptura de la vinculación criminal, y, aquella otra en que tal cosa no ocurre. A efectos de continuar dilucidando si es posible conceder la atenuante que nos ocupa pese a la renuencia a colaborar, sólo interesa el último de los supuestos apuntados, porque es claro que la cuestión no debe siquiera plantearse cuando se comienza dudando de la realidad del abandono.

Aun partiendo de lo anteriormente dicho, no debe olvidarse, sin embargo, que nuestra atenuante no depende sólo de que haya tenido lugar la ruptura del vínculo criminal, sino que es preciso que el sujeto contribuya objetivamente a los fines que la norma se propone conseguir; más precisamente -pues es en tales casos donde las retractaciones cobran real importancia- es necesario que con su colaboración coadyuve a la identificación de otros responsables. Ello exige -como se dijo unas líneas atrás- que su colaboración haya permitido fundar positivamente una acusación, y mantenerla. Y si ello integra el presupuesto de la causa de atenuación, nada autoriza a prescindir de una contribución objetiva de ese tipo, por debajo de la cual la aplicación de la norma premial no sería conforme con su fundamento prioritariamente utilitario.

Por esa razón, estimo que la atenuante no debe concederse allí donde la retractación en la fase de investigación o en sede de juicio oral, -y cualquiera que sea su causa- deje a la acusación desnuda de su base objetiva, de suerte que convierta en infundada la pretensión acusatoria. Tal cosa ocurrirá siempre que la declaración del sujeto sea imprescindible para dotar de sentido a los elementos en que se apoya, por carecer éstos de autonomía probatoria. En todos aquellos casos en que el arma principal de la acusación fuera la declaración inculpatória del colaborador, sin la cual pierden su significado los elementos que hacían de ella una imputación fiable, lo aconsejable es, sin duda, decretar el archivo de la causa, puesto que, no existiendo material apto por sí mismo para sostener la acusación, lo apropiado es dar por sentado que aquella primera imputación era falsa; de modo que, fuera falsa o no lo fuera, lo cierto es que todo ello

priva de cualquier virtualidad a la pretensión acusatoria y, por tanto, a la colaboración prestada en su momento.

Sin embargo, no hay que desestimar la posibilidad de que una retractación posterior no impida, pese a todo, continuar estimando fundada la acusación, por ejemplo, porque de aquella primera ayuda se hayan derivado una cantidad de indicios tal, que ello haga innecesario articular la pretensión en torno a las declaraciones del hasta entonces colaborador. En realidad, esto sólo acontecerá cuando la declaración se hubiera visto corroborada por auténticos elementos de prueba- ofrecidos directamente por el colaborador u obtenidos merced a sus indicaciones-, esto es, en aquellos casos en los que la colaboración ofrecida superó el mínimo exigible para conceder la atenuación. Pues bien, ante supuestos de este tipo, no parece que el hecho de conceder la atenuación pugne con el presupuesto objetivo sobre el que aquella descansa, razón por la cual me inclino por entender que debe ser apreciada. Siempre que -no se olvide- la retractación no ponga en duda la realidad del abandono, que es lo primero que debe decidirse.

Queda por ver en relación con el carácter completo de la colaboración, el supuesto en que el sujeto omite ofrecer información sobre algunos extremos que le eran conocidos.

En tales casos -afirma tajantemente ARROYO- "no se cumplirán los presupuestos de la atenuación"⁽²¹³⁾. Sin embargo, entiendo que lo conveniente es -también en esta ocasión- evitar soluciones apriorísticas, opuestas en todo caso a conceder la atenuación. De seguirse rigurosamente tal criterio, la omisión más nimia impediría aplicar la atenuante, con el consiguiente menosprecio de la información efectivamente aportada, y con el riesgo de desalentar futuras colaboraciones.

A mi juicio, lo más equilibrado es plantearse la cuestión en los términos antes indicados al tratar de la retractación. Así pues, lo primero que deberá decidir el Tribunal es si el hecho de que el sujeto haya alterado u omitido parte de la información que conocía, arroja alguna sombra de duda sobre la realidad del abandono. Si así fuera, los efectos de la duda deben operar en contra del reo y conducir a la inaplicación del beneficio. Ese sería, estimo, el modo correcto de proceder en aquellos casos en que, por ejemplo, el sujeto omite datos que por su intrínseca relevancia no puede decirse que sean de los que se olvidan con facilidad o en aquellos otros casos en que la omisión versara sobre extremos respecto a los cuales se ha interrogado expresamente al sujeto.

⁽²¹³⁾ "La Reforma...", op.cit., p.422, nota 112.

Ahora bien, dejando a un lado ese tipo de supuestos que hacen dudar de la sinceridad de la disociación, lo más conveniente es considerar globalmente la colaboración ofrecida y ponderar, con arreglo a los parámetros utilitaristas que inspiran el precepto, si el balance entre lo aportado y lo omitido es de tal modo favorable a lo primero que bien puede decirse que lo segundo no tiene entidad bastante para empañar el presupuesto de la causa de atenuación.

Hasta aquí se ha expuesto el tratamiento que, entiendo, deben recibir las posibles reticencias del sujeto o una eventual retractación de las declaraciones hechas previamente. Ahora bien, lo que suceda en la práctica puede ser muy distinto. Así es porque, de un lado, resulta extraordinariamente fácil instrumentalizar indebidamente la interpretación realizada, y no aplicar la atenuación a quien se le debiera haber aplicado. De otro, porque- justo a la inversa- las posibilidades reales de denegar el beneficio allí donde esto fuera lo procedente, quedan limitadas a aquellos supuestos en que la retractación se produce, o se tiene conocimiento de que el sujeto ha omitido parte de lo que conocía, antes de la sentencia firme; más allá de ese momento, sin embargo, no hay modo de enmendar lo hecho, pues -a diferencia de lo que, con buen criterio, hizo el legislador italiano- no se preve en nuestro precepto mecanismo alguno para la revocación de la atenuación concedida.⁽²¹⁴⁾ La única solución para alguno de estos casos- concretamente, para el de las retractaciones- es la de acumular los procedimientos, pero ni tal cosa será siempre posible, ni será siempre la más aconsejable, pues no hay que olvidar los graves inconvenientes a que ello puede conducir si se traduce en uno de aquellos "megaprosesos" italianos en los que tan mal parado quedaba el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, con todo lo que ello conlleva⁽²¹⁵⁾.

III. LA CAUSA DE REMISIÓN TOTAL DE LA PENA (ART.57 BIS B.2)

III.1.- Consideraciones generales. Su relación con la causa de atenuación de la pena.

