

En la Villa de Madrid, a dos de junio de dos mil once.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de Ladislao, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Cuarta) de fecha 27 de octubre de 2010 en causa seguida contra Ladislao, por un delito de colaboración con organización terrorista, 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. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y el recurrente representado por el Procurador D. Javier Cuevas Rivas. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

## ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción número 5, instruyó sumario número 4/2010, contra Ladislao y, una vez concluso, lo remitió a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Cuarta) rollo número 36/2010 que, con fecha 27 de octubre de 2010, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

“Ha quedado acreditado en autos que:

PRIMERO.- Sobre las 10:30 horas del domingo día 10 de agosto de 2008, en un dispositivo policial de control rutinario de vehículos y personas en prevención de la comisión de delitos montado por los integrantes de la Unidad del Grupo de Acción Rápida de la Guardia Civil con números de identificación profesional Q-...-J y R-...-D en el punto kilométrico 57 de la Carretera BI-2405, en el término municipal de Berriatua (provincia de Vizcaya), fue parado el vehículo de la marca Volkswagen modelo California con matrícula ...GDT, conducido por su propietario y único ocupante, el acusado Ladislao, mayor de edad y cuyos antecedentes penales se ignoran al no aparecer en las actuaciones.

En la inspección del vehículo, concretamente en el suelo de la parte trasera del asiento del copiloto, fue encontrada una bolsa de plástico que contenía seis talonarios, compuesto cada uno por cincuenta papeletas, con numeraciones correlativas y con un valor cada papeleta de 2 euros.

En el anverso de cada papeleta, encima de las fotos de una furgoneta, de una casa de campo y de un ordenador portátil, aparece a grandes caracteres y en idioma euskera que se trataba de un “sorteo solidario”, y en letras más pequeñas se comunica que “el portador de este boleto juega 2 euros”.

En el reverso de cada papeleta, después de describirse el primero, el segundo y el tercer precio, y antes de informarse que el sorteo se iba a celebrar el día 27 de octubre de 2008 entre las personas poseedoras de cada “boleto de ayuda”, se indica que “Con esta aportación has dado un paso para garantizar los derechos humanos y la dignidad

de los presos y de los refugiados”, añadiendo que “Con tu compromiso y con el de todos superaremos la dispersión y sus consecuencias”.

SEGUNDO.- Dicho conjunto de 300 boletos eran transportados por el acusado en el vehículo que conducía con pleno conocimiento y con intención de ponerlos en la circulación, con objeto de allegar fondos para subvenir las acciones de subversión del orden democrático y los fines de atemorización social de las entidades situadas bajo la órbita y control de la organización terrorista ETA. Dinero que no logró obtener debido a la intervención policial que conllevó la incautación de tales papeletas de sorteo”.

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

“Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Ladislao, como responsable en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito intentado de colaboración con organización terrorista, a las penas de tres años de prisión, multa de diez meses, con cuota diaria de cinco euros y establecimiento de una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante tres años, e inhabilitación absoluta por tiempo de nueve años, además del abono de las costas procesales generadas”.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación legal del recurrente Ladislao, basa su recurso en los siguientes motivos de casación:

I.- Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE, aduciéndose la inexistencia de prueba de cargo.

II.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida de lo dispuesto en el art. 576.1 del CP.

III.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por inaplicación o alternativamente aplicación contraria a derecho de los arts. 50 y 66 del CP, al rebajarse únicamente un grado la pena correspondiente al delito consumado.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 1 de marzo de 2011, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

SEXTO.- Por diligencias de ordenación de fecha 27 de diciembre de 2010, se dio traslado al Procurador D. Javier Cuevas Rivas a fin de alegar lo que estimara conveniente según lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera letra c) de la LO 5/2010 de reforma del Código Penal.

SÉPTIMO.- Por Providencia de fecha 10 de mayo de 2011 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos para señalamiento de la vista y fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la vista del art. 893 bis a) de la LECrim, el día 1 de junio de 2011 a las 10,30 horas.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación legal de Ladislao interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, que condenó a éste como autor de un delito de colaboración con banda armada, en grado de tentativa, a la pena de 3 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y multa de 10 meses con una cuota diaria de 5 euros.

Se formalizan tres motivos. El primero, con cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. El segundo y tercero, con la misma cobertura que ofrece el art. 849.1 de la LECrim, consideran indebidamente aplicado un precepto penal de carácter sustantivo, concretamente los arts. 576 -en el que se tipifica el delito de colaboración con banda armada- y los arts. 50 y 66 del CP, por haber rebajado sólo en un grado la pena correspondiente a la tentativa del delito de terrorismo.

Ya anticipamos que la estimación del primero de los motivos hará innecesario el examen de los dos restantes.

