

Resumen

Recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal y por la Asociación de Víctimas del Terrorismo contra sentencia que condenó al sacerdote acusado como autor de un delito de colaboración con banda armada, concurriendo la eximente incompleta de estado de necesidad. El TS declara haber lugar al recurso y dicta segunda sentencia en la que condena al procesado como autor de un delito de colaboración con banda armada sin concurrir circunstancias modificativas, por considerar dicho Tribunal que no cabe contraponer sentimientos individuales de conciencia con valores sociales de alto contenido.

NORMATIVA ESTUDIADA

- CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española art.24.2
- D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971 art.8.7 , art.9.1 , art.9.10 , art.174
- RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal art.849.2

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
FALLO	7
SEGUNDA SENTENCIA	8

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

- ASOCIACIÓN ILÍCITA
 - BANDAS ARMADAS
 - Actos de colaboración

- ATENUANTES
 - EXIMENTES INCOMPLETAS
 - Estado de necesidad
 - POR ANALOGÍA
 - Supuestos diversos

- DECLARACIONES
 - APTITUD PARA ENERVAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
 - Del acusado

- RECURSO DE CASACIÓN
 - INFRACCIÓN DE LEY
 - Error de hecho en la apreciación de la prueba
 - Supuestos diversos
 - Documentos a efectos casacionales
 - Informes periciales
 - Documentos ineficaces
 - Acta del juicio oral
 - Declaraciones de procesados o testigos
 - Otros

- TERRORISMO
 - SIN PERTENENCIA A BANDA ARMADA, MISMA FINALIDAD PENALIDAD

Graduación de la pena
CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS
En general

FICHA TÉCNICA

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

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

Aplica art.8.7, art.9.1, art.9.10, art.174 de D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971

Aplica art.849.2 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

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

Cita art.9.3, art.14 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Versión de texto vigente null

En la villa de Madrid, a veintiuno de julio de mil novecientos noventa tres.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, que ante nos pende, interpuesto por el acusador particular, Asociación Víctimas del Terrorismo, el acusador Ramón, y el Ministerio Fiscal, contra Sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 21 de julio de 1992, que condenó al citado acusado por delito de colaboración con banda armada, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al final se expresan se han constituido para la vista y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. d. Gregorio García Ancos, y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores D. Pedro Vila Rodríguez y D. Fernando Bermúdez de Castro Rosillo, respectivamente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 2 instruyó procedimiento abreviado con el núm. 8/92, contra Ramón, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Nacional, que, con fecha de 21 de julio de 1992, dictó Sentencia que contiene el siguiente hecho probado:

Primero.- Se considera probado y así se declara que en fecha no determinada, pero posterior a 1976, con ocasión de encontrarse el acusado Ramón (mayor de edad, sin antecedentes penales y sacerdote secular de la Iglesia católica) en el ejercicio de su ministerio pastoral, en la localidad de Azpeitia, conoció y atendió en su formación, como integrante del Grupo de Confirmación del Instituto de Enseñanza Media de dicha población a Carlos, posteriormente miembro de la organización armada de ETA, con el nombre de Paterra, a quien vio por última vez con ocasión de acompañar, aceptando una misión encomendada por Cáritas, a la madre y una hermana del mismo para que le visitaran durante su confinamiento en Moriae (Francia) en fecha no determinada de 1981, recibiendo una carta de Paterra, en la que le expresaba su gratitud por tal misión.

Segundo.- En el año 1981, Ramón, de -común acuerdo con sus superiores eclesiásticos, asumió la titularidad de la parroquia del Santo Cristo de Artiga, en la localidad guipuzcoana de Irún, en donde ha desarrollado su labor pastoral en muy diversos ámbitos sociales, tanto en la infancia y juventud, como entre personas ancianas, con especial entrega hacia la población marginada, en especial pobres, toxicómanos, indomiciliados y emigrantes, en considerable número, habida cuenta de la posición fronteriza de dicha población, y para cuya función disponía de un local de uso polivalente en las dependencias parroquiales. Entre las personas que dicha actividad le deparó conocer, figuraba Iñaki, feligrés de la parroquia, hijo de una de las personas que le ayudaban en su labor de catequesis parroquial, y aquejado de un proceso de toxicomanía por su adicción a las drogas duras, para cuya curación el propio acusado recomendó a su madre el seguimiento del tratamiento terapéutico denominado "Proyecto Hombre" en alguna de cuyas etapas le ayudó Treviño, a quien dejó de ver como un año y medio antes de los hechos.

