

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 257/2009

Fecha Sentencia: 30/03/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Enrique Bacigalupo Zapater

Segunda Sentencia

Voto Particular

RECURSO CASACION (P) N°:10183/2008 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 11/12/2008

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA PENAL SECCION 3

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: GJL

*** Responsabilidad de la cúpula de una organización terrorista por los delitos cometidos por miembros de la misma.**

*** Posición de garante respecto de una fuente de peligros personales.**

*** Distinción entre infracción del deber de garante y de la equivalencia de la omisión con la acción.**

*** Tentativa de un delito cometido por omisión.**

N°: 10183/2008P

Ponente Excmo. Sr. D.: Enrique Bacigalupo Zapater

Fallo: 11/12/2008

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 257/2009

Excmos. Sres.:

D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. José Manuel Maza Martín
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Enrique Bacigalupo Zapater

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Marzo de dos mil nueve .

En el recurso de casación por **quebrantamiento de forma e infracción de ley** que ante Nos pende interpuesto por **PILAR MURO NAVARRO**

(acusación particular), representada por el Procurador Sr. D. Carlos Mairata Laviña, contra sentencia de fecha **13 de diciembre de 2.007**, dictada por la **Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sección tercera**, en causa seguida por el delito de **detención ilegal y estafa**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la **deliberación y fallo** bajo la Presidencia del primero de los indicados y ponencia del Excmo Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, quién expresa el parecer de la Sala. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Central de Instrucción número 3, instruyó Sumario con el número 6/1995, contra los procesados **FERNANDO SILVA SANDE, MANUEL PÉREZ MARTÍNEZ, y ISABEL LLAQUET BALLDELLOU** y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera, que con fecha **13 de diciembre de 2007** dictó Sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"En la primavera del año 1995, varios miembros del denominado Comité Central de la organización terrorista Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (GRAPO), entre los que se encontraban los ya condenados Enrique Cuadra Echeandía, José Ortín Martínez, Concepción González Rodríguez y el procesado Fernando Silva Sande, mantuvieron una reunión en un lugar indeterminado, en la que se habló de la financiación del grupo y de la necesidad de llevar a cabo el secuestro de un financiero con la finalidad de allegar fondos para la banda terrorista a cambio de su liberación, eligiéndose como víctima propicia a la persona del empresario D. Publio Cordón Munilla, domiciliado en Zaragoza, a la sazón Presidente del Consejo de Administración de la Compañía de Seguros Médicos "Previasa S.A".

En el curso de la precitada reunión, se distribuyeron los distintos roles necesarios para el éxito descrito, unos para el operativo, otros para la retención y otros para el cobro del rescate, asumiendo Enrique Cuadra Echeandía, la responsabilidad máxima de la citada acción en su conjunto, reservando las funciones de custodia y vigilancia posterior del secuestrado al procesado Fernando Silva Sande, así como la labor de cobro del rescate.

A tal efecto, se desplazó a la ciudad de Zaragoza, Concepción González Rodríguez quién, siguiendo las indicaciones de Enrique Cuadra Echeandía, y consciente del destino para el que iba a utilizarse, que no era otro sino el de servir como piso clandestino, alquiló el inmueble sito en la calle Delicias nº 37, piso 1º derecha de la capital aragonesa, lugar al que progresivamente se fueron incorporando José Ortín Martínez y Enrique Cuadra Echeandía, albergándose en el mismo los días anteriores a la concreción de los mismos. Los tres integrantes del operativo realizaron en días sucesivos labores de vigilancia, seguimiento y acopio de información para conocer sus costumbres, incorporándose unos días antes a la acción del abordaje el procesado Fernando Silva Sande.

En una de las citadas vigilancias observaron la presencia de D. Publio Cordón Munilla que en ropa deportiva salía de su domicilio para hacer un poco de ejercicio, siguiendo con las vigilancias hasta concluir que el objetivo, salía con frecuencia de su domicilio sobre las 7,25 horas, en ropa deportiva y por espacio aproximado de treinta minutos realizaba carreras alrededor de la explanada próxima a su vivienda.

Contrastada la anterior información, por los cuatro miembros del comando (Cuadra Echeandía, Ortín Martínez, González Rodríguez y Silva Sande) el primero de ellos, y con la finalidad de dar la oportuna cobertura logística a la operación, adquirió en fecha y circunstancias que no constan, en la ciudad de Barcelona, un vehículo Renault 18, matrícula B-6026-GT, comprando a su vez el ya condenado Jose Ortín Martínez al particular D. Francisco Javier León Montes, titular de un taller de mecánica de vehículos denominado "Automoviles León" una furgoneta Seat Trans, matrícula SO-4143-C, para lo cual exhibió el Documento Nacional de Identidad nº 3.083.497 a nombre de José Luís Ramos Muñoz en el que había sustituido la fotografía del titular por la suya propia, y con el que rellenó el impreso de solicitud de transferencia y otros dos impresos oficiales requeridos para el alta del impuesto municipal de circulación, todo ello con los datos del D.N.I cuya fotografía había cambiado.

En ejecución del plan proyectado, y con ocasión de que el día 27 de junio de 1995, siguiendo su costumbre, D. Publio Cordón Munilla, saliera a practicar "footing" en compañía de tres perros de su propiedad, en las inmediaciones de su residencia próxima al Canal Imperial de Aragón de Zaragoza, y en hora que no consta, pero comprendida entre las 7,15 y las 8,20 horas, fué abordado en un punto concreto de su trayecto en el que se perdía toda visibilidad, por el ya condenado por estos hechos José Ortín Martínez, y

por el procesado Fernando Silva Sande, mientras que Enrique Cuadra Echeandía permanecía al volante de la furgoneta, conminando al Sr. Cordón a introducirse en la Seat Trans, matrícula SO-4143-c, diciéndole que eran del GRAPO y que le retendrían por un tiempo, desplazándose con el citado vehículo a un Polígono Industrial no concretado, donde previamente habían estacionado el vehículo marca Renault 18, bajo la custodia de Concepción González Rodríguez, con el que se dirigieron la ya citada, Fernando Silva Sande y José Ortín Martínez que conducía, junto con el secuestrado, hasta un lugar no acreditado formalmente, que bien podría ser la ciudad de Toulouse (Francia), donde Fernando Silva Sande, auxiliado por otra u otras personas no identificadas, custodió al detenido.

A partir de este momento, la organización comenzó la negociación con la familia de D. Publio Cordón Munilla, al objeto de cobrar el rescate que se habían propuesto obtener. Para ello, Enrique Cuadra Echeandía, bajo el nombre de "Benito", efectuó una llamada telefónica al domicilio familiar el día 29 de junio de 1995, reivindicando la autoría del secuestro, al igual que hizo en sendas cartas, que incorporaban el anagrama GRAPO, dirigidas a los periódicos "Las Provincias" de Valencia, la "Voz de Galicia" de Pontevedra y "Heraldo de Aragón" de Zaragoza, exigiendo a cambio de su liberación, la cantidad de 500 millones de pesetas, y estableciendo como medio para contactar con la banda la inserción de un anuncio en la sección correspondiente del diario "El País" con un número de teléfono móvil.

