

Roj: **STS 443/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:443**Id Cendoj: **28079120012017100100**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **09/02/2017**Nº de Recurso: **1816/2016**Nº de Resolución: **77/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

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

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal del procesado **Luis Enrique c** ontra Sentencia núm. 21/2016, de 12 de julio de 2016 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictada en el Rollo de Sala núm. 1/1998 dimanante del Sumario núm. 1/1998 del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, seguido por delitos de asesinato terrorista y tenencia de explosivos contra mencionado recurrente; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo parte el Ministerio Fiscal, y estando el recurrente representado por el Procurador de los Tribunales Don José Javier Cuevas Rivas y defendido por el Letrado Don Pedro María Landa Fernández

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 2 instruyó Sumario núm. 1/98 por delitos de asesinato terrorista y tenencia de explosivos contra **Luis Enrique** , y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 12 de julio de 2016, dictó Sentencia núm. 21/16 , que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"En junio de 1997, el acusado Luis Enrique pertenecía a la Organización terrorista ETA y, junto con Arcadio , ya condenado por estos hechos en sentencia de esta Sección de fecha 29 de octubre de 1999 , integraba el comando KATU.

Como miembro del referido comando y actuando al servicio de los fines de ETA, el referido acusado Luis Enrique , de común acuerdo y junto con el otro integrante del talde KATU, Arcadio , en hora no exactamente determinada del día 14 de junio de 1997, colocaron en un solar sito en la C/ Antso Estegiz de la localidad de Durango una bomba trampa con una carga base oculta de tres kilos de cloratita, unida a un conjunto de cócteles molotov, los cuales eran la única parte visible del artefacto.

El artefacto fue confeccionado en un CASERIO000 , en el que vivían los dos citados integrantes del comando y en el que guardaban los explosivos; siendo colocado por ambos en el solar de Durango con la finalidad de que explotara y causara la muerte cuando acudieran a desactivarlo a algún agente de la Policía Autónoma Vasca, cuyos integrantes eran objetivos de la Banda, con el pretexto de disuadir a la Ertzaintza de que siguiera practicando detenciones de miembros del Movimiento de Liberación Nacional Vasco M.L.N.V.

El artefacto explosivo estaba compuesto de una carga base formada por tres kilos de cloratita azucarada y azufrada ubicada en un recipiente de plástico que se encontraba oculto y contaba con un sistema de iniciación formado por un mecanismo de tracción consistente en un sedal de nylon que atravesaba una zanja y que fue colocado en disposición de ser accionado por el paso de la víctima, la cual involuntariamente tropezaría con el sedal, lo que provocaría la retirada de una cartulina que aislaba las mordazas de una pinza que cerraba el circuito eléctrico del sistema de ignición del explosivo, lo que produciría la explosión. Como señuelo el artefacto explosivo



contaba con varios cócteles incendiarios, lo cuales resultaban visibles, a diferencia de la carga explosiva que estaba cubierta con piedras y basura, ocultación que, junto con la oscuridad de la noche, impedían que el explosivo pudiera ser observado por las posibles víctimas.

Mediante dicho explosivo oculto, unido a lo que aparentaban ser únicamente unos cócteles molotov, los dos integrantes del comando KATU, el acusado Luis Enrique y Arcadio pretendían alcanzar de lleno y mortalmente a algún miembro de la Ertzaintza que acudiera al lugar para desactivar el artefacto incendiario.

En ejecución de lo planeado, sobre la 1,00 horas del día 14 de junio efectuaron una llamada a la Policía Municipal de Durango en nombre de la Banda terrorista E.T.A., advirtiendo de la colocación de unos cócteles molotov, los cuales no fueron localizados en una primera inspección.

Por ello, sobre las 15 horas, volvieron a llamar, esta vez a la emisora Eguin Irradia advirtiendo de la colocación de una bomba trampa e indicando que habían avisado la víspera y que no habían hecho nada, que habían dejado unos cócteles y que era muy urgente.

El artefacto no llegó a explotar por la accidental rotura de la cartulina que impedía que se cerrara el circuito eléctrico, la cual se mojó por la lluvia caída durante la noche anterior.

Finalmente, sobre las 17,22 horas del mismo día la Unidad Especial de Desactivación de Explosivos de la Ertzaintza logró su neutralización."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Que debemos condenar y condenamos a Luis Enrique , en concepto de autor de un delito de atentado terrorista dirigido a causar la muerte de un agente de la Policía Autónoma Vasca, previsto y penado en el art. 572.1.1 ° y 2 CP vigente en la fecha de comisión, en relación con el art. 139.1 del C. penal , por concurrir alevosía, a las penas de dieciocho años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Igualmente debemos condenar y condenamos a Luis Enrique , en concepto de autor de un delito de tenencia de explosivos cometido por integrante de organización terrorista y al servicio de los fines de esta del art. 573 CP vigente en la fecha de comisión, a las penas de ocho años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena. Condenamos al referido acusado al pago de la mitad de las costas procesales devengadas en la presente causa. Abonamos al condenado el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, sin perjuicio de ulterior liquidación y compatibilidad con otras responsabilidades. Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal, a la representación del condenado y al interesado personalmente, haciéndoles saber que frente a la misma cabe recurso de casación. Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley por la representación legal del procesado **Luis Enrique** , que se tuvo 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.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Luis Enrique , se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN**:

