



AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN SEGUNDA

N.I.G.: 28079 27 2 2007 0000763

ROLLO DE SALA: APELACION CONTRA AUTOS 55/2011

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: SUMARIO (PROC.ORDINARIO) 1/2011

ÓRGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº 5

A U T O

MAGISTRADOS

Ilmos. Sres.

D. FERNANDO GARCÍA NICOLÁS (Presidente)

D. JULIO DE DIEGO LÓPEZ (Ponente)

D. JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA

En Madrid, a cuatro de Abril de dos mil once.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 24.01.2011, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 incoó sumario por presuntos delitos de revelación de secretos y colaboración con organización terrorista, no habiendo lugar a decretar el sobreseimiento provisional y archivo de las presentes actuaciones, acordando practicar las diligencias oportunas para la completa instrucción de la causa.

SEGUNDO.- Con fecha 28.01.2011, la representación del imputado **VICTORIANO GARCÍA HIDALGO** interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación contra la citada

resolución, solicitando el sobreseimiento libre y archivo de la causa.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal en su informe de 31.01.2011, interesó se estuviera a lo acordado en dicha resolución (24.01.2011).

CUARTO.- Con fecha 2.02.2011 la representación de la **ASOCIACIÓN UNIÓN DE OFICIALES-PROFESIONAL DE LA GUARDIA CIVIL Y DEL PARTIDO POPULAR** impugnó el recurso de reforma interpuesto, solicitando su íntegra desestimación y confirmación del auto recurrido.

QUINTO.- Con fecha 3.02.2011, la representación de la **ASOCIACIÓN VÍCTIMAS DEL TERRORISMO** impugnó el recurso de reforma interpuesto.

SEXTO.- Con fecha 4.02.2011, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 dictó auto desestimando el recurso de reforma interpuesto y admitiendo en un solo efecto el recurso de apelación subsidiario.

SÉPTIMO.- El día 24.03.2011, se celebró la correspondiente vista del recurso de apelación en la cual el apelante solicitó la estimación del recurso, el Ministerio Fiscal su estimación parcial y las acusaciones populares su desestimación, quedando visto para resolución, expresando el ponente una vez deliberada el parecer de la Sala.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La parte recurrente solicita en su escrito de recurso, ratificado en la vista oral, el sobreseimiento libre y archivo de la causa en cuanto a su representado **VICTORIANO GARCÍA HIDALGO**, manifestando en el cuerpo del mismo que *"adelantar la transformación del procedimiento a la resolución*

de las solicitudes de sobreseimiento sin la existencia de nuevos hechos o algún mínimo indicio de criminalidad en la conducta de D. VICTORIANO GARCÍA HIDALGO es una manifiesta vulneración del derecho a la Tutela Judicial Efectiva"; añadiendo que "especialmente perniciosa es la innecesaria adaptación al sumario para demorar un pronunciamiento sobre el sobreseimiento cuando el propio Auto recurrido avanza las serias dudas del instructor sobre la posible calificación de los hechos investigados en un delito del artículo 576 CP ante la ausencia de autonomía de la conducta o la ausencia de elemento intencional que aunque su prueba hubiera de demorarse procesalmente al acto del juicio oral, resulta difícilmente asumible, ni tan siquiera como inicial hipótesis acusatoria, que, dado el perfil profesional de los imputados, pudiera existir dolo alguno de atentar contra el bien jurídico protegido por el desafortunado tipo delictivo imputado"

Así las cosas, el Ministerio Público, si bien en un primer momento, al evacuar su informe en cuanto al recurso interpuesto contra el auto del instructor del 24.01.2011 (Auto incoación de Sumario) interesa se esté a lo acordado en dicha resolución, en la vista oral descarta la existencia de un delito de colaboración con organización o grupo terrorista al carecer los hechos de tipicidad por no existir en el presente, ni llegar a existir en el futuro cuando se levante el secreto, a juicio del citado Ministerio, el elemento subjetivo, en la persona del presunto autor o autores de los hechos, de asumir las finalidades de la organización; pero que en virtud de las investigaciones de los dos últimos meses ya no puede pedir el sobreseimiento por apreciar indicios de delito de revelación de secretos, lo que determina volver al trámite de Procedimiento Abreviado.