SEGUNDO.- En el factum se declara probado que en poder del acusado fueron halladas cincuenta papeletas, con numeraciones correlativas y con un valor por unidad de 2 euros. Añade la sentencia de instancia que "...en el anverso de cada papeleta, encima de las fotos de una furgoneta, de una casa de campo y de un ordenador portátil, aparece a grandes caracteres y en idioma euskera que se trataba de un <sorteo solidario>, y en letras más pequeñas se comunica que <el portador de este boleto juega 2 euros>". Sigue exponiendo el juicio histórico que "...en el reverso de cada papeleta, después de describirse el primero, el segundo y el tercer premio, y antes de informarse que el sorteo se iba a celebrar el día 27 de octubre de 2008, entre las personas poseedoras de cada <boleto de ayuda>, se indica que <con esta aportación has dado un paso para garantizar los derechos humanos y la dignidad de los presos y de los refugiados>, añadiendo que <con tu compromiso y con el de todos superaremos la dispersión y sus consecuencias>".

La Audiencia Nacional ha reputado esos hechos constitutivos de un delito de colaboración con banda armada del art. 576 del CP, al entender -y así se precisa en el relato de hechos probados- que los 300 boletos eran transportados por el acusado en el vehículo que conducía "...con intención de ponerlos en la circulación, con objeto de allegar fondos para subvenir las acciones de subversión del orden democrático y los fines de atemorización social de las entidades situadas bajo la órbita y control de la organización terrorista ETA. Dinero que no logró obtener debido a la intervención policial que conllevó la incautación de tales papeletas de sorteo".

El tipo subjetivo, pues, se construye a partir de un juicio de inferencia, que lleva a concluir al Tribunal de instancia que la acción del acusado estaba filtrada por el propósito de allegar fondos a favor de entidades -no se mencionan- situadas bajo el tutelaje de la organización terrorista ETA, contribuyendo así a la realización de acciones subversivas y de atemorización social.

TERCERO.- El discurso impugnativo del recurrente suscita el viejo debate acerca del cauce idóneo para hacer valer la discrepancia en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia proclama la concurrencia de un elemento interno, indispensable para el juicio de tipicidad. La jurisprudencia tradicional ha venido aceptando la revisión de tales inferencias por la vía del art. 849.1 de la LECrim. Es cierto que esa fórmula de fiscalización cuenta con el aval de una doctrina constitucional de la que la STC 328/2006, 20 de noviembre, es elocuente muestra. Esta sintonía entre la jurisprudencia constitucional y la de esta Sala no resuelve el problema de origen, esto es, la aceptación de que, en el fondo, estamos abriendo la puerta a la una revisión del hecho probado, pues la voluntad que anima al agente en el momento de ejecutar la acción típica, forma parte de ésta. La conducta humana no es neutra y la intención del agente, como enseña la dogmática penal que explica la estructura analítica del delito, no puede desgajarse de la acción para ser luego artificialmente analizada en el momento del examen de la culpabilidad. De ahí la necesidad de que, por más que esa heterodoxa vía de examen y revisión casacional del ánimo del agente, siga siendo tónica habitual en nuestra jurisprudencia, se complete con las posibilidades que otorga un tratamiento casacional adecuado del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Y, desde luego, la proclamación por el órgano decisorio de un elemento tendencial totalmente desvinculado del resultado de la actividad probatoria desarrollada durante el juicio oral, no puede reputarse extraña al contenido material del derecho a la presunción de inocencia. De ahí la complementariedad de la vía tradicional del art. 849.1 de la LECrim y la que ahora amparan, por el cauce de los arts. 5.4 y 852 de la LECrim, los derechos constitucionales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 y 2 de la CE).

CUARTO.- Desde la perspectiva que centra nuestra atención, es indudable que el delito de colaboración con banda armada puede cometerse cuando el sujeto recaba para la organización terrorista una aportación económica, por más que ésta pueda camuflarse bajo la aparente inocuidad de una rifa. Así se desprende con nitidez del tenor literal del art. 576 del CP y, a partir de la reforma de la LO 5/2010, 22 de junio, de

la nueva redacción del art. 576 bis del mismo texto legal. De ahí que la organización y establecimiento de fuentes de financiación eficazmente dirigidas a nutrir las arcas de la organización terrorista, colmen las exigencias del tipo. Pero también es indispensable que ese acopio de fondos esté básicamente justificado por el propósito de favorecer los fines que identifican al grupo terrorista para el que se capta el dinero. Y esta finalidad ha de quedar claramente reflejada en el factum y ha de ser, al propio tiempo, el resultado de una actividad probatoria cuya valoración tiene que ser también objeto de proclamación expresa.

Hemos dicho -cfr. STS 503/2008, 17 de julio- que el tipo objetivo del delito previsto en el art. 576 del CP exige que el acto tenga un significado favorecedor de las actividades de la organización como tal, y en el tipo subjetivo que el sujeto conozca la existencia de la banda armada, grupo u organización terrorista, y conozca además que el acto que se ejecuta contribuye de alguna forma a sus actividades, bien por la propia significación del mismo o bien porque sepa, al realizarlo, que su ejecución se explica sólo por el favorecimiento de la banda y no por cualquier otra posible actividad relacionada con la misma, aunque ignore las razones por las que es positivo para aquéllos o la medida en que lo es.

