



# ¿Colaboración con quién?

Jueces, fiscales y catedráticos discrepan sobre si el delito de auxiliar a ETA exige compartir sus fines ● Algunos precedentes eximieron a agentes de acusaciones parecidas a las del chivatazo del Faisán

MANUEL ALTOZANO

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ya ha hablado: la actuación de tres cargos policiales en el episodio del chivatazo del bar Faisán de Irún en plena negociación entre el Gobierno y ETA destila indicios de colaboración con organización terrorista. El ex director general de la Policía, Víctor García Hidalgo, el jefe superior de Policía del País Vasco, Enrique Pamiés, y el inspector de Vitoria José María Ballesteros pudieron cometer ese delito al pasar un teléfono móvil al dueño del establecimiento, Joseba Elosua, —supuesto cobrador del impuesto revolucionario— a través del cual se le avisó de la operación policial que tenía como objetivo su detención y la del también supuesto etarra José Antonio Cau. Ninguno de los tres cargos imputados es sospechoso de comulgar con los fines de ETA ni de compartir su ideología asesina. Pero los magistrados decidieron el pasado 4 de abril que ese hecho da igual. Que basta un acto de apoyo a la banda para la existencia del delito.

La decisión de la Sala no es baladí. Una resolución de sentido contrario, es decir, en la que no se apreciara ese delito, hubiera dejado el caso Faisán —que trae por la calle de la amargura a la cúpula de Interior al haberlo convertido el PP en uno de sus principales caballos de batalla— en una simple revelación de secretos que no se juzgaría en la Audiencia Nacional, sino en un juzgado de lo Penal de San Sebastián. Las penas de hasta 13 años de cárcel a las que se arriesgan los tres implicados se hubieran quedado en un castigo de entre uno y tres años. Y lo más probable es que, en caso de ser condenados, no fueran a prisión ya que, si sus sanciones fueran inferiores a dos años, quedarían en suspenso. Pero con la decisión de la sección segunda de la Audiencia, lo más probable es que el caso siga adelante con el procesamiento de los cargos policiales implicados.

Más allá de la carga política que pueda tener el caso, la realidad es que entender el soplo policial como un acto de colaboración con ETA ha sido una cuestión muy discutida, tanto en los tribunales como entre los expertos penalistas. La cuestión clave es la intención; si el supuesto colaborador, además de haber protagonizado un acto de cooperación con la banda, coincide en cierto grado con los fines y la ideología de la organización terrorista o no. La controversia, aplicada al

caso concreto, es la siguiente. Para imputar a los tres cargos policiales el delito de colaboración, ¿basta con acreditar la existencia del chivatazo o es necesario que, de alguna manera, sus autores compartieran los fines y postulados políticos de ETA, es decir, lograr la independencia de Euzkadi a través del terrorismo?

Para algunos, como el fiscal de la Audiencia Nacional Carlos Bautista —el designado para el caso Faisán— esa intención de ayudar a los objetivos de la banda es esencial. La colaboración, según el fiscal, exige cierta “persistencia de la persona en la estrategia y métodos” de la banda o, al menos, “cierta adhesión ideológica”, tal y como sostuvo ante la Sala de lo Penal el pasado 24 de marzo.

Sin embargo, dos de los miembros del tribunal que sacaron adelante la resolución, Fernando García Nicolás y Julio de Diego, hicieron valer la tesis contraria, es decir, que para colaborar con una banda terrorista “no es necesario comulgar” con sus finalidades. Su posición se basa en la sentencia del Tribunal Supremo que condenó a los miembros del grupo islamista que trató de organizar un atentado suicida en el metro de Barcelona en 2008. Esa resolución sostiene que la colaboración “incluye aquellas acciones que, realizadas voluntariamente con este fin, facilitan cualquiera de las actividades de la organización, y ello prescindiendo de la coincidencia de fines”.