Llegados a este punto, y antes de pronunciarse la Sala sobre el sobreseimiento solicitado, habrá de estudiar y resolver el punto concerniente a la incoación de sumario por

parte del instructor, impugnado tanto de manera expresa por el recurrente en el cuerpo de su escrito, aunque no haya sido objeto de petición en el suplico del mismo, como de manera tácita por el Ministerio Fiscal, en la vista del recurso, al solicitar descartar el delito anteriormente enunciado, al estar dicho punto íntimamente conectado con la petición de sobreseimiento.

Pues bien, el auto recurrido de 24.01.2011 incoa sumario, en base al art. 760 de la LECr., por entender que *"a la vista del conjunto de diligencias practicadas durante la presente instrucción, los hechos objeto de las presentes actuaciones, en una primera aproximación indiciaria, sin entrar por el momento en la determinación de su autoría y sin perjuicio de lo que pueda acreditarse en sede de plenario, revisten los caracteres de un presunto **delito de revelación de secretos por parte de autoridad o funcionario público**, previsto y penado en el **artículo 417 del Código Penal**, sancionado con pena máxima de hasta tres años de prisión, así como de un presunto **delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista** previsto y penado en el **artículo 576 del Código Penal**, castigado con pena de cinco a diez años de prisión, y por lo tanto superior a las del procedimiento abreviado, por lo que procede continuar las actuaciones conforme a lo previsto para el procedimiento criminal ordinario"; centrándonos en el delito objeto de controversia, colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista, el instructor en el auto recurrido introduce unos hechos, (elemento objetivo) no discutidos ni por la parte recurrente - manteniendo no obstante su inocencia y la falta de indicios de criminalidad contra su persona ("Desde el primer momento se investiga una presunta delación policial consistente en que, como única hipótesis acusatoria investigada, existió una filtración y aviso a Joseba Elosua, dueño del Bar Faisán sito en Behovia-Irún, con la finalidad de evitar la detención de José Antonio Cau Aldanur")- ni por el Ministerio Fiscal,*

consistentes en que "en concreto, mediante la delación policial efectuada sobre el investigado Joseba Imanol Elosúa Urbieto, dueño del bar "Faisán" sito en el Barrio Behobia de Irún, se trataba de evitar la inminente detención del presunto miembro de ETA José Antonio Cau Aldanur, residente en Francia, quien tenía previsto acudir el 4 de mayo a Irún para reunirse con Joseba Elosúa a fin de materializarse la entrega de una supuesta cantidad de dinero presuntamente procedente del cobro del "impuesto revolucionario" consiguiéndose del mismo modo, con la perpetración de la acción aquí investigada, evitar la detención de otras personas que venían siendo objeto del seguimiento e investigación policial y judicial, tanto en Francia como España".

En una primera aproximación en orden a resolver el problema, que es estrictamente técnico-jurídico, tal y como ha sido planteado por las partes, el art. 576.1 del Código Penal castiga con pena de prisión de 5 a 10 años al que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de banda armada, organización o grupo terrorista, habiendo señalado reiterada jurisprudencia (por todas las STS 1140/2010, de 29.12.2010. Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre) que "la esencia del delito de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la misma, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la organización obtendría más difícilmente - o en ocasiones le sería imposible obtener -, sin dicha ayuda externa prestada precisamente por quiénes, sin pertenecer a ella, les proporcionan su voluntaria aportación", tratándose de un delito doloso, es decir intencional, en el sentido de que "el dolo del autor debe conocer y querer la colaboración que presta a la banda armada, estando incluido el dolo eventual para colmar las exigencias del tipo"; por ello "el delito de colaboración con banda armada incluye aquellas acciones que,

realizadas voluntariamente con este fin, facilitan cualquiera de las actividades de la organización, y no solamente las acciones armadas, **y ello prescindiendo de la coincidencia de fines**, pues lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución 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 organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y de la muerte", por tanto, no es necesario comulgar con las finalidades de la organización, como sostiene el Ministerio Público o la parte recurrente, para la existencia del tipo delictivo, ni excluir a miembros del CNP por su perfil profesional, debiendo investigarse la intencionalidad de sus autores al no poderse descartar la existencia de un delito de colaboración con organización o grupo terrorista como consecuencia de la información suministrada por miembros del CNP al dueño del bar "Faisán" en Irún, tendente a evitar la detención de presuntos miembros de ETA, así como la detención de otras personas presuntamente relacionadas con ella a través de la red destinada a la recaudación del llamado "impuesto revolucionario"; detenciones que al final se evitaron, logrando además la conducta de los autores no haberse podido intervenir una cantidad de dinero, producto del citado "impuesto", destinado a los fines de la organización.

