



Roj: **STS 2732/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2732**

Id Cendoj: **28079120012017100522**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2017**

Nº de Recurso: **10056/2017**

Nº de Resolución: **527/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JUAN SAAVEDRA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 527/2017**

Fecha de sentencia: 11/07/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10056/2017 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/05/2017

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz

Procedencia: Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: ICR Nota:

Resumen Revisión de pena solicitada ex artículo 579 bis.4 CP . Aplicación del Acuerdo de Sala General 24/11/2016. Integración del penado en ETA. Se desestima el único motivo del recurso por infracción de ley.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10056/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 527/2017**

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Juan Saavedra Ruiz



En Madrid, a 11 de julio de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación 10056/2017P por infracción de ley, interpuesto por **Luis Alberto**, contra el auto dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de fecha 10/01/2017, desestimatorio del recurso de súplica interpuesto contra el auto de 23/11/2016; 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, siendo parte el Ministerio Fiscal, estando representado el recurrente por la procuradora D<sup>a</sup>. Ana Lobera Argüelles y asistido del letrado D. Iñigo Iruín Sanz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, dictó auto de fecha diez de enero de dos mil diecisiete que contiene los siguientes antecedentes de hecho:

<<PRIMERO.- En la presente ejecutoria nº 21/2012 (pieza individual de condenado nº 1, dedicada al penado Luis Alberto, dimanante del rollo de Sala de procedimiento ordinario nº 95/2009, a su vez proveniente del sumario nº 56/2009 del Juzgado Central de Instrucción nº 5), se dictó auto con fecha 23 de noviembre de 2016, en el que se acordó no haber lugar a la revisión de la sentencia condenatoria firme dictada en la presente causa, formulada por la representación procesal del mencionado condenado en escrito presentado el día 13 de octubre de 2016 y fechado tres días antes.- SEGUNDO. Por la representación procesal de Luis Alberto se presentó escrito con fecha 29 de noviembre de 2016, registrado un día después, en el que interpuso recurso de súplica contra el auto referenciado en el párrafo anterior, interesando su revocación y que, en su lugar, se acuerde imponer al interesado la pena inferior en un grado a la fijada en la sentencia nº 22/2011, de 16 de septiembre, con lo demás que en derecho convenga.- De dicho escrito se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal para informe el mismo día 30 de noviembre de 2016, que lo evacuó en escrito presentado y fechado el 5 de diciembre de 2016, registrado al día siguiente, en el sentido de oponerse al recurso interpuesto, y dando por reproducidos los argumentos expuestos en el informe emitido con fecha 18 de noviembre de 2016, que obra en las actuaciones.- TERCERO. A partir de entonces el procedimiento quedó pendiente de la decisión correspondiente>>.

**SEGUNDO.-** La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, dictó la siguiente parte dispositiva:

<<EL TRIBUNAL ACUERDA: Desestimar el recurso de súplica interpuesto por la representación procesal del condenado Luis Alberto contra el auto de 23 de noviembre de 2016, denegatorio de la petición de rebaja en un grado de la pena impuesta en sentencia firme, por aplicación del artículo 579 bis 4 del Código Penal. Por lo que confirmamos dicha resolución en su integridad>>.

**TERCERO.-** Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación de Luis Alberto, 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.-** La representación del recurrente alegó los motivos siguientes: **ÚNICO.-** Por infracción de ley del núm. 1 del artículo 849 de la LECrim., por inaplicación del artículo 579 bis 4 CP, introducido por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo.

**QUINTO.-** El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Realizado el señalamiento se celebró la deliberación y votación prevenida el día 31/05/2017.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.** Se formaliza un único motivo de casación ex artículo 849.1 LECrim. por inaplicación del artículo 579 bis.4 CP introducido por la L.O. 2/2015. En el extracto del motivo se sostiene que los autos recurridos de la Audiencia Nacional niegan la revisión de la condena por considerar que la actividad del recurrente "no puede ser calificada objetivamente como de menor gravedad, a pesar de que la Audiencia Nacional reconoce que no consta imputado en la planificación de actos violentos"; añadiéndose en el extracto que no solo no ha participado, directa o indirectamente, en actos de violencia sino que tampoco los ha promovido; además, no se halla integrado en ninguna organización satélite de ETA, ni desarrolló actos de adoctrinamiento y expansión de sus actividades, "siendo en todo momento su conducta de naturaleza pacífica".



En su desarrollo hace la exégesis del artículo 579 bis.4 mencionado, relacionándolo con la STC 136/1999, con cita de la jurisprudencia de esta Sala anterior al Acuerdo de nuestro Pleno no Jurisdiccional de 24/11/2016 (SSTS 716/2015, 546 y 554/2016 y 997/2016, que ya aplica directamente el mismo).