Tercero.- En el mes de agosto de 1991, encontrándose el acusado en Irún, tuvo lugar, por efecto de una operación policial, la desarticulación del comando Donosti de la organización terrorista ETA, huyendo algunos de sus miembros, entre los que figuraban Juan, José e Iñaki, a quien, asimismo, se le atribuyó la participación en la muerte de Francisco, acontecida en el mismo mes, en la plaza de Urdanibia, de la localidad de Irún, hechos de los que Treviño tuvo el conocimiento propio que le proporcionaban, tanto los medios de comunicación de ámbito local -dado que el nombre y la fotografía de Iñaki apareció en los periódicos- como los comentarios propios en una población de unos 60.000 habitantes, además de las referencias de la madre de Iñaki, quien desapareció de su domicilio en la misma fecha, a la vez que interrumpió sus relaciones sentimentales con Lorea. El día 19 de febrero de 1992, aconteció en Santander una explosión de la que resultaron muertas tres personas, y heridas otras varias, atribuyéndose la acción al comando Mugarri, de la organización terrorista ETA -según referencias de los medios de comunicación social- y del que, presuntamente, formaban parte miembros del desarticulado comando Donosti.

Cuarto.- El día 28 de febrero de 1992, sobre las doce de la noche, y encontrándose el acusado descansando en su domicilio, en la calle P., núm...., próximo al edificio de la parroquia del Santo Cristo de Artiga, de Irún, escuchó el timbre de la puerta de la calle y

tras abrirla, se encontró con Iñaki, que en compañía de otro hombre que posteriormente resultó ser Angel, le pidió alojamiento para pasar la noche y tras una inicial postura de firme negativa, y sabedor de la posible integración de Iñaki en la organización armada ETA y de su participación en graves delitos contra las personas, perpetrados por miembros de dicha organización, pero en atención a anteriores y profundas relaciones de afecto personal con Iñaki y, asimismo, con su madre, catequista de la parroquia, así como a humanos principios de solidaridad, potenciados por su condición de sacerdote de la Iglesia católica, les permitió pernoctar en el local polivalente existente en el edificio parroquial, deparándoles igual acogida a la que habitualmente dispensaba a pobres, toxicómanos, peregrinos e indomiciliados que se lo pedían, acondicionando la estancia con la extensión de unas esterillas en el suelo, haciéndoles entrega de una llave, que deberían dejar en lugar visible. En temprana hora de la mañana siguiente, los dos alojados abandonaron el local, dejando la llave en el lugar convenido.

Quinto.- En el siguiente día y con ocasión de un descanso de la reunión que celebrada la Comisión Permanente del Consejo Pastoral Diocesano, el acusado comunicó haber dado alojamiento a Iñaki, al Sr. Pedro, Vicario de la Diócesis, sin que haya quedado acreditado que le aconsejara pusiera los hechos en conocimiento y por escrito del Sr. Obispo de San Sebastián."

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

Primero.- Se condena al acusado Ramón, como autor criminalmente responsable de un delito de colaboración con banda armada, con la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de eximente incompleta, a la pena de tres años de prisión menor y multa de 250.000 ptas., con arresto sustitutorio de quince días en caso de impago, y a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas procesales.

Segundo.- Para el cumplimiento de la pena de privación de libertad se le abonará todo el tiempo que ha estado en prisión preventiva por esta causa.

Tercero.- No ha lugar a la exigencia de responsabilidad civil, solicitada por la acusación en el ejercicio de la acción popular.

Cuarto.- Procédase a deducir testimonio de los particulares precisos de la presente causa, que se remitirá al Juzgado de Instrucción competente, para el esclarecimiento del golpe recibido en la cabeza y denunciado por el acusado, en el primero de los reconocimientos médico-forenses practicados, así como en su declaración durante el acto de la vista del juicio oral.

Quinto.- Reclámese del Instructor la pieza de responsabilidad civil.

Sexto.- Notifíquese la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme, pues contra la misma pueden interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente al de la última notificación de la presente resolución.

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, por la acusación particular, Asociación Víctimas del Terrorismo, por la representación del acusado Ramón, y el Ministerio Fiscal, 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 el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación de la acusación particular Asociación Víctimas del Terrorismo se basa en los siguientes motivos de casación: Por infracción de ley.

Motivo Primero.- Al amparo del art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por indebida aplicación del art. 9.1 en relación con el 8.7.2 del Código Penal EDL 1995/16398 A juicio de esta parte se ha aplicado indebidamente la eximente incompleta de estado de necesidad, ya que éste ha de cimentarse sobre un estado de necesidad real, lo que no se produce en este caso por darse los presupuestos necesarios para su existencia.