Llegados a este punto, y a la vista del conjunto de diligencias practicadas durante la instrucción (sic Auto recurrido), el instructor incoa sumario cuya elección, según la Jurisprudencia del T.S. citada, no fue arbitraria, en vacío, irrazonable o incurso en un error patente, y con "serias dudas", como alegaba la parte recurrente, puesto que en el auto de incoación de sumario se dice claramente y sin vacilaciones que "con independencia de la tipificación definitiva que pudiera establecerse en sede de juicio oral a la vista de las pruebas que en la misma se practicarán, en

absoluto aparece descartada, atendido el resultado de las diligencias de instrucción, la calificación provisoria e indiciaria de los hechos como constitutivos de un delito de colaboración con organización terrorista del artículo 576 del Código Penal", lo que otorga, por otro lado, mayores garantías y posibilidades de defensa al imputado, por lo que tampoco cabe apreciar vulneración alguna desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE); por lo tanto, con la instrucción, se trata de cumplir las finalidades del art. 299 LECrim. Practicando el instructor las diligencias pertinentes, que tanto pueden desembocar en el procesamiento o no de personas determinadas como en la transformación en procedimiento abreviado conforme al art. 760 LECrim., por lo que el Instructor tiene toda la libertad de criterio, de acuerdo con el devenir de la instrucción, y también, en su caso, en el sobreseimiento ó apertura del Juicio oral, que correspondería a la Sala Enjuiciadora; diligencias de investigación que se están practicando ordenadas por el auto que se recurre, y, en su caso, sus derivadas, y teniendo la Sala presente que existe decretado secreto parcial de la causa.

En último término, la doctrina de esta Sala (Sección 2ª) recogida en numerosas resoluciones (Autos 22.05.2009, 16.02.2010, 19.11.2010, 15.02.2011 y 23.03.2011 entre otros) establece la suficiente relevancia de los hechos descritos de forma indiciaria para la transformación del procedimiento, constituyendo por tanto el elemento objetivo del tipo delictivo base indiciaria suficiente para mantener abierta la causa, derivando al acto del juicio oral el debate sobre el elemento subjetivo, pues la valoración de este último depende de la prueba que se practique en dicho acto; criterio seguido en el auto recurrido al incoar el Instructor sumario sobre la base de la existencia, a su juicio, de elementos indiciarios suficientes, objetivos y ciertos, derivando a la vista oral, en su caso, la prueba sobre el dolo del autor.

SEGUNDO.- Centrándonos ya en el "petitum" del suplico del escrito de recurso, lo que se impugna es un Auto que deniega la petición de sobreseer la causa, en fase de instrucción sumarial, es decir una resolución motivada que decide la procedencia de continuar su sustanciación. Como tal forma parte de la fase de sumario -entendido en amplio sentido que incluye las Diligencias Previas del Procedimiento Abreviado-, y se mueve en el ámbito de lo indiciario, de los juicios de probabilidad, no en el de la prueba acabada y definitiva perteneciente al del Juicio Oral donde se residencia la actividad procesal del verdadero enjuiciamiento. Antes de él, la fase de instrucción sumarial está dirigida a determinar hasta que punto la notitia criminis puede dar lugar al juicio, a fin de evitar un precipitado enjuiciamiento carente de justificación; así, concluida la investigación sumarial, y si de ello hubiera méritos, procede dictar en la llamada fase intermedia la apertura del Juicio Oral, o el sobreseimiento de la causa; sobreseimiento que ya sea el libre o el provisional, en procedimiento Ordinario (art. 634 y siguientes), significa que el órgano judicial entiende que no se dan las circunstancias necesarias para enjuiciar o juzgar a alguien como acusado por lo que el proceso termina sin entrar en la fase del Juicio Oral. Lo que está en cuestión, cuando, como en este caso, se deniega el sobreseimiento, es por consiguiente la existencia de un fundamento razonable para sostener una acusación sobre la apreciación indiciaria de elementos objetivos y subjetivos que justifican enjuiciar al acusado, y no el problema de la procedencia de su absolución o de su condena, objeto exclusivo del Juicio Oral y de la sentencia.