Paradójicamente, esa misma sentencia del Supremo parece

dar la razón al fiscal al asegurar dos párrafos más abajo que, para la existencia del delito debe partirse “de una cierta adhesión ideológica” con la organización. ¿Es posible afirmar que García Hidalgo, Pamiés y Ballesteros comparten la ideología de ETA? Más que probablemente, la respuesta a esa pregunta sería un no.

A lo largo de los 50 años de historia de la organización terrorista vasca, se han producido varios episodios de negociaciones entre el Gobierno y ETA en los que se han producido cesiones a la banda que, sin embargo, no

## Un avión militar llevó a la cúpula etarra a Santo Domingo en 1989

## Sus tripulantes fueron absueltos por no seguir los objetivos de la banda

han sido considerados actos de colaboración, tal y como se encargó de recoger en un duro voto particular José Ricardo de Prada, el tercer magistrado del tribunal, discrepante con la resolución impulsada por sus compañeros.

Uno de esos episodios guarda especial similitud con el caso del soplo a Joseba Elosua. El 18 de abril de 1989, tras la ruptura de

las conversaciones de Argel, la cúpula de ETA que se había sentado con el Gobierno de Felipe González —formada por Eugenio Etxebeste, Antxon, Ignacio Arakama Mendia y Belén González Peñalva— junto con otros tres miembros de la organización, algunos de ellos con graves delitos de sangre, fueron trasladados a República Dominicana desde Argelia en un avión Hércules de la Fuerza Aérea pilotado por militares españoles.

Meses después, la Asociación de Víctimas del Terrorismo (AVT), una de las que también actúa como acusación particular en el chivatazo, se querelló contra los pilotos y su superior, el entonces coronel jefe del ala 31 de Zaragoza, Esteban Casaux, a los que imputaba el delito de colaboración con banda armada. “Lo que no se puede tolerar es que se lleve a unos terroristas desde Argel a República Dominicana en un avión militar, que es territorio español. Los tripulantes del avión tenían la obligación de haberlos traído a España”, manifestó la entonces presidenta del colectivo, Ana Vidal-Abarca, días antes de acudir a la Audiencia. El caso, finalmente, fue archivado. La Audiencia entendió que los militares, aunque con su trabajo hubieran podido auxiliar a los terroristas, no compartían en absoluto los fines últimos de ETA.

Y es que, como recuerda el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz Juan Terradillos, el propio artículo del Código Penal que recoge el delito, el

576, habla de actos de colaboración “con las actividades o las finalidades” de una organización o grupo terrorista. “Esos fines terroristas con relevancia penal se recogen cinco artículos antes”, recuerda Terradillos. En efecto, el artículo 571, define las organizaciones terroristas como aquellas que “tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitu-

## Basta con apoyar

### ANÁLISIS

Manuel Cancio Meliá

En la hipótesis —pues, obviamente, certeza y prueba acerca de los hechos solo puede haberla en un juicio— de que un policía avise a una organización terrorista de los planes para detener a uno de sus miembros ¿podría tratarse de un delito de colaboración con una organización terrorista, previsto en el artículo 576 del Código Penal? El derecho penal español responde a esta pregunta, fundamentalmente, en dos niveles de análisis jurídico.

Primero está la definición general de la conducta que delinea la ley para el delito: la tipicidad. En este plano, debe resaltarse que el delito de colaboración es una anomalía en nuestro sistema. Está destinado a anticipar las barreras de punición, a convertir en delictivo lo que conforme a las reglas generales no lo sería: quien presta un coche a alguien de quien conoce que vive al mar-

gen de la ley solo responderá como cómplice del delito que este cometa si sabía que iba a ser utilizado para ello. Si esa ayuda se ofrece a un miembro de una organización terrorista, no se espera a que se concrete la colaboración en un delito determinado, sino que el artículo 576 se contenta con el apoyo a la organización, y lo castiga con penas muy graves.