Motivo Segundo.- Al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art. 9.10 del Código Penal EDL 1995/16398 . Entiende esta parte que la Sentencia recurrida ha basado su fallo no en este precepto, sino en los expuestos en el anterior motivo, pero por razones de prudencia se impugna igualmente la alusión que la misma hace al art. 9.10 del Código Penal EDL 1995/16398 , por las mismas razones que el motivo anterior que damos por reproducidas, ya que en modo alguno puede hablarse de conflicto de deberes en el condenado, que justifique la aplicación de la atenuante analógica del núm. 10 del art. 9 del Código Penal EDL 1995/16398 . El recurso interpuesto por la representación del acusado, Ramón se basa en los siguientes motivos de casación: Por quebrantamiento de Forma.

Motivo 1.- Al amparo procesal en los núms. 1.º en sus tres incisos, 2.º y 3.º del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 . Por infracción de Ley.

Motivo2.- Al amparo del núm. 2 del art. 849 de la Ley ritual, por existir evidentes errores de hecho en la apreciación de las pruebas, que se deducen de documentos que obran en Autos, que demuestran la equivocación del Tribunal a quo y que no resultan contradichos por otros elementos probatorios.

Motivo 3.- Al amparo del núm. 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , al haberse infringido preceptos penales sustantivos y normas jurídicas del mismo carácter, que deben ser observados en aplicación de la Ley penal.

Motivo 4.- Al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , por cuanto que se han infringido preceptos constitucionales, que reconocen los derechos a obtener una tutela efectiva del Juez natural predeterminado por la Ley, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, en un procedimiento público con todas las garantías, en el que las partes pueden utilizar todos los medios de prueba pertinentes, bajo la presunción de inocencia del acusado, garantizados en los arts. 9.3, 14, 17, 24.1 y 2. y 25 de la Constitución EDL 1978/3879 . El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se basa en el siguiente motivo de casación: Por infracción de Ley.

Motivo único.- Con sede procesal en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por violación por su indebida aplicación, del art. 9.1.º en relación con el 8.7.º del Código Penal EDL 1995/16398 . Entiende el fiscal indebidamente aplicado el precepto antes citado dado que en la relación de hechos probados no se descubre un auténtico estado de necesidad y que, sin él, no puede construirse, ni siquiera como incompleta, la eximente que de dicho estado recibe su nombre.

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los Autos, para señalamiento de vista, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para vista, se celebró la misma el día 9 de julio de 1993, con la asistencia del Letrado Sr. D. Joaquín Ruiz Jiménez en representación del acusado Ramón, y el Sr. D. Pedro Cenacín Cañas en representación de la acusación particular Asociación Víctimas del Terrorismo, así como el. Ministerio Fiscal, que mantuvieron sus recursos y se impugnaron respectivamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurso del encausado, Ramón.

Primero.- El inicial motivo de casación de este recurrente se ampara en el núm. 2.º de art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento "al haber existido (según su tesis) errores evidentes en la apreciación de las pruebas, basadas en documentos obrantes en Autos que demuestran la equivocación del Tribunal"

En el escrito de formalización, como debería haberse hecho, no se señalan, ni concretan, los documentos en que puedan basarse los pretendidos errores, limitándose a la remisión de los citados en el escrito de "anuncio" del recurso después interpuesto. Tal remisión se refiere a lo siguiente: las diligencias policiales núm. 136/92 y el atestado ampliatorio; testimonio de las diligencias previas del mismo número; informes del médico forense- Auto de entrada y registro del Juzgado Central de Instrucción núm. 1; diligencia de manifestación de Aurelia; diligencia de informe; diligencias instruidas por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de San Sebastián; Auto de 7 de abril de 1992-, declaración de Antonio declaración de Ramón; Auto de prisión incomunicada; testimonios aportados junto con el escrito de calificación provisional de esta parte y unidos en cuerda floja; originales de los periódicos aportados como prueba de descargo en el acto del juicio oral y unidos a las actuaciones en pieza separada, y, finalmente, el acta del juicio oral de 8 de julio de 1992.

Hemos descrito de manera concreta y textual lo que se dice en el escrito de preparación del recurso, al que se remite el de formalización, para de ello deducir las siguientes consecuencias:

1.- Se trata de una simple enumeración de diligencias sumariales, sin indicarse, como es obligado, los particulares a que deben adecuarse los pretendidos errores de hecho.

2.- Sobre todo, ignora la parte recurrente, cuando de este modo trata de impugnar la Sentencia, que, según ha proclamado constantemente la jurisprudencia, ni los atestados policiales, ni las declaraciones de testigos, ni los informes periciales genéricamente considerados, ni el contenido del juicio oral apreciado en su conjunto, tienen la naturaleza jurídica de documentos a estos efectos casacionales, al constituir, como máximo, simples "actos documentados" con imposibilidad legal de servir de vehículo a un pretendido error de hecho en la apreciación de la prueba.