Llegados a este punto, decidir el sobreseimiento o la apertura del Juicio Oral, corresponde en el proceso ordinario (art. 622 y ss) al Tribunal competente para el enjuiciamiento.

En efecto en el P. Ordinario, después del Auto de conclusión del sumario (art. 622 de la LECriminal) el Instructor remite lo actuado al Tribunal a quien compete decidir si revoca la conclusión (art. 630 de la LECriminal), si decreta el sobreseimiento libre o provisional (art. 632 y 634 y ss de la LECriminal) o si ordena la apertura del la fase del Juicio Oral (art. 632 y 649 y ss); sentado lo anterior, esta Sala de apelación al no ser órgano de enjuiciamiento no puede atender la petición de sobreseimiento libre y archivo de la causa solicitada por el recurrente al carecer de la facultad (competencia) para ello.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de **VICTORIANO GARCÍA HIDALGO**, contra el auto dictado pro el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de 24.01.2011, el cual así queda confirmado.

Notifíquese esta resolución al apelante y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma es firme, pues contra ella no cabe interponer recurso alguno.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado Instructor para constancia en las actuaciones.

De haber cantidades depositadas para recurrir, con el resultado de lo dispuesto en esta resolución, procédase por el Juzgado Central de Instrucción a darle el destino legal a dicha cantidad.

Una vez notificada la presente resolución, archívese el Rollo de Sala entre los de su clase, dejando nota en el correspondiente Libro Registro.



Así, por este nuestro auto, lo dictamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO JOSE RICARDO DE PRADA SOLAESA EN RELACION CON EL AUTO DE 4.04.2011 DE LA SECCION SEGUNDA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL EN EL ROLLO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS 55/2011.

PRIMERO.- Debo manifestar mi más absoluto desacuerdo en relación con la calificación jurídica, siquiera provisional, que se hacen de los “hechos”, como presunto delito de revelación de secretos y de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista, en el auto de la mayoría de la Sala.

En apoyo de esta calificación jurídica, como delito de colaboración con grupo terrorista, el auto de la mayoría hace mención de cierta jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que cita de forma fragmentaria y sesgada, pero que, ante todo aplica de forma descontextualizada. Hace también un análisis sumamente simplista del conjunto de los hechos, hasta el punto de convertirlos en una mera caricatura, que poco tiene que ver con la riqueza y complejidad que poseen. De haberse tenidos éstos en cuenta en toda su extensión y matices, y sido objeto de un verdadero análisis estrictamente técnico-jurídico, del que alardea el auto de la mayoría de la Sala, se hubiera tenido que llegar necesariamente a otro resultado muy diferente.

Despojarse del contexto en el que se producen los hechos a la hora de efectuar el análisis jurídico, no lleva casi nunca a un mejor abordaje técnico-jurídico del caso. Por el contrario, garantiza en la mayoría de los casos un análisis superficial de las situaciones, con resultados jurídicamente muy insatisfactorios y, lo que es peor, en casos como el presente, a mantener una actitud claudicante de lo que debe ser una posición jurisdiccional crítica ante situaciones complejas, permitiendo finalmente la instrumentalización política interesada por parte de aquellos que están aplicados en hacerla.

SEGUNDO.- La obviedad del contexto en el que se producen los hechos hace innecesario ningún comentario complementario descriptivo del mismo. Es un hecho notorio cuyos perfiles generales son de sobra conocidos por la generalidad de la sociedad española. Si, no obstante, la mayoría de la Sala consideró conveniente no referirse a él, por considerar que algunos de sus

aspectos podían formar parte de las diligencias que permanecían secretas, lo prudente y adecuado hubiera sido decir que no se tenían los suficientes elementos para efectuar una calificación jurídica de los hechos y, en ese caso, por pura congruencia, haber revocado el auto de transformación del sumario, hasta que la Sala hubiera estado en disposición de realizar una adecuada calificación técnico-jurídica de los hechos, con todos los elementos, y no sólo con meros fragmentos de los mismos.