La cantidad del rescate, tras diversas negociaciones, quedó finalmente fijada, de acuerdo con la familia del detenido - movida siempre por el deseo de poner fin a la situación creada por los procesados reintegrando al familiar desaparecido y conocedores de los antecedentes criminales de los miembros de los GRAPO- en 400 millones de pesetas, pactando de igual modo con los familiares de D. Publio Cordón Munilla la ciudad de París como lugar escogido para la entrega de la citada suma de dinero en efectivo. A tal fin, se desplazaron a la capital francesa el día 8 de agosto de 1.995, como representantes de la familia, Doña Carmen Cordón, hija de D. Publio Cordón y su esposo D. Ignacio Pablo Jiménez Artacho, quienes contactaron con el ya condenado Enrique Cuadra Echeandía y con el procesado Fernando Silva Sande, los cuales después de impartir diversas instrucciones que aquellos recibían bien a través de llamadas de teléfono a diversas cabinas, bien a través de notas manuscritas que se hallaban en las mismas, con la finalidad de comprobar que el vehículo utilizado por aquellos, Volvo 850 de color granate, matrícula de Madrid, no era seguido por la policía; una vez efectuados los recorridos indicados, sobre las

20,00 horas del día 9 de agosto, en un lugar determinado de la capital francesa, se acercaron al vehículo, identificándose Enrique Cuadra Echeandía como "Benito", llegando a continuación Fernando Silva Sande, e introduciéndose ambos en el vehículo, les obligaron a dirigirse a un punto concreto de la citada ciudad, donde se apoderaron de las tres bolsas de gran tamaño que contenían el importe total del pago convenido, en la creencia sincera de que habían cumplido su parte y el secuestrado sería liberado de inmediato, manifestándole el procesado Silva Sande a D. Ignacio Pablo Jiménez Artacho que "lo habían hecho muy bien"; sin que conste identificada la persona o personas que, en su caso, asumieron la custodia del secuestrado D. Publio Cordón Munilla en las horas en las que se efectuó el pago.

Logrado por los procesados su inicial propósito de percepción del dinero y pese a su reiterada manifestación, precisando como hora y lugar de la liberación del detenido, las primeras horas de la mañana del día 17 de agosto de 1.995 en las proximidades de lo que fué el Estadio de Sarriá, Campo de Fútbol del Real Club Deportivo Español de Barcelona, anunciada ya en llamada telefónica efectuada por el condenado Enrique Cuadra Echeandía a la familia Cordón la liberación el día 17 de agosto, lo cierto es que no consta que la misma se haya producido, pues aún al día de la fecha no se ha verificado la aparición de la persona secuestrada, ni que esta se hubiere intentado poner en contacto con la familia, siendo todavía a día de hoy desconocido su paradero.

Ante esta incertidumbre, la familia de D. Publio Cordón Munilla, dirigió en el mes de agosto de 1996, una cara al Comité Central de los GRAPO exigiéndoles el cumplimiento de los compromisos adquiridos, y otra remitida a todos los miembros del GRAPO y del PCE®, al objeto de que se abriese un debate interno sobre la actitud ética mantenida en relación con el secuestro de Publio Cordón. Ambas misivas, fueron incautadas en el piso clandestino que los acusados Manuel Pérez Martínez, alias "Camarada Arenas" e Isabel Llaquet Balldellou, tenían en la Rue du Blanquier nº 7 de París (Francia).

En la fecha de los hechos, Manuel Pérez Martínez, era Secretario General del Partido Comunista de España Reconstituido. PCE®, e Isabel Llaquet Balldellou, era miembro de la Comisión Política del citado Partido Político, que constituye junto a los GRAPO, una única organización terrorista con un brazo político que el PCE® y otro brazo militar que ejecuta las órdenes del anterior..

Más allá de los hechos relatados, no consta tampoco que por los procesados y los ya condenados, se haya dado explicación racional alguna sobre la desaparición física de quien tenían en su poder y lugar de custodia del

cautivo, careciéndose, desde entonces, de toda noticia seria, cierta y comprobada de la situación y paradero de D. Publio Cordón Munilla, resultando infructuosas todas las investigaciones llevadas a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado".

2.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"FALLAMOS:

*1º.-Que debemos **absolver y absolvemos** a los procesados **MANUEL PÉREZ MARTÍNEZ** alias "**Camarada Arenas**" e **ISABEL LLAQUET BALLDELLOU** del delito de detención ilegal ya definido del que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal y por las acusaciones particulares, con declaración de oficio de dos cuartas partes de las costas procesales causadas.*

*2º.- Que debemos **absolver y absolvemos** al procesado **FERNANDO SILVA SANDE** del delito de estafa ya definido del que venía siendo acusado por las acusaciones particulares ejercidas en nombre de Doña Pilar Muro Navarro y Doña María del Carmen Cordón Muro, con declaración de oficio de una cuarta parte de las costas procesales causadas.*

*3º.- Que debemos **condenar y condenamos** al procesado **FERNANDO SILVA SANDE**, como autor penalmente responsable de un delito de detención ilegal ya definido y por el que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y por las acusaciones particulares en este procedimiento, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 28 años de reclusión mayor con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y al pago de una cuarta parte de las costas procesales.*

Igualmente se condena a Fernando Silva Sande, a la pena accesoria de prohibición de acudir a la localidad de Zaragoza, lugar de los hechos, o al lugar en el que residan los familiares de la víctima, durante un periodo de seis años a contar desde la fecha del cumplimiento efectivo de la pena impuesta en el presente procedimiento.

El procesado Fernando Silva Sande, en concepto de responsabilidad civil, indemnizará conjunta y solidariamente con los ya condenados en el presente procedimiento Enrique Cuadra Echeandia, José Ortín Martínez y Concepción González Rodríguez, a la esposa e hijos de D. Publio Cordón Munilla en la cantidad de cincuenta millones de pesetas (300.506,05 €) suma, que le será entregada si se acredita su vida o su libertad, y, en caso contrario será entregada a sus causahabientes, una vez acreditada su muerte, o hecha su

declaración de fallecimiento, y cuatrocientos millones de pesetas (2.404.048,40 €) a los familiares de la víctima titulares de la suma entregada para su rescate.

Al procesado le será de abono todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa a los efectos del cumplimiento de la pena impuesta.

Se acuerda la inmediata libertad de los procesados Manuel Pérez Martínez e Isabel Llaquet Balldellou, librándose al efecto los oportunos mandamientos, de lo que se llevará constancia a las respectivas piezas separadas".

3.-Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma y infracción de Ley, por **DOÑA PILAR MURO NAVARRO** (acusación particular), que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose dicho recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación procesal de **DOÑA PILAR MURO NAVARRO**, se basó en los siguientes **motivos de casación**:

PRIMERO:Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de los artículos 480, 481.1 y 2 y 483 del Código Penal de 1.973 en relación con el artículo 28.2 del Código Penal actual (anterior artículo 14).

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

5.-Instruidas las partes del Recurso interpuesto, la Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, la deliberación del presente recurso el día **11 de diciembre de 2008 y concluyó el 11 de marzo de 2009.**

7.- Mediante providencia de 13.1.2009 la Sala solicitó a las partes del recurso, en los términos del art. 879 LECr, ser informada sobre la posible aplicación del art. 11 CP.

