

**Tribunal Supremo. Sentencia núm. 158/2012 de 26 de abril.**

## **RESUMEN**

**TERRORISMO:** Tenencia y colocación de aparato explosivo por pertenecientes a grupos terroristas: inexistencia. Colocar artefacto explosivo en cajero automático, sin que finalmente explotara, como colaboración excepcional a grupo terrorista sin estar integrado en él, actuando de acuerdo con los fines de la banda: condena por el delito del art. 577.

## **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO**

El Juzgado Central de Instrucción nº seis de los de Madrid instruyó Sumario con el nº 43/10, contra Estanislao, Claudio, y Pio , y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha ocho de marzo de dos mil once, dictó sentencia que contiene los siguientes

### **HECHOS PROBADOS:**

Con motivo de la detención en Francia el día 25 de febrero de 2009 del miembro de la organización terrorista ETA, Iñigo, los acusados Estanislao, mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia de 21 de noviembre de 2002 por delito de colaboración con banda armada, Claudio y Pio, estos dos últimos también mayores de edad, pero sin antecedentes penales, en respuesta a la detención del primero, tras preparar un artefacto explosivo compuesto por un petardo pirotécnico comercializado por la empresa Astondoa Pirotecnia, modelo "seguridad nº 5", con aproximadamente 1,7 gramos de pólvora (perclorato potásico y polvo de aluminio), al que habían adherido cuatro sprays (desodorante modelo SOLO LOEWE, ambientador marca OUST, ambientador marca BRISE, laca AMULFI), sujetos en torno al petardo mediante un precinto, decidieron colocarlo, sobre las 23.30 horas del día 26 de febrero de 2009, junto con un cigarrillo sin filtro como fuente de ignición, en el habitáculo de 8 metros cuadrados, donde se encuentra el cajero automático de la entidad Caja Laboral, sito en la planta de calle de la Avda. Madariaga nº 49 del barrio de Deusto, en Bilbao, encargándose materialmente de la colocación Pio, que llevaba oculta su cabeza con una funda de tela, al objeto de no ser identificado, y quien lo dejó preparado para que explotase, lo que no sucedió, por cuanto que la mecha no llegó a prender, pese al mecanismo de ignición preparado para que lo hiciera, cubriéndole en la acción Estanislao y quedando a la espera Claudio , quien les había acercado en su vehículo hasta las proximidades con el artefacto dispuesto para su colocación.

El artefacto, del tipo de los que habitualmente se emplean en la Kale borroka, gracias a que no llegó a explotar, no ocasionó daños personales, pero, de haberlo hecho, hubiera supuesto un grave riesgo, cuando no un resultado lesivo, para las personas, caso de encontrarse alguna en ese momento en el cajero, al margen de los daños materiales al propio cajero.

Aún cuando la colocación del artefacto fue en respuesta a la detención del miembro de ETA indicado, y los acusados son afines a los movimientos más radicales y violentos de la izquierda abertzale, no ha quedado acreditado que ninguno de ellos esté integrado o pertenezca a la banda terrorista ETA/SEGI, no obstante lo cual, la acción que realizaron al colocar el artefacto explosivo, se enmarca en el contexto de las acciones violentas propias de la *Kale Borroka*, características de la organización terrorista SEGI, poniendo los acusados la realización de su acción al servicio de la misma y como contribución a sus fines.

## SEGUNDO

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

**FALLAMOS: "Que debemos absolver y absolvemos a Estanislao , Claudio y Pio, del delito de pertenencia a organización terrorista del que venían siendo acusados en las presentes actuaciones, declarando de oficio la mitad de las costas del presente juicio.**

**Y debemos condenar y condenamos a los referidos Estanislao, Claudio y Pio, como autores penalmente responsable de un delito de tenencia y colocación de artefacto explosivo, con fines terroristas, a la pena, para cada uno, de SEIS años de prisión, [...]”.**

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por los procesados Estanislao, Claudio, y Pio, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose dichos recursos.

### **RECURSO INTERPUESTO POR ESTANISLAO:**

[...]

## **SEGUNDO**

En el correlativo ordinal, al amparo del art. 849.1º de la LECriminal, se alega aplicación indebida del art. 573 del Código Penal e inaplicación del art. 577 en relación al 266 del mismo cuerpo legal.

1. En delitos de terrorismo el Código Penal contempla la actuación de quienes comenten delitos relacionados con la tenencia y depósito de sustancias explosivas, incendiarias o inflamables desde dos posiciones distintas: la de aquéllos que son miembros, colaboran o actúan al servicio de las bandas armadas y la de aquéllos que cometen los mismos delitos con la finalidad de subvertir el orden constitucional o la paz social.