En el apartado 2 art.57 bis b) se atribuye al Tribunal la facultad de remitir totalmente la pena "cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular

⁽²¹⁴⁾ Sobre la conveniencia de que la ley contemple tal extremo, vid. *infra* Capítulo VII,II.5

⁽²¹⁵⁾ Vid. VIVES ANTÓN, "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas", en La reforma del proceso penal, Valencia, 1992, p.37 y ss..

trascendencia para identificar a los delincuentes, evitar el delito o impedir la actuación o el desarrollo de las bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes". Tal posibilidad -como ya se vio⁽²¹⁶⁾- queda, no obstante, excluida para los sujetos responsables de acciones especialmente graves. Asimismo, queda condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

Aun con las limitaciones apuntadas, no puede dudarse de que nos hallamos ante una respuesta legislativa absolutamente excepcional, por cuanto en virtud de ella se pueden remitir al sujeto la totalidad de las penas en que hubiere incurrido por los delitos a que el precepto se refiere, lo que en no pocos casos será una responsabilidad criminal nada despreciable. Pues bien, tal y como se apuntó en el Capítulo destinado a estudiar el fundamento de la causa de remisión, las razones que pueden haber llevado al legislador a proceder de este modo son, sin excluirse recíprocamente, básicamente dos: por una parte, la relevancia que en el plano de la ofensa pueden tener determinadas conductas, aptas para evitar la lesión de bienes jurídicos penalmente tutelados; por otra parte, sin embargo tampoco puede desecharse la idea de que ésta institución responda a lo que DOMINIONI⁽²¹⁷⁾ llamó una "ipervalutazione della collaborazione", esto es, que sea el premio excepcional que se otorga por una opción política igualmente excepcional: la vuelta del sujeto a la verdad de la mayoría, simbolizada en el hecho de la colaboración con las autoridades.

Se dijo también entonces -al abordar la cuestión relativa al fundamento- que, aun sin desconocer la victoria política que para el Estado supone la colaboración de estos sujetos, era, sin embargo preferible huir -en la medida en que la norma lo permitiese- de interpretaciones que favorecieran el entendimiento del precepto en clave subjetiva y preferir, por el contrario, aquellas otras que ponen el acento en la utilidad concreta y efectiva que las conductas de colaboración pueden tener para la salvaguarda de bienes penalmente protegidos. Ciertamente, como ya se argumentó, una interpretación en el último sentido indicado podría incluso resultar insuficiente para justificar lo que en muchos casos representará un beneficio absolutamente excepcional. Así será en todos aquellos casos en que la remisión se aplique a sujetos responsables de delitos que no puedan estimarse delitos de escasa entidad, cosa que permite el art.57 bis b) 2, y que introduce una sustancial diferencia entre nuestro precepto y, por ejemplo, la llamada causa de no punibilidad previsto en el art.1 de la Ley italiana de 29 Mayo 1982, reservada a responsables de delitos menores.

⁽²¹⁶⁾ Vid. supra Capítulo V.III.

⁽²¹⁷⁾ "Verso l'obbligo di collaborare", La legislazione penale, 1983, p.608.

Así pues, ya que el legislador ha decidido que la causa de remisión pueda suponer en muchos casos una renuncia excepcional del Estado a la potestad punitiva, es preferible interpretar que esa renuncia responde a razones objetivas que tienen que ver con la función de tutela que a la pena se le asigna.

Si la remisión estuviera dirigida exclusivamente a sujetos cuya responsabilidad criminal no fuera especialmente relevante, podría no ser necesario extremar las condiciones en base a las cuales la pena se remite. Pero no es así; el legislador consiente -y creo que incluso lo presupone- que sus destinatarios sean también esos otros respecto a los cuales la remisión puede alcanzar una dimensión nada irrelevante. Si se tiene esto presente, tendrá que convenirse en que resulta insuficiente en tales casos fundamentar la remisión en el hecho de que el sujeto demuestre colaborando, incluso al máximo de sus posibilidades, que ha asumido los valores de la mayoría. Sin duda, parece necesario algo más. Y ese algo más sólo se consigue si lo que se valora es el *grado y eficacia de la colaboración*, y no la colaboración en sí misma. Sólo así es posible, de un lado, obviar, al menos en parte, las críticas que a esta norma podrían hacerse en cuanto expresión de un Derecho penal de la voluntad, y, de otro, utilizarla -ya que existe- como instrumento, más o menos adecuado, al servicio de la tutela genérica de los bienes jurídicos que el terrorismo ataca.

De lo hasta aquí dicho, se deduce, pues, que se pretende hacer bascular la causa de remisión sobre la "particular trascendencia" de las diferentes conductas, y no tanto sobre la colaboración en sí, que en la medida en que no haya sido útil para la obtención de los resultados propuestos deberá estimarse irrelevante a los efectos de obtener la remisión.

No se me oculta que adoptar un planteamiento de este tipo supone, inevitablemente, asumir que la causa de remisión quedará habitualmente reservada a aquellos sujetos que hayan tenido un papel más relevante dentro de los grupos que nos ocupan, pues, las más de las veces, sólo ellos estarán en condiciones de prestar una colaboración de tal género. Naturalmente -tal y como la doctrina se ha encargado de poner de manifiesto⁽²¹⁸⁾, y tal y como aquí se ha señalado en alguna otra ocasión -ello supone romper el tradicional equilibrio entre la gravedad de los hechos que se imputan a un sujeto y la respuesta penal que éstos reciben, pues lo normal será que quienes han ocupado las capas más altas sean también quienes han cometido los delitos más graves.

⁽²¹⁸⁾ Entre otros, FERRAJOLI, "Ravvedimento processuale e inquisizione penale", *Questione Giustizia*, 1982/2, p.217; DE MAGLIE, "Il fenomeno...", op.cit., p.174; LAMARCA, *Tratamiento...*, op.cit., p.343; DE LA CUESTA, "Atenuación...", op.cit., p.580; TERRADILLOS, *Terrorismo...*, op.cit., p.79 y 80.

Sin embargo, considero que una reflexión de ese tipo debe tomarse en cuenta para replantearse la existencia misma de la causa de remisión total de la pena; para decidir en suma si la renuncia que el Estado hace de su potestad punitiva puede, no ya explicarse, sino justificarse por una opción coyuntural decididamente utilitaria que prescinde de otras consideraciones. Ahora bien, a mi juicio, resulta doblemente improcedente el que, para dar entrada a los "marginales", se interprete el precepto en el sentido de que basta para gozar de la remisión con que el sujeto haya contribuido en la medida máxima de sus posibilidades, aunque tal contribución no haya sido útil para obtener alguno de los objetivos perseguidos. De este modo, no se evita el que la norma pueda seguir aplicándose a los sujetos cuyas responsabilidades son mayores, los cuales -por el contrario- ven también rebajadas las condiciones a que se sujeta la causa de remisión. Por otra parte, ello reduce aun más la legitimidad de un beneficio tan extraordinario en muchos casos, pues aquél llega a cifrarse exclusivamente en la buena voluntad del que colabora, con lo cual se pierde la mejor razón objetiva para justificar este beneficio, por cuya virtud se premian, de un lado, conductas que en efecto logran evitar la consumación de un concreto delito, y, de otro, comportamientos que, aun sin tener una relación tan directa con la ofensa, sí puede decirse que, al menos, han desplegado una función de tutela indirecta de bienes jurídicos. Concebir la causa de remisión de otro modo, es favorecer el entendimiento de la misma exclusivamente como un premio para quien hasta ahora fue enemigo del Estado y demuestra que ha dejado de serlo. Para tal cosa basta, en efecto, con que colabore, aunque su colaboración no haya permitido evitar delito alguno, ni identificar a otros responsables, ni, en general, impedir la actuación o el desarrollo de los grupos que nos ocupa.