El Ministerio Fiscal y la Acusación Particular respondieron afirmativamente. Mientras que la Defensa de los acusados consideraron lo

contrario, por entender que éstos "no han creado ninguna ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante acción u omisión precedente " y que "de los hechos probados no se puede deducir que hayan tenido conocimiento que se iba a producir el secuestro del Sr. Cordón, y mucho menos que su cuerpo nunca iba a aparecer".

8.- La Acusación particular solicitó, basandose en informaciones aparecidas en la prensa sobre la posibilidad de descubrir el lugar donde se habría enterrado el cadaver de D. Publio Cordon, la suspensión del dictado de la sentencia hasta tanto se conozca dicha circunstancia. Oídas las partes del recurso sobre esta pretensión la Sala decidió no hacer lugar a la misma mediante auto del 12 de marzo de 2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los dos motivos del recurso deben ser tratados conjuntamente dada la conexión interna que presentan. La Acusación Particular impugna, apoyándose en el art. 849.1º LECr, la absolución de dos acusados absueltos por considerar que de esa manera se han infringido los arts. 480, 481. 1. y 2. y 483 CP 1973 y 28 CP vigente. Sostiene la parte recurrente que existe prueba de cargo de la autoría de los absueltos y en especial, por la vía del art. 849. 2º LECr que el Tribunal *a quo* valoró incorrectamente los informes periciales de inteligencia que constan en la causa.

En el segundo motivo, que en un orden sistemático debemos considerar en primer término, se afirma que de los informes obrantes al folio 2060 y ss. cabe deducir que el acusado Manuel Martínez y la acusada Isabel Llaquet eran miembros de la Comisión Política del Grapo en el tiempo de los hechos, el primero como Secretario General. Por lo tanto no es imaginable que sin la orden o la aprobación del primero se hubiera ejecutado el hecho, dada la estructura rígidamente jerárquica de la organización.

El primer motivo del recurso tiene un contenido similar. "Teniendo en cuenta -resume la recurrente- que se trataba del Secretario General de la organización y de uno de los miembros más importantes de la misma, miembro

de la comisión política de la organización, es de toda lógica imposible que en una decisión de esa envergadura los mismos no estuviesen, de hecho -agrega- declaraciones que así lo corroboran". "El Comité central -insiste la recurrente- como máximo órgano de dirección del PC(r)-Grapo, gobernado en forma suprema por su secretario general, que actúa como caudillo [es] respetado y obedecido por toda la organización". Por lo tanto, quienes tienen el mando deben ser considerados inductores y en este sentido la recurrente transcribe declaraciones de Enrique Cuadra Echandía, de Concepción González Rodríguez y de José Ortín Martínez.

El recurso debe ser **parcialmente estimado**.

1. La llamada prueba pericial de inteligencia no está basada en las circunstancias concretas del caso. Sólo aporta información y conocimientos generales que no es posible aplicar sin más a todos los hechos cometidos por una organización de las características del GRAPO. En consecuencia no puede ser considerado documento a los efectos del recurso de casación, en la medida en la que no se refiere en concreto al hecho que es objeto de este proceso. Reiteradamente esta Sala ha subrayado que la prueba pericial sólo puede ser impugnada en el recurso de casación cuando el Tribunal a quo se haya apartado de ella contradiciendo conocimientos científicos o técnicos. Al mismo tiempo se ha establecido que la circunstancia de que la opinión de los peritos haya sido registrada por escrito no convierte a éste en un documento en los términos del art. 849. 2º LECr, dado que no es vinculante para los jueces de la misma forma que lo es un documento que constata determinados hechos.

2. La argumentación del recurso impugna, asimismo, la tesis en la que se basa la sentencia recurrida, en tanto en ésta se sostiene que los hechos probados no permiten subsumir la conducta imputada a los mencionados acusados bajo las previsiones de la inducción al delito de detención ilegal previsto en el art. 483 CP 1973. Sostiene en este sentido la Acusación particular que "si inductores son aquellos o aquel que determina directamente a otro a un hecho punible, e incluso se reconoce por la jurisprudencia la intermediación en la inducción, no es posible separar de la decisión importantísima de financiación de la organización terrorista y en concreto por medio de secuestros, estableciendo el primero el de D. Publio Cordon, a los procesados absueltos, precisamente por el lugar que ocupan en la cúspide de la organización terrorista" (pág. 10 del escrito de formalización). A continuación el recurso hace consideraciones sobre las

declaraciones de coimputados durante la instrucción que a su juicio, sin fundamento técnico alguno, considera que podrían ser alegados en un recurso de casación.

3. El Tribunal *a quo*, por el contrario, ha estimado que no se ha probado en la causa que el jefe de la organización, en cuyo nombre se llevó a cabo el secuestro de la víctima, haya sido quien creó, como inductor, el dolo del delito en los autores que se distribuyeron las funciones operativas para el secuestro de la víctima.

La Audiencia no admitió que los acusados hayan participado en la reunión de la organización que tuvo lugar en la primavera de 1995, en la que se decidió la ejecución de secuestro extorsivos, para la financiación de la organización, de la que se da cuenta en el hecho probado. De esta ausencia dedujo la Audiencia que ni Manuel Pérez Martínez, entonces secretario general del Partido Comunista Reconstituido, ni la acusada Isabel Llaquet Balldellou, miembro de la Comisión Política de dicho partido, podían ser considerados partícipes del delito, ejecutado por otro u otros miembros de la organización. La Audiencia ha fundamentado su convicción en que, a su juicio, "no ha quedado acreditado que los acusados Manuel Pérez Martínez e Isabel Llaquet Balldellou, determinaran u ordenaran al coacusado Fernando Silva Sande y a los ya condenados por estos hechos a llevar a cabo el secuestro de D. Publio Cordón Munilla". Señala en este sentido que el testigo Enrique Cuadra Echeandía, que admitió haber participado en el secuestro, descartó la intervención de los acusados en el mismo. También se remite a la declaración de José Ortín Martínez, prestada durante la instrucción (f° 602). Estima asimismo que la detención ilegal llevada a cabo "no abarca por el dolo de los inductores ni siquiera a título de dolo eventual" y que "más allá del mero conocimiento general que de los hechos pudieran tener, tampoco se ha probado que interviniesen en ninguna reunión acordando la líneas maestras de su ejecución, que fueron ideadas y ejecutadas por Enrique Cuadra Echeandía".

A los efectos de la subsunción de los hechos, estimó el Tribunal *a quo*, que la carta de la familia de la víctima que fue hallada en el piso ocupado por los dos absueltos en el piso que habitaban en París, sólo "indica que los acusados Manuel Pérez Martínez e Isabel Llaquet Balldellou, cuando menos, formarían parte del comando central del GRAPO, pero no que ordenasen, por sí o por terceras personas, el secuestro de D. Publio Cordón" (p. 32 de la sentencia

recurrída). De todo ello infiere el Tribunal de instancia que "las cartas y demás documentos incautados en el piso clandestino que ocupaban en París (...) no son idoneos para dar el salto cualitativo que nos llevaría a inferir su participación en el hecho ahora enjuiciado, ni siquiera a título de inductores (...). La pluralidad de hechos meramente periféricos no autoriza la conclusión pretendida por las acusaciones".