En relación con el asunto ahora enjuiciado se refiere a los hechos probados en relación con las actividades desarrolladas por el penado, que tuvieron lugar en el período comprendido entre marzo de 2009 (presentación de la comisión) y octubre de 2009 (fecha de la detención). Invoca también la sentencia 1/2016 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sentencia de conformidad donde se hizo aplicación del artículo cuya infracción o inaplicación se denuncia, para concluir que en el período de actividad mencionado más arriba ni estaba integrado en la rama de la organización terrorista que realiza de modo efectivo la acción armada, ni en ninguna organización satélite, subordinada o al servicio de ETA, siendo sus modos de acción "para llevar a cabo su pertenencia a organización terrorista .....en realidad (el) ejercicio de las libertades públicas y derechos fundamentales, si bien, conforme a la sentencia, se instrumentalizaron al servicio de ETA", no llevando a cabo actos de adoctrinamiento y de expansión de las actividades de la banda, sin que en cuanto a sus resultados se mencione relación de causalidad alguna o de imputación objetiva entre la conducta del condenado y concretos delitos violentos que hubieran causado víctimas personales o daños materiales de ninguna clase.

**2.1.** Teniendo en cuenta el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 24/11/2016 y la numerosa jurisprudencia posterior que lo ha aplicado debemos atenernos a ello para resolver si procede o no la revisión pretendida.

No obstante debemos precisar tres cuestiones inicialmente. En primer lugar, los hechos probados en la sentencia de la Audiencia Nacional de 16/09/2011 permanecen intangibles, siendo ratificados y reproducidos en el antecedente único de la segunda sentencia de la dictada por esta Sala de Casación el 07/05/2012, por lo que no cabe su modificación, de la misma forma que persisten los razonamientos que no sean incompatibles con la potencial aplicación del subtipo atenuado que se pretende. En segundo lugar, como ya dijimos en el fundamento de derecho preliminar de la sentencia de casación mencionada, y sirve en el trance de revisar la pena ex artículo 579 bis.4 CP, "el objeto del juicio no alcanza al debate político y estratégico en el seno de la Izquierda Abertzale, actividad que no corresponde analizar a la jurisdicción, sino la ejecución por los acusados del plan diseñado por una organización terrorista, que no ha depuesto las armas (en el momento del enjuiciamiento), como integrantes de la misma", de forma que fue declarado autor "del delito calificado por la acusación por pertenecer a una organización terrorista, no por desarrollar la acción política programada". Por último, la subsunción que se pretende tiene que ser contemplada en una perspectiva "ex tunc" (la del momento del enjuiciamiento) y no "ex nunc" (en el momento actual).

A partir de la sentencia, citada expresamente en el recurso 997/2016, han sido numerosas las dictadas con posterioridad por esta Sala de Casación en relación con la cuestión suscitada, todas ellas en el presente año 2017 (46, 81, 144, 146, 243, 278, 410, 411, 414 y 423), de las cuales han sido estimatorias de los recursos formalizados en su momento la 46 y la 243. En realidad el núcleo de la doctrina jurisprudencial se identifica en todas ellas con la primera de las citadas (997/2016) singularizando su aplicación o modulación al caso concreto.

Nuestro Acuerdo de 24/11/2016, dice como sigue <<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 si solo la aplicación de la atenuación, siendo necesario evaluar caso por caso los criterios anteriormente señalados>>.

Despejadas definitivamente las dudas acerca del ámbito de aplicación de lo que algunas sentencias han denominado subtipo atenuado o cláusula de individualización de la pena, "lo que en cualquier caso nos conduce a una solución idéntica al tratarse de una revisión normativa que amplía, en el tramo mínimo, el ámbito de la penalidad por la apreciación de los presupuestos de menor gravedad en la acción o en el



resultado, en atención a la necesidad de respetar el principio constitucionalidad de proporcionalidad" ( STS 997/2016 , fundamento cuarto)-, en el sentido de su aplicación a todos los delitos previstos en el Capítulo VIII, referido a organizaciones y grupos terroristas y delitos terroristas, y su aplicación retroactiva tanto en fase de enjuiciamiento o casación o revisión, como es el caso, o se trate de delitos de actividad o de resultado. Debemos subrayar que "el criterio ponderativo de que se vale la norma 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)", de forma que el marco penal de individualización de la pena es extraordinariamente amplio y por ello la aplicación del principio de proporcionalidad a tener en cuenta por los tribunales, lo que ya fue puesto de relieve por el Tribunal Constitucional en la STC del Pleno 136/1999 .