Tal vez la objeción más fundada que podría hacerse a un planteamiento como el que aquí se defiende, sea el de que limita considerablemente las posibilidades reales de que la causa de remisión se aplique. Así es porque como acabamos de ver, exigir una colaboración de aquel género reduce el círculo de sujetos con aptitud para prestarla, de entre los cuales, a su vez, deben excluirse -por imperativo legal- los que fueran responsables en concepto de autor de acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los artículos 418, 419 y 421 del Código penal, que, de ordinario, son acciones encomendadas precisamente a quienes están en condiciones de ofrecer una colaboración de mayor entidad. Pese a todo, sin embargo, sigo estimando que es preferible limitar de hecho la aplicación -hasta hoy inexistente- de la causa de remisión, que dar entrada a interpretaciones en clave subjetiva que olvidan la excepcionalidad del beneficio que nos ocupa, y multiplican, por ello, los problemas que de por sí éste plantea.

Una vez hechas las anteriores consideraciones, paso ya a señalar, cuáles son los *requisitos* -además del abandono, común a todos los supuestos- que autorizan a conceder la remisión total de la pena:

1.- Que la colaboración prestada por el reo haya permitido efectivamente obtener resultados de índole extraordinaria en la lucha contra las manifestaciones criminales que nos ocupan; más concretamente,

2.- Que esa particular trascendencia lo haya sido para alcanzar alguno de los objetivos alternativamente previstos en la norma, a saber: evitar el delito, identificar a los delincuentes o impedir la actuación o el desarrollo de las bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, y

3.- Que no se imputen al sujeto en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los arts.418, 419 y 421 C.P.

El último de los requisitos enunciados ya fue estudiado al abordar los límites al ámbito de aplicación del precepto⁽²¹⁹⁾, por lo que corresponde ahora analizar los restantes.

No obstante, antes de entrar de lleno en ello, considero necesario reiterar lo que en alguna otra ocasión ya se ha dicho sobre la *vinculación* que la propia dinámica del precepto establece *entre las distintas hipótesis de atenuación y la causa de remisión total de la pena*. Con ello lo que se quiere decir es que no es posible admitir -como algunos autores han hecho⁽²²⁰⁾- que haya conductas que autorizan a conceder la remisión y que, sin embargo, no permiten la atenuación de la pena. Una opinión de ese tipo no puede mantenerse si se tiene en cuenta que la remisión -como beneficio adicional y de discrecional concesión- opera sobre la pena ya atenuada, que es la que se remite y la que deberá cumplir el sujeto si infringe la condición que le impone el art.57 bis b). De no ser esto así podríamos encontrarnos ante el absurdo de tener que negar la atenuación a todos aquellos que están excluidos del círculo de posibles beneficiarios de la causa de remisión, aunque su colaboración hubiera sido una ayuda inestimable para, v.g., descubrir un importante arsenal de armas y municiones o para obtener valiosas informaciones sobre el modo de organizarse el grupo.

Asimismo, tampoco debe olvidarse que la concesión de la remisión total es una facultad que el Tribunal tiene, pero nada le obliga -a diferencia de lo que ocurre con la

⁽²¹⁹⁾ Vid. *supra*, Capítulo V,III.

⁽²²⁰⁾ LAMARCA, Tratamiento..., op.cit., p.344 y 345; DE LA CUESTA, "Atenuación...", op.cit., p.574.

atenuación de la pena en un grado- a acordarla. Pues bien, si se estimase que las conductas que autorizan a remitir la pena, no integran también los presupuestos de la atenuante, podría resultar preferible que no se calificase la colaboración como de "particular trascendencia", a los efectos de subsumir directamente esa conducta en alguna de las amplias hipótesis de atenuación, cuya aplicación, al menos, reportaría -por mandato legal- la atenuación de las penas en un grado.

Que esta vinculación entre ambos beneficios existe, lo demuestra el hecho de que las dos primeras conductas que permiten la remisión sean sustancialmente una reproducción de lo dispuesto en la causa de atenuación recogida en la letra b) del apartado primero. La diferencia entre ellas parece, pues, estar en la "particular trascendencia". Por su parte, la tercera de las conductas que autorizan a remitir la pena, vendría a ser una especie de cláusula de recogida, en la cual tendrían cabida cualesquiera de las conductas hasta el momento descritas en el precepto -pues todas ellas contribuyen a impedir la actuación o el desarrollo de estos grupos- pero sólo cuando la contribución a ese fin hubiere sido de "particular trascendencia", de modo que cuando no la tuviera, cuando el sujeto fuera de los excluidos de la remisión, o cuando el Tribunal estimase, por otras causas, que ésta no procede, cabría sólo la atenuación de la pena.

Todo ello induce, por consiguiente, a pensar que el Tribunal, ante un caso de colaboración de "particular trascendencia" no se verá nunca abocado a no poder conceder la remisión por ser el sujeto de los excluidos, y, además, tener que estimar tal comportamiento irrelevante a los efectos del art.57 bis b). En tales casos, siempre le quedará el recurso de la causa de atenuación. La dialéctica no es, por tanto, la atenuación o la remisión, sino la atenuación y, en su caso, la remisión de la pena atenuada.

Precisado ese extremo, paso a analizar cada una de las conductas que autorizan a remitir la pena, con la intención de centrarme especialmente en determinar qué deba entenderse en cada caso por "particular trascendencia".

III.2. Las distintas modalidades de conducta que permiten acordar la remisión.

III.2.1.- La colaboración activa de particular trascendencia para evitar el delito.