Es claro que de todas estas consideraciones no surge, como dice con razón el *a quo*, que los acusados hayan dado las órdenes o que hayan tomado parte activa en el hecho. Sin embargo, surge también que han tenido un "conocimiento general" de los hechos y que a partir de la recepción de la carta de la familia en agosto de 1996, después de que los miembros de ésta habían satisfecho el rescate exigido, no actuaron para disponer la libertad del secuestrado.

Estas circunstancias se ven corroboradas por otros hechos que la Audiencia Nacional también ha tenido por probados: el 29 de junio de 1995, dos días después del secuestro, se remitieron por un miembro de la organización cartas a "Las Provincias", de Valencia, "La Voz de Galicia", de Pontevedra y al "Heraldo de Aragón", de Zaragoza, reivindicando la autoría del hecho y por el propio acusado Manuel Pérez Martínez, que en el juicio dijo "que le llegó la noticia del secuestro y lo ocurrido posteriormente a través de la prensa" (fº 1393). Asimismo en su domicilio de París fue hallada otra carta del acusado Fernando Silva Sande de abril de 1998 en la que explicaba su exclusiva sumisión a las órdenes del acusado. En suma: los acusados conocían la situación de privación de libertad que sufría Publio Cordón a manos de miembros de la organización terrorista prácticamente desde poco después del secuestro, pero no ordenaron su liberación y tampoco lo hicieron cuando la familia les reclamó en la carta de agosto de 1996, ocupada en el registro de su domicilio, la puesta en libertad del secuestrado en cumplimiento de lo acordado después del pago del rescate.

4. El problema de la responsabilidad por omisión de los acusados por la detención ilegal en la que no participaron mediante actos positivos estaba, por lo tanto, no sólo implícito en las acusaciones, dado que éstas sostenían su pretensión alegando la comisión de un delito de omisión (art. 483 CP 1973), sino porque explícitamente afirmaban que el acusado Pérez Martínez debía ser responsabilizado del secuestro y no liberación de D. Publio Cordón por el dominio que tenía sobre los miembros de organización, autores directos del hecho, por el

conocimiento del hecho y porque ocupaba la Secretaría General del Partido Comunista de España Reconstituido, que, como dicen los hechos probados, “constituye junto a los GRAPO, una única organización terrorista con un brazo político que [es] el PCE y otro brazo militar que ejecuta órdenes del anterior”.

En el acta del juicio se percibe, además, a través de sus respuestas a los interrogatorios, que la no liberación del secuestrado por parte del acusado Pérez Martínez fue objeto central del debate, sobre todo por la importancia acordada a la carta de la familia Cordon que el acusado admitió haber tenido en su poder cuando fue detenido y ser conciente de que en ella se reclamaba la puesta en libertad del secuestrado (ver fº 1391 y ste.). Y si bien el mismo acusado niega haber participado en el secuestro, reconoce, no obstante, que Enrique Cuadra Echandía, conductor de la furgoneta utilizada para el secuestro, era miembro del partido y del GRAPO (ver fº 1392) y que "los militantes del partido inclinados a dar respuesta a una acción fascista, un asesinato...deben salir del partido e ir allí donde le admitan para tal fin. Por tanto, el responsable del partido tiene el deber de impedir que eso suceda y que nadie participe en nombre del partido en esas acciones" (fº 1393). La línea de defensa seguida por el acusado también corrobora cuál fue el objeto del debate. La Defensa del Pérez Martínez rechazaba la responsabilidad que se le imputaba sosteniendo que el partido y el GRAPO eran organizaciones diferentes, es decir, sosteniendo, en definitiva, que carecía de poderes para ordenar la liberación del secuestrado.

Consecuentemente, la Sala, con apoyo en el art. 897 LECr, solicitó al Ministerio Fiscal y a las demás partes del recurso, mediante la providencia de 13.1.2009, un mayor esclarecimiento de la cuestión debatida, es decir de la responsabilidad por omisión de los acusados considerados miembros de la organización terrorista que, después de la detención de la víctima, se atribuyó el secuestro de la víctima.

A tales efectos se tuvo en cuenta en primer lugar que la Acusación particular imputaba a los acusados –dejando de lado los aspectos referentes a la carga de la prueba- no haber acreditado la liberación de la víctima, hasta hoy en paradero desconocido, en el sentido del art. 483 CP 1973, es decir, por un delito de omisión. En segundo lugar que la cuestión fue objeto del debate en la medida en la que la familia de la víctima reclamaba a los acusados la puesta en libertad del secuestrado antes y después del pago del rescate. A su vez los acusados sostuvieron en su defensa especialmente "que el GRAPO y el PCER son organizaciones distintas" (pág. 18 de la sentencia recurrida), con lo que no sólo

afirmaban su ajenidad con la comisión del secuestro, sino también su incapacidad de acción para cumplir con la liberación que se les reclamaba.

Asimismo se consideró que en el tipo básico y rector de los delitos de detención ilegal de los arts. 480 y ss. CP 1973 la ilicitud no exige una forma específica de comisión que pueda excluir la modalidad omisiva de su realización, dado que, en dichos tipos penales acción y omisión son equivalentes desde el punto de vista del texto legal, de su repercusión sobre el objeto de protección y del sentido social de una y otra modalidad. Es evidente que el delito se comete tanto privando a otro de su libertad como no liberándolo pudiéndolo hacer.

Por último, la Sala tuvo en cuenta también que la figura jurídica de la comisión por omisión había sido aplicada por la jurisprudencia, por lo menos desde la SSTS 12-2-1892, no obstante el silencio legal al respecto, sobre la base del texto del art. 1 CP 1973, que sólo se refería a “las omisiones voluntarias penadas por la ley”, admitiendo la posibilidad de que el deber de actuar fuera incluso de naturaleza moral. Si bien en algunas resoluciones jurisprudenciales se hizo referencia a la “existencia de un deber jurídico de impedir el resultado” (p. e. STS 30-1-1945), no se llegó a excluir explícitamente que el deber de actuar pudiera emerger incluso de deberes morales como había sido sostenido en sostuvo en la citada STS de 12-2-1892.

Por esta razón consideró la Sala que el art. 11 CP vigente, en tanto limita las posibles posiciones de garante a la infracción de deberes jurídicos, constituye una ley posterior más favorable al acusado y que, por lo tanto, si cupiera, debía ser aplicado retroactivamente al presente caso (art. 2º. 2. CP).

Las acusaciones coincidieron en que el art. 11 CP es aplicable en el presente caso.

La Acusación Particular sugirió en dicho trámite nuevas medidas de prueba, porque estima que esta Sala podría solicitar a la Audiencia Nacional testimonios de nuevas declaraciones que podrían ser unidos a la presente causa. La Sala no puede admitir dicha sugerencia, toda vez que ella es incompatible con el procedimiento del art. 897 LECr y, además, carece de toda relevancia en el presente caso. En efecto, las cuestiones sobre las que está permitido al Tribunal de casación requerir mayor información sólo son cuestiones de derecho, que, por lo tanto, no afectan en nada a las cuestiones de hecho.