También exponíamos en la STS 997/2016 , fundamento quinto, que <<como señala la STS 554/16, de 23 de junio , **la posibilidad de atenuación por la menor gravedad no debe verse limitada por la expresión de los dos parámetros de la reducción penológica, los medios empleados y los resultados producidos** , pues una interpretación literal del precepto haría que no fuera de aplicación al tipo penal de integración en organización terrorista como delito de mera actividad que no requiere ni de medios en su ejecución ni produce un resultado como alteración de una realidad preexistente.- Como dijimos en la STS 716/2015 , **su aplicación es procedente cuando los actos enjuiciados revelan una menor antijuridicidad en la medida en que los hechos probados no revelan ni actos de violencia ni actos de adoctrinamiento y de expansión de las actividades de la organización** . En este sentido **el término "medios empleados" ha de ser entendido como "modos de acción"** , que permite aplicar la posibilidad de reducción en los delitos de integración en los que ni se emplean medios ni se persiguen resultados>>, y en el sexto añadíamos <<en tercer lugar, 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 los atentados violentos (en el caso ahora enjuiciado, la organización terrorista ETA), o una de las organizaciones dependientes que se integran en el entramado de la organización armada para cooperar con sus fines>>.

**2.2.** Por lo que hace a la aplicación de la doctrina sentada en el Acuerdo plenario debemos tener en cuenta lo ya señalado por esta Sala de Casación en el fundamento décimo 2 de la STS 351/2012 cuando dábamos respuesta al motivo formalizado por el entonces recurrente por aplicación indebida del artículo 571.2 CP <<Asiste razón al recurrente cuando afirma que nada hay en la descripción histórica que apunte sólidamente hacia la condición de dirigente de la organización terrorista que se le imputa en la sentencia, pues la simple afirmación de que, en plano de igualdad con Maximino , ostentaba la superior categoría de responsable y promotor de una novedosa estructura, encargada de trazar y transmitir líneas de actuación, no sólo no se corresponde con la actividad que ulteriormente se le atribuye, sino que tampoco justifica esa posición de mando directo desde la cúpula de la organización criminal, a la que esta Sala reserva dicha modalidad agravada. Tampoco a través de las diversas comparecencias públicas y actividades en que participó durante esos meses pone de relieve un poder de dirección, sino por el contrario la asunción del cometido de transmitir al exterior directrices internas y mandatos recibidos de la banda armada, en ejecución de esa faceta de desdoblamiento político acordado en los documentos en los que así lo había decidido la organización y a los que se han hecho anteriores referencias.- Tal tipo de actuación, de segundo grado, sí justifica la subsunción jurídica en el delito de integración en organización terrorista, previsto en los arts. 515.2 y 516.2 CP vigente al tiempo de los hechos y, actualmente, en el art. 571.2 CP . En orden a la individualización de las penas correspondientes, se considera ajustada a la intensa y multidisciplinar actividad desarrollada por el acusado durante ese tiempo, al servicio de los planes de la organización terrorista, una pena de seis años y seis meses de prisión, con sus correspondientes accesorias>>.

Lo anterior contiene la clave para la desestimación del motivo.

Señalamos en nuestro Acuerdo que podrá tomarse en consideración el dato de si la rama de la organización terrorista en la que se integra, en este caso el condenado, es precisamente aquélla 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, de forma que en este último caso deberá valorarse tanto la actividad que realiza el condenado dentro de la organización, grupo o sector en el que se integra, como la relevancia o entidad de sus funciones o misiones que desarrolla, sin que en ningún caso el mero hecho de que el sector de la organización en que se integra no utilice armas o explosivos ni realice atentados terroristas determine por sí solo la aplicación de la atenuación. En las conclusiones incorporadas al desarrollo del motivo alega el recurrente que ni estaba integrado en la rama de la organización que realiza de modo efectivo la acción armada, ni en ninguna organización satélite, subordinada o al servicio de ETA.

Ello no es así. Es cierta la segunda parte de la conclusión pero no la primera puesto que el ahora recurrente formaba parte de una comisión encargada de trazar y transmitir las líneas de actuación de la banda terrorista conforme a las directrices internas y mandatos recibidos directamente de la misma, "en ejecución de esa



faceta de desdoblamiento político acordado en los documentos en los que así lo había decidido la organización y a los que se ha hecho anteriores referencias" (huelga reproducir los mismos, parcialmente acotados en el desarrollo del motivo, y desarrollados y analizados en nuestra propia sentencia de casación). Por lo tanto la integración del penado incidía en la propia organización terrorista de forma que su actividad estaba directamente instrumentalizada por la misma. Cuestión distinta es que su modo de acción fuese ajeno a la violencia y se centrara en la estrategia política consecuencia del desdoblamiento decidido por ETA. Siendo ello así tampoco puede afirmarse que su actividad sea ajena a la expansión (política) de las actividades de la banda. En base a ello esta Sala rectificó la sentencia de la Audiencia Nacional por considerar que lo anterior no suponía una posición de mando directo con el rango de dirigente de la cúpula de la organización criminal, aun cuando la actividad desarrollada por el mismo durante el tiempo referido más arriba fuese intensa y multidisciplinar al servicio de los planes de la organización terrorista. Procediendo por ello esta Sala de Casación a disminuir la pena impuesta por la Audiencia Nacional de diez años fijándola en seis años y seis meses, siendo el límite mínimo legal el de seis años. Pues bien, admitiendo hipotéticamente la vigencia del subtipo atenuado en el momento de la actividad enjuiciada, el resultado penológico no habría variado teniendo en cuenta su integración en la misma organización terrorista y el rango de su responsabilidad en la nueva estrategia fijada por la misma, cuyo análisis no nos corresponde y sería irrelevante además desde el punto de vista de la aplicación del tipo calificado, sin olvidar que la actividad penalmente subsumible tiene lugar en el año 2009, por lo que la referencia a la sentencia de conformidad dictada por la Audiencia Nacional el 20 de enero de 2016 es muy posterior a las dictadas en el presente caso.