Es cierto que en la sentencia dictada por la Audiencia Nacional se alude al propósito del acusado de allegar fondos para atender los fines subversivos y de atemorización social que son propios de los grupos vivificados por su relación con la organización terrorista ETA. Sin embargo, la justificación probatoria mediante la que se pretende respaldar esa afirmación no puede ser compartida por esta Sala. En el FJ 1, apartado E) el órgano decisorio sitúa en un "...ámbito de desestabilización social" la actuación criminal del acusado, pues "...si bien es cierto que en tales boletos no aparece expresamente mención alguna a la organización u organizaciones bajo cuyas directrices se realizaría el sorteo, como tampoco claramente se vislumbra del logotipo del escultor Eduardo Chillida estampado en cada papeleta la identidad de tales entidades, ello no impide incriminar al acusado, puesto que este Tribunal, superando la controversia sobre el logotipo utilizado, se adentra en la semántica utilizada, que es la propia de aquellas organizaciones ilegalizadas subyugadas a la planificación subversiva y fines terroristas ejercidos por ETA. En el plano teórico, no puede aceptarse que el acusado obrara con una motivación humanitaria y solidaria, puesto que en ningún momento ha traído al juicio prueba alguna de ese eventual proceder. En cambio, sí se ha acumulado contra él la prueba de cargo descrita, que no deja margen para la duda sobre su criminal actuación, aunque lo sea con los contornos de la tentativa" (sic).

Como puede apreciarse, la Audiencia Nacional descarta toda motivación humanitaria y solidaria porque el acusado no ha probado que esa era su finalidad. Sin embargo, no es al imputado al que incumbe ese reto probatorio. El texto de las papeletas de rifa de las que se incautó la Guardia Civil -que como la propia sentencia admite no contiene mención alguna a grupos del entorno terrorista- justifica el sorteo con el objeto de "garantizar los derechos humanos y la dignidad de los presos y refugiados", evitando la dispersión. El que esa finalidad no se ajustara a la realidad y, por el contrario, fuera una

simple máscara para ocultar una contribución económica a ETA o a cualquiera de sus organizaciones satélites, tiene que ser objeto de una justificación probatoria más rigurosa. Desde luego, no se ajusta al canon racional de valoración probatoria la afirmación de que, más allá de la interpretación que quiera adjudicarse al logotipo utilizado, el diseño de las papeletas "...se adentra en la semántica" propia de las organizaciones ilegalizadas "...subyugadas a la planificación subversiva y fines terroristas ejercidos por ETA".

Tampoco puede identificarse la Sala con el esquema argumental que pretende extraer inferencias probatorias a partir del testimonio -que el Tribunal a quo califica como dictamen pericial- prestado por dos agentes de la Guardia Civil que se pronunciaron sobre las vinculaciones pasadas del acusado con organizaciones de la izquierda abertzale. La privación de libertad sufrida por Ladislao en Francia no puede operar como elemento inculpatario, cuando de lo que se trata es de acreditar que el dinero obtenido con la rifa iba a desbordar la finalidad que reflejaba su propio formato e iba a nutrir las arcas de una organización terrorista. Hemos afirmado en repetidas ocasiones que en el delito de colaboración con banda armada no se sanciona la adhesión ideológica, ni la consecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la banda armada consisten en hacer uso de la violencia, o sea, el terror y la muerte (SSTS 197/1999, 16 de febrero y 532/2003, 19 de mayo).

En definitiva, si bien la organización de un sorteo puede haber sido concebida como un instrumento de financiación de las actividades terroristas -y la experiencia indica que se trata de una estrategia nada excepcional-, la condena de quien tiene en su poder los boletos que van a ser objeto de venta, sólo puede justificarse a partir de la prueba de que concurren todos los elementos del tipo objetivo y subjetivo que definen el art. 576 del CP.

Por cuanto antecede, procede la estimación del primero de los motivos, con la consiguiente absolución del acusado, tal y como se acuerda en nuestra segunda sentencia.

QUINTO.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación promovido por la representación legal de Ladislao, contra la sentencia de fecha 27 de octubre de 2010, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, en causa seguida contra el mismo por un delito de colaboración con banda armada, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Luciano Varela Castro.- Manuel Marchena Gómez.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de junio de dos mil once.

Por la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, en el procedimiento ordinario núm. 4/10, tramitado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 se dictó sentencia de fecha 27 de octubre de 2010, que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, se hace constar lo siguiente:

### ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida, con excepción del apartado segundo de este último, cuya proclamación se considera contraria al contenido material del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 de la CE.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el FJ 4º de nuestra sentencia precedente, procede la estimación del primero de los motivos entablados, declarando vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del acusado.

### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos absolver y absolvemos al acusado Ladislao del delito de colaboración con banda armada por el que venía siendo acusado. Se declaran de oficio las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Luciano Varela Castro.- Manuel Marchena Gómez.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.