La Defensa, como se dijo en los antecedentes, consideró excluída esta posibilidad sosteniendo que los acusados no tuvieron conocimiento previo del plan del secuestro y que no crearon una ocasión de peligro para la libertad de D. Publio Cordón.

5. A los efectos de la aplicación del art. 483 CP 1973 es necesario establecer que el que omite acreditar que ha dejado a la víctima en libertad debe ser un "reo de detención ilegal". Se requiere, consecuentemente, comprobar que los acusados intervinieron, por lo menos omisivamente, de una manera jurídico penalmente relevante en la detención ilegal. Precisamente, la problemática de la responsabilidad de la cúpula de la organización por los delitos cometidos en nombre de la misma constituye un tema de especial importancia entre los que presenta la criminalidad organizada.

La cuestión ha sido objeto de especial tratamiento por parte de los tribunales italianos en los años ochenta del siglo anterior, en resoluciones en las que se discutió el posible fundamento de tal responsabilidad. Inicialmente la respuesta positiva se vinculó al concepto de "responsabilidad por la posición" derivada, sin más, del papel directivo en el ámbito de la organización (confr. sentencias de la Corte di Assise de Roma, de 24.1.1983; de Génova, de 26.2.1983; de Milán, de 21.6.1980; de Florencia, de 24.4.1983). Esta fundamentación fue considerada, más tarde, como incompatible con el principio de la responsabilidad personal establecido expresamente en el art. 27 de la Constitución italiana, implícito en el art. 10.1. CE. En algunas decisiones, sin embargo, esta solución fue presentada desde la perspectiva de la prueba de la participación activa en el hecho, considerando que las máximas de experiencia permitirían afirmar la alta probabilidad de que los objetivos de la organización hayan sido señalados por los jefes de la misma (confr. Corte di Assise de Turín, de 26.7.1983). Pero, este punto de vista ha sido censurado, con razón, por la doctrina, por entender que se basa en un "vicio lógico" consistente en la falta de adecuación de la regla al caso concreto, lo que desemboca en una presunción de participación carente de justificación probatoria.

En la misma dirección, aunque sobre distintas bases, se ha considerado posteriormente en la jurisprudencia italiana que existe en esta especie de organizaciones una regla organizativa interna de la cual se deriva para los miembros de la cúpula un poder de control sobre las acciones de otros miembros,

a partir del cual la omisión de impedir una iniciativa criminal resulta equivalente a una autorización de la misma, en la forma de remoción de un obstáculo para la ejecución del delito (Corte de Casación, secciones unidas, de 30.10.2003).

6. En la doctrina el problema de la responsabilidad por las acciones de personas subordinadas es planteado en el marco de las reglas de la comisión por omisión, que define el art. 11 CP, analizando en particular la posible existencia de un deber de garante que incumbiría a quienes tienen una determinada autoridad y la posibilidad de vigilancia sobre otras personas, de cuya conducta pueden derivarse peligros para intereses jurídicos ajenos. En este sentido se ha considerado que "también las personas, cuyas conductas están bajo control de quien ejerce una vigilancia sobre ellas, pueden ser una fuente de peligros" y el cuidado y control de la misma puede ser objeto de un deber de garante que imponga al sujeto evitar que tales peligros se concreten en el resultado del tipo de un delito. En tales casos, se ha sostenido incluso, que el fundamento del deber de garante derivado de la autoridad tiene una significación independiente, tanto respecto de un hecho anterior peligroso como de una libre aceptación de la posición de garante, pues se entiende que se trata del dominio sobre una determinada fuente de peligros, análogo al que rige para los peligros provenientes de cosas, pero que, en este caso, está referido a peligros emergentes de personas.

En este contexto una parte de la doctrina ha subrayado asimismo que, en casos como el que estamos considerando, las reglas específicas de responsabilidad del que dispone de poderes de mando, como los existentes, por ejemplo, en el derecho penal militar (por ejemplo: art. 615 bis CP; ver al respecto: STS (Sala de lo Militar) de 3.11.08), "no tienen carácter excepcional", agregando que, de cualquier manera, en supuestos de esta especie también "los criterios de la ingerencia conducen a un deber de garantía". Gráficamente se ha señalado que en el marco de una organización el deber de garantía corresponde al que "hubiera podido impedir la comisión del delito con una palabra de autoridad". Un punto de vista similar ha sido también sostenido por el Tribunal Federal Suizo en 1970 en el caso "Bührle" (Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, 96 IV 155 [174 s.]), en el que la posición de garante se dedujo sólo de la posición formal del acusado, sino de su ocupación de "un rol dominante" dentro de una determinada organización.

Consecuentemente, el garante será responsable de no haber evitado el resultado de un delito no sólo por haber infringido un deber formal, sino cuando

además haya tenido la capacidad de acción y el poder real de evitarlo. Este punto de vista ha sido formulado afirmando como principio de la imputación que la omisión de evitar un resultado, que ésta sólo es equivalente a la acción de producirlo cuando el omitente diponga de "un poder de dominio sobre la causa del resultado". Asimismo se indica, a tales efectos, que " el deber de garante se conecta con un momento real, consistente en asumir el dominio sobre una 'fuente de riesgos personales' de aquellos que están bajo la supervisión" del omitente.

Cierto es que, al menos en parte, estos criterios han sido elaborados en relación a organizaciones que, en principio, pueden ser consideradas legales, como es el caso de los directivos de sociedades mercantiles. La Sala estima, sin embargo, que el carácter peligroso de la organización no depende su legalidad o ilegalidad y que, consecuentemente, lo que vale respecto de organizaciones legales no tiene por qué no regir para las que son manifiestamente ilegales. Lo decisivo, como ha señalado también una parte de la doctrina es "la estructura real de dominio" dentro de una organización jerárquica que define entre sus medios de acción la comisión de delitos contra terceros, adoptando un régimen interno equivalente a la disciplina militar.

Estos puntos de vista resultan totalmente compatibles con el texto del art. 11 CP. El texto legal establece, siguiendo en su primer párrafo un criterio material de las fuentes del deber de actuar, que la omisión de impedir el resultado de un delito es punible como la ejecución activa del mismo cuando el omitente infrinja un deber jurídico especial y la omisión sea equivalente a la causación del resultado. En su segundo párrafo el art. 11 CP agrega que esta equivalencia será de apreciar cuando el deber de impedir el resultado provenga de una ley o de un contrato y cuando el omitente haya creado una situación de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. Es evidente que el párrafo segundo sólo establece las fuentes admisibles del deber jurídico especial. Pero, no establece, por el contrario, los criterios de la equivalencia entre acción y omisión de impedir el resultado.

Por lo tanto, la posición de garante deriva de la existencia de un deber formal emergente de la ley o de un contrato (art. 11.a)) o del deber emergente de una especial posición respecto del bien jurídico (art. 11 b)) y de la equivalencia de la omisión con una acción. La necesidad de no confundir las cuestiones del deber de actuar con las de la equivalencia de la omisión con la acción ha generado diversos puntos de vista interpretativos sobre la necesidad adicional de

un principio material de imputación que permita afirmar la equivalencia de la omisión con una acción sin caer en una solución tautológica, a la que conduciría un entendimiento literal del texto. No sería adecuada a la voluntad del legislador una interpretación que estableciera que incumplir un deber jurídico de actuar es equivalente según el texto de la ley cuando haya sido infringida una obligación derivada de la ley. Es evidente que de esta manera el requisito de la equivalencia se superpondría con la infracción del deber jurídico. Los casos de injerencia (art. 11, b)), por lo demás, no son una excepción, dado que en ellos el deber de impedir la lesión también proviene de la ley.