Los precedentes jurisprudenciales estimatorios que hemos referido más arriba se refieren a un caso de integración en la organización SEGI y la pertenencia de la condenada a una de sus agrupaciones locales, realizando labores de tesorería sin que conste participación alguna de la misma en actos de violencia callejera ni en la organización y dirección a un nivel superior del municipal, "ni actuaciones específicamente reveladoras de una especial intensidad en la integración en la organización", reduciendo la pena en este caso de seis años y tres meses a tres años y seis meses de prisión ( STS 46/2017 ). En el caso de la STS 243/2017 se estima el motivo razonando que la participación de los recurrentes "queda abierta a acciones de mucha menor lesividad del bien jurídico ..... pues parece apuntar a funciones de propaganda y a la mera identificación de unos objetivos que tampoco se excluye que se limitaran al vandalismo urbano", por integración en la organización denominada "Resistencia Gallega", reduciéndose la pena a cuatro años y tres meses de prisión. La STS 997/2016 reduce la pena de ocho años de prisión a cinco años y diez meses, tratándose de persona castigada por su participación activa en la organización Askatasuna/Gestoras pro Amnistía, razonando "que su actividad tenía carácter representativo, actuando como portavoz, interviniendo en ruedas de prensa y convocando manifestaciones y movilizaciones en las que participaba de modo destacado, dinamizando Askatasuna aunque sin que conste su intervención en ningún tipo de altercado". Son supuestos muy diferentes al enjuiciado en este caso.

Por ello el motivo debe ser desestimado.

**SEGUNDO.-** Ex artículo 901 LECrim . las costas del recurso deben ser impuestas al recurrente.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos declarar **no haber lugar** al recurso de casación por infracción de ley dirigido por **Luis Alberto** frente al auto dictado en fecha 10/01/2017 , desestimatorio del recurso de súplica interpuesto frente al de 23/11/2016, por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, en la ejecutoria nº 21/2012, con imposición al recurrente de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

## VOTO PARTICULAR

que formula el Magistrado Don Alberto Jorge Barreiro en el recurso de casación 10056/2017.

**PRIMERO . 1.** Tal como anticipé en el debate de las deliberaciones, mantengo una respetuosa discrepancia con la inaplicación del nuevo art. 579.4 del C. Penal al recurrente, Luis Alberto , discrepancia que se muestra acorde con el voto particular que formulé en su día con respecto a la sentencia de esta Sala 351/2012, de 7 de mayo de 2012, que resolvió el recurso de casación 11773/2011 .



En efecto, en esa sentencia de 7 de mayo de 2012, cuya revisión ahora se postula, quedó confirmada la condena del ahora recurrente y de otros cuatro acusados por un delito de pertenencia a organización terrorista, si bien se redujeron sustancialmente las penas de todos ellos, tal como se recuerda ahora en la sentencia mayoritaria. En concreto, con respecto a Luis Alberto por estimar que no tenía la condición de dirigente de la organización terrorista ETA.

Pues bien, en el voto particular que formulé en la referida sentencia, consideré que la tesis mayoritaria vulneraba el derecho fundamental a la presunción de inocencia del ahora recurrente (y también de los otros cuatro acusados), al mantener la Sala, aunque fuera sólo en parte, la condena dictada por la sentencia de la Audiencia Nacional que era objeto de recurso, en un supuesto en que, a criterio de este Magistrado, no concurría prueba de cargo suficiente para sostener que los acusados eran integrantes o pertenecían a la organización terrorista ETA.

Es obvio que no voy a reiterar ahora los argumentos que en su día consigné en el extenso voto particular que emití con respecto a la condena del ahora recurrente y de los otros cuatro condenados, me limitaré pues a realizar una síntesis sucinta del debate que allí se planteó. Y ello con el doble objetivo de describir el contexto en el que se solicita la revisión de la sentencia en virtud de una reforma legislativa, y también de legitimar la decisión de formular aquí un voto particular por coherencia con la posición mantenida en la sentencia que ahora se pretende revisar.