El delito de colaboración consiste, entonces, en apoyar de algún modo material a la organización. La jurisprudencia viene estimando que también puede ser típica una colaboración que consista en suministrar información útil para ella. Evitar que sus miembros sean detenidos es un acto de estas características. Para ello no es necesario que el colaborador asuma individualmente el programa de la organización. Puede colaborar por muy diversas razones personales: por dinero, por amor, por odio. Solo debe saber que su acto favorece materialmente a la organización.

En un segundo paso, debe comprobarse

el contexto en el que tienen lugar los hechos típicos. Hay ocasiones en las que lo que en principio es delictivo, está permitido en el caso concreto: la justificación. En la hipótesis que aquí interesa, si el aviso de la inminente detención es debido a que, en el marco de un proceso de negociación con la organización, el Estado ha decidido paralizar o moderar la persecución penal de sus integrantes para hacer posible la negociación, el hecho estará justificado porque el funcionario cumple con su deber (art. 20.7 CP), es decir, que este concreto hecho será lícito. De lo contrario, como es evidente, todo funcionario o autoridad que entrara en contacto con o no persiguiera a los miembros de la organización en los procesos de negociación que ha habido, podría haber cometido el delito de colaboración o el delito consistente en omitir la persecución de delitos (artículo 450 del Código Penal).

Manuel Cancio Meliá es catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.





## cultura

Llegan 'Los cuentos completos' de Unamuno



## cultura

El SOS de Murcia se consolida en su cuarta edición



## pantallas

El bipartidismo se instala en el minutaje electoral



El dueño del bar Faisán, Joseba Elosua, llega a la Audiencia Nacional para declarar a finales del pasado abril. / SAMUEL SÁNCHEZ

tactos con otras organizaciones mafiosas transnacionales.

“En todos esos casos se permiten ciertas actividades criminales y se dejan de perseguir delitos, pero nadie plantea que se haya producido algún tipo de complicidad o de colaboración con los delincuentes”, prosigue el catedrático. En el caso del chivatizo del bar Faisán, continúa Terradillos, el propósito de la policía “no era ayudar a ETA, sino acabar con ella a más largo plazo”. “Posponer operaciones es algo que hace la policía a todos los niveles y, en este caso, debe tenerse en cuenta el contexto de negociación”.

Ese contexto es lo único que justificaría la actuación de los policías, según Manuel Cancio, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Ma-

Un agente infiltrado puede verse obligado a favorecer a la banda

“Es difícil explicar a la gente que negociar implica a veces no detener”

cional o alterar gravemente la paz pública”. “El hecho de que un asesinato terrorista sea castigado más duramente que un asesinato, digamos, ordinario, se debe, precisamente a que persigue esos objetivos subversivos”, prosigue el profesor, que mantiene que esa es la característica fundamental de todos los delitos de terrorismo, incluida la colaboración.

Terradillos recuerda que en la labor policial, la decisión de detener o no puede responder a una estrategia para conseguir un resultado mejor. Por ejemplo, un agente infiltrado en una banda terrorista puede ser testigo cada día de cómo los miembros de la organización llevan armas o acumulan explosivos. Con toda seguridad sabrá, además, que sus *com-*

*pañeros de armas* están cometiendo un delito de integración en organización terrorista del que es testigo. E incluso podría verse obligado a cometer ciertos actos de colaboración con la organización con la finalidad futura, por ejemplo, de evitar un gran atentado o dar un golpe importante a la organización en el que se detenga a todos sus miembros.

Otro ejemplo de delitos permitidos en función de un objetivo de mayor entidad, sería el de las entregas vigiladas de cargamentos de droga, en las que las fuerzas de seguridad permiten que se produzca el delito de tráfico de estupefacientes con el fin de identificar y detener a todos los integrantes del clan, los canales por los que la droga ha llegado o sus con-

drud, que considera que sí existen indicios de colaboración en la actuación de los tres cargos policiales imputados. “Entrar en si comparten o no los fines de ETA genera inseguridad jurídica”, explica el profesor, que recuerda que la Audiencia ha condenado por este delito a familiares que ayudaron a etarras por su parentesco o a curas que por motivos religiosos se consideraban obligados a auxiliar a terroristas. “En esos casos, su intención no tuvo ninguna relevancia, ¿por qué iba a tenerla en el caso de los policías?”.