Nuestra doctrina discute, en consecuencia, sobre el carácter "abierto" o "cerrado" de los deberes establecidos por la fórmula legal. En realidad, el objeto de esta discusión, más precisamente formulado, se refiere a si la ley, atendiendo al tenor del primer párrafo del artículo, además de la infracción del deber formal requiere un principio de imputación material, que establezca la equivalencia de la infracción del deber de actuar con la realización activa del tipo.

Probablemente sea mayoritaria la opinión de quienes sostienen que el segundo párrafo del art. 11 CP debe ser interpretado “como ejemplificador de supuestos en que *puede* darse la efectiva equivalencia material que requiere el inciso primero”, considerando que “la cuestión decisiva seguirá siendo, entonces, cuándo se da esta equivalencia material”. Este criterio interpretativo es de observar también en la doctrina italiana respecto de una norma cuyo texto guarda, *mutatis mutandi*, una cierta analogía con el de nuestro derecho vigente.

A partir de estas consideraciones, el texto legal permite afirmar la responsabilidad de los miembros de la cúpula de un partido político, que decide actuar como una organización criminal, si se comprueba tanto la infracción de un deber jurídico como el dominio del autor sobre la fuente de peligros.

7. Aclarado la cuestión de la regulación legal de la posición de garante y teniendo en cuenta que una organización que postula como uno de sus fines la lucha armada constituye una fuente de peligros personales, es preciso comprobar cada uno de los requisitos implícitos en el art. 11 b) CP. Es decir, en el tipo objetivo: (a) la existencia de un deber resultante de la creación de un peligro previo de producción de un resultado típico, (b) la capacidad de acción del omitente y su dominio sobre la fuente de peligros personales, (c) la causalidad hipotética de la misma. En el tipo subjetivo: el dolo de los delitos de omisión.

(a) Es claro que la organización terrorista en cuyo nombre se llevó a cabo el secuestro de la víctima es una **organización peligrosa**, en el sentido de ser una fuente de riesgos para bienes jurídicamente protegidos y que esta fuente de riesgos preexistía a la realización del secuestro.

La Audiencia ha consignado en los hechos probados que el acusado Manuel Martínez Pérez, "era Secretario General del Partido Comunista de España Reconstituido y que Isabel Llaquet Baldellou, era miembro de la Comisión Política del citado partido político, que constituye, junto a los GRAPO, una única organización terrorista con un brazo político que [es] el PCER y otro brazo militar que ejecuta las órdenes del anterior". La sentencia explica en sus fundamentos de derecho la unidad organizativa del PCER y el GRAPO y se apoya en este sentido, entre otras razones, en las conclusiones a las que llegó la Sentencia 31/2006 de la Audiencia Nacional (Sección segunda), confirmada por la STS 655/2007, en la que se sostuvo que "la organización PCER-GRAPO se constituye como una asociación integral formada por dos ramas, una política y otra militar, que defiende la lucha armada como vía para la consecución de sus objetivos, (...) cuyo máximo órgano de responsabilidad es el comité central". También se explica que esta conclusión no resulta contradicha por la SAN (Sección Segunda) 12/1979, en la que, casi veinte años antes del hecho objeto de este proceso, se afirmaba que el PCER y el GRAPO eran organizaciones diferentes. Lo cierto es que en la sentencia recurrida se ha podido establecer que se trata de una organización unificada y que una organización de estas características es evidentemente una fuente de peligros para los bienes jurídicos de la generalidad.

El carácter ilegal de esta organización peligrosa, que parte de la doctrina requiere como condición del deber de garante en los supuestos de injerencia, no ofrece ninguna duda. Por lo tanto, la discusión doctrinal sobre si la fuente de riesgos debe ser producto de una acción antijurídica o si también una acción no antijurídica es idónea para determinar la posición de garante, carece en este caso de trascendencia.

En la sentencia recurrida no consta que el acusado Martínez Pérez haya sido el creador originario de la ocasión de riesgo, es decir, el fundador de la organización que admite los medios característicos de la llamada "lucha armada". Sin embargo ello no excluye su posición de garante, dado que el fundamento de

la responsabilidad no depende sólo de la creación originaria de la fuente de peligros, sino también de la aceptación de la función de dirección, y, por lo tanto, de supervisión y cuidado, de una fuente de riesgos preexistente. Consecuencia de ello es que la aceptación de la dirección de la fuente de peligros constituye al sujeto en garante de la no concreción de esos riesgos y le atribuye una función de cuidado y seguridad respecto de los provenientes de la asociación política para bienes jurídicos ajenos. En todo caso: quien asume la dirección de una organización configurada como una fuente de peligros, sin modificar este aspecto de la misma, acepta la posición de garante respecto de los riesgos que la organización que dirige implica para bienes jurídicos ajenos.

(b) La capacidad de acción y dominio de la fuente de peligros de los acusados exige distinguir los distintos poderes de cada uno de ellos. De los hechos probados surge con claridad que el acusado Pérez Martínez tenía, por la posición ocupada en el PCER y en el GRAPO, poder de mando sobre una organización de estructura análoga a la militar. Tal capacidad de mando existe incluso cuando algún miembro de la organización pueda haber actuado ocasionalmente por su cuenta y riesgo. La capacidad de acción y el dominio sobre la fuente de peligro, por lo tanto, no es cuestionable en los delitos de ejecución permanente en el tiempo, como la detención ilegal, puesto que el cese puede ser ordenado en cualquier momento mientras transcurre la privación de la libertad. En los delitos instantáneos, por el contrario, dependerá de si el omitente tuvo conocimiento del plan del delito y pudo intervenir antes de la ejecución.

Sin embargo, no consta que todos los miembros de la dirección de la organización dispusieran del tal poder de mando sobre los miembros de la misma. De ello se deduce que la acusada Isabel Llaquet Balldellou carecía de la capacidad de acción requerida por la posición de garante.

En tanto no trató la cuestión de la omisión, la Audiencia, sólo tuvo en cuenta la prueba a los efectos de establecer la participación activa de los mismos como inductores. Los documentos incautados en el piso clandestino que los acusados ocupaban en París fueron, por lo tanto, no fueron considerados más que a los efectos de la inducción al secuestro de Publio Cerdón.

