



Roj: **STS 453/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:453**

Id Cendoj: **28079120012017100110**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/02/2017**

Nº de Recurso: **10537/2016**

Nº de Resolución: **67/2017**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Febrero de dos mil diecisiete.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra el auto de 20 de julio de 2016 dictado por el Servicio Común de Ejecutorias, Sala de lo Penal, Sección Tercera de la Audiencia Nacional en la Ejecutoria 44/09 Pic nº 36 dimanante del Rollo de Sala 27/02. Han intervenido el Ministerio Fiscal, como recurrente, Azucena, representada por el procurador Sr. Cuevas Rivas y como recurrida la Asociación Víctimas del Terrorismo representada por la Procuraodra Sra. Álvaro Mateo. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

1.- El Servicio Común de Ejecutorias de la Sala de lo Penal, Sección Tercera de la Audiencia Nacional, dictó en la Ejecutoria 44/09, Pic nº 36 dimanante del Rollo de Sala 27/02 auto de fecha 20 de julio de 2016, en el que consta los siguientes antecedentes de hecho:

"Primero.- En defensa de Azucena se ha presentado escrito en 7 de julio de 2016 instando la revisión de la condena impuesta en sentencia firme de 19 de noviembre de 2007, confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia 480/2009, de 22 de mayo, con la salvedad de modificar su responsabilidad penal, sustituyendo el delito de integración en organización terrorista por colaboración en organización terrorista, y consiguiente reducción de la pena privativa de libertad a seis años y nueve meses de prisión, interesando la rebaja de esa pena en dos grados, en aplicación del artículo 579 bis.4 del Código Penal.

Segundo.- En diligencia de 8 de julio de 2016 se confirió traslado al Ministerio Fiscal, por quien se ha evacuado informe de 18-07-16 oponiéndose a lo solicitado.

Tercero.- Se ha presentado escrito por la representación procesal de la Asociación de Víctimas del Terrorismo con fecha 19/07/2016, en el que se opone igualmente a la petición de revisión de la Sentencia solicitada por la condenada".

2.- En el referido auto del Servicio Común de Ejecutorias se dictó la siguiente parte dispositiva:

"La Sala acuerda:

No procede sustituir la pena de prisión de seis años y nueve meses de prisión impuesta a Azucena en el marco de la revisión de la condena impuesta en sentencia firme de 19 de diciembre de 2007, modificada por el Tribunal Supremo en sentencia 480/2009, de 22 de mayo como autora de un delito de colaboración con organización terrorista, que ha sido instada.



Notifíquese a las partes haciendo saber que contra el presente cabe recurso de casación por infracción de Ley a sustanciar por el Tribunal Supremo y que deberá ser anunciado en los términos del artículo 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

3.- Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por Azucena que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación de la recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del num. 1 del art. 849 de la LECr, por vulneración por inaplicación del vigente art. 579 bis.4 en relación con el capítulo VII, del Código Penal. SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECr, por vulneración del derecho fundamental a la libertad, recogido en los arts. 17.1 de la Constitución Española, 5.1 del Convenio Europeo de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y 3 de la declaración universal de derechos humanos, en relación con el art. 579 bis. 4 del Código Penal.

5.- Instruidas las partes, la Procuradora Sra. Álvaro Mateo en nombre y representación de la Asociación Víctimas del Terrorismo presentó escrito impugnando el recurso; el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 25 de enero de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, condenó, entre otras numerosas personas, en la sentencia dictada el 19 de diciembre de 2007, a Azucena como autora responsable de un delito de integración en organización terrorista en calidad de mera integrante, previsto en los arts. 515.2 y 516.2 del Código Penal (anterior a la reforma de 2015), a la pena de once años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante el tiempo de condena.

Recurrida la sentencia en casación, este Tribunal dictó la sentencia de 22 de mayo de 2009, en el recurso nº 10084/2008 P, en la que, absolviendo a Azucena del delito de pertenencia a organización terrorista en concepto de integrante por el que había sido condenada, la condenó como autora responsable de un delito de colaboración con organización terrorista a la pena de 6 años y 9 meses prisión, y multa de 20 meses con una cuota diaria 30 euros y la pena accesoria inhabilitación especial de empleo o cargo público durante el tiempo de la condena.