**La sentencia excluye el delito de pertenencia a banda armada**, y a pesar de ello opta por aplicar el art. 573 del Código Penal, en vez del art. 577, dedicado al denominado "terrorismo individual". La diferencia radica en los sujetos que pueden cometer uno y otro delito.

A su vez el recurrente considera que para la determinación de la condición de sujeto activo no se pueden utilizar antecedentes cancelados como indicios de su colaboración con banda armada y mucho menos como indicios de actividad delictiva en relación a un delito concreto.

2. La Audiencia razona la exclusión de la pertenencia a banda armada (ETA-SEGI), entendiendo que existe una zona o espacio en que es posible que, sin estar integrados en una organización terrorista, se pueda actuar con la misma orientación, colaborando con la misma.

La Audiencia por un lado toma en consideración que la colocación del artefacto explosivo constituyó la respuesta a la detención de Íñigo, miembro de ETA, y los acusados eran "afines a los movimientos más radicales y violentos de la izquierda abertzale" y que la acción que realizaron al colocar el artefacto explosivo "se enmarca en el contexto de las acciones violentas propias de la *Kale Borroka*, características de la organización terrorista SEGI, "poniendo los acusados la realización de su acción al servicio de la misma y como contribución a sus fines" (hechos probados).

El tribunal de origen excluye la colaboración con banda terrorista (ETA o SEGI), acudiendo a determinados datos objetivos de constancia en autos y entre los que cabe mencionar:

a) informe policial obrante en autos, ratificado en el plenario por los agentes que lo confeccionaron y por el instructor de las diligencias, en el que se recoge un listado de antecedentes.

b) el acusado ha admitido su correspondencia y amistad con personas que han estado en prisión por circunstancias similares a las suyas.

c) relación que mantiene con familiares de estas personas.

d) el oficio remitido por la policía francesa, obrante en autos (prueba documental: art. 726 L.E.Cr.) y confirmación en el plenario por el instructor de las diligencias, que justifica -y ello no ha sido cuestionado por nadie- que la actuación del recurrente y sus consortes delictivos se inscribía como reacción a la "detención del miembro de ETA Íñigo", que tuvo lugar el 25 de febrero de 2009, el día anterior a la colocación del artefacto.

3. No obstante, como bien apunta el Ministerio Fiscal, en más de una ocasión cuando el legislador describe las actividades terroristas punibles, en su afán de evitar que quede fuera del ámbito de la punición alguna conducta merecedora de reproche penal, amplia quizás en exceso los tipos delictivos provocando más de una vez un concurso de normas, en nuestro caso del art. 573 y el 577 ambos del Código Penal.

Los datos que tiene en cuenta la Audiencia Nacional pueden resultar atendibles para la delimitación de esa línea subjetiva que diferencia ambos tipos penales (art. 573 y 577 del Código Penal), pero a juicio de esta Sala de casación, con la garantía del principio de legalidad y presunción de inocencia, la referencia es insuficiente para calificar una conducta delictiva que: o bien se comete desde dentro de la organización terrorista o desde fuera de ella.

Es obvio, porque a esta conclusión ha llegado el Tribunal de origen, que **el acusado no pertenece a ETA, SEGI u otro grupo o banda armada o terrorista, ni tampoco el día de autos obró al servicio de ellos, esto es, por encargo, mandato o delegación de alguno de esos grupos, células, taldes, comandos o en general individuos adscritos a estas organizaciones que despliegan actividades terroristas.**

**Los hechos probados dicen que los acusados ponen la realización de su acción al servicio de la banda terrorista. Pero ello no significa actuar al servicio de ellos.**

Igualmente nos dicen los hechos probados que la conducta tenía por objeto "contribuir a sus fines".

**Pero tampoco esta expresión permite incardinar la conducta enjuiciada como de "colaboración con banda armada".** En primer lugar porque no está incluida entre las descritas en el art. 576.2 del Código Penal, ni tampoco en la cláusula general de "cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda, mediación económica o de otro género...", ante la ausencia o indeterminación de la otra parte con la que colabora, ya que conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua "colaborar" es trabajar con otra y otras personas en la realización de una obra o contribución con otros al logro de algún fin, y no ha podido acreditarse la existencia y menos la identidad concreta de esos otros con los que se realiza la presunta colaboración.

