



Roj: **STS 284/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:284**

Id Cendoj: **28079120012017100072**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/02/2017**

Nº de Recurso: **10446/2016**

Nº de Resolución: **81/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal SENTENCIA

**Sentencia Nº:** 81/2017

**RECURSO CASACION (P) Nº :** 10446/2016 P

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Desestimatoria

**Voto Particular**

**Procedencia:** Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3ª

**Fecha Sentencia :** 10/02/2017

**Ponente Excmo. Sr. D. :** Miguel Colmenero Menéndez de Luarca **Secretaría de Sala :** Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río **Escrito por :** ARB

**Auto denegando revisión de condena impuesta.- Desestimatoria.- VOTO PARTICULAR.-**

**Nº:** 10446/2016P

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

**Fallo:** 25/01/2017

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SENTENCIA Nº:** 81/2017

**Excmos. Sres.:**

**D. Manuel Marchena Gómez**

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

**D. Joaquín Giménez García**

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 la siguiente



## SENTENCIA

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

En el recurso de Casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **Fernando** , contra auto denegando la sustitución de la pena de prisión impuesta al penado en el marco de la revisión de la condena impuesta en sentencia firme, dictado por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la ejecutoria nº 44/2009, con fecha diecisiete de Junio de dos mil dieciséis, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo parte recurrente el condenado **Fernando** , representado por la Procuradora Sra. Dª Carolina Martín-Maestro Barbero. En calidad de parte recurrida, la acusación particular la **ASOCIACIÓN VÍCTIMAS DEL TERRORISMO** , representada por la Procuradora Sra. Dª Esperanza Alvaro Mateo.

### I. ANTECEDENTES

**Primero.-** La Audiencia de instancia, dictó auto de fecha 17 de Junio de 2016 , en la Ejecutoria nº 44/09, en el que aparecen los siguientes

#### **Antecedentes de Hecho :**

*"PRIMERO.- En defensa de Fernando ( Arturo ) se ha instado 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 reducir la pena privativa de libertad a diez años de prisión por delito de pertenencia a organización terrorista, como director, y ados años de prisión por delito de alzamiento de bienes del Código Penal de 1973, para la aplicación del artículo 579 bis 4 del Código Penal en relación a la primera de las penas, interesa la rebaja en dos grados.- SEGUNDO.- En diligencia de 7 de junio de 2016 se confirió traslado al Ministerio Fiscal, por quien se ha evacuado informe oponiéndose a lo solicitado". (sic)*

**Segundo.-** La Audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

*"LA SALA ACUERDA: NO PROCEDE SUSTITUIR LA PENA DE PRISIÓN DE DIEZ AÑOS IMPUESTA AL CONDENADO Fernando ( Arturo ) en el marco de 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 como autor de un delito de director de organización terrorista, que ha sido instada(sic)".*

**Tercero.-** Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley por la representación de Fernando , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**Cuarto.-** En el recurso interpuesto por la representación del recurrente Fernando lo basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**1.- PRIMERO:** Por Infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECriminal , por entender que se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, que debe ser observada en aplicación de la Ley penal, y, concretamente: el artículo

579 bis.4 del Código Penal, en relación al Capítulo VII, "De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo" ( artículos 571 a 580, ambos incluidos), del Título XXII, "Delitos contra el orden público" del Libro II, "Delitos y sus penas", al artículo 2.2 del mismo cuerpo legal y a la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo .

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día

25 de Enero de 2017.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurrente fue condenado en sentencia de 19 de noviembre de 2007, dictada por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional , como autor, en lo que aquí interesa, de un delito de pertenencia a organización terrorista, como director, a la pena de trece años y seis meses de prisión. El Tribunal Supremo, en STS nº 480/2009, de 22 de mayo , casó parcialmente la sentencia de instancia y mantuvo la condena



del recurrente como autor responsable de un delito de pertenencia a organización terrorista, en concepto de director, si bien reduciendo la pena a 10 años prisión e inhabilitación especial de igual duración para empleo o cargo público. El recurrente solicitó del tribunal sentenciador la aplicación del artículo 579 bis.4 del Código Penal introducido por la reforma operada en aquel por la LO 2/2015, que prevé la posibilidad de imponer la pena inferior en uno o dos grados cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido. Sostiene el recurrente que el precepto es aplicable a los delitos de integración o pertenencia a organización terrorista, y que, en el caso, el hecho por el que se condena debe considerarse de menor gravedad al no constar la realización de actos de violencia física.