La defensa de la referida penada presentó escrito en 7 de julio de 2016 en el que instó la revisión de la condena impuesta por este Tribunal en la sentencia de 22 de mayo de 2009, interesando la rebaja en dos grados de la pena de seis años y nueve meses, además de la pena de multa, en aplicación del nuevo artículo 579 bis.4 del Código Penal.

La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó en la Ejecutoria 44/09, Pic nº 36, dimanante del Rollo de Sala 27/02, auto de fecha 20 de julio de 2016, cuya parte dispositiva dice así:

" No procede sustituir la pena de prisión de seis años y nueve meses de prisión impuesta a Azucena en el marco de la revisión de la condena impuesta en sentencia firme de 19 de diciembre de 2007, modificada por el Tribunal Supremo en sentencia 480/2009, de 22 de mayo, como autora de un delito de colaboración con organización terrorista, que ha sido instada".

Contra esta resolución recurrió en casación la defensa de la acusada, recurso al que se opusieron el Ministerio Fiscal y la representación de la Asociación de Víctimas del Terrorismo.

PRIMERO. 1. En el **primer motivo** invoca la parte recurrente, con sustento procesal en el art. 849.1º de la LECr., la vulneración por inaplicación indebida del **art. 579 bis.4 del C. Penal**, introducido en la reforma implantada por la LO 2/2015, de 30 de marzo.

El referido precepto dice así: " 4. Los jueces y tribunales, motivadamente, atendiendo a las circunstancias concretas, podrán imponer también la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido".

En el auto impugnado la Audiencia argumenta para denegar la reducción de la pena interesada por la defensa de la penada que la condena se le impuso por un delito de colaboración con organización terrorista, delito que consiste en actos de ayuda a una organización de esa índole. Por lo cual, según la Sala de instancia,



resulta inviable ponderar "el menor desvalor de la integración por el resultado", al ser ello contradictorio con la naturaleza del delito.

Y en cuanto al tema de los medios utilizados, argumenta el auto impugnado, siguiendo el informe del Ministerio Fiscal, que le encomendaron a la ahora recurrente el transporte de materiales de la organización terrorista Ekin desde una ciudad situada entre Suiza y Alemania hasta las inmediaciones de París, y que además ayudaría a ETA en labores de apoyo a presos; ello implicaba dotarla de dinamismo a través de organización satélite, pudiendo considerarse que dicha finalidad última constituye el resultado de su hacer.

Por último, destaca la resolución recurrida que la actividad en el extranjero dota de mayor relevancia a su quehacer por más que se hayan considerado conductas secundarias, pues "tendían a la expansión", señala la Audiencia, sin aclarar lo que entiende realmente bajo esa indefinida expresión.

2. Frente a ello **alega la parte recurrente** como argumentos nucleares de su escrito de impugnación que procede la aplicación retroactiva del art. 579 bis.4 del C. Penal por hallarnos ante unos hechos de escasa gravedad atendiendo el medio empleado y al resultado producido.

La defensa de la penada considera que el argumento del auto recurrido referente a que las conductas atribuidas a Azucena "tendían a la expansión" es una afirmación gratuita que ni siquiera consta en las sentencias dictadas contra ella por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo, pues este último incluso aludió a que se trataba de actuaciones ocasionales y puntuales, sin autonomía alguna. Y también discrepa la parte de que el hecho de que las conductas fueran a realizarse en el extranjero les otorgara unas connotaciones de mayor gravedad.

La parte recurrente cita en apoyo de su tesis la sentencia de esta Sala 544/2016, de 23 de junio, en la que se aplicó el nuevo precepto a un supuesto en que el recurrente había sido condenado como autor de un delito de pertenencia a organización terrorista, supuesto delictivo más grave que el que ahora se examina, en el que la penada ha sido condenada por colaboración con organización terrorista, tipo penal -se dice en el recurso- que siempre ha tenido asignada una pena inferior que el de colaboración.

Señala la penada que el argumento de que el delito por el que fue condenada no se trate de un delito de resultado no puede contribuir a la exclusión de la aplicación del nuevo art. 579 bis.4, pues si el Tribunal Supremo lo ha aplicado en un supuesto de delitos de integración en organización terrorista, que tampoco es un delito de resultado, con mayor razón habría que aplicarlo en el caso que ahora se examina.