2. La tesis incriminatoria que sostuvo la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la sentencia dictada el 16 de septiembre de 2011, consistió en declarar probado que el ahora recurrente y los cuatro acusados restantes « *formaban parte de un grupo escogido de las filas de la Izquierda Abertzale que, en plena connivencia y siguiendo las superiores directrices de la organización terrorista ETA, en la que se hallan integrados, diseñaban una estrategia de acumulación de fuerzas políticas soberanistas, que incluían a grupos políticos alejados de los designios de dicha organización terrorista y excluían al PNV, en aras de la consecución de la independencia del País Vasco y la implantación de un Estado socialista revolucionario. Objetivo que pretendían alcanzar mediante el uso preferente de la contienda política, pero sin abandonar la lucha armada, a la que de modo meramente utilitarista y táctico mantenían en segundo plano a fin de conseguir más adhesiones por parte de formaciones políticas remisas a compartir los postulados terroristas de ETA* ».

Decía también la Audiencia Nacional que los acusados « *se constituyeron en sujetos directamente receptores de las órdenes impartidas por ETA (en cuya organización terrorista están insertos) a la Izquierda Abertzale (a cuyo complejo organizativo sectorial aquellos pertenecen). ETA encomendó a los acusados nombrados la formación del organismo o comisión de coordinación y dirección que, en el seno de la Izquierda Abertzale, llevara a efecto la planificación y gestión de la nueva línea estratégica de acumulación de fuerzas políticas soberanistas que aquella organización terrorista ordenó en diciembre de 2008 que se creara, bajo su tutela y superior supervisión, en aras a la culminación del proceso independentista y de implantación del socialismo en los territorios que hoy agrupa a las Comunidades Autónomas de Euskadi y Navarra* ».

Tal como subrayé en el voto particular, lo destacable, a los efectos del análisis de la prueba, eran dos afirmaciones capitales que se hacían por el Tribunal de instancia. La primera que *los acusados son unos meros ejecutores de las órdenes políticas que les encomienda ETA*; y la segunda que -como consecuencia de lo anterior- *los cinco se hallan insertos o integrados en ETA*, dos de ellos incluso como dirigentes de la organización terrorista.

En lo que atañe a la afirmación incriminatoria nuclear: *que los acusados están insertos en la organización terrorista*, la infiere la Audiencia del hecho de que ejecutaran las órdenes de ETA en cuanto a la línea política a seguir. De forma que podría entenderse que cualquier sujeto que siguiera la línea que le marcara ETA en el ámbito político, aunque ésta fuera como en este caso opuesta a la violencia, corría el riesgo de ser considerado miembro de la organización, dado que ésta mantenía una doble estrategia y no había abandonado en ese momento la lucha armada.

En el voto particular emitido en la sentencia de esta Sala 351/2012 se reseñó y comentó numerosa prueba de descargo en la que constaban las divergencias entre el grupo de Maximino y Luis Alberto con respecto al contenido de la orientación estratégica de ETA, prueba que comprendía incluso las declaraciones de los expertos del CNI sobre la materia. De modo que la utilización del instrumental práctico y conceptual relativo a la apreciación de la prueba indiciaria empleado habitualmente en la elaboración de las sentencias, impedía obtener la convicción de que los acusados eran unos mandatarios de ETA y abocaba a inferir lo contrario: seguían una línea política autónoma y dispar de la de ETA (tal como se reseñaba en los documentos que obran en la causa y en numerosa prensa diaria de la época que se recogía en el propio proceso penal). Y todavía resultaba más difícil admitir que se pudiera dar un segundo salto argumental para concluir que los acusados pertenecían a la organización ETA. Al fin y al cabo, se trataba de sujetos que venían operando dentro



del sector de la vía política en el ámbito abertzale desde hacía años sin que se les hubiera considerado como pertenecientes a ETA o integrados en la organización terrorista.

A este respecto, se destacaba en el voto particular que la propia sentencia de la Audiencia Nacional, en contra de las tesis que se sostenían en los escritos de acusación en el sentido de que la línea política de ETA era coordinada y dirigida a través de un grupo o colectivo denominado " *Bateragune* ", y que los dos acusados principales se hallaban integrados en él, acaba expresando que « *no puede tener por acreditado que al grupo indudablemente formado por los cinco acusados nombrados pueda otorgarse dicho nombre. Ello en absoluto resta valor e importancia a la actuación criminal que desarrollaron los mencionados acusados, como más adelante se indicará, sin que afecte este posicionamiento del Tribunal a las exigencias del principio acusatorio, pues en los escritos de conclusiones de las partes acusadoras también se recogen las denominaciones de organismo de coordinación o de dirección de la Izquierda Abertzale, o bien de comisión permanente de dicho complejo político. Ahora lo que se quiere recalcar es que no existe plena constancia que a tal reunión de personas de carácter relativamente estable se le denominara Bateragune* » .