Esa es según el apartado 2 art.57 bis b) la primera de las conductas a que se vincula la concesión de la remisión, y, a mi juicio, el tenor literal del precepto no puede ser más claro. No basta aquí -a diferencia de lo que sucede con la primera de las atenuantes previstas en la letra b), apartado 1- ni con eliminar la propia contribución al

hecho y esforzarse por evitar la consumación, ni con poner fin a una situación antijurídica, ni con evitar un efecto agravatorio, ni tampoco con impedir otros resultados dañosos que sean consecuencia de una previa acción delictiva. Para poder acordar la remisión es necesario que el sujeto haya desistido activa y eficazmente de consumir un delito propio o, en su caso, que de su colaboración se haya seguido efectivamente la evitación de un delito en el que tal sujeto no tomó parte, pero de cuya comisión tenía conocimiento.

A mi entender, la literalidad del precepto no da pie a interpretaciones que estimen bastante a los efectos que nos ocupan, una conducta de colaboración que fuera "*ex ante*" idónea, aunque "*ex post*" hubiera resultado ineficaz para impedir el delito, y ello aun cuando la falta de éxito fuera debida a una errónea decisión de terceros o a factores imprevisibles de cualquier otro tipo. En tales casos, sólo muy forzosamente podía decirse que la colaboración del sujeto ha sido de particular trascendencia para evitar un delito, que no se ha evitado.

Cierto es que la concesión de la remisión queda, de este modo, sujeta a aquel "*eine Rest von Glück*" del que alguno hablara; pero hay que tener presente que lo que la fortuna puede llegar a decidir no es si el sujeto debe quedar exento de pena por ese delito, sino si debe remitirse la pena correspondiente al conjunto de la responsabilidad criminal en que hubiere incurrido. Así es porque en el caso de que el sujeto hubiera eliminado íntegramente su previa contribución al hecho y se hubiera esforzado por evitar la consumación, lo adecuado -incluso sólo con lo primero- es eximirle de pena por su previa, pero eliminada, contribución en el delito finalmente consumado⁽²²¹⁾. Sin embargo, no es eso de lo que aquí se trata. Entiendo, pues, que una renuncia punitiva de tal índole, excepcional hasta el punto de quedar limitada exclusivamente a este ámbito de la criminalidad, permite al legislador configurarla con arreglo a principios y criterios distintos de lo que son estrictas razones de lógica jurídica. Puesto que el legislador persigue a toda costa la evitación del delito, bien puede en casos como el que nos ocupa sujetar la remisión al hecho de que en efecto se alcance esa meta. De este modo, la renuncia a la pena vendría a ser un acto de gracia que responde a un criterio de estricta utilidad, y por cuya virtud, la impunidad no ve su razón de ser exclusivamente en el meritorio comportamiento desplegado por el sujeto, sino también en los resultados que en concreto se han producido.

En contra de lo que aquí se ha mantenido podría argumentarse que en algunos preceptos de factura similar, pero no idénticos, que hay en el Código -por ejemplo, el

⁽²²¹⁾ Vid. *supra*, p. 399 y ss.

art.226- el legislador se ha contentado con una conducta "*ex ante*" idónea para alcanzar el resultado propuesto. Así, en el precepto antes citado es, en efecto, suficiente con la revelación hecha en tiempo oportuno y de modo conveniente; que pueda evitar las consecuencias de la rebelión o la sedición -dice el art.226- no que efectivamente las evite. Pues bien, también yo entiendo -como otros muchos⁽²²²⁾- que la exclusión de la pena prevista en el art.226 no queda condicionada al éxito de la operación; esto no sólo es defendible desde el tenor literal de la norma, sino que, además, parece lo correcto teniendo en cuenta que la exención va referida exclusivamente a la pena correspondiente a ese delito. Ese fue también el criterio seguido en nuestra legislación histórica, donde, de ordinario, se sustituyó la eficacia por la colaboración. Sin embargo, todo ello no puede hacernos olvidar que esas condiciones más benévolas lo son para eximirse sólo de la pena correspondiente al delito a que la colaboración va referida, no para obtener un beneficio como el que nos ocupa, lo cual hace decaer la validez de un argumento que pretende equiparar absolutamente situaciones que, pese a ser semejantes, no son idénticas.

Algo similar cabría decir en relación con la postura que GARCÍA-PABLOS⁽²²³⁾ mantuvo al analizar el anterior art.174 bis c) C.P. Decía este autor que la concesión de la atenuante prevista en el mismo no podía quedar condicionada al resultado exitoso de la colaboración, sino sólo a la colaboración misma. Y ello, pese a que aquella norma exigía que el sujeto "coadyuvare (...) con actos *suficientes para evitar* el delito".

Sin embargo, no hay motivo para trasladar aquella conclusión al ámbito del art.57 bis b). Y no lo hay porque las razones que pudieron llevar a aquel autor a sostener tal conclusión no se dan en nuestro caso. Personalmente, me inclino por creer que aquella interpretación fue motivada por el bien intencionado propósito de evitar una conclusión que condujera a admitir que conductas de efectos muy dispares tuvieran el mismo tratamiento jurídico. Eso es lo que hubiera ocurrido de entender que se exigía evitar la consumación, pues tal conducta hubiera quedado jurídicamente asimilada a la consistente en "coadyuvar (...) con actos suficientes para aminorar sus efectos", comportamiento para el que estaba prevista igualmente la atenuación de la pena en dos grados. Sin embargo, no es esto lo que sucede en el art.57 bis b), donde merced a lo establecido en la atenuante

⁽²²²⁾ Así CALDERÓN SUSÍN, "El nuevo artículo 226", en Comentarios a la legislación penal, dirigidos por COBO DEL ROSAL y coordinados por BAJO FERNÁNDEZ, T.X., Madrid, 1989, p.520 y 521; RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, Derecho penal. Parte Especial, 15ª ed., Madrid, 1992, p.868; en relación con su equivalente en el Código penal militar (art.67), BLECUA FRAGA, Comentarios al Código penal militar, coordinados por BLECUA FRAGA y RODRÍGUEZ-VILLASANTE, Madrid, 1988, p.802.

⁽²²³⁾ "Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes. Asociaciones ilícitas y bandas terroristas", en Estudios Penales, Barcelona, 1984, p.365; del mismo, "Asociaciones...", op.cit., p.166.

prevista en la letra b) del apartado primero, es posible graduar el beneficio atendiendo a la importancia objetiva de la contribución, de modo que la retirada de la aportación, unida al esfuerzo por evitar el delito, permita la atenuación -en cuanto sustancial disminución de una situación de peligro- y se reserve la remisión para las conductas que, en efecto, ha conseguido evitarlo. Por otra parte, el efecto que el art.174 bis c) ligaba a la realización de esas conductas, con ser importante, no era nada comparado con la remisión de la pena que nuestra norma preve, lo que, de algún modo, concedía mayor libertad al intérprete a la hora de flexibilizar los presupuestos del beneficio.

A tenor de lo expuesto, la "particular trascendencia" de la colaboración radica en el hecho de ser una ayuda que ha permitido evitar la consumación, y sin la cual las reglas de la experiencia permiten afirmar que el delito no hubiera podido impedirse.

Si el sujeto hubiere tenido participación en el hecho finalmente impedido, la remisión, naturalmente, no irá referida a ese delito, que merced al eficaz desestimiento es impune -lo que no se altera porque el sujeto se haya servido de terceros- sino que abarcará al resto de la responsabilidad criminal en que hubiere incurrido el sujeto.

Queda finalmente por ver una cuestión problemática que esta modalidad de conducta comparte con la consistente en prestar una colaboración de particular trascendencia para identificar a los delincuentes.

Me refiero al hecho de que el legislador, quizás involuntariamente, haya ligado la remisión no a la particular trascendencia del delito evitado, sino a la particular trascendencia de la colaboración prestada para evitar -según una interpretación ajustada al tenor literal- cualquier delito, o -en la segunda hipótesis a que se aludía- para individualizar a otros delincuentes, cualquiera que fuera su importancia en el seno del grupo.

Sin embargo, es altamente probable que la intención del legislador fuera, más bien, reservar la remisión para los casos de mayor relieve, que era lo que se conseguía, por ejemplo, con la fórmula empleada por el art.3 de la ley italiana de 29 Mayo 1982, en el cual la mayor atenuación se ligaba, en realidad, a la excepcional relevancia que en la lucha contra el terrorismo había tenido el que determinado delito se hubiera evitado, o que determinados integrantes del grupo hubieran sido identificados.

Con ser probablemente este último el objetivo que también perseguía el legislador español, sin embargo, es discutible que la literalidad del precepto autorice a llegar a aquella conclusión, y ello pese a que pueda parecer ilógico conceder la remisión a quien,

habiendo ocupado las capas altas de la organización, presta su colaboración para evitar un delito de escasa importancia. Sin embargo, una vez que el tribunal haya calificado la colaboración prestada como de particular trascendencia para evitar el delito, lo cierto es que deberá entenderse cumplido el presupuesto de la causa de remisión. En tales casos, lo más que podrá hacer el tribunal es acudir a criterios como los de las circunstancias del hecho y del autor para denegar la concesión de la misma. Sobre esta cuestión, no obstante, volveré en un Capítulo sucesivo⁽²²⁴⁾.

La cuestión se plantea en términos distintos cuando es un sujeto situado en las capas marginales del grupo el que colabora en la evitación de un delito de pequeña importancia o en la identificación de otros responsables de escaso relieve. A dicho sujeto, el tenor literal de la ley le permite acceder al beneficio, pero ello, por su parte, no choca tan frontalmente con la finalidad legislativa, aunque, desde luego, tampoco esté en perfecta armonía con la misma. En cualquier caso, quizá sería conveniente introducir en el art.57 bis b) una cláusula inspirada en la idea de proporcionalidad, similar a la que se recoge en el § 1 del art.4 de la Ley alemana de 9 de Junio 1989⁽²²⁵⁾, donde se exige que, antes de decidir sobre el archivo del proceso, se ponderase si el significado de la revelación del sujeto se correspondía con la entidad que tenían los hechos criminales de que aquél era responsable.

III.2.2.- La colaboración activa de particular trascendencia para identificar a los delincuentes.

Esta es la segunda de las tres modalidades de conducta que autorizan al Tribunal a acordar la remisión.

Como se habrá observado, este supuesto es sustancialmente idéntico a uno de los que integran la atenuación prevista en la letra b) del primer apartado, concretamente al que consiste en coadyuvar eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación de otros responsables.

Según parece decir GARCÍA SAN PEDRO⁽²²⁶⁾ la diferencia entre la circunstancia atenuante y la causa de remisión estriba en que, en el primer caso basta con ayudar a

⁽²²⁴⁾ Vid. infra, Capítulo VII, III.2

⁽²²⁵⁾ Vid. supra Capítulo II, p.212 y 213.

⁽²²⁶⁾ "Atenuación...", op.cit., p.61 y 65.

completar y convertir en definitivas otras que ya se posean, o puedan adquirirse con posterioridad, sin que sea preciso que se produzca una identificación total, mientras que para la remisión sería necesario que la sola colaboración del sujeto condujera a una total identificación de los responsables.

LAMARCA⁽²²⁷⁾, por su parte, estima que la diferencia está no en el empeño que el sujeto ponga en su ayuda y ni siquiera en lo determinante de las pruebas, sino en el número o calidad de los sujetos identificados. No obstante, ella misma reconoce que no es ésta una solución convincente.

Y, en efecto, no lo es porque- como ya se dijo en el epígrafe anterior- el legislador ha vinculado la remisión a la particular trascendencia de la colaboración para identificar a los delincuentes, no a la particular trascendencia que, sin duda, tiene la identificación de determinados individuos o de un numeroso conjunto de ellos; quizá -como se apuntó- quiso decir eso, pero lo cierto es que no lo dijo. La "particular trascendencia" de la colaboración prestada debe ser, por tanto, algo distinto.

En este punto, mi opinión se acerca más a la expresada por GARCÍA SAN PEDRO, aunque la ambigüedad con que el autor trata este tema impide afirmar que la suya y la mía sean opiniones coincidentes.

Si se recuerda, cuando se abordó el estudio de la atenuante, se dijo⁽²²⁸⁾ que lo que se exige al sujeto es que ayude a que se obtengan -o, en su caso, que directamente aporte- razones que, según un juicio de probabilidad, que llamé cualificado, permitieran estimar como positivamente fundada una pretensión acusatoria, sin que fuera en absoluto necesario que se llegara a la declaración de culpabilidad del inculcado, en relación con la cual será suficiente con que el colaborador hubiera dado razones o motivos bastantes y, naturalmente, veraces.

Pues bien, las cosas no son enteramente distintas cuando de lo que se trata es de analizar esta conducta en relación con la causa de remisión. Tal y como allí se apuntó, corresponderá al Tribunal decidir en cada caso concreto cuándo la colaboración prestada tiene la particular trascendencia que la ley exige, lo que, sin duda, nos conduce de nuevo a uno de los serios problemas que caracterizan a este tipo de normas, el de su indeterminación.

Personalmente, entiendo que la remisión sólo será procedente en aquellos casos en que la imputación realizada se apoye en elementos con aptitud suficiente para

⁽²²⁷⁾ Tratamiento..., op.cit., p.343 y nota 475.

⁽²²⁸⁾ Vid. *supra* en este mismo Capítulo, II.2.2.

constituir, por sí mismos, medios de prueba, ya los hubiera aportado directamente el colaborador, ya se hubieran obtenido merced a sus indicaciones. No obstante, no hay que desestimar la posibilidad de concederla allí donde la declaración se acompañe de elementos que, sin ser propiamente elementos probatorios en sentido estricto, sin embargo relacionen directamente con el hecho al acusado, del modo y con las condiciones necesarias- cuestión que en su momento se verá⁽²²⁹⁾- para poder desvirtuar la presunción de inocencia, permitiendo, en abstracto, que la acusación pueda prosperar, aunque- insisto- ésta no prospere, conclusión que hay que hacer extensiva a los dos casos antes mencionados.

No resulta, sin embargo, necesario para conceder la remisión que los datos aportados por el colaborador- o derivados de su colaboración- sean los únicos con los que se cuente para sostener la acusación, aunque sí parece necesario que sean esos los que de un modo más sólido sostienen la seriedad y razonabilidad de la imputación.

La diferencia, una vez más radicaría en el grado y eficacia de la colaboración prestada. Pero tratar de teorizar sobre este extremo, abstracción hecha de las particularidades de cada caso concreto, constituye, en parte, un ejercicio inútil. Asimismo, como tantas veces se ha dicho, el margen que la norma concede a la discrecionalidad judicial es tan amplio que casi resulta inapropiado hablar de margen, lo que autoriza a pensar que habrá- si las hay- interpretaciones para todos los gustos. Basta con volver los ojos a un caso judicial de nuestra realidad reciente, para observar que el concepto en torno a lo que tiene o no tiene particular trascendencia para sostener una acusación es un concepto de por sí difuso, que varía dependiendo, no sólo de quien lo haga, sino también de otras circunstancias difícilmente objetivables y susceptibles de generalización. Me refiero, concretamente, al famoso proceso contra el narcotráfico cuyo juicio oral se inició el 20 de Septiembre de 1993. Por el momento, no puede decirse que las declaraciones inculpatorias de uno de los coimputados- R. PORTABALES- se rodeen del conjunto de exigencias que, según lo que aquí se ha defendido, permiten considerar esa aportación como de particular trascendencia. Sin embargo, hay quien no parece dudar de que tengan ese carácter, pues sólo eso explica determinadas actitudes. No parece que lo dudase el juez que en su día estuvo encargado de la instrucción, ni el Gobierno, que el 25 de Abril de 1990 le eximió por vía de indulto del cumplimiento de una pena que ya le había sido impuesta, ni tampoco el fiscal del caso, quien, una vez abierto el juicio oral contra más de cuarenta personas, sólo pidió para PORTABALES dos penas que totalizan poco más de tres años de cárcel, pese a estar acusado de haber tomado parte en, al menos,

⁽²²⁹⁾ Vid. *infra*, Capítulo VIII, II.4.3

doce operaciones de tráfico de centenares de kilos de cocaína y varias toneladas de hachis⁽²³⁰⁾.

No se pretende, pues, defender que la interpretación propuesta sea la única que cabe hacer, ni siquiera que sea la mejor de las posibles; sin embargo, sí que es la más rigurosa de entre las razonables, pues si bien no exige la condena, sí exige que se haya proporcionado, directa o indirectamente, material probatorio- entendido en sentido estricto- apto para provocarla. Rebajar las exigencias, devalúa el fundamento de la remisión y la convierte en un beneficio inexplicable.

III.2.3.- La colaboración activa de particular trascendencia para impedir la actuación o el desarrollo de las bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes.

Llegamos así a lo que es el último de los comportamientos que autorizan a acordar la remisión total de la pena. Y, sin duda, lo primero que llama la atención del intérprete es el hecho de que, en realidad, todas las conductas que, hasta llegar a ésta, ha descrito el legislador, contribuyen a impedir la actuación o el desarrollo de los grupos que nos interesan.

Ante ello, LAMARCA⁽²³¹⁾ estima que el legislador ha querido referirse a una serie de comportamientos -distintos a los que consisten en una colaboración de particular trascendencia para evitar el delito o identificar a los delincuentes- que sólo tienen cabida en el art.57 bis b) en cuanto sean de particular trascendencia. La singularidad de este supuesto estaría, pues, no sólo en la particular trascendencia, sino también y fundamentalmente en el hecho de que en él se recogerían conductas que no tenían acomodo en ninguna de las hipótesis de atenuación o de remisión que hasta el momento hemos visto.

Concretamente -dice LAMARCA- en este supuesto estarían comprendidas "todas aquellas formas de colaboración con las autoridades que consisten en suministrar informes sobre la estructura, medios, planes y lugares de organización terrorista, pero sin que ello logre evitar un delito concreto de la banda ni identificar a ningún

⁽²³⁰⁾ Vid. El Mundo, 16 Junio 1990, p.11, y 18 Septiembre 1993, p.24; El País, 20 Septiembre 1993, p.18, 21 Septiembre 1993, p.19, y 22 Septiembre 1993, p.15.

⁽²³¹⁾ Tratamiento..., op.cit., p.345. A la opinión de LAMARCA parecen sumarse, DE LA CUESTA, "Atenuación...", op.cit., p.574 y GARCÍA SAN PEDRO, "Atenuación...", op.cit., p.65.

responsable"⁽²³²⁾. Pues bien, siguiendo la argumentación de esta autora, todas estas conductas, sólo serían relevantes a los efectos del art.57 bis b) cuando fueran de "particular trascendencia", cuando no lo fueran, no podría acordarse la remisión -por faltar ese requisito- pero tampoco atenuación alguna, pues esas conductas son el feudo exclusivo de esta hipótesis de remisión.

Personalmente, me inclino por creer que, en efecto, deben desterrarse -por inútiles y contrarias al criterio de economía legislativa- las interpretaciones que conduzcan a configurar este supuesto como una repetición inútil de las restantes modalidades que permiten la remisión.

Ahora bien, estimar que este supuesto debe ser algo distinto a la colaboración de particular trascendencia para evitar el delito o identificar a los delincuentes, no obliga también a entender que su especificidad le viene dada por el hecho de que en él se acojan comportamientos que, aun dejando a un lado la "particular trascendencia", no puedan tampoco subsumirse en alguna de las modalidades de atenuación, de suerte que exclusivamente tengan entrada en el art.57 bis b) a través de este supuesto de remisión, y sólo cuanto sean de particular trascendencia. Una conclusión de ese tipo obligaría a tener que admitir -como LAMARCA⁽²³³⁾ reconoce- que a los efectos del art.57 bis b) todos esos comportamientos específicos son irrelevantes, pese a su particular trascendencia, cuando son realizadas por quien está excluido del círculo de posibles beneficiarios de la remisión.

No creo necesario insistir más en que no es esa la dinámica operativa del art.57 bis b), donde -como tanto se ha dicho- la remisión actúa sobre la pena ya atenuada. Me limitaré, pues, a señalar los inconvenientes que en este supuesto concreto plantea admitir aquella interpretación.

El primero de ellos ya lo hemos visto: excluye automáticamente la posibilidad de atenuar la pena -siquiera en un grado- a los sujetos excluidos de la remisión que, sin evitar el delito y sin identificar a otros responsables, sin embargo, han prestado una colaboración de particular trascendencia para impedir la actuación o el desarrollo de los grupos que nos ocupan.

A aquel inconveniente se le une otra consecuencia no menos indeseable. Para hacer esta patente, resulta útil servirnos del elenco de conductas que según LAMARCA constituyen los comportamientos específicos de esta modalidad que analizamos. Según

⁽²³²⁾ *Ibidem.*

⁽²³³⁾ *Ibidem.*

esta autora, aquí se incluirían, entre otras, las consistentes en el descubrimiento de un depósito de armas, de los lugares destinados a la detención de personas, en dar información sobre el modo de organizarse el grupo, sobre un transporte de armas, etc.⁽²³⁴⁾. Siguiendo su razonamiento, las opciones son solo dos: o se acuerda la remisión -si en esas conductas es posible advertir la particular trascendencia que la norma exige- o no se concede beneficio alguno, pues nos hallamos ante comportamientos específicos y exclusivos de la causa de remisión.

Pues bien, si ahora se repasa el elenco de conductas a que dicha autora se refería, rápidamente se advertirá que muchas de ellas difícilmente revestirán la necesaria particular trascendencia, lo cual no impide el que, en cualquier caso, sean conductas deseables desde el punto de vista de los fines que persigue el art.57 bis b). Y lo habitual será que ese tipo de conductas, -deseables pero sin la trascendencia exigida por la causa de remisión- sean las únicas que están en condiciones de realizar los miembros de las capas bajas del grupo o el "extraneus" que se limita a realizar actos de colaboración en beneficio de aquel. En tal caso, si esas conductas carecen de singular relieve no hay razón objetiva para acordar la remisión, pero no se entiende por qué debe negarse también la atenuación de la pena. Quien habiendo autorizado a que en su terreno se construya un lugar destinado a la detención de personas, decide abandonar y comunica a las autoridades el emplazamiento de aquél, disminuye sólo por eso una situación de peligro; lo mismo ocurre cuando el que estaba encargado del transporte de armas, entrega éstas a las autoridades, o cuando el integrante de un simple comando informativo alerta a la policía sobre las personas con respecto a las cuales recabó información que después facilitó al grupo criminal. Decir que conductas de ese tipo no disminuyen una situación de peligro no es sólo contravenir la orientación seguida por la Audiencia Nacional⁽²³⁵⁾, sino también desatender el hecho de que así como muchas conductas se sancionan por el peligro que representa el que favorezcan la actividad de esos grupos, del mismo modo aquellos otros comportamientos que obstaculizan esa actividad disminuyen por ello una situación de peligro, aunque no eviten ningún delito ni sirvan para identificar a ningún responsable.

Sin embargo, todo eso se olvida cuando se estima que ese tipo de conductas -en expresión de GARCÍA SAN PEDRO⁽²³⁶⁾- no admiten una postura gradualmente de menor intensidad que permita la atenuación, de suerte que sólo son relevantes cuando tienen la

⁽²³⁴⁾ *Ibidem.*

⁽²³⁵⁾ Vid. especialmente S.69/1985, 5 Noviembre, Sección 2ª (F.Jº 10).

⁽²³⁶⁾ "Atenuación...", op.cit., p.65.

tan mencionada particular trascendencia. Y se llega así a la conclusión -tantas veces criticada por estos mismos autores- de dar un tratamiento desfavorable a aquellos cuya responsabilidad es menor; un tratamiento que, además, es doblemente desfavorable porque conduce a negar incluso la atenuación más leve a conductas que serán las que, de ordinario, podrán realizar esos sujetos.

A mi juicio, es preferible entender que nos hallamos ante una cláusula de recogida, en la cual tienen cabida cualesquiera de las conductas recogidas en el art.57 bis b) siempre que tengan la "particular trascendencia" que nuestra norma exige; sin perjuicio de que cuando no la tengan puedan ser reconducidas a alguna de las hipótesis de atenuación, lo que siempre podrá hacerse si -como aquí se ha hecho⁽²³⁷⁾- se interpreta de un modo amplio la consistente en "evitar o disminuir sustancialmente una situación de peligro o el resultado dañoso".

De *lege ferenda*, sería aconsejable que el legislador limitara la remisión a este supuesto y eliminara los dos restantes, que, no obstante, siempre podrían entrar en éste cuando, la evitación de un delito o la identificación de terceros hubiera tenido particular trascendencia para impedir la actuación o el desarrollo de estos grupos. De este modo, además de facilitar, la labor del intérprete, la remisión quedaría efectivamente reservada a los casos en que la actuación del sujeto hubiera tenido una especial significación en la lucha contra estas manifestaciones de la criminalidad, cosa que no siempre ocurre cuando su colaboración es de particular trascendencia para evitar un delito o para identificar a otro delincuente. Según lo que aquí se plantea, estos dos últimos casos tendrían cabida en la atenuación prevista en la letra b) del apartado primero cuando, pese a lo deseable de las mismas, no pudiera decirse que tienen una relevancia excepcional; por el contrario, la causa de remisión se reservaría para cuando el delito evitado fuera de especial entidad o cuando el número o calidad de los identificados supusiera un duro golpe para el grupo. Una orientación de ese tipo fue -como en alguna ocasión he dicho- la que siguió el legislador italiano en el art.3 de la Ley de 29 de Mayo de 1982. En este precepto no se describían conductas, sino que aquél se remitía a las que sólo autorizaban una menor atenuación de la pena; a partir de ahí, ligaba la mayor atenuación al hecho de que cualquiera de aquellas conductas hubiera tenido una "eccezionale rilevanza", lo que fue interpretado en el sentido ya dicho, como comportamientos que cuantitativamente o cualitativamente habían supuesto duro golpe para el desarrollo o los objetivos de la organización⁽²³⁸⁾.

⁽²³⁷⁾ Vid supra en este mismo Capítulo ,II.2.1.