SEGUNDO. El legislador, dada la variedad de casos, de circunstancias y de singularidades delictivas que pueden darse en la práctica en la comisión de los delitos de terrorismo, ha estimado pertinente incorporar al Código Penal el texto del art. 569 bis.4, para adecuar en la medida de la posible la magnitud de la pena a las peculiaridades que concurran en el caso concreto, operando al efecto con el principio de proporcionalidad.

El criterio ponderativo de que se vale la norma para decidir sobre la reducción de la pena es el del injusto del hecho, que habrá de fijarse atendiendo al desvalor de la acción ("medio empleado") y al desvalor del resultado ("resultado producido"). Resulta indiscutible que el marco penal de la atenuación delictiva es muy amplio, pues se puede reducir la pena hasta en dos grados, lo que significa que puede descender en el presente caso hasta un año y tres meses de prisión, al fijarse la base del tipo penal aplicado en cinco años de prisión (art. 576 del C. Penal).

Se han emitido diferentes criterios y consideraciones sobre si la nueva norma integra un subtipo atenuado o privilegiado o si, más bien, constituye un criterio específico para la individualización de la pena posibilitando adecuarla al caso concreto. La fórmula utilizada, centrada en la menor gravedad de la conducta contemplada objetivamente atendiendo al medio empleado o al resultado producido, es igual a la que se estableció en su día en el delito de lesiones (art. 147 del C. Penal de 1995), dividiéndose la doctrina también en esa ocasión a la hora de considerarla como un subtipo atenuado o como una cláusula general de individualización punitiva. En cualquier caso, al favorecer al reo debe aplicarse cuando se den las circunstancias necesarias para su aplicación, tal como se decidió en un reciente Pleno no jurisdiccional de esta Sala.

En efecto, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 24 de noviembre de 2016 dictó el siguiente Acuerdo sobre la aplicación e interpretación del art. 579 bis.4 del C. Penal :

"1º.- El nuevo párrafo 4º del art. 579 bis C.P. introducido por la reforma operada por la L.O. 2/2015 de 30 de marzo, constituye una norma penal más favorable aplicable tanto a los hechos enjuiciados tras su entrada en vigor, como a los ya sentenciados, bien por la vía de la casación o bien mediante la revisión de sentencias cuando las condenas sean firmes, y estén ejecutándose.

2º.- Como se establece expresamente en el texto de la misma, esta atenuación es aplicable a todos los delitos previstos en el Capítulo VII, referido a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, incluidos los delitos de promoción o participación en organización o grupo terrorista sancionados en el art. 572.



3°.- Para la aplicación de esta atenuación podrá tomarse en consideración el dato de si la rama de la organización terrorista en la que se integra el acusado o condenado es precisamente aquella que realiza de modo efectivo la acción armada o atentado violentos, o una de las organizaciones dependientes que se integran en el entramado de la organización armada para cooperar con sus fines. En este último caso habrá de valorarse tanto la actividad que realiza el acusado o condenado dentro de la organización, grupo o sector en el que se integra, como la relevancia o entidad de las funciones o misiones que desarrolla este sector de la organización dentro del conjunto del entramado terrorista.

4°.- Sin que en ningún caso pueda estimarse que el mero hecho de que el sector de la organización en que se integra el acusado no utilice armas o explosivos ni realice atentados terroristas, determine por si solo la aplicación de la atenuación, siendo necesario evaluar caso por caso los criterios anteriormente señalados."

TERCERO . En la sentencia dictada por esta Sala el 22 de mayo de 2009, en el recurso nº 10084/2008 P, en la que fue absuelta Azucena del delito de pertenencia a organización terrorista en concepto de integrante por el que había sido condenada, y se la condenó como autora responsable de un delito de colaboración con organización terrorista (art. 576 del C. Penal), **se asumieron como hechos declarados probados** contra la ahora penada los siguientes:

"La acusada Azucena fue captada para la organización terrorista ETA por Heraclio . Tal captación se produjo después de que esta acusada mantuviera un primer contacto con Moises durante el transcurso de las fiestas que se celebraron en la localidad Guipuzcoana de Idiazabal en febrero de 1998. El tal Moises manifestó entonces a Azucena que pensara en la posibilidad de colaborar con ETA, ofreciéndole él personalmente para actuar como intermediario.