1º y único.- Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim ., por vulneración por inaplicación del art. 16.2 del C. penal en relación con el art. 572.1 y 2 del mismo texto legal , que se ha aplicado de forma indebida.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista e interesó la inadmisión de todos los motivos del mismo y subsidiariamente su desestimación por las razones expuestas en su informe de fecha 26 de octubre de 2016; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 26 de enero de 2017; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a Luis Enrique como autor criminalmente responsable de un delito de atentado terrorista, sobre agentes de la autoridad, y como autor de otro delito de tenencia de explosivos, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación el aludido acusado en la instancia, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.



SEGUNDO.- En un único motivo, y al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el autor del recurso denuncia la indebida inaplicación del art. 16.2 del Código Penal, en relación con el art. 572.1.1º y 2º del mismo texto, por no haberse aplicado la figura del desistimiento activo.

La tesis del recurrente es que puesto que el acusado recurrente y otra persona, según el relato de hechos probados, tras colocar un artefacto explosivo en la localidad de Durango, llamaron a un medio de comunicación indicando que habían colocado una bomba trampa, y siendo desactivado el artefacto a raíz de tal llamada, considera que debería tomarse la acción como algo dirigido a evitar la producción del resultado, y por tanto a aplicarse el desistimiento en la tentativa.

De los hechos probados resulta que la acción está constituida por la colocación de un artefacto explosivo escondido tras unos cócteles incendiarios como señuelo y tras los cuales instalaron un sedal de nylon que si era inadvertidamente accionado tropezando sobre él provocaría la detonación de una bomba compuesta de tres kilos de cloratita, y por eso se trataba de una bomba trampa, es decir, escondida u oculta para que no fuera desactivada y de ese modo conseguir su mayor peligrosidad y mortalidad, preparada, como decimos, para que los artificieros no la detecten y caigan en su "trampa".

En el caso, colocan la bomba trampa, llaman por la noche a la policía municipal, a la una de la madrugada, hablando de la colocación de cócteles molotov, que no fueron localizados por la policía a pesar de que realizaron una "primera inspección", y a sabiendas de que no tenían artificieros, razón por la cual era más que probable que llamaran a la Ertzaintza.

Pero la policía municipal no consigue ver el artefacto, y no se produce el resultado pretendido. Esa noche, llueve, y la cartulina conectada al hilo de nylon se deshace y el mecanismo se descompone.

Como dice el Ministerio Fiscal, el hecho que hubiera podido causar la muerte quienes cayeran en la trampa ya se había realizado pero el resultado perseguido no se produjo por causa independiente de la voluntad de los acusados ya que los agentes no encontraron la bomba. Los acusados no decidieron entonces -evidenciando así su verdadera intención de neutralizar el peligro creado-, acudir al lugar donde habían colocado la bomba y retirar el artefacto. No. Ni siquiera llamaron a la policía y avisaron en qué consistía la trampa de la que hablaban, dónde estaba el sedal, dónde estaban los riesgos. Su segunda llamada se inscribe en el mismo propósito que la primera, la de atraer a potenciales víctimas al lugar donde habían colocado el peligro para su vida, pero en este caso la bomba ya no estaba preparada para deflagrar, toda vez que un accidente había estropeado el mecanismo de explosión. La bomba no explotó porque accidentalmente se estropeó el mecanismo desencadenante por la lluvia caída durante la noche que estuvo instalado.

Como dice la Sentencia de esta Sala 1429/2000, de 22 de septiembre, glosando a la de 22 de septiembre de 1999, mientras el ciclo del delito se encuentra abierto, porque el sujeto activo de la infracción no ha practicado todos los actos que han de producirlo, cabe que pueda éste concederse a sí mismo una causa excluyente de la pena por medio de una espontánea conducta de arrepentimiento traducido en el desistimiento de su acción voluntaria. Cabe incluso que cuando se han practicado todos los actos que han de originar el delito, sin tener todavía realidad, siguiendo por tanto abierta la vida de la infracción, se conceda también jurídicamente otra exclusión de la penalidad siempre que la conducta de retroacción sea activa y eficaz, originándose así el denominado técnicamente arrepentimiento activo, que juega de forma distinta de la tentativa acabada, antigua frustración, aunque guarden entre sí elementos comunes. El culpable tiene intención de evitar el resultado lesivo y practica una conducta activa y eficaz para evitar ese resultado. Tiene de común con la frustración que en uno y otro supuesto se han realizado todos los actos que normalmente han de producir el delito. Nada tiene que ver con la tentativa o con el desistimiento en la tentativa, porque en estas situaciones no se agotaron todos los actos de ejecución. Y aunque este tema es académicamente polémico, independientemente de las elucubraciones científicas sobre el mismo, lo cierto es que cuando el ciclo del delito se ha cerrado totalmente porque la retroacción no ha sido eficaz o porque el impulso de arrepentimiento surgió «a posteriori», entonces claro es que no puede haber causa de exclusión de la pena, pero sí la apreciación de alguna circunstancia que mitigue de alguna manera la misma en compensación de la reacción anímica sufrida por el agente.