Esta Sala ha tomado conocimiento de tales documentos haciendo uso de las facultades que le otorga el art. 899 LECr y ha podido comprobar que de ellos se desprende que el acusado Martínez Pérez tenía la capacidad de acción, y

consecuentemente de mando, necesaria para hacer cesar el secuestro y restituir la libertad a la víctima, con lo que queda establecido el primer elemento que requiere la responsabilidad por la omisión. En efecto, en las cartas manuscritas suscritas por el coprocesado Silva Sande (folios 3633/3648 y 3650/3659), condenado por la ejecución del secuestro, queda totalmente claro que éste reconocía su obligación de obediencia respecto de las órdenes impartidas por Martínez Pérez como jefe de la organización, sin oponer ninguna excepción. Allí se puede leer que “las reuniones donde se deciden planes las preside Pedro” (nombre usado por el acusado Martínez Pérez en la organización) y que Silva Sande manifiesta a otros miembros de la organización: “yo no tomo decisiones por mi cuenta. Que las decisiones se toman en las reuniones presididas por Pedro”. Asimismo, en la carta de la familia Cordón, de agosto de 1996, se deja claro el reclamo de la misma para que el GRAPO cumpla con el compromiso de liberar a D. Publio Cordón, dado que ya había sido pagado el rescate. Aunque no es posible saber cuándo esta carta (que según la declaración del acusado en el juicio oral se encontraba archivada en una carpeta azul ocupada en su domicilio de París) llegó a poder del acusado Pérez Martínez, es, sin embargo, seguro que en ese momento D. Publio Cordón no había sido aun liberado.

(c) De dichos elementos se desprende también la concurrencia del tercer elemento de la responsabilidad por omisión: el requisito de que la acción omitida sea hipotéticamente causal a los efectos de impedir la realización del tipo o evitar la continuidad de la ejecución de un delito permanente. La causalidad hipotética es de apreciar cuando se comprueba la probabilidad, rayana en la seguridad, de que la realización de la acción mandada hubiera evitado el resultado típico o hubiera interrumpido la ejecución de la acción lesiva. Es prácticamente seguro y ninguna circunstancia permite dudar de ello, que, dado el régimen militarizado de la organización establecido en los hechos probados, si el acusado Pérez Martínez hubiera ordenado la liberación de la víctima la misma se hubiera llevado a cabo.

(d) No obstante la concurrencia de los elementos reseñada, no es posible imputar al acusado Pérez Martínez un delito consumado de detención ilegal (art. 481.1º CP). En la medida en la que no se han probado las circunstancias de la detención y la continuación de la misma es preciso tener en consideración la hipótesis más favorable al acusado.

Por el contrario surge con claridad de los hechos probados que el acusado no dio orden de liberar a la víctima, es decir, no realizó, pudiendo,

intento alguno de hacer cesar la detención. En tanto el Tribunal ignora si al tomar conocimiento de la detención era posible la liberación o si ésta ya había tenido lugar, sólo es posible imputarle no haber intentado que sus subordinados pusieran en libertad al secuestrado. Esta configuración de los hechos se corresponde con la tentativa en los delitos impropios de omisión, que es de apreciar cuando el garante no ha intentado impedir la comisión del delito o la continuación de su ejecución, es decir, no ha practicado todos o parte de los actos que objetivamente hubieran impedido el resultado, y, no obstante, el resultado, que no se intentó impedir, no ha tenido lugar por causas ajenas a su voluntad.

La figura de la omisión del intento como esencia de la tentativa en los delitos de omisión ha sido elaborada en la teoría desde hace más de medio siglo. La existencia en las legislaciones modernas de reglas especiales para comisión por omisión le proporciona actualmente un apoyo legal. Modernamente se ha reconocido que "en los delitos impropios de omisión la tentativa tiene una significación práctica relevante". En la tentativa de los delitos de omisión -se ha dicho también- "se trata, en verdad, de la omisión del intento de ejecutar la acción descrita en el mandato" [de acción]. Asimismo se ha precisado que "la tentativa de actuar será omitida, cuando exista capacidad de intentarla y no se la realiza" o, con otras palabras: "A diferencia de lo que ocurre con el autor activo, que se refiere a la realización activa del hecho, la decisión del autor de la omisión se dirige se dirige a no evitar el resultado próximo, aunque ello le haya sido posible". En casos como el presente cabe incluso apreciar una tentativa idónea, toda vez que el bien protegido estaba desde el primer momento en peligro y el omitente no intentó cumplir con un mandato idóneo para lograr el cese de la detención al tener conocimiento de la misma.

Es cierto que la omisión de intentar impedir el resultado no será de apreciar cuando el garante haya realizado un intento serio, aunque infructuoso, de cumplir con el deber que le incumbe. Pero, en el presente caso falta totalmente cualquier intento; el acusado Pérez Martínez ni siquiera alegó haber hecho el intento de impedir la continuación de la detención de D. Publio Cordón.

En conclusión: en este caso el acusado Pérez Martínez se ha hecho responsable de un delito de detención ilegal en grado de tentativa.

(e) El tipo subjetivo del delito de detención ilegal cometido por omisión no ofrece dudas: el acusado conocía su propia posición en la organización y su

capacidad de actuar, la existencia de la detención ilegal del secuestrado, de la que la organización se responsabilizó a través de la prensa poco después de ejecutarla, y sabía que tenía los medios para hacerla cesar. Concurrieron en su conducta, por lo tanto, todos los elementos que definen el dolo de los delitos de omisión.

(f) Establecido que el acusado Pérez Martínez es "reo de detención ilegal", debe ser resuelta la cuestión de la tipicidad del hecho respecto del tipo agravado del art. 483 CP. La respuesta debe ser negativa. En efecto, el art. 483 CP sólo puede ser cometido dolosamente y ello implica que el autor debe haber conocido las circunstancias que le hubieran permitido dar razón del paradero de la víctima o, teniéndola secuestrada, haberla dejado en libertad. Estos extremos no pueden, al menos con los hechos que constan probados, ser afirmados en el presente caso. Es claro que si se le imputa al acusado que, pudiendo, no hizo ningún intento de evitar la continuación de la detención ilegal cometida por sus subordinados, de ello no cabe inferir con seguridad que tuviera conocimiento del lugar en el que se encontraba el detenido ni que haya podido, por lo tanto, dar razón dar razón del paradero del secuestrado.

Por todas estas razones le es imputable la comisión (por omisión) del delito del art. 481,1º CP 1973 en grado de tentativa.

III. FALLO

Por todo lo expuesto la Sala ha decidido:

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR PARCIALMENTE** al Recurso de Casación interpuesto por **DOÑA PILAR MURO NAVARRO** (acusación particular) contra Sentencia de fecha **13 de diciembre de 2007**, dictada por **La Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sección tercera**, en causa seguida contra **FERNANDO SILVA SANDE, MANUEL PEREZ MARTINEZ, y ISABEL LLAQUET BALLDELLOU**, y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia en los extremos que afecten a dicho recurso, declarando de **oficio las costas** ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la Audiencia mencionada a los efectos legales oportunos con devolución de la causa remitida.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Perfecto Andrés Ibáñez

José Manuel Maza Martín

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Enrique Bacigalupo Zapater

10183/2008P

Ponente Excmo. Sr. D.: Enrique Bacigalupo Zapater

Fallo: 11/12/2008

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 257/2009

Excmos. Sres.:

D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. José Manuel Maza Martín
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Enrique Bacigalupo Zapater

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Marzo de dos mil nueve

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la primera sentencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. Se dan por reproducidos los de la primera sentencia.