Fue el 31 de diciembre del mismo año, durante los preparativos de una reunión celebrada en apoyo del colectivo de presos relacionados con ETA en la localidad de Villabona, cuando Azucena coincidió con Heraclio . Al concluir dicha reunión, Heraclio manifestó a la joven que deseaba hablar a solas con ella, dirigiéndose los dos a un bar. Allí Heraclio le propuso entonces de forma directa entrar al servicio de ETA, para atender a dos objetivos: 1) Facilitar pasaportes a la organización a fin de hacerlos llegar a dos miembros de ETA que pretendían desplazarse a Centroamérica y Sudamérica. 2) Generar la infraestructura necesaria para ETA en diversas ciudades de Europa.

A principios de febrero de 1999, Heraclio contactó telefónicamente con Azucena , citándola en la estación de tren de Zizurkil. En dicha cita está entregó a aquél dos pasaportes pertenecientes a Alfonso , Concejal de HB y Fermina , manifestándole Heraclio que sus datos personales los había facilitado a los responsables de ETA, quiénes se pondrían en contacto con ella.

El 3 de marzo de 1999 Heraclio le concertó una cita en París con dos militantes de ETA, cuyos únicos datos de identificación conocidos son los de sus nombres " Fermín " y " Heraclio ", a la vez que le facilitó las instrucciones precisas sobre la forma de desarrollarse dicha cita, entregándole 50.000 ptas en metálico, un plano del metro de París y varios billetes de metro, así como una nota de la organización, que expresaba:

"Dile a la chica que la cita será el 6 de marzo, que es para conocerla y hablar un poco; que la cita será a las nueve. Tiene que desplazarse en el metro hasta San Agustín, y allí trasladarse a un restaurante que se llama L? Prefect. Tiene que llevar como contraseña una carpeta roja y el periódico "Le Figaro" y ponerlo encima de una mesa. Entonces se acercará un chico y le preguntará en vasco si es la hermana de Obdulio , a lo que tenía que contestar que sí".

De acuerdo con las directrices que le fueron marcadas, el día 6 de marzo de 1999 Azucena llegó a la capital francesa, y cumpliendo puntualmente con las instrucciones recibidas, a las 9,00 horas de dicho día se encontraba en el restaurante L?Prefect. Poco después se le aproximó un joven, que dijo llamarse " Heraclio ", preguntándole si era hermana de Obdulio , a lo que Azucena respondió afirmativamente. A continuación se ausentaron ambos del mencionado restaurante y se reunieron con un individuo que se presentó como " Fermín ". Azucena les comunicó los trabajos para la organización ETA que debería realizar según le dijo Heraclio , y estos se lo confirmaron. Pero además le encomendaron otras labores consistentes en realizar un transporte de materiales de la organización terrorista desde una ciudad situada entre Suiza y Alemania hasta las inmediaciones de París, explicándole ambos individuos de forma pormenorizada como se efectuaría tal traslado, a la vez que le advirtieron que el material era muy importante.

Los mencionados " Heraclio " y " Fermín " también le expusieron que la necesitarían para dar la oportuna cobertura a eventuales contactos entre miembros de ETA en países del centro de Europa. A tal fin contarían con ellos para alquilar vehículos, apartamentos y hacer reservas de hotel utilizando en todo momento su propia documentación, a fin de preservar el anonimato de los miembros de la organización terrorista.



Azucena mostró su conformidad con la ejecución de tales cometidos, persiguiendo así que se cumplieran los designios de ETA, al estar esta acusada de acuerdo con la lucha que desarrolla el brazo armado de la organización terrorista.

" Heraclio " y " Fermín " también citaron a Azucena para el siguiente día 19 de marzo, en la localidad francesa de San Vicente de Quirol, próxima a Hendaya.

Cuando regresó Azucena de su viaje a París en una bolsa azul introdujo el mapa de la capital francesa, varios billetes de metro y el sobrante del dinero recibido, efectos y metálico que le fue entregado por Heraclio , guardando dicha bolsa en un local del ayuntamiento de Asteasu, donde ejercía como concejal de HB.