La verdad es que esa primera alegación debió ser inadmitida "a límine" en fase procesal de instrucción, lo que ahora conduce, si necesidad de ningún otro razonamiento, a su desestimación en este trámite de Sentencia.

Segundo.- El correlativo, con base procesal en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , tiene su principal fundamento sustantivo (prácticamente único) en el art. 24.2 de la Constitución EDL 1978/3879 en cuanto define el principio de presunción de inocencia.

Como de manera reiterada y hasta la saciedad ha dicho la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, para que pueda aceptarse ese principio presuntivo es necesario que de lo actuado en la instancia se aprecie un verdadero vacío probatorio, debiendo decaer o quebrar cuando existan pruebas, bien directas o de cargo, bien simplemente indiciarias con suficiente fiabilidad inculpatoria, siendo también de destacar en este orden de cosas que la valoración de tales pruebas correspondd de manera exclusiva y excluyente a la Sala de instancia, con arreglo a lo establecido en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 .

En el caso concreto que nos ocupa, de un examen de las diligencias practicadas, y del propio reconocimiento del recurrente, sólo cabe inferir que éste dio acogimiento a más de una persona que pertenecían a, una banda terrorista, a sabiendas de ello y aunque luego trate de exculparse a través de otros argumentos que después examinaremos, pero que, inicialmente, no pueden servir de base a ese principio de presunción de inocencia aquí alegado, pues ello sería tanto como permitir a la parte recurrente hacer una valoración de la prueba, dialéctica totalmente impermisible según antes se ha indicado, so pena de que queramos desnaturalizar el recurso de casación, convirtiéndolo en una segunda instancia.

También, y dentro del propio motivo, se denuncia que alguna de las pruebas obtenidas lo fueron de manera ilegal empleando coacciones en su obtención. Sin embargo, esto es totalmente rechazable, pues amén de que estas cuestiones no fueron realmente sometidas a debate en la instancia, ni que, por tanto, el Tribunal sentenciador pudiera razonar sobre las mismas, la verdad es que esa pretendida ilegalidad no ha sido probada de manera alguna.

El segundo motivo también debe ser rechazado.

Tercero.- El correlativo se ampara en el núm. 1.º del art. 849 y sustantivamente se refiere a la indebida aplicación del art. 174 bis a), párrafo segundo, del Código Penal EDL 1995/16398 .

El desarrollo de este motivo se reduce en su fundamento a lo alegado en los dos anteriores respecto al pretendido error del Tribunal en su calificación jurídica, de tal forma que si aquéllos no han obtenido ninguna posibilidad impugnatoria, mal puede accederse a lo aquí pretendido. Y es que, obvio es decirlo, esta alegación, aisladamente considerada, carece de todo contenido en cuanto únicamente trata de conculcar o atacar los hechos que la Sentencia declara como probados, dialéctica absolutamente impermisible en el trámite casacional cuando se emplea esa vía del art. 849.1.º, pues así se deduce del propio contenido de este precepto y también de lo que dispone el art. 884.3.º de la Ley rrituaria, que posibilita la inadmisión a limine de los recursos cuando se fundamentan en hechos diferentes de los descritos en la Sentencia recurrida.

No obstante ello, y aunque de manera tangencial, se alegó, tanto en el escrito de formalización, como in voce en el acto de la vista del recurso, que en la actuación del encausado no puede apreciarse el elemento subjetivo del delito cual es el de la intencionalidad por parte del agente comisor de colaborar con banda armada, es decir, con ello se pretende que al no existir ese dolo específico no puede hablarse de inculpación ni, por ende, de delito.

Cierto es que después de la reforma del Código Penal EDL 1995/16398 llevada a cabo por la Ley Orgánica de 1983, para la existencia de cualquier acción delictiva es necesario el elemento culpabilístico de la intencionalidad y ello, por tanto, también es aplicable a la figura delictiva de que se trata (art.174), aunque ésta fuera incorporada con posterioridad y constituir un simple reflejo de lo dispuesto en el art. 9.2, apartado a), de la Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984 sobre Bandas Armadas, cuando dice que "en todo caso son actos de colaboración la ocultación de personas integradas en los grupos o bandas armadas, terroristas o rebeldes y la prestación de cualquier tipo de ayudas que favorezcan la fuga de aquéllos"