TERCERO.- Esta fragmentariedad en el tratamiento del caso por parte de la mayoría de la Sala se produce también en el análisis del resto de los elementos determinantes de la calificación jurídico-penal.

Desde mi punto de vista, la conducta atribuida a los sujetos actores ni son típicas ni, aunque en una concepción hiperformal de la tipicidad se tuvieran por tales, serían en ese caso antijurídicas, ni en el plano formal ni en el material del juicio de antijuricidad.

CUARTO.- En primer lugar, considero que los hechos son atípicos, por no darse los elementos requeridos, tanto en la parte objetiva, como en la subjetiva, del tipo correspondiente al delito de colaboración con organización terrorista.

Los hechos que se describen en el auto del Juzgado instructor ponen de manifiesto una conducta que, desde un punto de vista valorativo, en si misma considerada, ni colabora ni aporta nada a la organización terrorista para sus fines inmediatos ni mediatos (ST Sala II TS 29.11.1997, ponente Sr. García Calvo). Resulta inerte y, en todo caso, de ser algo, sería lo contrario de lo que se afirma, ya que se enmarcaría, en acciones, de oportunidad y eficacia discutibles, pero, en todo caso, tendentes a evitar de una u otra manera futuras acciones terroristas.

Desde el punto de vista puramente fáctico-naturalístico, se trataría de una acción que ni ha producido ningún resultado favorecedor del grupo terrorista, ni en ningún momento aparece que pretendiera ni fuera tendente a hacerlo, ni tampoco en ningún momento ha sido puesto de manifiesto que haya sido así.

El tipo penal claramente se refiere a conductas radicalmente diferentes de las aquí descritas, en las que el elemento tendencial, además del finalístico, adquieren una importancia superlativa. Son conductas que no pueden ser abarcadas por la norma de prohibición penal desde la perspectiva de un sistema político-criminal coherente.

QUINTO.- Desde el punto de vista de la antijuricidad, las analizadas se tratan de acciones que encuentran plena justificación en otro sector o lugar del ordenamiento jurídico distinto del estrictamente penal, pero con necesarias repercusiones en éste. El mismo que permite y ha permitido históricamente establecer acercamientos y contactos propugnados desde diversos gobiernos democrático en España, y en otros países de nuestro entorno, con grupos terroristas, para obtener el cese de la actividad terrorista, es decir de un proceso de negociación política o de un "proceso de paz". Es un elemento característico de los delitos terroristas su finalidad, última, política, y es, en este plano, en el de posibles negociaciones políticas, donde se encuentran legitimados los gobiernos de los Estados a disponer de un determinado ámbito de actuación, en que, sin infringir normas jurídicas que impliquen una quiebra del estado de derecho, les permita llevar adelante acciones tendentes a obtener resultados que quedan indiscutiblemente bajo lo que son las obligaciones de todos los gobiernos. Nos referimos, en materia de terrorismo, además del combate jurídico desde el estado de derecho, a la utilización de cuantos instrumentos políticos legítimos puedan existir desde la perspectiva de un estado social y democrático de derecho, para la obtención de la pacificación y el fin de la lacra del terrorismo.

En cualquier caso, aunque pudiera decirse que en el presente aparentemente se infringió alguna clase de norma penal, por cuanto que se pudo haber "revelado" información o "presuntamente" no haberse perseguido un delito, lo cierto es que ello no permite dar el salto cualitativo en el vacío para llegar a su consideración como delito de colaboración con el terrorismo o con organización terrorista, que requiere mucho más.

Debemos recordar que conductas de este tipo, bien como método de investigación, o con otros fines jurídicamente admisibles desde la perspectiva de un estado democrático de derecho, no son extrañas en nuestros sistemas

jurídicos e, incluso, están formalmente tipificadas en las normas procesales –arts 263 bis y 282 bis de la LECRim- o forman parte de las prácticas que llevan a cabo Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Entre ellos tenemos, las entregas vigiladas, los agentes encubiertos e infiltrados que “trabajan” dentro de las organizaciones y que incluso participan o “provocan” delitos.