En la diligencia de entrada y registro llevada a cabo en el Ayuntamiento de Asteasu el día 12 de marzo de 1999, diligencia documentada a los folios 10.337 y vuelto y 10.338 y vuelto, del Tomo 35 de la Pieza XAKI, se incautó entre otros efectos pertenecientes a Azucena , los siguientes:

Documentación diversa para su estudio; mapas e información diversa; un recibo de metro; billetes de autobús; recibos de camping de Santa Tecla, Baiona Playa, Europea; cambio de francos suizos y chelines austriacos; un documento encabezado por " Azucena el Salvadortik 97-03-14; varios boletines y fotocopias y un dossier indicando en su encabezamiento "Euskal Herriko presoak Euskal Herría; una factura del hotel Santa Clara a nombre de Azucena ; una guía de metro de París; un folio conteniendo diversos nombres tales como "Asteasu" "Zizurkil" y "Villabona"; demás documentación que referiremos en el fundamento jurídico destinado al análisis de las pruebas que afectan a esta acusada.

Y en el fundamento centésimo octogésimo quinto de la referida sentencia de esta Sala se argumentó que Azucena fue captada para la organización terrorista ETA por Heraclio , para atender a dos objetivos: facilitar pasaportes a la organización a fin de hacerlos llegar a dos miembros de ETA que pretendían desplazarse a Centroamérica y Sudamérica, y para generar la infraestructura necesaria para ETA en diversas ciudades de Europa. Pero además le encomendaron otras labores consistentes en realizar un transporte de material para ETA y le expusieron que la necesitarían para dar la oportuna cobertura a eventuales contactos entre miembros de ETA en países del centro de Europa. Azucena mostró su conformidad con la ejecución de tales cometidos.

La Sentencia añade que cuando la acusada regresó de su viaje a París, introdujo en una bolsa azul el mapa de la capital francesa, varios billetes de metro y el sobrante del dinero recibido, guardando dicha bolsa en un local del ayuntamiento de Asteasu, donde ejercía como concejal de HB.

CUARTO . 1. El relato fáctico declarado probado por la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2007 , y confirmado por la sentencia de esta Sala de 22 de mayo de 2009 , permite constatar que la recurrente ejecutó como acto de colaboración la entrega de dos pasaportes en febrero de 1999 a Heraclio , a nombre de Alfonso , Concejal de HB, y de Fermina , manifestándole Heraclio que sus datos personales los había facilitado a los responsables de ETA, quiénes se pondrían en contacto con ella.

Aparte de lo anterior, tuvo una reunión en París, preparada por Heraclio , el día 6 de marzo de 1999, con dos personas conocidas como " Heraclio " y " Fermín " , quienes le confirmaron que, además de los trabajos de infraestructura que pudieran encomendarle en países de Centroeuropa, le encargarían una labor consistente en realizar un transporte de materiales, al parecer de la organización Ekin, desde una ciudad situada entre Suiza y Alemania hasta las inmediaciones de París, explicándole ambos individuos de forma pormenorizada cómo se efectuaría tal traslado, a la vez que le advirtieron que el material era muy importante.

La acusada regresó a España después de esa reunión en París, quedando en verse con " Heraclio " y " Fermín " el siguiente 19 de marzo, en la localidad francesa de San Vicente de Quirol, próxima a Hendaya. Sin embargo, esa nueva reunión no llegó a celebrarse, pues Azucena fue detenida el día 9 de marzo.

Así las cosas, a tenor de los hechos declarados probados el único acto que ejecutó la acusada de colaboración para la organización ETA consistió en entregar dos pasaportes a una persona que contactaba con ETA, el copenado en la misma causa Heraclio , para que éste los aportara a la organización con el fin de que los utilizara alguno de sus miembros para huir a algún país de Hispanoamérica.

También convino realizar para dos miembros, al parecer vinculados a ETA, un transporte que nunca se llevó a la práctica, y se comprometió igualmente a realizar actos relacionados con la infraestructura de la referida organización terrorista en Centroeuropa. Sin embargo, tales actos nunca se consumaron debido a que fue detenida al regresar a España, el 9 de marzo de 1999, estando presa preventiva hasta el 24 de noviembre siguiente.