Ahora bien, en este tipo de delitos llamados (con expresión gráfica, pero un tanto desgraciada desde el punto de vista gramatical)"tendenciales" la acción que provoca el delito se objetiviza en cierto sentido y en cada caso concreto, y de ahí que el elemento subjetivo o intimista tenga que inferirse de modo muy directo de los hechos antecedentes y concomitantes que concurran en la actividad presuntamente delictiva. Y en el caso que estamos injuiciando y según la narración fáctica que se contiene en la Sentencia, de esos datos concurrentes es de donde cabe deducir la existencia de ese requisito subjetivo del dolo. Así tenemos que:

1.- El encausado conocía perfectamente, tanto por los medios de comunicación, como por las relaciones de amistad que le unían con la madre del "amparado" y, sobre todo, por el ámbito territorial en que se produjo ese conocimiento (población de alrededor de 60.000 habitantes)que su protegido había sido autor de diversos actos terroristas, pero, sobre todo, era sabedor de su pertenencia a una banda armada.

2.- No obstante ello, le ocultó a sabiendas de lo anterior y con el único propósito lógico de que no fuera descubierto por los agentes de la autoridad que le perseguían en aquellos momentos, y, además, lo hizo en lugar poco accesible a esa persecución, cual fue una dependencia de la iglesia parroquial.

3.- De la conjunción de lo primero y lo segundo sólo cabe inferir, como lo hizo el Tribunal a quo, que existió intención de proteger a un miembro de banda armada y, por tanto, y según la redacción del precepto penal aplicado, de colaborar con el grupo terrorista a que pertenecía.

También se podría pensar, aunque esto no ha sido alegado de forma directa, que esa actividad supone, más que un delito en sí mismo considerado, una actividad encubridora de lo ya efectuado. Esta tesis, sin embargo, es rechazable, pues el encubrimiento, por propia definición, necesita el término comparativo de la acción encubierta, y aquí no se sabe, ni podía saber el inculpado, qué delitos en concreto se habían cometido además de la pertenencia a banda armada, que sí era sabido, conocimiento que excluye esa idea del encubrimiento en cuanto constituye un tipo delictivo independiente y por sí mismo sancionable. Además, es posible que si esos delitos cometidos fueran los que por la prensa y la ciudadanía se "menoscaban" la sanción que correspondería a esa realización imperfecta de la acción, conllevaría una más grave punición que la correspondiente al tipo individualizado de la colaboración.

Este motivo debe ser, por tanto, desestimado.

Cuarto.- De un examen detenido y lógico de este motivo de casación, que tiene el mismo amparo procesal del anterior, se deduce que la pretensión que contiene se concreta a impugnar la Sentencia de instancia en cuanto se debió aplicar la eximente de estado de necesidad en su completo contenido y no hacerlo, como se hizo, de modo parcial, o, lo que es lo mismo, se pretende la aplicación de la eximente completa del núm. 7 del art. 8, y no la eximente incompleta del art. 9. 1.º, ambos preceptos del Código Penal EDL 1995/16398 .

El problema así planteado, que es realmente el más importante y el medular de los alegados en los diversos recursos, tiene su incidencia y conjunción con el que se plantea tanto por el Ministerio Fiscal como por la otra parte acusadora, de tal forma que lo que razonemos en solución a estos últimos, servirá de solución a lo aquí pretendido, evitando así indebidas repeticiones.

SEGUNDO.- Recurso del Ministerio Fiscal.

Primero.- Esta parte acusadora alega, en defensa de su pretensión, un solo motivo con sede procesal en el núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento y con fundamento sustantivo en la indebida aplicación del art. 9.1.º, en relación con el 8.7.º, del Código Penal EDL 1995/16398 . O lo que es lo mismo, se considera que hubo infracción de ley porque la acción del encausado no es merecedora de ser comprendida en la eximente incompleta del estado de necesidad, ni tampoco en lo que establece el art. 9.10, respecto a las atenuantes analógicas.

Para una mejor comprensión de este tema sometido a debate, que podemos considerar sin duda como el principal y más conflictivo de los que comprenden el recurso de casación, debe semos permitido hacer un breve resumen de los hechos descritos en la Sentencia, a los que necesariamente nos hemos de atener dada la vía casacional empleada, y también una breve referencia a los razonamientos jurídicos que se contienen en la misma Sentencia en relación con la expresada circunstancias atenuatorias de la responsabilidad criminal.

1.- Respecto a lo primero, es decir, en cuanto a los hechos narrados, resulta lo siguiente:

A.- El encausado, en fecha posterior a 1976, y con ocasión de encontrarse en el ejercicio de su ministerio pastoral, conoció y atendió en su formación a Carlos, posteriormente miembro de la organización armada ETA, con el nombre de Paterra, a quien vio y visitó por última vez, aceptando una misión encomendada por Cáritas, en su confinamiento en una prisión de Francia.

