

## EDJ 2003/80608

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 19-7-2003, nº 1117/2003, rec. 121/2003

Pte: Soriano Soriano, José Ramón

### Resumen

*La Sala desestima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a auto que estimaba la cuestión de previo pronunciamiento planteada y sobreseía libremente la causa. Declara el TS, entre otros pronunciamientos, que el delito de carácter permanente o prolongado en el tiempo se comete por la voluntaria asunción de una situación o posición, cual es, en el caso, la de pasar a formar parte como miembro de una organización terrorista. Los delitos que, además de pertenecer a la misma, puedan cometer sus integrantes deberán tener una consideración diferenciada; pero el simple hecho de formar parte de la organización será un delito de comisión permanente y sin límite de tiempo.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
art.24.2 , art.25.1

RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal  
art.666.2

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO  
FUNDAMENTOS DE DERECHO  
FALLO

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ASOCIACIÓN ILÍCITA

BANDAS ARMADAS

Integración, integrantes  
Actos de colaboración  
Grados de ejecución y circunstancias modificativas  
Proceso penal  
Otras cuestiones

### FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

#### Legislación

Aplica art.24.2, art.25.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.666.2 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Cita art.515.2, art.516.2 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.5.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.848.2, art.901 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

En la Villa de Madrid, a diecinueve de julio de dos mil tres.

En el recurso de casación por infracción de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra Auto dictado por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda con fecha quince de noviembre de dos mil dos, que estimaba la cuestión de previo pronunciamiento planteada por la representación procesal de Clemente y sobreseía libremente la causa en relación con el mismo, con alzamiento de cuantas medidas cautelares personales y reales se hubieran adoptado, los Excmos. Sres. Magistrados 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 indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, habiendo comparecido como parte recurrida Clemente, representado por el Procurador Sr. Cuevas Rivas.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 5 incoó Sumario con el número 8/2001 contra Clemente, y planteada, con carácter previo a formular la calificación provisional, como artículo de previo pronunciamiento, excepción de cosa juzgada del artículo 666.2º y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 .

SEGUNDO.- La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Segunda dictó Auto con fecha quince de noviembre de dos mil dos cuya parte dispositiva dice:

"ESTIMAR la cuestión de previo pronunciamiento planteada por el Procurador de los Tribunales D. José María Dorremochea Aramburu actuando en la representación procesal de Clemente, por lo que se sobreesee libremente la causa en relación con el referido, con alzamiento de cuantas medidas cautelares personales y reales se hubieran adoptado y con declaración expresa de las costas procesales de oficio.- Que se notifique esta resolución al interesado, a su representación procesal y al Ministerio Fiscal haciéndoles saber que no es firme ya que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo".

TERCERO.- Notificado el Auto a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por el Ministerio Fiscal, 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.- El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, se basó en el siguiente motivo de casación:

Único.- Al amparo del artículo 848.2 de la Ley de Enj. Criminal EDL 1882/1 , en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , se alega la infracción de los principios de legalidad y tipicidad de los arts. 24.2 y 25.1 de la Constitución española EDL 1978/3879(doctrina contenida en el Auto de la Sala de 14 de enero 2.000).

QUINTO.- Dado traslado del recurso del Ministerio Fiscal a la representación de la parte recurrida, la misma impugnó dicho recurso; la Sala admitió a trámite el mismo y quedaron conclusos los autos y pendientes de señalamiento para fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día 8 de julio del año 2003.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Mº Fiscal, en motivo único y al amparo del art. 848-2 de la L.E.Cr. EDL 1882/1 , en relación al 5-4 L.O.P.J. EDL 1985/8754 alega infracción de los principios de legalidad y tipicidad de los arts. 24-2 y 25-1 de la C.E. EDL 1978/3879, por entender que siendo los hechos imputados constitutivos de un delito de pertenencia a banda armada u organización o grupo terrorista (art. 515-2, en relación al 516-2º C.P. EDL 1995/16398), se acuerda por la Audiencia Nacional el sobreseimiento al concurrir la excepción de cosa juzgada, que dejaría impune la conducta atribuida al acusado.