Ello significa que su tiempo de colaboración con ETA abarcó el periodo de un mes. Desde los primeros días de febrero de 1999 (se ignora la fecha concreta) hasta el 9 de marzo siguiente. Tiempo durante el que el único acto de colaboración realmente ejecutado fue el de la referida entrega de los dos pasaportes.



2. En el auto dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional se aporta como **primer argumento** para denegar la reducción punitiva prevista en el art. 579 bis.4 del C. Penal que el delito de colaboración con organización terrorista consiste en realizar actos de ayuda a una organización de esa índole, por lo que no cabría tener en cuenta un menor desvalor en cuanto al resultado al mostrarse ello contradictorio con la propia naturaleza del delito.

Con respecto a este primer aspecto, ya advirtió esta Sala en la sentencia 546/2016, de 21 de junio, que la literalidad del precepto, en tanto que se refiere a las penas señaladas en el Capítulo, permite entender que la previsión de reducción de la pena comprende tanto a los delitos tipificados en la Sección primera como a los que aparecen en la Sección segunda. Al mismo tiempo, configurando una decisión potestativa del tribunal adoptada en consideración a una objetiva menor gravedad, impone atender a tres aspectos: las circunstancias concretas, los medios empleados y el resultado producido.

Sería posible entender que la alusión a los medios y al resultado restringe la posibilidad de aplicación a los delitos en los que tanto unos como el otro concurren y sean o puedan ser relevantes. De esta forma, quedarían excluidos los delitos de la Sección 1ª, relativos solamente a la integración en organización terrorista. Sin embargo, tanto la referencia expresa a las penas señaladas en el Capítulo, como la referencia genérica a las circunstancias concretas, permiten interpretar que la norma comprende todos los supuestos contemplados en el Capítulo, sin exceptuar los delitos de integración en organización terrorista. Si bien, en el caso de que se trate de un delito en el que se hayan empleado medios o se haya causado un resultado que pudieran considerarse relevantes, ambos deberían ser, necesariamente, objeto de consideración expresa.

En el presente caso no se aprecia un supuesto de integración en organización terrorista, pero sí se está ante un delito de mera actividad y de peligro abstracto, a tenor de la definición que viene haciendo esta Sala con respecto al delito de colaboración con organización terrorista (art. 576 del C. Penal). Por lo cual, debe hacerse extensiva la doctrina acogida en la referida sentencia de que aunque no nos hallemos ante un delito que contenga un resultado separado espacio-temporalmente de la acción podría igualmente aplicársele la reducción punitiva del art. 579 bis.4, sin necesidad de que concorra un resultado naturalístico separado de la acción colaboradora. Así lo tiene admitido la sentencia de esta Sala referida *supra* y también el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional celebrado el 24 de noviembre pasado.

Al margen de lo anterior, debe igualmente ponderarse que los actos de colaboración suelen aportar un favorecimiento que incrementa el peligro inherente a las organizaciones terroristas, por lo que el delito de colaboración se viene considerando como de mera actividad y de peligro abstracto, en orden al incremento del riesgo de que en un futuro más o menos inmediato la conducta de colaboración se materialice en algún delito-fin de los denominados de resultado en sentido estricto.

Aclarado lo anterior, y entrando ya a calibrar el desvalor del injusto de la acción en la conducta de la recurrente, conviene comenzar recordando que la acusada, según ya se reseñó, sólo estuvo colaborando con la organización terrorista ETA durante el periodo de un mes.

En segundo lugar, es importante destacar que el único acto de colaboración que realizó o consumó fue entregar dos pasaportes a Heraclio, que se los entregaría a su vez a la organización terrorista ETA con el fin de que fueran utilizados por dos miembros de la organización que pretendían marcharse a un país de Centroamérica o de Sudamérica.

Los otros actos que realizó la penada, según ya se reiteró, consistieron en convenir o acordar en una reunión celebrada en París el 6 de marzo de 1999 con dos integrantes de la organización terrorista para, en su momento, colaborar en la instalación de la infraestructura de ETA en Centroeuropa. Igualmente, convino con ellos la labor consistente en realizar un transporte de materiales desde una ciudad situada entre Suiza y Alemania hasta las inmediaciones de París, explicándole ambos individuos de forma pormenorizada cómo se efectuaría tal traslado, a la vez que le advirtieron que el material era muy importante. Según se reseña en el auto recurrido ese material pertenecía a Ekin.