B.- En el año 1981 asumió la titularidad de la parroquia del Santo Cristo de Artiga, en la localidad de Irún, en donde ha desarrollado su labor pastoral en muy diversos ámbitos sociales, y " las personas que dicha actividad le deparó conocer, figuraba Iñaki... aquejado de un proceso de toxicomanía a cuya curación le ayudó Ramón en alguna de las etapas, pero al que dejó de ver como un año y medio antes de los hechos.

C.- En el mes de agosto de 1991, encontrándose el acusado en Irún, tuvo lugar la desarticulación del comando Donosti de la organización terrorista ETA, entre los que figuraba Iñaki, a quien se le atribuyó la participación en la muerte de Francisco, acontecida en la misma localidad de Irún "del que tuvo conocimiento el acusado, así como de la explosión ocurrida en Santander el 19 de febrero de 1992, de la que resultaron muertas tres personas y que se atribuyó al comando Mugarri, del que" parte miembros del desarticulado comando Donosti"

D.- El día 28 de febrero de 1992, sobre las doce de la noche, y encontrándose el acusado descansando en su domicilio, próximo al edificio de la parroquia, escuchó el timbre de la puerta y tras abrirla, se encontró con Iñaki que, en compañía de otro hombre, le pidió alojamiento para pasar la noche y tras una inicial postura de firme negativa, sabedor de la posible integración de Iñaki en la organización armada ETA y de su participación en graves delitos contra las personas, pero en atención a anteriores y profundas relaciones de afecto personal así como a humanos principios de solidaridad, potenciados por su condición de sacerdote de la Iglesia católica, les permitió pernoctar en el local polivalente existente en el edificio pastoral."

E.- Al día siguiente comunicó al Vicario de la Diócesis haber dado alojamiento a Iñaki.

2.- En conjunción con los juicios de valor que se contienen en esa narración fáctica, y de todo el conjunto de ella, la Sala sentenciadora, en sus fundamentos de derecho tercer o y cuarto, que son los que aquí interesan, llega a las siguientes conclusiones respecto al grado de culpabilidad del encausado:

A.- En esencia se trata de dilucidar (dice la Sentencia) si la situación en que actuó el acusado, de claro conflicto psicológico de deberes, debe tener alguna trascendencia jurídica.

B.- Sigue diciéndose que la respuesta es claramente positiva" aminorar la pena a imponer en proporción a la menor culpabilidad o reprochabilidad de la conducta, instrumentable por la vía de apreciación de una circunstancia atenuante por eximente incompleta del artículo 9.1.º, en relación con el 8.7.º, o el artículo 9.10, en relación con el resto de las circunstancias exculpatorias recogidas en el art. 8 del Código Penal EDL 1995/16398 ."

C.- Después de exponer diversas teorías sobre esa graduación de la culpabilidad y de centrar más bien la cuestión en la eximente incompleta de estado de necesidad, se dice, en esencia, que(" el caso enjuiciado es determinante en la conducta del encausado la existencia de un conflicto de deberes, uno de carácter moral e íntimo, y otro de naturaleza jurídica, lo que si bien no evita la sanción penal, es innegable que la elección efectuada debe tenerse en cuenta como una circunstancia atenuante", señalándose esta vez de manera exclusiva como atenuación de la pena la eximente incompleta del estado de necesidad".

Segundo.- Desde un punto de vista técnico-jurídico, en la calificación efectuada por el Tribunal a quo se aprecia, en primer lugar, la ambigüedad de sus razonamientos en cuanto que, de una parte, la disminución de culpabilidad del agente comisor parece fundamentarse de modo exclusivo en una eximente incompleta (la del estado de necesidad)y, sin embargo y de otra, se propugna la aplicación de una atenuante analógica, sin que se diga si ha de aceptarse o no con el carácter de muy cualificada.

Esta ambigüedad, más expositiva que real, nos debe conducir, sin embargo, a razonar brevemente sobre esta última postura. Y en este sentido hemos de decir:

1.- Que el núm. 10 del art. 9 no puede correlacionarse, como se indica en la Sentencia, con la circunstancias eximentes del art. 8, ya que su círculo comparativo debe ceñirse a las circunstancias atenuantes, máxime cuando en la propia Sentencia tiene tratamiento diferenciado una de las eximentes incompletas.

2.- Siendo ello así, lo primero que hay que determinar en este tipo de atenuantes analógicas, es si existe el término comparativo que las haga viables, ya que el vocablo "analogía" no significa otra cosa que "lo parecido a algo" y este "algo" no puede ser otra cosa u otro concepto que los contenidos en los demás casos de atenuación. Y examinadas las circunstancias comprendidas entre la segunda y la novena del art. 9 que actualmente están en vigor, no hallamos ninguna que pueda ser aplicable, por parecida, a la situación descrita en los hechos probados.

3.- Únicamente, y haciendo un exceso interpretativo en favor del reo, podríamos hablar de alguna similitud con la atenuante 8.º de "obrar por causas o estímulos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad" Sin embargo, dada la narración de los hechos, tal posibilidad es totalmente rechazable en cuanto la actividad del acusado se nos muestra con una auténtica frialdad de ánimo, lo que se demuestra en la circunstancia de que inicialmente niega al peticionario su solicitud al amparo y es únicamente después de hacer meditación sobre las consecuencias de esa negativa cuando accede a proporcionar el correspondiente cobijo. Es decir, tal actitud dubitativa hace desaparecer cualquier estado pasional o de arrebatos, debiéndose indicar, además, que aunque se entendiese aplicable, jamás lo podría ser con el carácter de "muy cualificada" con lo que carecería de todo valor práctico en el orden punitivo al no poderse rebajar en un grado la pena que señala el tipo, (en ningún caso podría pasarse de la prisión mayor a la prisión menor)

Tercero.- Desechada la aplicación de una atenuante analógica, surge como único problema el de la posible existencia de la eximente incompleta del estado de necesidad que, en definitiva, fue la que condujo a la Sala de instancia a rebajar la pena tipo.

El estado de necesidad que como eximente se define en el artículo 8.7.º del Código Penal EDL 1995/16398, bien se interprete desde un punto de vista literal, bien desde una perspectiva lógica e, incluso, finalista, requiere como requisito previo que el sujeto activo de la acción se encuentre de manera directa e inminente ante el dilema de evitar o no un mal a través de causar otro distinto. El mal evitable de ese modo puede ser propio o ajeno, pero a la vez se requiere que el mal causado no sea de mayor entidad que el que se trate de evitar.

Aplicando esas dos bases (la una como aclaratoria y la otra como decisoria) al supuesto enjuiciado, hemos de decir lo siguiente:

1.- Dados los razonamientos empleados por la Sala sentenciadora, el mal que trató de evitar el inculpado fue un mal propio y no ajeno, pues consistió en salvar su conciencia de cualquier autorreproche moral, teniendo en cuenta, además, que el mal ajeno (ponerse a salvo de la justicia) no podría de ningún modo ser valorable a estos efectos exculpatorios.

2.- Ante una contraposición de males, de deberes o de intereses (preferimos esta última expresión) lo primero que hay que indagar, dentro de una escala lógica de valores, es cuál de ellos tiene preponderancia, tanto cualitativa, como cuantitativa de tal forma que cuando la balanza en que ambos se sopesen esté cerca del fiel, puede hablarse de eximente completa, por quedar reducida al máximo la culpabilidad del agente conisor; cuando ese punto intermedio de la mediación esté alejado del centro, pero no en exceso, puede resolverse (según hizo la Sala) que la culpabilidad, sin quedar anulada, sí puede entenderse disminuida; finalmente, cuando ese término comparativo o de equilibrio es decididamente favorable al "mal causado" no cabe hablar de circunstancia modificativa de la responsabilidad, ni con carácter completo, ni incompleto.

Esto último es lo que sucede en el caso enjuiciado en el que, partiendo de esa ideal escala de valores que nos ha servir de parámetro decisor, tenemos lo siguiente:

A.- De un lado, como bien o interés protegido, uno de naturaleza puramente individual e intimista.

B.- Por el contrario, y frente a ello, el bien o interés que se conculcó con la actividad proteccionista, tiene un contenido absolutamente general, que a todos nos afecta, que atañe nada menos que al conjunto del entramado social en su pacífica convivencia y en sus más íntimos sentimientos como colectividad.

C.- Ante tal situación, entendemos que no cabe contraponer, en la medida en que se hizo, sentimientos puramente individuales de conciencia, que podrán tener su recompensa íntima en el campo de la amistad o de la moral religiosa, con valores sociales de tan alto contenido, ya que, además, aquéllos no pueden obtener protección (aunque sea parcial) en el terreno de la aplicación de la norma cuando, insistimos, el bien protegido por ésta, amén de ser de carácter general, contiene en sí mismo una finalidad tan importante como es la de evitar la protección o el acogimiento de personas pertenecientes a bandas armadas, evitando así la creación de una infraestructura que puede servir de sostén a esas organizaciones.