⁽²³⁸⁾ En este sentido, entre otros, CASELLI/PERDUCA, "Commento...", op.cit., p.568; DE MAGLIE, "La dissociazione...", op.cit., p.174; MADDALENA, Le circostanze..., op.cit., p.175, 177 y 178;

Tal y como está, sin embargo, articulada en nuestro Código la causa de remisión las cosas son, al menos, parcialmente distintas. No hay duda, desde luego, de que evitar un delito de especial entidad o una pluralidad de ellos, así como identificar a un sujeto especialmente relevante, son conductas de particular trascendencia para impedir la actuación o el desarrollo de esos grupos, sin embargo, tales conductas ya se integran en las hipótesis que preceden a ésta. Por tal razón el espectro de conductas de singular relevancia queda más limitado. A modo de ejemplo, podría incluirse aquí el dar información sobre un muy nutrido grupo de pisos o locales utilizados por la organización, que de este modo vería fuertemente atacada su infraestructura; ayudar a la localización de un importantísimo arsenal de armas y explosivos, o, en fin, proporcionar datos suficientes para destruir u obstaculizar seriamente su sistema de financiación. Asimismo, también tendría cabida en esta modalidad, la conducta -que deliberadamente se menciona en último lugar- consistente en permitir la captura de un número elevado de sujetos o de uno solo de ellos cuando esté fuera de los que integran el vértice del grupo. Una conducta de este tipo -a la que nuestra doctrina no alude al abordar la causa de remisión- no encaja en ninguna de las hipótesis anteriores que autorizan a remitir la pena, pues puede no haber conducido a evitar delito alguno, y puede ser que tal sujeto o sujetos ya estuvieren identificados. Sin embargo, qué duda cabe de que se trata de una conducta con la particular trascendencia que esta hipótesis exige, por lo que sería desequilibrado que en estos casos sólo cupiese la atenuación. Otro tanto cabría decir de los casos en que un mismo sujeto lleva a cabo varios comportamientos que por sí solos permiten la atenuación, pero cuya realización acumulativa es posible que tenga particular trascendencia para impedir la actuación o el desarrollo de las bandas o elementos terroristas o rebeldes.

Por lo demás, otras conductas (v.g. informaciones sobre el sistema y criterios de reclutamiento, o sobre el sistema de distribución de tareas, o sobre los planes de actuación) a menos que permitan evitar un delito o identificar a terceros, difícilmente van a tener la particular trascendencia que aquí se exige, lo que no es obstáculo como tantas veces se ha dicho para aplicar alguna atenuación, siquiera la que permite la disminución de la pena en un grado.

CAPITULO SEPTIMO
EFFECTOS Y TRATAMIENTO JURIDICO.

I.- INTRODUCCION. LA APLICACIÓN POR LA AUDIENCIA NACIONAL DEL ART. 57 BIS B (O DE OTROS PRECEPTOS ANÁLOGOS QUE LE PRECEDIERON).

Con relativa frecuencia se ha dicho que el art. 57 bis b), o sus más inmediatos precedentes, nunca han sido aplicados por la Audiencia Nacional. Sin embargo, las cosas no son así, o, al menos, no son totalmente así. Ello me ha decidido a iniciar el presente Capítulo con el análisis de los casos en que se ha aplicado este tipo de preceptos, así como de aquellos otros en que la Audiencia ha recurrido a diversos procedimientos para eludir la aplicación de los mismos.

Lo primero que merece ser resaltado es que, en todos aquellos supuestos en que la Audiencia se ha encontrado ante integrantes o colaboradores de bandas armadas que abandonan su vinculación criminal y que -incluso en algunos casos- colaboran con la autoridades, siempre ha entendido dicho Tribunal que tal conducta merecía que se les dispensara un trato de favor.

A partir de ahí, sin embargo, en lo que no coinciden las diversas sentencias -inclusive las de una misma Sección- es en el procedimiento utilizado para dar a aquellos casos el tratamiento especial a que me refería. Las vías que al respecto han venido siendo utilizadas han sido las tres siguientes:

1.- La solicitud de *indulto*, total o parcial, según la gravedad de las penas de que se hubiese hecho acreedor el sujeto.

2.- La estimación de una *atenuante analógica a la de arrepentimiento espontáneo*, apreciada como muy cualificada.

3.- La aplicación directa de los *preceptos específicos*.

1.- La primera fue, sin duda, la vía más utilizada en el período comprendido entre 1983 y 1986⁽¹⁾, unos años en los que -como en otro lugar ya vimos⁽²⁾- la Audiencia Nacional vino a participar de ese modo en la política de reinserción iniciada por el Gobierno en 1983, con el objetivo, fundamentalmente, de posibilitar el retorno a la convivencia social de los antiguos miembros de E.T.A. Político-Militar, organización que en 1981 decidió su propia disolución⁽³⁾.

Cierto es que ya por entonces estaba en vigor el art.174 bis c) C.P., introducido por la L.O. 2/1981, de 4 de Mayo -así como, posteriormente, el art.6 de la L.O. 9/1984, de 26 de Diciembre; ello no obstante, la Audiencia Nacional rehuyó la aplicación de los mismos. Concretamente, el art.174 bis c) sólo fue aplicado en dos ocasiones⁽⁴⁾; en cuanto al art.6 L.O./1984, no he encontrado sentencia alguna en que éste fuera directamente aplicado, si bien en una de ellas el Tribunal solicitó indulto parcial "por analogía con lo dispuesto en el art.6 de la L.O. 9/1984, de 26 de Diciembre"⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Así, S.74/1984, 3 Diciembre, Sección 2ª; S.40/1985, 11 Julio, Sección 2ª; S.42/1985, 12 Julio, Sección 2ª; S.58/1986, 30 Junio. Pueden verse otras citadas por MESTRE, Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional, Madrid, 1987, p.242 y 244.

⁽²⁾ Vid.supra, Capítulo I, p. 82.

⁽³⁾ Vid.sobre todo ello -además de lo dicho en el Capítulo I, p. 82- DE LA CUESTA, "Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas", C.P.C., nº 30, 1986, p.584 y ss; GARCÍA SAN PEDRO, Terrorismo: aspectos criminológicos y legales, Madrid, 1993, p. 176; MESTRE, Delincuencia..., op.cit., p.241 y ss; VERCHER, Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco (Legislación y medidas), Barcelona, 1991, p.373 y ss.

⁽⁴⁾ S.58/1984, 25 Septiembre, Sección 2ª, y S.11/1985, 11 Marzo, Sección 2ª.

⁽⁵⁾ S.58/1986, 30 Junio, Sección 3ª (Fundamento de Derecho 6º). No obstante, debe dejarse constancia de un caso en el que tuvo lugar una extraña aplicación del art.6 L.O. 9/1984. El supuesto atañe a dos sujetos procesados por el delito de colaboración con banda armada, respecto de los cuales, la Audiencia estimó que "el dato constatado de que a partir de finales de 1981, ambos de común acuerdo comunicaran a los directivos de la organización armada con la que cooperaban su decisión de cesar en cualquier actividad en relación con ella, y que desde entonces los miembros de sus comandos armados no pudieran utilizarla (s.c. su vivienda) como base de sus acciones terroristas, permite construir a su favor otra atenuante muy cualificada relacionando el mentado nº 8 del art.9 con la específica introducida para este género de delincuencia por el apartado b) nº 1 del art.6 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre" (S.69/1985, 5 Noviembre, Sección 2ª, F.º 10º; vid. asimismo el apartado tercero del Fallo).