**4. Acreditado que la conducta enjuiciada no se realizó desde dentro de una organización o grupo terrorista o en conexión directa con ellos o sus miembros, resulta más adecuado, como parece apuntarlo el Ministerio Fiscal, que la expresión del factum "contribución a sus fines" se ajusta más a la obtención o consecución "por libre" de los objetivos criminales de la banda o grupo terrorista, a que se refiere el art. 577: "subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública".**

El Fiscal que apunta esta posibilidad de aplicación alternativa, termina por excluirla porque resultaría más gravoso para el recurrente, ya que ante la hipótesis de relacionar el art. 577 con diversos tipos delictivos, el art. 8 del Código Penal (principio de alternatividad) impone que, además de quedar excluida la aplicación propugnada del art. 266 del Código Penal (daños) la subsunción en el delito de incendio (351 del C.P.) o la más acorde al hecho cometido (568 C.P.) relativa al depósito o tenencia de sustancias explosivas, inflamables o incendiarias, que serían las más adecuadas conforme al principio de alternatividad, empeorarían la situación del acusado.

Sin embargo esta Sala de casación no lo entiende así. Para el caso de calificar el delito como tentativa de incendio, a la vista del nivel ejecutivo del hecho (art. 62 del Código Penal) y la escasa posibilidad de provocar el incendio, en ausencia de material combustible, la pena de la denominada por un sector doctrinal "tentativa inacabada" daría lugar a la rebaja en dos grados de la prevista en el art. 351. Todo ello presumiendo también que se posean datos (nos movemos en el terreno de las hipótesis) de que en el incendio hubiera existido peligro para la vida o integridad física de las personas. La pena procedente siempre a nivel teórico sería la de dos años y seis meses a cinco años.

No obstante la calificación más grave y adecuada, conforme al art. 8 del Código Penal que resuelve el concurso de normas, sería la aplicación del art. 568 del Código Penal. El Fiscal afirma que la pena sería superior a la que se impuso, fijándose en la mayor de las previstas en el precepto citado, que se impone a los promotores u organizadores del depósito o de la tenencia de las sustancias explosivas, que oscilaría de seis a ocho años.

No obstante, a la vista de que a la detención del etarra en Francia, siguió la preparación y colocación del explosivo que se produjo al día siguiente, es obvio que los acusados debieron acudir a un tercero para proveerse de la pólvora, que sí podría calificarse de promotor u organizador del depósito, o bien adquirir la pólvora en un

establecimiento comercial simultáneamente con los sprays, lo que les coloca en la situación de meros cooperadores de dicha tenencia, depósito o posesión de la pólvora.

El recurrente ataca la subsunción del art. 573 del Código Penal, e inaplicación del art 577 y del 266 del Código Penal, aunque esta Sala estima aplicable, como postula el recurrente, el art. 577 en relación al 568, ambos del Código Penal. Y ello es así porque el delito de tenencia o posesión de sustancias explosivas, inflamables o incendiarias para cometer un delito de terrorismo, no constituye un tipo delictivo de resultado, sino que su propia ubicación sistemática permite calificarlo de delito de peligro, sin precisar resultado alguno. El delito se consume por la mera tenencia o posesión de las sustancias dichas con propósitos ilícitos.

El motivo se estima parcialmente.

[...]

### **III. FALLO**

#### **SENTENCIA**

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por Estanislao, contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, que **condenó a él y otros dos más por un delito de tenencia y colocación de artefacto explosivo, con fines terroristas y les absolvió del delito de pertenencia a organización terrorista**, por estimación parcial del motivo segundo, desestimando el resto de los motivos alegados por el recurrente, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia, declarando de oficio las costas de su recurso [...].

#### **SEGUNDA SENTENCIA**

[...]

#### **SEGUNDO**

Resultando aplicable conforme a la Sentencia rescindente el art. 577, en relación al 568 ambos del Código Penal, este último en el inciso segundo, que prevé una pena de tres a cinco años, debe acotarse el marco penológico básico (mitad superior, por imperativo del 577), quedando establecido dentro del recorrido que va de cuatro años y un día a cinco años.

Esta Sala entiende proporcionada la imposición de la pena mínima, a la vista de la escasa gravedad de los hechos (art. 66.6 del Código Penal), en particular, por las pocas posibilidades de que el artefacto explosivo produjera los efectos esperados, dado el sistema de ignición utilizado. El artilugio toscamente confeccionado difícilmente podría explotar, aunque no puede negarse que constituía un peligro frente a potenciales usuarios del cajero bancario.

#### **FALLO**

Que debemos condenar y condenamos a Estanislao, Claudio, y Pio, como **autores responsables de un delito consumado de tenencia y colocación de artefacto explosivo con fines terroristas (art. 577, en relación al 568 del Código Penal)**, sin la concurrencia de circunstancias genéricas de la responsabilidad criminal a la pena de cuatro años y un día de prisión, con las accesorias y demás pronunciamientos contenidos en la recurrida que deben mantenerse.