La norma que da carta de naturaleza a este tipo de situaciones en nuestro derecho es una norma de carácter estrictamente procesal, que les da cobertura, no tanto para legitimar las conductas de los agentes, sino para asegurar la validez probatoria de lo obtenido a través de ellas. Sin perjuicio de la prevención que se contiene en el párrafo 5 del art 282 bis de la LECRim, la falta de relevancia penal de dichas conductas tiene otro fundamento, que esta en su justificación o legitimidad desde la perspectiva político-criminal, por su puesto la falta de puesta en peligro del bien jurídico protegido y por ende la falta de antijuricidad real de este tipo de conductas, que mas que ir en contra del Derecho, pretenden la afirmación del derecho y que, en cualquier caso, quedan claramente fuera del ámbito de previsión y prohibición de la norma. De todos modos, a este respecto, resulta esencial que pasen un test de “legitimidad democrática mínima”, en el sentido de que no sean actuaciones policiales autónomas, persigan fines jurídicos constitucionalmente legítimos, sean proporcionadas y en general se ajusten a los principios y postulados básicos que la Constitución establece, como rectores del estado democrático de derecho en el que nos desenvolvemos.

Resulta igualmente en extremo relevante, y por ello necesario de destacar en el caso analizado, la absoluta falta de afectación del bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo, ni de cualquier otro. La situación, como se ha explicado, es la contraria, en cuanto que se tratarían de actos, sino directamente, si indirectamente encaminados a acabar con el terrorismo. Como decimos, las acciones realizadas son en si mismas neutras desde la perspectiva jurídico-penal y no permite ser objeto de disvalor desde el punto de vista penal, ni en cuanto a la acción misma, ni desde el resultado, ni tan siquiera a través de la puesta en peligro de un bien jurídico, por lo que, los hechos carecen de la mínima antijuricidad necesaria para ser consideradas como penalmente relevantes.

No puede entenderse, por tanto, que acciones de este tipo puedan quedar bajo el ámbito de aplicación o prohibición de la norma penal, ya que aparte de por estar justificadas, ser socialmente aceptadas por la persecución de fines legítimos y por su congruencia con nuestro sistema- político criminal, también por su real falta de dañosidad o afectación de bien jurídico de clase alguna, han de quedar fuera del ámbito de aplicación de la norma penal.

SEXTO.- Llena de sorpresa a este Magistrado, y no encuentra explicación jurídica convincente alguna, ya fuera debido a un cambio normativo, o de tendencia jurisprudencial, el que sea ésta la primera causa penal en la historia de España que por hechos de esta naturaleza se incoe y además llegue a este estado de tramitación, en que incluso se ha abierto procedimiento sumario, por delito de colaboración terrorista, y se califiquen jurídicamente como tales en el auto de la mayoría de la Sala, cuando existen multitud de episodios históricos (evidentes, y que como tales no requieren especial prueba, por su carácter de hechos notorios), en que se han llevado a cabo acercamientos y conversaciones propiciadas por los gobiernos de turno con la organización terrorista ETA, en el curso de los cuales se ha producido de facto renuncias a la detención o persecución de los interlocutores terroristas, a los que se les ha reconocido el estatus de tales. Recuérdese, al respecto, conversaciones de Argel, traslado de la cúpula de ETA a la República Dominicana llevada a cabo por aviones y pilotos pertenecientes al ejercito del aire español, refugio de miembros de ETA en diversos países a instancia del gobierno español, conversaciones políticas tras las distintas treguas de ETA, que no dieron lugar a procedimientos o estos fueron archivados por falta del elemento intencional imprescindible en los delitos de colaboración terrorista, como también tradicionalmente han sido consideradas, y admitidas con general consenso, incluso desde la arena política, como acciones admisibles, socialmente adecuadas y plenamente adecuadas a los planteamientos político-criminales imperantes en nuestro sistema, en tanto que coadyuvantes y tendentes a la desaparición del terrorismo, finalidad absolutamente deseable por todos, y en la que todos los sectores sociales habrían de estar igualmente involucrados en un País como el nuestro particularmente castigado por la lacra del terrorismo.