1. En el análisis jurídico realizado por el Tribunal de instancia se lleva a cabo una indagación sobre la concurrencia de los dos requisitos o elementos que harían surgir la excepción formulada como artículo de previo pronunciamiento (art. 666-2 L.E.Cr. EDL 1882/1 ): identidad de sujetos y de objeto. No ofrece dudas la concurrencia del primero, surgiendo y centrándose la controversia en el segundo de ellos.

La Audiencia Nacional estima que, independientemente de las cuestiones fácticas, la conducta esencial, que pretende ser objeto de enjuiciamiento en este proceso, ya fue objeto del correspondiente juicio y condena en Francia por el equivalente delito de asociación de malhechores (S. de 26 de mayo de 1997 de la Sala núm. 11 del Tribunal de Gran Instancia de Paris).

Ante tal decisión el Mº Público considera que existe una diversidad en los hechos objeto del proceso actual y el que se siguió en Francia. Los que fueron conocidos en Francia hacían referencia al lapso temporal que media desde tal año 1993, en que el acusado Clemente llegó al país galo, y 1995. Los que ahora se imputan se refieren al periodo de tiempo comprendido entre los años 1981 a 1991. Esa y no otra es la razón por la que el Mº Fiscal considera que no concurren los elementos identificadores de la cosa juzgada material.

2. Un somero examen de la sentencia dictada en Paris, como recoge el auto combatido, en el fundamento 4º, deja claramente sentado que las autoridades judiciales francesas condenan a Clemente por pertenencia a la organización terrorista ETA, y entre los elementos fundamentadores de la condena aparecen "las informaciones suministradas por las autoridades españolas, según las cuales, el acusado se fugó de España, como consecuencia del desmantelamiento del comando Nafarroa de ETA, en junio de 1993, y a raíz de ello se cursan órdenes internacionales de detención contra el inculpado por asociación de malhechores y actos de terrorismo".

No se añade que Clemente realizara ningún hecho o acto específico, excepto el porte de un arma de fuego en el momento de la detención.

En suma, de los datos obrantes en el proceso seguido en el país vecino y en el nuestro se revela una circunstancia fundamental: En Francia se le juzgaba por pertenecer o ser miembro de ETA, el mismo carácter o condición que ostentaba en España, sin solución de continuidad, por cuya razón también se le atribuye en nuestro país un delito de pertenencia a ETA. No existe prueba alguna, ni elemento probatorio indiciario, que acredite que el acusado dejara de pertenecer a la misma organización terrorista desde 1981 hasta 1995, periodo que comprende los años de residencia en territorio español y francés conjuntamente.

3. Partiendo de esa base el Fiscal cataloga de diversas las distintas actividades o manifestaciones conductuales realizadas en uno y otro país, aunque unas y otras sólo acreditasen la pertenencia a la banda terrorista. Esos matices precisamente, traducidos en determinadas actividades del sujeto agente, propias de un componente de una organización terrorista y distintas en uno y otro país, son los que empujan al Mº Fiscal a sustentar una diferenciación fáctica de los dos procesos.

Mas, la Sala sentenciadora de instancia ha delimitado correctamente los contornos, sentido y significación del objeto de la cognitio judicial.

Los hechos históricos sobre los que recae el enjuiciamiento han de ser puestos en relación con la calificación jurídica de los mismos. Hablaremos de la identidad del objeto refiriéndonos al relato fáctico cuya comisión se atribuye al imputado, en cuanto tales hechos son susceptibles de ser calificados jurídicamente como un determinado delito.

Son los hechos en su significación jurídica los que integran el objeto del proceso. En tal sentido, descripciones típicas diferentes no serían capaces de integrar delitos distintos, sino un sólo delito.

SEGUNDO.- Planteado en estos términos la controversia, hemos de considerar, para una correcta resolución de la misma, la especial naturaleza del delito que nos concierne y las posibilidades que tiene de repetirse o reiterarse.

1. El delito de carácter permanente o prolongado en el tiempo se comete por la voluntaria asunción de una situación o posición, cual es, la de pasar a formar parte como miembro de una organización terrorista. Los delitos que, además de pertenecer a la misma, puedan cometer sus integrantes deberán tener una consideración diferenciada; pero el simple hecho de formar parte de la organización será un delito de comisión permanente y sin límite de tiempo. Las posibilidades de reiteración de tal delito aparecen apuntadas en el auto recurrido.

Sería necesario poner fin a esa etapa de pertenencia, y adoptar posteriormente una renovada decisión de integrarse, otra vez, en una organización o banda terrorista (la misma u otra diferente), bien por el cese voluntario o apartamiento de la misma, por la expulsión por parte de los órganos directivos, o por razón de un hecho de fuerza mayor, como puede ser la condena por dicho delito, lo que cierra y provoca la ruptura de la situación delictiva previa. Posteriormente resultaría indiferente, como apuntamos, que se reincorporara a la misma organización o banda terrorista o a otra distinta.

2. En nuestro caso, el inculcado siempre y en todo momento perteneció, sin solución de continuidad, a la banda terrorista ETA, aunque cambiaria de residencia.

Los actos o actividades propios de un miembro de esta organización desplegados en un país y en otro (no integrantes de delitos de otra naturaleza) fueron, lógicamente, diferentes. Todo lo dicho, no constituiría óbice para mantener la misma identidad objetiva del hecho imputado ahora y el que fue base de la condena en Francia.

Habría que sostener la ruptura para que pudiera prosperar la tesis del Fiscal. En tal sentido el voto particular del Magistrado disidente apoyaba su postura en razones de tutela judicial efectiva a favor del Mº Fiscal, al que debía darse la oportunidad de acreditar la ruptura de la continuidad en la situación personal del inculcado. Sin embargo, el Fiscal, en el recurso, asienta exclusivamente tal ruptura en la diversidad de los hechos evidenciadores de la conducta delictiva, integradora de la pertenencia a banda armada, distinguiendo el comportamiento desplegado en España y el que observa en el país transpirenaico.

3. La circunstancia antedicha no enervaría la estimación de la excepción de cosa juzgada material, porque el relato histórico de la situación en uno y otro país, sólo puede generar un solo delito.

El principio de "non bis in idem" (indirectamente inserto en nuestra Constitución EDL 1978/3879 ), en que se halla cimentada la excepción de cosa juzgada, impediría el dúplice enjuiciamiento por unos hechos con unívoca significación jurídica, aunque se hayan desarrollado en países distintos. Esta es la línea aplicativa seguida por esta Sala y de la que es exponente el auto de 14 de enero de 2000. Por la misma vía argumental se llegaría a la absurda conclusión de que si el tiempo de dos años vividos en Francia como miembro de ETA, lo hubiera repartido sucesivamente con Bélgica o Luxemburgo, por poner un ejemplo, realizando en estos últimos países actos propios de un integrante de la organización a la que pertenecía, habría que enjuiciar al acusado dos veces más, lo que constituiría un absurdo..

El motivo debe rechazarse, declarando de oficio las costas del recurso (art. 901 L.E.Cr. EDL 1882/1 ).

## FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra el Auto dictado por la Sala lo Penal, Sección 2ª de la Audiencia Nacional, de fecha quince de noviembre de dos mil dos, en causa seguida a Clemente por delito de terrorismo, y con declaración de oficio de las costas causadas en dicho recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Sala de lo Penal, Sección 2ª de la Audiencia Nacional, a los efectos legales procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Luis-Román Puerta Luis.- José Ramón Soriano Soriano.- Diego Ramos Gancedo.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D José Ramón Soriano Soriano, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120002003101444