Por eso, para Cancio, la única justificación del chivatizo es el momento en que se produce. “El Gobierno, con la autorización del Parlamento, estaba negociando, lo que implicaba necesariamente no arrestar a los negociadores de ETA”, recuerda. “Pero ese es un debate incómodo. Es difícil explicar a la gente que negociar con la banda implica en muchos casos no detener, lo que en sí mismo es una forma de colaboración. Sin embargo, ese es el punto decisivo para la resolución del caso Faisán, la existencia de una negociación”. Y negociar es algo que han hecho tanto unos como otros. El PSOE y el PP.

## Un delito conflictivo

### ANÁLISIS

Carmen Lamarca

Un caso, el denominado Faisán, y un voto particular del magistrado José Ricardo de Prada, han vuelto a poner de actualidad la colaboración con banda armada, un delito siempre conflictivo. La colaboración constituye uno de los tipos clásicos de terrorismo con el que se pretende sancionar cualquier conducta de favorecimiento. El delito, además, solo puede cometerlo un *extraneus*, una persona no integrada en la organización a la que se favorece porque precisamente la realización habitual de estos comportamientos solo demostraría la absoluta disponibilidad y, por tanto, la pertenencia a la banda terrorista.

Ahora bien, en primer lugar hay que precisar que, como señala De Prada, la colaboración no consiste solo en el favorecimiento sino que este, para que pueda ser punible, debe realizarse con la intención de ayudar a la organización. Así, por ejemplo, no existe colabo-

ración en la entrega de un rescate que favorece sin duda a la banda que comete el secuestro. Esa conducta no es sancionable porque no se realiza con la intención de contribuir económicamente con esa organización sino para conseguir la liberación de la víctima.

Pero, además, se ha planteado si la colaboración exige compartir los fines de la organización terrorista a la que se favorece. Según lo previsto por los artículos 571 y siguientes del Código penal, los delitos de terrorismo pueden realizarse tanto por los integrantes de las estas organizaciones como por personas que actúen al servicio o colaboren con estos grupos. Pero, ¿qué diferencia existe entre actuar al servicio o colaborar con el terrorismo? La distinción entre ambas figuras no puede ser la frecuencia o la intensidad de la colaboración, pues la mayor o menor habitualidad es, como señala reiteradamente la jurisprudencia, lo que nos permite distinguir al integrante de los otros dos conceptos. Por ello solo cabe establecer una diferencia entre estas figuras en base al elemento teleológico, de

este modo el colaborador sería aquella persona que actúa con la misma finalidad de la organización, esto es, con coincidencia en los fines, mientras que la persona que actúa por cuenta de estas asociaciones sería entonces aquella que se pone al servicio de las mismas pero no comparte subjetivamente su finalidad y sería el caso, paradigmáticamente, de la persona que actúa por precio.

En realidad, pocos preceptos como la colaboración plantean tantos problemas de constitucionalidad. Por su estructura abierta y por su equiparación en penas con otros comportamientos. Es un cajón de sastre cuya existencia ayuda a obviar dificultades de prueba; cuando no puede probarse la integración en la banda armada o que la ayuda prestada favoreciera la realización de un delito, el tipo de colaboración ofrece una vía para la incriminación de conductas que, de otro modo, y como en el presente caso, deben ser actos impunes.

Carmen Lamarca es catedrática de Derecho Penal de la Universidad Carlos III.

**EL PAÍS.com**

► Participe

¿Cree que el caso Faisán es un acto de colaboración con ETA?