Y a continuación afirmó el Tribunal de instancia que « *Por las acusaciones personadas se sostiene que "Bateragune", al que se alude por vez primera en el informe policial de fecha 29-7-2009 (folios 236 a 240 de la causa), es un organismo de dirección superior de la Izquierda Abertzale, del que forma parte Ekin y otras estructuras, como los responsables de las distintas organizaciones de la denominada Izquierda Abertzale (movimiento juvenil, movimiento pro-amnistía, movimiento feminista)* » .

Resultó, pues, muy significativo que el Ministerio Fiscal dedicara una parte importante de su escrito de calificación provisional al tema de " *Bateragune* " como órgano a través del cual operaban los acusados en su materialización de la política de ETA, y que, en cambio, en la sentencia se tuviera que admitir que los acusados no actuaban dentro de ese órgano, afirmando el Tribunal de instancia que " *Bateragune* " estaba realmente integrado, además de por otras personas, por miembros de Ekin, grupo radical de la Izquierda Abertzale que se ajusta en su actuación a las consignas de ETA.

Y consideré que el error de las acusaciones resultaba muy revelador desde la perspectiva de la ponderación de la prueba y del derecho a la presunción de inocencia porque, en primer lugar, constaba que las acusaciones, una vez estudiada meticulosamente la causa para formular sus respectivos escritos de calificación, llegaron a la convicción de que el órgano que ejecuta las órdenes de ETA era " *Bateragune* ", conclusión que se consideraba razonable a tenor de los informes policiales y de lo que depusieron los peritos-testigos del CNI en el plenario. Además aparecía avalada por el destino del documento que se titula " *BTGNari. Komunikazio Orokorra 0906 / Al BTGN. Comunicación General 0906* ", mediante el que ETA le pide cuentas a " *Bateragune* " de cómo se están cumplimentando sus directrices. Esta petición de cuentas era un indicio concluyente de quién era el órgano ejecutor de las órdenes políticas de ETA: " *Bateragune* ", en el que no constaba integrado el grupo de los acusados.

Como puede comprobarse, todos los actos atribuidos individualmente a los acusados integraban conductas propias de su actividad política en el ámbito de la línea secesionista de la Izquierda Abertzale. Actos por tanto ajenos al sustrato fáctico de las normas penales, pero que la sentencia recurrida criminalizó a través del reiterado concepto omniabarcante del desdoblamiento estratégico de ETA, contemplándolos, por tanto, como la ejecución de los planes políticos de la organización terrorista, a pesar de que en el comportamiento de los acusados no aparecían indicios de que proyectaran materializar su programa a través de la violencia - sino todo lo contrario-, ni tampoco de que estuvieran vinculados directamente a la organización terrorista.

El hecho de que ETA tuviera como objetivo político organizar un frente soberanista e independentista entre todas las fuerzas políticas de la izquierda vasca que dejara al margen al PNV, no quiere decir que los acusados y su sector abertzale se pusiera a las órdenes de la organización etarra ni que aceptaran cumplir sus mandatos políticos y mucho menos que pertenecieran a ETA. Todo constataba que no era así, a tenor de la prueba practicada y del desarrollo posterior de los hechos, ya que el material probatorio acumulado permitía más bien inferir que el grupo mediante el que se ejecutaban las órdenes etarras estaba integrado por el sector de Ekin, que sí se hallaban integrados en el órgano ejecutivo " *Bateragune* ", mientras que los acusados y sus seguidores actuaban por su cuenta, oponiéndose con algunos hechos significativos a las líneas políticas que marcaba la organización en sus documentos.

Por último, doy por reproducidos los relevantes contraindicios que se remarcan al final del voto particular emitido en la sentencia 351/2012 de esta Sala .

**3.** Por lo demás, y tal como se reseñó en el voto particular, los hechos posteriores a la fecha de la comisión del delito permiten refutar el juicio de inferencia de la Audiencia atendiendo para ello a la comprobación empírica de lo que acabó realmente sucediendo a partir de la acción delictiva. En efecto, al examinar los hechos posteriores a la detención de los acusados se constata que al final se impuso la línea estrictamente política



que ellos propugnaban, pues el desarrollo de los acontecimientos permitió verificar que la línea de actuación que defendían era distinta a la de ETA. Así lo corroboraron los distintos documentos que fueron promulgando los acusados y sus seguidores, desplazando sus criterios políticos no violentos a los que postulaba el sector más radical del mundo abertzale.

En este sentido, se citaron en el voto particular como documentos posteriores a febrero del año 2010 el acuerdo "Lortu Arte", el "Acuerdo Guernica", los estatutos de Sortu y el acuerdo "Euskal Herría Ezkerretik". Documentos que avalaban las tesis exculpatorias y contradecían en cambio a las aportadas como inculpativas.