SEPTIMO.- Complementariamente, el análisis desde la perspectiva del tipo subjetivo no puede ser más contundente y definitivo; y no se trata de un

tema cuya prueba haya de quedar para el acto del juicio como se afirma en el auto. Es de esencia para la calificación de los hechos. Por otra parte, no resultan en absoluto dudosos, ya que es de tal contundencia, y evidencia en el contexto donde se producen los hechos, que de ninguna manera puede siquiera afirmarse a título de mera hipótesis, que los miembros y fuerzas de Seguridad del Estado tuvieran ninguna clase de adhesión a los fines políticos terroristas, ni tampoco quisieran ni tuvieran ninguna intención de favorecer, ayudar colaborar o coadyuvar con ninguna actividad terrorista concreta o fines terroristas inmediatos.

La cita jurisprudencial de la STS 1140/2010 de 29.12.2010, que se contiene en el auto de la mayoría, se refiere a los fines últimos o lejanos de la organización terrorista, ya que como indica no se persigue en el delito de colaboración con banda armada la adhesión ideológica, pero lo que si es exigible es la aportación de un esfuerzo intencional a los fines inmediatos, como dice la propia sentencia, mediante la contribución con ciertos actos, conductas o esfuerzos idóneos, que tienen un claro e imprescindible ánimo tendencial de coadyuvar a la actividad de la organización terrorista, aunque, eventualmente no se lleguen a compartir, total o parcialmente los fines lejanos, últimos, en suma, la ideología, *te/los* o finalidad política de la organización terrorista.

En el presente caso, como decimos, de ninguna manera estaba ni en los actos, ni en la intención de los sujetos imputados, el coadyuvar a la actividad terrorista de ETA, ya que la acción se enmarca en un contexto diferente, sumamente evidente, que debió haber sido tenido en cuenta desde el primer momento, tanto por el Juzgado instructor, como por la mayoría de la Sala, a la hora de la adecuada apreciación y calificación jurídica de los hechos.

Las dudas expresadas en el auto sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del injusto, en un delito como el analizado, deberían haber jugado siempre en favor de la no calificación de los hechos como delito de colaboración con banda armada y no al contrario como ha acontecido.

También, desde mi punto de vista, existe un grave error en el auto de la mayoría de la Sala cuando da el tratamiento al delito de colaboración con banda armada como delito puramente formal, haciendo un análisis meramente

superficial y reduccionista del hecho, despreciando aspectos esenciales en el tipo penal. El que doctrinalmente se les otorgue la consideración de delitos de mera actividad no autoriza a un proceder de este tipo, ya que esta consideración afecta únicamente a que no se exige que la acción efectivamente llegue a favorecer a la organización, pero si es necesario que los requisitos del tipo, objetivos y subjetivos se den, y queden mínimamente acreditados.

Por el contrario, los delitos de colaboración con organización terrorista no sólo requieren la realización de un acto que objetivamente pueda favorecer a una organización terrorista y la existencia de dolo directo o eventual en relación con dicho acto, sino un ánimo tendencial suplementario, un dolo específico o reforzado de obtener, al menos, un resultado ulterior, es decir, que coadyuve a la actividad terrorista, aunque en la materialidad no llegue a hacerlo, siendo en ese sentido prototipo de delitos de resultado cortado, como ha sido señalado por ciertos sectores de la doctrina.

OCTAVO.- Lamento profundamente haberme visto obligado a emitir este voto particular. Se refiere a un asunto fuertemente politizado, en el que de una manera manifiesta se está tratando por ciertos sectores de cuestionar políticamente un proceso de paz fallido, pero que se pretende además introducirlo forzosamente en un cauce jurídico, en un proceso penal, a través de la criminalización de un concreto episodio, en el que se encuentran involucrados cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado, que no actuaban autónomamente, sino en cumplimiento de sus obligaciones profesionales, dentro de las márgenes de actuación y en situación y contextos como el expresado, sin ninguna otra finalidad ajena o abyecta, sino plenamente legítima desde la perspectiva de lo que es posible y exigible al Estado y a sus gobiernos, en un estado democrático y constitucional de derecho como el nuestro.

Lamento que mis compañeros de Sala no lo hayan visto así y no hayan hecho el esfuerzo deslindar lo político de lo jurídico o no hayan sabido hacerlo.

En Madrid, a cinco de Abril de dos mil once.