Cuarto.- A mayor abundamiento se puede añadir que entender lo contrario sería tanto como, según razona el recurrente, abrir una peligrosa brecha en el tratamiento de estas cuestiones en las que podría darse el caso de que con la simple alegación, arropada por una prueba más o menos consistente, de haber actuado por causas de amistad, solidaridad u otras semejantes de valoración puramente moral e intimista, se llegasen a justificar, en todo, o en parte, hechos que en sí mismos considerados contienen una muy grave reprochabilidad jurídica y social, con el inconveniente añadido de que se podría conculcar fácilmente el principio de igualdad ante la ley que proclama el art. 14 de la Constitución EDL 1978/3879.

De otra parte, aceptar la tesis del Tribunal a quo sería tanto como revivir, y aun en mayor medida, la atenuante 7.º del art. 9 que surgió como tal en el Código de 1928, desapareció en el de 1932, volvió a ser incorporada al de 1944 y fue suprimida por la reforma llevada a cabo el 25 de junio de 1983. Nos referimos a la atenuante que textualmente decía: "La de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia" Y es que, aparte de las causas que en su día pudieron impulsar al legislador a crear una circunstancia modificativa de tales características, la verdad es que suponía, y de ahí su derogación, una especie de "cajón de sastre" en que todo podía caber pero de lo que, también, todo podía ser excluido, peligrando así, como hemos indicado, el principio de igualdad.

En resumen, se ha de dar lugar a este único motivo propugnado por el Ministerio Fiscal, con las consecuencias de la pena a imponer al inculpado, que deberá pasar de la prisión menor a la de prisión mayor que es la legalmente señalada para el tipo delictivo de que se trata.

TERCERO.- Recurso de la Asociación de Víctimas del Terrorismo.

Unico.- Los dos motivos alegados por esta entidad recurrente han tenido respuesta adecuada, y de modo favorable, por los razonamientos anteriormente expuestos, a los que nos remitimos íntegramente para evitar indebidas repeticiones.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal estimando su motivo único, así como al interpuesto por la representación de la acusación particular, Asociación de Víctimas del Terrorismo, estimando sus dos motivos, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, de fecha 21 de julio de 1992, en causa seguida contra Ramón, por delito de colaboración con banda armada. Declarando de oficio las costas en cuanto al segundo recurrente, y la devolución del depósito que constituyó en su día. Asimismo, debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la representación del acusado Ramón, condenándole al pago de las costas de este recurso. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta, al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes.

ASI, por esta nuestra Sentencia, que se publicará en la COLECCION LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Enrique Ruiz Vadillo. Gregorio García Ancos.- José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez. Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

SEGUNDA SENTENCIA

En la villa de Madrid, a veintiuno de julio de mil novecientos noventa y tres.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado Central de Instrucción número 2, y fallada posteriormente por la Audiencia Nacional, y que por Sentencia de casación ha sido casada y anulada en el día de la fecha, y que fue seguida por delito de colaboración con banda armada, contra Ramón, hijo de José María, de cuarenta años de edad, natural de Eibar (Guipúzcoa) vecino de Irún, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, y en prisión provisional por esta causa desde el 25 de marzo de 1992, habiendo sido parte la Asociación de Víctimas del Terrorismo en el ejercicio de la acción popular, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al final, y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos, hace constar lo siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Hechos probados: Se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la Sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Se admiten el primero, segundo y sexto de la referida Sentencia y se rechazan por las razones expuestas en la Sentencia de casación, el tercero, cuarto y quinto, y, en su consecuencia, no son de apreciar en el encausado circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ni, en concreto, la atenuante analógica núm. 10 del art. 9 del Código Penal EDL 1995/16398, ni la eximente incompleta de estado de necesidad, núm. 1 del mismo precepto, en relación con la 7.º del art. 8 del indicado texto legal, y ello con la consecuencia de que no deberá rebajarse en un grado la pena señalada al tipo delictivo.

Vistos los preceptos legales de aplicación al caso.

PARTE DISPOSITIVA

Que debemos condenar y condenamos al acusado Ramón, como autor responsable de un delito de colaboración con banda armada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años y un día de prisión mayor y multa de 500.000 ptas., y a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena privativa de libertad y al pago de las costas procesales. Se admite y da por reproducido el resto del fallo de la Sentencia de instancia.

ASI, por esta nuestra Sentencia, que se publicará en la COLECCION LEGISLATIVA, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Enrique Ruiz Vadillo.- Gregorio García Ancos.- José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez. Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.