Como expuse en su momento, cabría perfectamente que ETA fuera quien tuviera la idea y la iniciativa de intensificar la línea política soberanista y que un sector importante del mundo abertzale se sumara al proyecto o compartiera esa idea. Ello no significaría, sin embargo, que los simpatizantes y seguidores de esa nueva pauta de acción política se convirtieran en mandatarios de ETA y mucho menos en miembros de la organización terrorista. Tal inferencia no soporta un análisis crítico con arreglo a las máximas de la experiencia. Mayormente cuando los ahora penados y su sector mantuvieron una confrontación dialéctica con las directrices concretas que pretendía imponer ETA y sus seguidores más radicalizados.

Bastante más razonable y congruente parecía que los que siempre habían creído en la lucha armada y en la imposición mediante las armas se dejaran convencer, llegado un momento determinado y ante la nueva coyuntura socio-política, por los sectores del mundo abertzale que creían en una línea política y la postulaban con asiduidad.

Se precisa hacer una última observación. Y es la de poner de relieve que la sentencia de la Audiencia Nacional realizaba un segundo salto en la lógica de su argumentación al derivar del hecho del seguimiento de las órdenes de ETA la pertenencia a esta organización. De modo que aunque se hubiera probado que ETA convenció a los acusados para que implantaran su línea política y que estos aceptaran ejecutarla sin promover ni emplear violencia alguna, de ello no podía inferirse necesariamente su pertenencia a la organización. De ahí que en la sentencia no solo se incurrió en un solo salto argumental, sino en dos. El primero al colegir la sumisión de los acusados a las órdenes de ETA, y el segundo al establecer que los acusados pertenecen a ETA. En ambos casos no resultan acreditados los pasos o eslabones inferenciales que conducen de las pruebas al hecho probado.

A lo expuesto en los apartados precedentes han de sumarse los fundamentos jurídicos del voto particular emitido por dos magistrados del Tribunal Constitucional en la sentencia 146/2014, de 22 de septiembre, que examinó la condena del ahora recurrente Luis Alberto. En ese voto particular, que a su vez se remite al emitido en la sentencia del TC 133/2014, de 22 de julio, se consideró vulnerado su derecho a la presunción de inocencia al condenarlo como autor de un delito de pertenencia a organización terrorista.

**SEGUNDO. 1.** Lo consignado en el fundamento precedente viene a colación porque los datos probatorios y el contexto social y político en que se dieron se consideran muy relevantes e ilustrativos a la hora de ponderar si procede o no en este caso aplicar el nuevo art. 579.4 del C. Penal.

El precepto que se acaba de citar 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".

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. 579 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 en uno o dos grados.

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. 572.3º.- 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 si solo la aplicación de la atenuación, siendo necesario evaluar caso por caso los criterios anteriormente señalados."*

2. En la sentencia mayoritaria, de la que discrepo, se expresa como argumento primordial para denegar la aplicación del art. 579.4 del C. Penal el hecho de que el recurrente formara parte de una comisión encargada de trazar y transmitir las líneas de actuación de la banda terrorista conforme a las directrices internas y mandatos recibidos directamente de la misma, en "ejecución de esa faceta de desdoblamiento político acordado en los documentos en los que así lo había decidido la organización.

Se acoge, pues, la premisa de que el recurrente no ha participado en actividades violentas, ni tampoco las ha promovido ni postulado. Sin embargo, se afirma que, dentro de la estrategia de desdoblamiento de ETA en dos vertientes: la lucha armada y la actividad política, asumió las funciones propias de esta segunda tarea.

A pesar de esta aseveración fáctica, no puede obviarse que el penado Luis Alberto llevaba varios años dedicado a la actividad política y sindical dentro del sector abertzale en el territorio vasco, sin que se le atribuyeran acciones violentas ni que las promoviera. Y tampoco se le había imputado hasta 2009 su pertenencia a ETA. Es en ese año, es decir, en un momento en que ETA intensifica la vía política, cuando se le imputa su pertenencia a la organización terrorista al entender que su renovada actividad política y sindical la presta a las órdenes de esa organización terrorista.

A partir del hecho de que actuaba bajo las consignas de ETA se hace un segundo juicio de inferencia mediante el que se extrae la conclusión de que pertenece a ETA. Y esa es la situación fáctica en que nos hallamos ahora, incuestionable e inamovible, toda vez que concurre una sentencia firme que así lo asevera y que, evidentemente, debe de ser ejecutada.

Ya dentro de ese contexto específico se produce la petición de una atenuación de la pena por razones atinentes al grado del desvalor de la acción ("medio empleado") y al desvalor del resultado ("resultado producido"). La pretensión es rechazada por la sentencia mayoritaria por haber contribuido el acusado con su conducta a activar la línea política de ETA dentro de una estrategia en la que la organización pretendía intensificar esa parcela, priorizándola sobre la lucha armada, que desde luego no había sido abandonada en las fechas contempladas en la sentencia que se ejecuta.