Asimismo, en lo concerniente a la pena aplicable es de considerar en primer lugar, que la individualización legislativa establece en el art. 57 bis CP 1973 que en los delitos relacionados con con "elementos terroristas" la pena se impondrá en su grado máximo.

Dentro del grado máximo la individualización judicial debe considera desde el punto de vista de la prevención especial la personalidad del del autor y desde la perspectiva de la prevención general la gravedad del daño culpablemente causado.

En cuanto a la primera cuestión la sala estima que la decisión del autor de asumir la dirección de una organización terrorista que dirige sus ataques contra personas ajenas a todo conflicto, de lo que no consta su arrepentimiento, revela una personalidad peligrosa para los bienes jurídicos protegidos.

Por otra parte, el daño causado por la detención ilegal es grave por sí mismo, dado que afecta un bien jurídico extraordinariamente importante en la escala de valores constitucionales.

Asimismo, no existen circunstancias que que pudieran ser apreciadas a los efectos de atenuar el reproche.

III. FALLO

Por todo lo expuesto fallamos:

1º) Que debemos condenar y condenamos a **Manuel Pérez Martínez** como autor por omisión del delito de detención ilegal con exigencia de rescate (art. 481, 1º CP 1973) a la pena de **siete años de prisión mayor**, con las accesorias legales y con la prohibición de que el condenado vuelva al lugar en el que resida la familia de la víctima y a indemnizar a D. Publio Cordón Munilla con la suma de 300.500 euros y en 2.404.048, 40 a los miembros de la familia de la víctima titulares de la suma entregada para el rescate, así como al pago de la mitad de las costas.

2º) Que debemos mantener el resto de pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Perfecto Andrés Ibáñez

José Manuel Maza Martín

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

Enrique Bacigalupo Zapater

Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia número 257/2009, de 30 de marzo que resuelve el recurso de casación número 10183/2008P.

Mi discrepancia de la mayoría se funda: a) en que los hechos descritos en la sentencia de instancia, no sólo no prestan base a la hipótesis acogida en la sentencia de casación, sino que incluso contienen elementos que abiertamente la contradicen; y, b) en que esa hipótesis no fue llevada al juicio en sus propios

términos. Por todo, no cabe hacerla valer sin que padezcan el principio acusatorio y otros principios.

A) En cuanto a lo primero, la Audiencia Nacional declara probado, es cierto, que Manuel Pérez Martínez, en la época de la acción delictiva a que se refiere esta causa, era secretario general del llamado Partido Comunista de España Reconstituido; organización que junto con la conocida como GRAPO conformaría un único complejo terrorista, del que aquél sería el brazo *político* y la segunda el *militar*.

Pero también hay que advertir que, antes, el propio tribunal da por cierto que en la primavera de 1995, varios miembros del comité central de los GRAPO, de manera autónoma —esto es, al margen de la dirección del PCR— *decidieron* llevar a cabo el secuestro de Publio Cordón; y uno de ellos, Enrique Cuadra Echeandía, con el acuerdo de todos, asumió la *máxima responsabilidad de esta acción* delictiva.

Pues bien, a mi entender, lo que se infiere de lo último es que el organigrama aludido, si era tal, denotaba una patente falta de rigidez; aparecía, al menos, sensiblemente abierto. En efecto, pues no impidió que una operación de la relevancia de la ideada —dirigida a obtener recursos con que financiar la actividad terrorista, nuclear, para todo el entramado criminal en su conjunto— pudiera montarse con independencia del señalado como órgano supremo de dirección. O sea, por un aparato subalterno y de competencias meramente ejecutivas, en aquel esquema.

De este modo, lo cierto —y es un presupuesto fáctico del que hay que partir— es que Manuel Pérez Martínez no contó nada en el diseño y en la ejecución del secuestro, a pesar del relieve de la operación. Lo que, si algo indica, es que su poder como dirigente, al menos en este supuesto, no fue tal. Por más que en algún momento llegara a tener noticia de aquélla.

Y, si es así, como así resulta de los hechos probados, falta base empírica para afirmar que quien no tuvo ningún papel en el planeamiento del delito, pudiera haber actuado con decisiva eficacia para poner fin a la situación creada con él.

La carencia de sustento en elementos del cuadro probatorio, es tal que la mayoría, para llenar el vacío de sustancia fáctica, ha de acudir a un recurso *teórico*, de teoría de las organizaciones criminales. Éste consiste en suponer que —todas y en todas las situaciones— funcionan como aparatos férreamente articulados. Algo que, en una aproximación general, podría ser más o menos cierto, pero que puede admitir gradaciones e incluso excepciones. Y que, en este

caso, a tenor de los hechos, no se dio. Desde luego, la Audiencia Nacional no lo afirma.

Por eso, cuando el déficit de acreditación de una circunstancia fáctica (aquí, la de que Manuel Pérez Martínez tenía efectiva capacidad de dirección, pudo haberla ejercido y no la ejerció), se cubre acudiendo a un esquema formal-abstracto, se incurre en petición de principio. Se da por probado lo que tendría que estar acreditado en concreto, y no lo está.

En efecto, pues el aludido paradigma organizativo no es un enunciado asertivo de contenido fáctico basado en la prueba, sino un modelo formulado en lenguaje prescriptivo. Respecto del cual, además, en este asunto, la sala de instancia llegó, con certeza práctica, a la conclusión de que no había tenido vigencia.

B) Yendo a lo segundo, diré que, si no consta que Manuel Pérez Martínez hubiese gozado del poder necesario para ordenar la finalización del secuestro y ser obedecido; es decir, si no estuvo en su mano la evitabilidad o la cancelación del resultado, y si de los hechos se desprende más bien lo contrario; sí consta, en cambio, que ninguna de las partes acusadoras le atribuyó con la necesaria precisión ese comportamiento omisivo.

Y lo cierto es que, con un modo de proceder simétrico al evidenciado en lo que acaba de exponerse, la mayoría trata de cubrir ese vacío de imputación efectiva, con un nuevo recurso teórico; en este caso de dogmática de la comisión por omisión, relacionándolo con el aludido modelo organizativo de los grupos criminales. Así, concluye, el poder de dirección de uno de éstos constituye, por principio, al que lo ostenta, en la posición jurídica de garante de todos los bienes que pudieran verse afectados por cualesquiera acciones atribuibles al mismo. Con lo que la acusación de implicación activa en una de éstas, llevaría implícita también la relativa a la omisión del acto o actos adecuados para impedirlos o cancelarlos, que es lo que permitiría la condena por este *otro título*.

Pues bien, creo que razonando de ese modo, sin la necesaria base fáctica, se opta, en perjuicio del reo, por la más perjudicial de las hipótesis, en contra de lo que impone el principio de presunción de inocencia. También se redefine, mediante una extensión analógica, el tipo penal aplicado, con lesión del principio de legalidad; en lo que es una ampliación desmesurada de los conceptos de autoría y responsabilidad penal, por la vía de la extrema abstracción, objetivación y normativización del riesgo. Y, en fin, es claro que asimismo padece el principio acusatorio, por la creación de oficio, en sentencia,

de una comisión por omisión, para la que faltan presupuestos probatorios y procesales.

Es por lo que entiendo que tendría que haberse mantenido lo resuelto por la Audiencia Nacional en este punto.

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