Sin embargo, esos actos no se llegaron a realizar y ni siquiera consta que fuera una actividad de inmediata ejecución. Por lo cual, sólo consta probada la existencia de un acuerdo serio y debidamente especificado de que se iban a ejecutar tales actos pero sin que se hubiera siquiera iniciado la actividad de ejecución. Ello significa que estaríamos más bien ante una conspiración para ejecutar varios actos de colaboración con la organización terrorista, pero sin que se iniciara una conducta calificable como tentativa, habida cuenta que ni siquiera se habían perpetrado lo que se conoce doctrinalmente como actos intermedios inmediatamente anteriores al inicio del hecho delictivo subsumible en la norma penal.

Por consiguiente, desde la perspectiva del desvalor del injusto de la acción sólo se cuenta con la conducta consumada consistente en facilitar a través de una tercera persona dos pasaportes a la organización terrorista



ETA para que, según se reseña en la sentencia, fueran utilizados por algún miembro de la misma para marcharse a un país hispanoamericano.

Se trata, pues, de un acto de colaboración que ha de ubicarse fuera del perímetro territorial o del foco donde se perpetran por la organización los gravísimos delitos que atentan contra los bienes jurídicos personales primordiales y también contra las propiedades y patrimonios públicos y privados ubicados en territorio español.

Las escuetas referencias que se hacen en el auto de la Audiencia Nacional a que se excluye la aplicación del art. 579 bis.4 debido a que la conducta atribuible a la acusada se ubicaba en el ámbito internacional y tendía a expandir la organización, carecen de la relevancia que pretende otorgarles la Sala de instancia, toda vez que, tal como ya se ha explicado y advertido, esos actos de colaboración nunca llegaron a perpetrarse, y ni siquiera a concretarse. Además, no se argumenta tampoco en la resolución recurrida por qué esas conductas proyectadas de forma genérica en el ámbito internacional iban a ser más lesivas para el bien jurídico que las perpetradas en el territorio nacional, máxime cuando ni siquiera se conocía su alcance real.

En cuanto a las circunstancias personales de la penada, tanto en el escrito de alegaciones del Fiscal de la Audiencia Nacional, como en el auto recurrido y también en las alegaciones formuladas ante esta Sala por la Asociación de Víctimas del Terrorismo, se hace referencia a que la penada pertenece a la entidad Ekin, dando todas las partes por cierto que ello es así. Sin embargo, ni en la sentencia de la Audiencia Nacional se afirma nada en concreto al respecto, ni tampoco en la dictada por esta Sala en casación. Sí se especifica en cambio que es concejal por Herri Batasuna en el Ayuntamiento de Asteasu.

En virtud de todo lo que antecede, se considera que el grado de injusto del ilícito penal en que incurrió la penada, tanto por la gravedad del único hecho ejecutado como por el tiempo durante el que estuvo en contacto con la organización terrorista ETA, justifican la aplicación de la norma prevista en el art. 579 bis.4 del C. Penal con respecto a la reducción punitiva del delito de colaboración contemplado en el art. 576 del C. Penal .

Así lo fundamentan, además de los datos objetivos expuestos, el hecho significativo de que la penada no estuviera implicada en acto de violencia alguno, ni que ocupara puesto alguno dirigente en ninguna organización terrorista, ni que conste tampoco siquiera su integración en alguna de las consideradas como satélites de ETA.

Por último, también conviene traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, de 20 de julio , en la que se declaró la inconstitucionalidad del tipo penal de colaboración con banda armada regulado en el art. 174 bis a) del C. Penal de 1973 , que constituye la norma antecedente del art. 576 del C. Penal de 1995 . La inconstitucionalidad de aquel precepto por vulnerar el principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas, como directa consecuencia de la aplicación del art. 174 bis a) C.P. 1973 . Afirmó el TC que el precepto resultaba inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes. Y matizó a continuación que no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador en ciertos casos imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo. A partir, por tanto, de la apreciación por parte de la Sala sentenciadora de que nos encontramos ante uno de los mencionados "actos de colaboración" con banda armada, el precepto legal en cuestión hubiera debido permitir la imposición de una pena proporcionada a las circunstancias del caso: no habiéndolo hecho así, el reiterado precepto incurre en inconstitucionalidad en el sentido que se acaba de indicar.