Pues bien, al examinar el desvalor de la conducta del penado, es importante destacar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reiterado en numerosas sentencias «que la izquierda abertzale como expresión ideológica no ha sido proscrita de nuestro ordenamiento ni podría llegar a serlo sin quiebra del principio pluralista y de los derechos fundamentales a él conexos# y que las ideologías son en el ordenamiento constitucional español absolutamente libres y deben encontrar en el poder público la primera garantía de su indemnidad, a la que no pueden aspirar, sin embargo, quienes se sirven para su promoción y defensa de medios ilícitos o violentos y se sirven de la intimidación terrorista para la consecución de sus fines», destacando que «son esos medios y no las ideas o los objetivos políticos pacíficamente perseguidos a los que está destinada la reacción del poder público en defensa del marco de convivencia pacífica diseñado por el constituyente para que en él tengan cabida todas las ideas» ( SSTC 99/2004, de 27 de mayo ; 126/2009, de 21 de mayo ; 62/2011, de 5 de mayo ; y 146/2014, de 22 de septiembre , entre otras).

Así las cosas, conviene traer a colación que tanto en el ámbito político como en el jurídico siempre se ha estimado que uno de los medios más eficaces para disuadir y evitar las acciones terroristas es desviar las reivindicaciones defendidas por métodos violentos hacia el terreno de la política, de lo cual constituye una muestra clara la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se acaba de citar. De modo que la exacerbación de la vía política para solventar la violencia de los conflictos nacionalistas incrementa la tutela de la paz social y del orden constitucional, que son los bienes jurídicos que protegen las normas penales que tipifican los delitos de terrorismo.

Ello resulta avalado por los reiterados contactos que entablaron en su momento diferentes partidos políticos en el poder con intermediarios de la organización ETA con la mira de conseguir el fin de la lucha armada,



intentando encauzar las reivindicaciones teñidas de brutal violencia hacia el ámbito de la política, contactos que fueron publicados en diferentes medios de comunicación.

Todo ello pone de relieve que la intensificación de la vía política no menoscaba ni lesiona el bien jurídico que tutelan los tipos penales de terrorismo sino que más bien contribuye a su salvaguarda a medio y corto plazo. Por lo tanto, una conducta que induzca a la organización terrorista a sustituir la lucha armada por una opción política sí disminuye el desvalor de la acción de una persona que aparezca integrada en la organización, al revelar un menor grado de ilicitud en el comportamiento por el que ha sido condenada: pertenencia a banda armada.

Estamos pues ante un supuesto en el que el recurrente no sólo no ha realizado ni promovido actos de violencia en el curso de su actividad política, sino que ha propiciado el acercamiento a una solución política del problema que late detrás de la lucha armada. Es más, lo razonable y previsible es que, en el seno de una organización de esa índole los sujetos que tienen una vocación política y un arraigo y una experiencia dentro de ese ámbito intenten convencer de su línea de actuación a los que son partidarios de la lucha armada. Dado lo cual, si se ha intensificado la vía política ello ha de obedecer, lógicamente, a las consignas y orientaciones del sector de la organización que cree y piensa en una solución de ese cariz.

Los indicios que el Tribunal de instancia halló en su día contra Luis Alberto para integrarlo en la organización ETA fueron los siguientes: la rueda de prensa en el hotel Barceló-Costa Vasca, de San Sebastián, el 16 de marzo de 2009; su viaje al sur de Francia con Maximino ; la actividad que venía desarrollando en el despacho que como liberado sindical tiene en la sede de LAB; los documentos que le fueron intervenidos relativos a la nueva línea política a seguir; las seis cartas dirigidas a dos miembros al parecer de Ekin, que le fueron intervenidas en su ordenador portátil; las comparecencias públicas y los artículos publicados.

Es patente que no constan actos violentos ni declaraciones en tal sentido, y que su actividad ha consistido en actos de carácter político y en contactos de ese mismo perfil.

El recurrente ha sido condenado por materializar o instrumentalizar la línea política de ETA, y esa actividad le ha llevado también a ser considerado miembro integrante de la organización terrorista. Parece, pues, razonable que cuando menos, se tenga en consideración que su conducta dentro la organización contribuyó a desplazar la línea que postulaba la lucha armada y a intensificar la vía política, de la cual era protagonista en los años precedentes a su inculpación. De forma que contribuyó a amortiguar el grado de ilicitud penal de la actividad de ETA y a acentuar en alguna medida la primacía del bien jurídico que tutelan los tipos penales de terrorismo.

Ello es lo que me lleva a concluir que debió aplicársele el art. 579.4 del C. Penal y reducirle la pena en los términos que considerara apropiados esta Sala de Casación.

Alberto Jorge Barreiro