1. Las cuestiones planteadas en el recurso ya han sido resueltas por esta Sala. En la STS nº 546/2016, de 21 de junio, en la que se recogían pronunciamientos anteriores, y que fue seguida por otras en sentido similar, se razonaba como sigue, en términos que son aplicables al caso:

" 1. El artículo 579 bis.4 del Código Penal, incorporado por la reforma operada en ese cuerpo legal por la LO 2/2015, dispone que 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.

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 restringen 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 excepcionar 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.

Por otro lado, la menor gravedad no puede excluirse en casos de integración en una organización terrorista solo por el hecho de que lo sea, pues este supuesto ya está contemplado en la redacción del precepto. Dada la gravedad de la pena mínima, cabe considerar la posibilidad de que en algunos casos, aun apreciándose la integración en la organización terrorista, las funciones o misiones del sector de la organización en la que se integran o a la que pertenecen, o la actividad individual del acusado revistan tan escasa importancia que el hecho concreto de su integración personal en la organización pudiera considerarse objetivamente como un hecho de menor gravedad.

2. Se plantean dos cuestiones. De un lado, si la previsión del artículo 579 bis.4 es aplicable a los delitos de integración en organización terrorista del artículo 572 en relación con el 571. Y, en segundo lugar, si la respuesta fuera afirmativa, si es procedente la aplicación de esa previsión en el caso concreto.

La primera debe ser respondida en sentido positivo, como se desprende de lo ya dicho más arriba. En algunos precedentes, que se citan en los recursos, esta Sala así lo entendió. En la STS nº 716/2015, de 19 de noviembre, partiendo de que se trata de un subtipo atenuado con un amplio campo de reducción del marco punitivo, ubicándose los criterios de aplicación en el grado del injusto, tanto desde la perspectiva del desvalor de la acción como del desvalor del resultado, (en este sentido también la STS nº 338/2015, de 2 de junio) aplicó el precepto a una condena por integración en organización terrorista, valorando que se trataba de una militante de Segi, con funciones de coordinación, pero que la conducta que se le atribuye en virtud de la prueba practicada y los resultados derivados de la misma deben ser calificados de escasa gravedad, en atención a que no se ha apreciado una especial gravedad en lo que atañe a los medios utilizados en las actividades propias del grupo que coordinaba, ya que no se especificaba en la sentencia que la acusada realizara actos de violencia callejera ni que impartiera directrices en tal sentido.

Se tuvo, pues, en consideración las actividades que desarrollaba y mediante las que se demostraba su integración en la organización terrorista para establecer si, objetivamente, el hecho podía considerarse de menor gravedad.

3. La segunda cuestión se centra en determinar si dados los hechos probados en la sentencia cuya revisión se pretende, es pertinente la apreciación de un supuesto de menor gravedad. Ya hemos dicho más arriba que la menor gravedad debe apreciarse dentro de grupos de hechos que ya de por sí son especialmente graves, como



ocurre con la integración en organización terrorista o con delitos de terrorismo. Dentro de estos grupos de hechos habrá de considerarse si algunos de ellos pueden valorarse como hechos de menor gravedad. Concretamente cuando se trata de integración en organización terrorista, habrá de valorarse las actividades que, según la sentencia, tiene por misión el sector de la organización terrorista en el que el acusado se integra, y, además, la actividad que desarrolla cada uno de los acusados. En la STS nº 716/2015, antes citada, se tuvo en cuenta la ausencia de violencia en la conducta probada de los acusados".

Y se añadía, finalmente, desestimando el motivo: "Aún así, todavía sería posible acudir a las previsiones del artículo 579 bis. 4 en relación con alguno de los recurrentes si su concreta actividad dentro de la organización, grupo o sector de éstos en el que se integran revistiera objetivamente menor gravedad en atención a las circunstancias concurrentes. Respecto de ninguno de los recurrentes se declara probada su participación en acciones violentas. Tampoco que instigaran directamente a su comisión. Sin embargo, todos ellos son condenados por ser responsables de distintas áreas, lo que revela una posición preponderante respecto de los meros militantes activos, que, teóricamente, ocuparían posiciones subordinadas a ellos".

Posteriormente, en el Pleno no Jurisdiccional para unificación de doctrina celebrado el pasado 24 de noviembre de 2016, en relación con la interpretación del alcance jurídico del nuevo párrafo 4º del art 579 bis del CP, esta Sala adoptó el siguiente acuerdo:

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.

3º.- 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.

4º.- 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 sí solo la aplicación de la atenuación, siendo necesario evaluar caso por caso los criterios anteriormente señalados".

Acuerdo que fue aplicado en la STS nº 997/2016, de 17 de enero de 2017.

2. En el caso, como ya se decía en la sentencia citada más arriba, ha de partirse de que, como se decía en la STS nº 985/2009, de 13 de octubre, y, en sentido similar en otras muchas relativas a la misma organización terrorista, *ETA sería el verdadero prototipo de organización terrorista, plenamente situada al margen no sólo de la Ley sino también del ámbito de los valores democráticos internacionalmente reconocidos, por llevar a cabo actos de violencia, encaminados a sembrar el terror en la población como procedimiento para alcanzar sus objetivos de subversión social e institucional*. No puede prescindirse de hechos notorios, como son los que resultan de la constatación de que ETA ha desarrollado durante muchos años una conducta extraordinariamente violenta en España, especialmente contra numerosas personas a las que privó de la vida, de la integridad física o de la libertad, actuando contra un régimen democrático en el que se reconocía a todos la posibilidad de defensa pacífica de cualquier idea o planteamiento políticos. Ni tampoco, puede ahora añadirse, puede prescindirse de que, en su presencia y actividad en el País Vasco, era apoyada y auxiliada, en forma apreciable por organizaciones como KAS o su sucesora EKIN, por lo que no se trata de organizaciones de menor importancia en la persistencia de la actividad delictiva terrorista.

En la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cuyos hechos probados no fueron alterados en la sentencia de casación se declaraba probado, entre otras menciones fácticas, que el recurrente era responsable nacional de la tesorería de la "Koordinadora Abertzale Socialista" y encargada de la supervisión de las decisiones relativas a la contratación y financiación de los individuos que, en calidad de liberados, prestaban sus servicios a la coordinadora; que era responsable de l control último y definitivo de la mercantil Untzorri Bidaiak, S.L.; que en el registro de su domicilio se le incautó su ordenador, y dentro del directorio "DOK" se encontraba el documento titulado "Lana W.P.". Dicho documento contenía un exhaustivo estudio sobre



los ejes de desarrollo de alguna de las empresas del denominado "proyecto Udaletxe", proyecto diseñado por la organización terrorista ETA y gestionado por la "Koordinadora Abertzale Socialista" (KAS); y que En el repetido documento, y bajo el apartado "pescado" se contienen entre otros los extremos siguientes: "Antes de otra cosa debemos tener las cosas claras. El que esto escribe, ve necesario que, en función de las dos preguntas siguientes, tener una clara y única respuesta, porque podemos hablar sobre el resto en función de la misma. 1.- Esta es una empresa creada para el sostenimiento de los compañeros en el extranjero y por lo tanto el KOOP tiene participación directa. Por consiguiente ¿debe tomar las decisiones que le competen?. 2.- En la época que esta empresa se creó los compañeros del extranjero hallaron trabajo en la misma, no hay dependencia directa y ¿podemos tomar decisiones?" .

Aunque es cierto que, según los hechos probados, el recurrente no intervino directamente en la ejecución de actos violentos, su participación en la actividad de la organización terrorista no puede considerarse de menor entidad. En la fundamentación jurídica de la segunda sentencia dictada por esta Sala, se establece un segundo nivel de responsabilidad en el que sitúa al recurrente, dado que el mismo era Consejero y Administrador Unico de Ardatza, y además responsable a nivel nacional de la Tesorería de KAS, con facultades decisoria sobre otros procesados en el entramado económico. Posición que esta Sala, al imponer como justificada la pena de diez años de prisión, entendió entonces que era importante, ligeramente inferior a la de Porfirio , al que considera el máximo responsable de KAS, cuyas funciones en el apoyo a ETA no es preciso reiterar aquí, bastando remitirse a los hechos probados de la sentencia de instancia, en ese aspecto no modificados por la sentencia de casación, cuando se afirma que " En la teoría del desdoblamiento, ETA aparecía públicamente representada sólo por su "Frente Militar", pero dicho "frente" controlaba de forma férrea a los organismos e instituciones que se integraron en KAS, Coordinadora encargada de reivindicar desde dentro del nuevo sistema, utilizando la denominación genérica de "Movimiento de Liberación Nacional Vasco" (MLNV), los mismos objetivos que el "Frente Militar" de ETA " .

Por lo tanto, dadas las funciones de dirección y mayores responsabilidades que, según los hechos probados, desempeñaba el recurrente en la organización de apoyo a ETA, los hechos por los que ha sido condenado no pueden considerarse de menor gravedad.

Por todo lo expuesto, el motivo se desestima.

### III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de Casación por infracción de Ley, interpuesto por la representación procesal de **Fernando** , contra auto dictado por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3ª, con fecha 17 de Junio de 2.016 , en Ejecutoria número 44/2009. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Joaquín Giménez García

**TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal**

### VOTO PARTICULAR

**FECHA:10/02/17**

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Joaquín Giménez García, respecto de la Sentencia nº 81/2017, de fecha 10/02/2017 recaída en el Recurso de Casación nº 10446/2016P.**

**Primero.-** Desde el respeto que me merecen los compañeros del Tribunal que firmaron la decisión mayoritaria que concluye con la decisión de no haber lugar a revisar la sentencia condenatoria impuesta a Fernando , ni por tanto aplicar el párrafo 4ª del art. 579 bis del Cpenal introducido en la reciente reforma del Cpenal, L.O. 2/2015 en materia de delitos de terrorismo, *discrepo de tal decisión* , y por el contrario considero que *debió revisarse su condena* con imposición de una *pena inferior en un grado* , a la que se le impuso --10 años de prisión--.

La L.O. 2/2015 introdujo *ex novo* , el art. 579 bis que, en lo que aquí interesa, en su párrafo 4º y *al margen* de toda exigencia de abandono de la actividad delictiva o de colaboración con las autoridades, estableció



*un nuevo supuesto atenuatorio*, cuando objetivamente el hecho sea de *menor gravedad* atendido el medio empleado o el resultado producido.

Pues bien, mi disidencia se centra en que, en mi opinión, tal dato de menor gravedad *se puede predicar* de los hechos de los que fue condenado el recurrente citado.

Nos dice el párrafo 4º del art. 579 bis :

*"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".*

El Capítulo concernido es el VII del Título XXII del Cpenal, en sus *dos secciones* se refiere a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, y dentro de ellos en el art. 572 se distinguen *dos situaciones* : la de los *organizadores o directores*, sancionables con pena de ocho a catorce años de prisión, y la de los *participantes activos* sancionables con pena de seis a doce años de prisión (más pena de inhabilitación en ambos casos).

Es obvio que el párrafo 4º comentado despliega, en teoría, su virtualidad *tanto frente a los directores/organizadores como frente a los meros participantes activos*, siempre que se de, en uno y otro caso, la menor gravedad, único presupuesto exigible para beneficiarse de la atenuación.

**Segundo.-** Por otra parte, el *Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de Noviembre del pasado año*, acordó la posible aplicación del párrafo 4º del art. 579 bis en todos los delitos de terrorismo del art. 572 Cpenal, por lo tanto este subtipo atenuado puede desplegar su aplicación tanto en relación a los delitos de terrorismo en los que el sujeto concernido ha efectuado la actividad delictiva enjuiciada de modo efectivo bajo la forma de acción armada y violenta (sea como jefe o miembro activo), o bien sea en el seno de las organizaciones que integran los otros "*frentes*" que actuaban controlados por ETA pero actuando con apariencia de legalidad. En definitiva lo que la STS 480/2009, denominó la "*teoría del desdoblamiento*" que también se cita in fine en el f.jdco. primero de la sentencia de la mayoría, ya fuese como dirigente o como miembro activo.

El único requisito o presupuesto de la aplicación del citado párrafo cuarto es la *menor gravedad objetiva del hecho*, menor gravedad –como ya se ha dicho–, que a mi juicio, debe valorarse desde la *doble escala de protagonismo* que se reconoce en la Ley: dirigente o miembro activo.

En dicho Pleno, en su último párrafo se dice que :

*"...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 sí solo la aplicación de la atenuación, siendo necesario evaluar caso por caso los criterios anteriormente señalados..."* .

Obviamente estoy de acuerdo con esta prevención que trata de *evitar una aplicación puramente automática del precepto* a las personas integradas en esos otros "*frentes*".

*Todo enjuiciamiento es por esencia una actividad individualizada*, no seriada, y la propia lectura del tipo privilegiado exige ese análisis "*caso a caso*".

Pero también considero que debe rechazarse una interpretación que partiendo de la condición de organizador, jefe o dirigente de la persona concernida concluya que esa misma condición de dirección le excluiría, en todo caso, de la menor gravedad que permitiría una revisión de la pena de acuerdo con el art. 579 bis-4º, porque *tampoco esta conclusión se concilia con el tipo atenuado*.

En definitiva, considero que el parámetro de la "*menor gravedad*" se proyecta necesariamente *tanto* respecto de los dirigentes *como* de los participantes activos, no existiendo, ninguna incompatibilidad ni jurídica ni conceptual en estimar, que partiendo del *caso concreto* se puede apreciar tal "*menor gravedad*" en la actividad desarrollada por la persona condenada como dirigente de una de las empresas u organismos que conforman ese "*otro frente*" (político, cultural, económico o social) dominado y al servicio de la actividad violenta de ETA.

**Tercero.-** La Jurisprudencia de la Sala no es muy abundante dado lo reciente de la reforma.

*Se pueden contabilizar las siguientes resoluciones :*

1- STS 716/2015 .

Los solicitantes de la revisión habían sido condenados como *integrantes activos* de SEGI, uno de ellos coordinador de la misma en Alava, y condenados a seis años de prisión.

Se les revisó la condena por aplicación del art. 579 bis-4º y se les impuso la pena de dos años de prisión, con rebaja de dos grados.



2- STS 546/2016 .

Los solicitantes fueron condenados como *integrantes activos* de organización terrorista a la pena de ocho años de prisión.

Se rechazó la revisión de la pena ya que los mismos eran responsables de diversas áreas, tales como " *área de huidos*", " *área de solidaridad y asistencia*", " *área de libertades democráticas*", " *responsable de comunicación*".

3- STS 554/2016 .

El solicitante de revisión fue condenado como *integrante activo "semiliberado de EKIN"*, teniendo las llaves del local de reuniones y cobrando un sueldo de 55.000 ptas.

Se revisó la pena y se le redujo la pena en un grado y se le impuso la de cinco años de prisión.

4- STS 997/2016 .

La solicitante de revisión fue condenada como *integrante activo* de una organización terrorista (Azkatasuna), organización satélite de ETA, pero sin intervención violenta, a una pena de ocho años de prisión dedicándose a la convocatoria de ruedas de prensa, manifestaciones o movilizaciones.

Se revisó la pena y se le redujo la pena en un grado imponiéndosele la de cinco años y seis meses de prisión.

5- STS 46/2017 .

La solicitante fue condenada como *integrante activa*, estando encargada de la tesorería de la herriko-taberna de Rentería. Fue condenada a la pena de seis años y seis meses de prisión.

Se revisó la pena y se le rebajó la pena en un grado y se le impuso la pena de tres años y seis meses.

**Cuarto.-** En el presente caso, el solicitante de la revisión de la condena fue condenado como *dirigente* en la sentencia de la Audiencia Nacional a la *pena de trece años y seis meses de prisión*.

En el *recurso de casación* ante esta Sala, manteniendo la calificación, se le impuso la *pena de diez años de prisión* -- STS 480/2009 --.

Es esta pena de diez años de prisión la que se solicita que le searevisada.

En la sentencia de la mayoría se recoge la actividad desarrollada por el solicitante en la sentencia de la Audiencia Nacional que le condenó.

En síntesis :

-Responsable de la tesorería de la "Koordinadora Abertzale Socialista"

-KAS--.

-Responsable del control último y definitivo de la empresa Untzorri

Bidaiak S.L. --agencia de viajes--.

-Se le ocupó en su ordenador una copia del documento "Lana W.P.", referente a los ejes del desarrollo de la empresa del "Proyecto Udaletxe", proyecto diseñado por ETA y gestionado por KAS. Entre otros aspectos, se hace referencia a que se trata de una empresa creada para el sostenimiento de los compañeros en el extranjero.

-Era asimismo Consejero y único administrador de la empresa Ardatza que fue instrumentalizada para ocultar el patrimonio social de "Orain" para evitar su traba por la Tesorería General de la Seguridad Social, hecho por el cual, también fue condenado como autor de un delito de alzamiento de bienes a la pena de dos años de prisión.

A mi juicio, sin banalizar, de ninguna manera, la responsabilidad del solicitante de la revisión en ese entorno de gestión económica de empresas al servicio de ETA, y desde la realidad de que ya fue valorado ese protagonismo al considerarle como *dirigente*, de acuerdo con el párrafo 1º del art. 572-1º, considero que tal actividad puede beneficiarse del tipo atenuado del art. 579 bis-4º.

La sentencia de la mayoría reconoce que el recurrente no intervino en la ejecución de actos violentos, su actividad fue de gestión empresarial dentro de ese entramado de ETA en los términos que se han expuesto, que son graves por su condición de dirigente, pero que desde esa situación no debe concluirse con la negativa a la revisión porque la apelación final que se efectúa en la sentencia de la mayoría a "las funciones de dirección y a las mayores responsabilidades", como argumento para justificar la negativa a la revisión por no considerarse de menor gravedad.



Me parece, con respeto a la opinión mayoritaria un argumentotautológico . Precisamente esa dirección ya fue tenida en cuenta para considerarle dirigente e imponerle la pena de diez años –incluso de uno más al mínimo legal, fijado en el art. 572 en ocho años–, por ello no puede volver a valorarse ese protagonismo para concluir que no existe esa misma gravedad.

Por ello, disiento de la opinión de la mayoría.

Creo que la labor desempeñada por el recurrente, la responsabilidad de la tesorería de KAS, contratación de personas, organización de viajes a través de la agencia de viajes y la labor de contratación y financiación de personas, así como atender a "los compañeros en el extranjero", es consecuencia de su condición de dirigente de las sociedades concernidas pero tuvo una naturaleza de gestión empresarial, ajena no ya a toda acción violenta, sino también ajena a toda actividad de dinamización social en favor de ETA . En este escenario, se ajusta a la menor gravedad dado los medios y los resultados que exige el art. 579 bis-4º, y en este particular, debe tenerse en cuenta que por la labor de ocultación de bienes para evitar el embargo de la Tesorería de la Seguridad Social, ya fue, además condenado como autor del delito de alzamiento de bienes como ya se ha dicho, por lo que no puede volver a tenerse en cuenta el desvalor de esta acción y su resultado.

Considero que otra solución, lleva en sí mismo el germen de efectuar una interpretación rigurosa que desembocaría a la postre en la inaplicación del tipo atenuado en todos los casos de condena por jefatura , conclusión que no está amparada en los términos del art. 579 bis-4º.

**Quinto.- Dos últimas reflexiones .**

1- Como primera reflexión , creo que en el presente caso a la vista de la pena impuesta al solicitante de revisión –diez años de prisión–, se resiente el principio de proporcionalidad de las penas que como tiene declarado con reiteración esta Sala, tal principio debe ser:

"...El eje definidor siempre de cualquier decisión judicial..." . SSTs de 18 de Junio 1998 ; 747/2007 ; 827/2010 ó 705/2014 , entre otras muchas. Por lo demás, debe recordarse la vigencia ineludible de tal principio en nuestro Ordenamiento Jurídico, y al respecto basta la cita del art. 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea , ratificada por España en la L.O. 1/2008 , cuyo párrafo 3º exige que "la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción" .

Mas aun , considero que el párrafo 4º del art. 579 bis es una manifestación concreta del principio de proporcionalidad de penas, a la vista del hecho nuevo que supone el cese de la actividad terrorista de ETA desde hace cinco años, cese que debe ser considerado como definitivo e irreversible.

2- Como segunda reflexión , y enlazado con la prevención contenida en el art. 3-1º del Ccivil según el cual, las normas deben interpretarse teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que hayan de ser aplicadas, debemos tener en cuenta la insoslayable realidad del cese de la actividad terrorista de ETA desde hace cinco años , realidad que sin duda la tuvo el legislador al introducir el párrafo 4º del art. 579 bis .

No es difícil aventurar que, precisamente, en el cese de la actividad terrorista se encuentra la justificación del repetido párrafo cuarto introducido por el poder legislativo.

Esta nueva realidad, también ha tenido eco en una resolución de esta

Sala –Causa Especial 20483/2015 de 17 de Enero– de forma inequívoca.

*Concluyo*

Debió serle apreciado al solicitante Fernando el párrafo 4º del art. 579 bis del Cpenal , en relación a la pena que le fue impuesta, rebajándola en un grado .

Teniendo en cuenta que la pena en abstracto para los dirigentes es de ocho años a catorce años de prisión, considero que con rebaja en un grado debió habersele impuesto la pena de siete años de prisión , equivalente a la mitad superior de la pena inferior en un grado, con inhabilitación especial para el empleo o cargo público durante el tiempo de la condena , pena que considero respetuosa con el principio de proporcionalidad y adecuada a los dos parámetros a que debe responder la pena: el nivel de culpabilidad y gravedad del hecho.

Joaquín Giménez García

**PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Miguel Colmenero Menéndez de Lurca, estando celebrando 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.