El art. 16 del Código penal dispone, para lo que aquí interesa, en el segundo párrafo, que "quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta".

Los requisitos de tal desistimiento, han de ser los siguientes: a) voluntario, no bastando la mera causalidad desplegada accidentalmente por la naturaleza que impide la producción del resultado; b) positivo, pues la mera omisión del agente no es suficiente, una vez puestos los resortes físicos necesarios para la producción natural del resultado; c) eficaz, es decir, ha de conseguirse la evitación, en mayor o menor medida, del resultado



propuesto; d) completo, pues el agente tiene que desplegar todos los resortes necesarios para evitar la producción del resultado, sin esconder o camuflar ningún contorno de aquellos en los que ha consistido su acción, incluso si le comprometiera en cuanto a su identificación o a los pormenores de su acción.

La característica sustancial del desistimiento consiste en la reversión del derecho que el agente despliega como consecuencia de su actuación, muestra del interés de neutralizar lo que antes había puesto en marcha para perpetrar la infracción criminal.

En cuanto al fundamento de tal previsión, estriba -según se dice en STS 19.12.2007 y reitera la de 2.2.2009, en los siguientes: "Algunos autores entienden que el tratamiento favorable que en el mismo se establece para el desistimiento del delito intentado responde a razones de política criminal. Según esta doctrina -conocida como teoría de la política criminal o del *premio*- la ley ha querido crear un motivo para que, en vista de la exención de la pena, el autor desista de su hecho, lo que constituye un claro objetivo de la política criminal. Otros autores sostienen (teoría de la culpabilidad *insignificante*) que el fundamento de esta norma se encuentra precisamente en la reducción de culpabilidad hasta lo insignificante, pues se apoya en una compensación basada en un *actus contrarius*. Finalmente, otra parte de la doctrina, considera que, en el mismo, confluyen *varios* fundamentos: las apuntadas razones de política criminal y también la menor culpabilidad que implica la consideración global del hecho, con un significado inicial negativo que se compensa con un sentido positivo de la evitación del resultado configurador de la correspondiente figura penal".

En el caso, no era posible el desistimiento de la ejecución pues la bomba ya se encontraba colocada y en funcionamiento. Tampoco se evitó la producción del resultado, de forma voluntaria, pues el mecanismo se degrada como consecuencia de la acción del tiempo atmosférico, llueve y rompe la cartulina protectora que sería accionada por el hilo de nylon. Pudieron los autores dirigirse al lugar en donde estaba colocada la bomba para su desactivación, pero tampoco lo hicieron. Finalmente, valoremos el escenario de un posible aviso de tal colocación: no se cumple el requisito que hemos denominado «completo» pues no basta con avisar de que se trata de una bomba trampa, sino que hay que desenmascarar claramente el mecanismo de activación, advertirse de la rapidez o fugacidad de su posible explosión y los inmensos daños que podía causar en la población civil. Para que se produzca la reversión del derecho, se ha hacer con todas las consecuencias, incluso el ponerse al frente del proceso de desactivación ofreciendo las indicaciones oportunas para la seguridad de todos los habitantes de la población. Solamente así podrá obtenerse el recurso que ofrece el ordenamiento jurídico a quienes se arrepienten de manera activa. Ratificamos los acertados y minuciosos argumentos de la Audiencia.

En suma, el autor de la colocación de la bomba, una vez que no explotó en un primer momento al no ser encontrada por la policía, no basta con dar un nuevo aviso diciendo que se trataba de una bomba trampa, sino que pudo haberla desactivado, y en todo caso, al no hacerlo así, haber avisado poniendo de manifiesto en qué consistía el mecanismo «trampa». Su posición pasiva, manteniéndose en el anonimato y sometiendo a toda la población al peligro de su acción, no puede beneficiarse de un recurso legal diseñado exclusivamente para quien ha de poner todo lo que está en su mano para intentar conseguir la reversión del derecho. Simplemente llamar y decir que hay una bomba-trampa, no integra el desistimiento activo que exige el art. 16.2 del C. penal .

En consecuencia, el motivo, y con él, el recurso no puede prosperar.

TERCERO.- Las costas se han de imponer a la parte recurrente (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad El Rey, y por la autoridad que la Constitución nos confiere, esta Sala ha decidido:

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** recurso de casación interpuesto por la representación legal del procesado **Luis Enrique** contra Sentencia núm. 21/2016, de 12 de julio de 2016 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia casacional.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Julian Sanchez Melgar Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia **Pablo Llarena Conde Perfecto Andrés Ibáñez**



PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Julian Sanchez Melgar , 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