Aunque reformas posteriores del tipo penal han ajustado las exigencias de constitucionalidad del delito de colaboración, la referida sentencia sí sirve de admonición o sobre aviso acerca de la pluralidad de modalidades de conducta que se cobijan en el referido delito, así como el distinto grado de su gravedad, y también el riesgo que todo ello conlleva de que el precepto pueda abarcar actos que contengan un grado de ilicitud que no se haga acreedor al mínimo legal que contempla la norma. Razones que justifican aquí la operatividad del art. 579 bis.4 del C. Penal como medio de solventar la atemperación de la pena al caso concreto, que es a fin de cuentas el objetivo que pretende alcanzar la implantación de la nueva norma.

A tenor de todo lo que antecede, ha de prosperar parcialmente el recurso, estimación que conlleva la reducción en un grado de la pena impuesta en la sentencia dictada por este Tribunal el 22 de mayo de 2009 , en los términos que se especificarán en la segunda sentencia, declarándose de oficio las costas de esta instancia (art. 901 LECr .).

QUINTO . En lo que respecta al **segundo motivo** del recurso, formalizado al amparo del art. 852 de la LECr ., se limita a alegar la vulneración del **derecho fundamental a la libertad** (art. 17.1 CE y 5.1 del CEDH) por el hecho



de no haberse estimado la pretensión de la parte contra el auto recurrido, dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Las escuetas alegaciones formuladas por la parte sobre el referido derecho fundamental han de considerarse tratadas y resueltas en los fundamentos precedentes de esta resolución, fundamentos que ahora damos por reproducidos con el fin de evitar reiteraciones innecesarias para la resolución del recurso, que ha de estimarse en los términos expresados en su momento.

III. FALLO

ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por la representación de **Azucena** contra el auto dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, de 20 de julio de 2016, que desestimó la revisión de condena interesada por la recurrente en virtud de lo dispuesto en el art. 579 bis.4 del C. Penal, manteniendo así la sentencia dictada por esta Sala el 22 de mayo de 2009, que había modificado a su vez la dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 19 de diciembre de 2007. Se anula, pues, el auto impugnado, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Andrés Martínez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde**

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a ocho de Febrero de dos mil diecisiete.

En la causa Ejecutoria nº 44/2009, Pic nº 36 dimanante del Rollo de Sala 27/02 procedente del Sumario 18/98 del Juzgado Central de Instrucción num. 5 se dictó por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, Servicio Común de Ejecutorias auto desestimando la revisión de la condena de **Azucena**, de fecha 20 de julio de 2016, cuya resolución ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado **Alberto Jorge Barreiro**.

I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo razonado en los fundamentos de la sentencia de casación, se acuerda reducir en un grado la pena impuesta a la recurrente en la sentencia dictada por esta Sala el 22 de mayo de 2009 en aplicación del art. 576 del C. Penal (redacción originaria del C. Penal de 1995). De modo que, comprendiendo la pena inferior en un grado una horquilla punitiva que comprende desde dos años y seis meses de prisión hasta cinco años menos un día de prisión, se considera como pena aplicable al caso la de tres años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público durante igual tiempo, y una multa de doce meses, con una cuota diaria de 30 euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

Se ponderan para la cuantificación de la pena los actos de colaboración que llegó a consumir la penada, el periodo que abarcó su conducta punible (un mes) y el grado de repercusión que pudieran haber llegado a tener dentro del territorio nacional en lo que respecta al ámbito de los actos delictivos atribuibles a la organización terrorista ETA.



III. FALLO

Se deja sin efecto el auto dictado por la Sección Tercera de la **Sala de lo Penal** de la Audiencia Nacional el 20 de julio de 2016 . Y se revisa la sentencia dictada por esta Sala el 22 de mayo de 2009 en el sentido de condenar a Azucena como autora de un delito de **colaboración con organización terrorista**, a la pena de **tres años y seis meses de prisión** , con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público durante igual tiempo, **y una multa de doce meses**, con una cuota diaria de 30 euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro **Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde**

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. **D. Alberto Jorge Barreiro** , mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO