

Roj: **STS 8462/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:8462**Id Cendoj: **28079120012012100994**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/12/2012**Nº de Recurso: **10631/2012**Nº de Resolución: **988/2012**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Diciembre de dos mil doce.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **Marcial**, contra la sentencia dictada por la Sección II de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por delitos de asesinato terrorista, utilización ilegítima de vehículo de motor, alteración de placa de matrícula y pertenencia a organización terrorista, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Vista y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Cuevas Rivas.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción nº 5, instruyó Sumario nº 26/1993, seguido por delitos de asesinato terrorista, utilización ilegítima de vehículo de motor, alteración de placa de matrícula y pertenencia a organización terrorista, contra **Marcial**, y una vez concluso lo remitió a la Sección II de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 30 de Abril de 2012 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

*"Alrededor del mes de septiembre de 1993, el acusado Marcial, mayor de edad y sin antecedentes penales en el momento de los hechos, formaba parte del comando "Vizcaya" de ETA como miembro legal del mismo, junto a los acusados ya condenados Santiago y Andrés, como miembros liberados de dicho comando, y Erasmo, también miembro liberado del comando, fallecido en la fecha de la detención de los dos anteriores, el 19.11.1994, en un enfrentamiento con la Policía Autónoma Vasca.- Todos ellos recibieron información, entre otros objetivos, sobre el Sargento Mayor de la Policía Autónoma Vasca Maximo, quien, en aquella época, era segundo en el mando, después del propio Consejero de Interior del Gobierno Vasco. Concretamente, tenían su dirección particular y los datos del vehículo que utilizaba.- Los cuatro miembros del comando decidieron atentar contra él por su relevancia.- Los liberados Andrés, Erasmo, Santiago y el legal Marcial "Orejas", aproximadamente un mes antes de llevar a cabo la acción, empezaron a realizar controles sobre los movimientos del citado mando policial. Estos controles, los realiza en un principio otra persona, y posteriormente principalmente Andrés y Marcial, unas veces juntos y otras por separado.- Como consecuencia del resultado de esas vigilancias, controles y seguimientos, los referidos cuatro miembros del comando, eligieron un lunes como día para cometer el hecho, por ser día de paso fijo del Sargento Mayor por la calle **Tívoli**, de Bilbao, y además, por tener que parar en el semáforo de salida de dicha calle. La fecha la fijaron para el día 22 de noviembre de 1993 por la mañana temprano.- El jueves anterior al atentado, día 18 de noviembre, por la noche, el acusado Marcial, junto a los ya condenados Santiago y Andrés, y el fallecido Irazabalbeitia, se dirigen al barrio de Arabella de Bilbao, donde sustraen el vehículo "Citroen AX", matrícula ZE-....-EQ, propiedad de Ernesto, forzando la puerta del conductor y rompiendo el clausor, acción que materialmente realizan Santiago y Andrés, mientras el acusado, en compañía de Irazabalbeitia, vigila desde su propio coche.- Verificada esta acción, el acusado e Erasmo, se ausentan del lugar, mientras que Santiago y Andrés suben con el vehículo sustraído al monte Archanda, donde*



le colocan las placas de matrícula falsas D-....-D , trasladando el AX a la lonja de que disponía el comando en Astrabudua (Erandio) regresando después al piso de la c/ DIRECCION001 de Bilbao, donde se reúnen con el acusado que lo había arrendado para el comando.- Al día siguiente, Andrés repara el clausor y lleva el vehículo a la plaza nueva de Bilbao, donde queda estacionado en un parking hasta el día 22.11.1993, fecha elegida por el comando para realizar la acción.- Esta mañana, Andrés , Santiago y Erasmo , recogen el "Citroen AX", dirigiéndose a la calle **Tívoli**. Allí, mientras Andrés se queda en el vehículo para asegurar la huida, y Santiago da cobertura, Erasmo acaba con la vida de Don Maximo , aprovechando que el vehículo "Opel Vectra" del Sargento Mayor matrícula D-....-DD , está parado en el semáforo rojo en la confluencia del nº 1 de **Tívoli**, con la calle Paseo del Campo de Valentín, ocupando el Sargento Mayor el asiento del conductor y su hijo José el asiento del acompañante, Erasmo acaba con la vida de Maximo efectuando dos disparos con una pistola "Sig-Sauer", modelo P-226, calibre 9 mm. Parabellum, que portaba y que fue intervenida el 18.11.1994, cuando cae el comando.- Los disparos alcanzan al Sargento Mayor produciéndole heridas en la región retroauricular derecha y en la parte anterior del cuello que le producen la muerte el 26.11.1993. A continuación huyeron los tres liberados en el "Citroen AX", dejándolo abandonado en la parte trasera de la Gasolinera de Begoña (Bilbao).- El vehículo Opel Vectra, sufrió daños de 536,36 €, y el Citroen AX, por importe de 2.400€.- El acusado huyó de España tras las detenciones del 19.11.1994, apareciendo su rastro en Francia el 3.04.1996 con ocasión de diligencias de la Policía Francesa sobre ETA y también el 6.11.1997, siendo condenado en Francia por el delito de asociación de malhechores con fines terroristas por Sentencia contradictoria y definitiva de 2.07.02 por hechos comprendidos entre marzo y julio de 1998, a tres años de prisión por la Cámara 31 de la Sala Correccional del Tribunal de Gran Instancia de París. Asimismo, posteriormente fue condenado por Sentencia de 8.07.05 del Tribunal de Gran Instancia de París (Décima Cámara), por el mismo delito y por hechos cometidos en Francia hasta el 31 de enero de 2002, a la pena de siete años de prisión, habiendo sido entregado a España definitivamente el 29 de Octubre de 2010, una vez cumplidas sus responsabilidades penales en Francia". (sic)

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

"FALLAMOS: Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS libremente al acusado **Marcial** , de los delitos de falsificación de placas de matrícula de vehículo automóvil y de pertenencia a banda armada, que le venían imputados por el Ministerio Fiscal.- Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al acusado **Marcial** , como autor criminalmente responsable: A) de un delito de atentado a miembro de la Policía Autónoma Vasca, en la persona de Don Maximo , con la agravante de alevosía, a la pena de 30 AÑOS de reclusión mayor, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y la prohibición de que vuelva a la ciudad de Bilbao durante los 6 años siguientes al cumplimiento de la condena (art. 67.CP 1973). B) de un delito de utilización ilegítima de un vehículo de motor, con la agravante específica del art. 57.bis. a) del Código Penal de 1973 , a la pena de 6 AÑOS de prisión menor, con la accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del permiso de conducir, o prohibición de obtenerlo por tiempo de 3 años.- En materia de responsabilidad civil, el acusado deberá indemnizar a la esposa del fallecido Doña Gabriela en la cantidad de 300.000 €, y a cada uno de sus hijos D. Maximino , Doña María Rosario , Don Ángel Jesús y Doña Noelia , en la cantidad de 100.000 € a cada uno de ellos, por el fallecimiento de su esposo y padre, atendidas las pérdidas económicas causadas y los daños morales padecidos. De estas cantidades, responderá solidariamente con los condenados por el mismo delito de atentado en Sentencia de 17 de marzo de 1998 , hasta la cantidad concurrente de 40 millones de pesetas (240.404,84 €).- Y a todos ellos por el valor de los daños producidos en el atentado al vehículo OPEL VECTRA en la suma de 89.243 ptas. (536,36 €), respondiendo solidariamente con los ya condenados por el mismo delito de atentado.- También deberá indemnizar al propietario del Citroen AX, matrícula ZE-....-EQ , los daños causados en la suma de tasación de 2.400 €.- En cuanto a las costas se imponen al acusado el 60 por ciento de las causadas, declarando de oficio el resto.- Para el cumplimiento de las penas, se abonará al procesado el tiempo que ha padecido privado de libertad por la presente causa". (sic)

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

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECriminal .

SEGUNDO: Al amparo del art. 852 LECriminal , en relación con el art. 24.2 C.E .

TERCERO y CUARTO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECriminal .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, lo impugnó; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.



Sexto.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la votación el día 6 de Noviembre de 2012. Por la complejidad del tema objeto de estudio, se cumplieron todos los plazos procesales menos el término para dictar sentencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 30 de Abril de 2012 de la Sección II de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, condenó a Marcial como autor de un delito de atentado a miembro de la Policía Autónoma Vasca con la agravante de alevosía a la pena de 30 años de reclusión mayor y como autor de un delito de utilización ilegítima de vehículo de motor con aplicación del art. 57 bis a) a la pena de 6 años de prisión menor con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que el día 18 de Noviembre de 1993 el condenado y recurrente junto con otros miembros del "comando Vizcaya", del que él formaba parte, sustrajeron el vehículo indicado en el *factum*, forzando la puerta del conductor y rompiendo el clausor. En esta operación Marcial en compañía de otro miembro del comando, vigila la operación desde su propio coche.

El coche sustraído fue llevado por otros miembros del grupo a una lonja donde le pusieron placas de matrícula falsa, volviendo, tras realizar esta operación al piso ocupado por el comando, piso que había sido alquilado por el propio Marcial.

Al día siguiente, y de la forma descrita en el *factum*, los miembros del comando citados, y que ya han sido juzgados, a excepción de uno, ya fallecido, dispararon contra el Sargento Mayor de la Ertzaintza D. Maximo, cuando estaba detenido, en su vehículo, en el semáforo de la c/ **Tívoli** de Bilbao en su confluencia con el Paseo del Campo Volantin.

Marcial huyó a Francia tras las detenciones producidas el 19 de Noviembre de 1994, siendo allí condenado en dos sentencias como autor del delito de asociación de malhechores con fines terroristas, por actuaciones ocurridas en los periodos citados en los hechos probados. En la primera sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París – Cámara 31– a tres años de prisión, y la segunda del mismo Tribunal –Cámara 10– a la pena de siete años de prisión.

Cumplidas ambas penas, fue entregado definitivamente a España el 29 de Octubre de 2010.

Se ha formalizado recurso de casación contra la expresada sentencia de la Audiencia Nacional por parte de Marcial, el que está desarrollado a través de **cuatro motivos**, a cuyo estudio pasamos seguidamente.

Segundo.- El **primer motivo**, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales, denuncia *violación del derecho a la presunción de inocencia* en relación a los dos delitos por los que ha sido condenado.

En su argumentación el recurrente censura que la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador para condenarle, se concreta en las declaraciones de los coimputados –y también miembros del Comando autodenominado Vizcaya– según la sentencia Santiago y Andrés, ambos ya condenados por estos hechos, y que acudieron al Plenario en el que se juzgaba al recurrente donde declararon en los términos que constan en el Acta y que posteriormente serán analizados.

Estima el recurrente que, tratándose de *coimputados*, de acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y también de esta Sala, se precisa *corroboraciones externas* que avalen la credibilidad del testimonio de los coimputados en relación a la concreta actividad del recurrente en los dos delitos de los que ha resultado condenado. Se alega en la fundamentación del motivo que si bien en la sentencia se enumeran hasta 16 elementos externos y objetivos que acreditarían la certeza de las declaraciones de los coimputados citados, tales datos no corroboran, en la tesis del recurrente su participación en ninguno de los dos delitos, incluso alguno de los datos citados se refieren a otras acciones, alegándose que siendo cierto que el recurrente alquiló dos pisos para el comando, de este hecho, reconocido no puede derivarse ni acreditarse, sin más, su participación concreta en los hechos por los que ya fueron condenados los dos coimputados citados.

Antes de dar respuesta a la denuncia efectuada, debemos referirnos a la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional en relación al *ámbito del control casacional cuando se alega violación del derecho a la presunción de inocencia*, y asimismo a la doctrina sobre la *aptitud de la declaración del coimputado para en base a ella dictar una sentencia condenatoria con decaimiento del derecho a la presunción de inocencia*.

Sabido es que cuando en esta sede casacional se denuncia la violación de la presunción de inocencia, esta Sala debe efectuar un triple examen:

a) *En primer lugar*, debe analizar el "*juicio sobre la prueba*", es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además,



haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, inmediación e igualdad que definen la actividad del Plenario.

b) *En segundo lugar*, se ha de verificar "*el juicio sobre la suficiencia*", es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y

c) *En tercer lugar*, debemos verificar "*el juicio sobre la motivación y su razonabilidad*", es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora, no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado es no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión *intra processum*, porque es una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e *incluso, extra processum*, ya que la motivación fáctica actúa como mecanismo de *aceptación social de la actividad judicial*.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, *en sí misma considerada*, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque *no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena*, – SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 548/2007, 1065/2009, 1333/2009, 104/2010, 259/2010 de 18 de Marzo, 557/2010 de 8 de Junio, 854/2010 de 29 de Septiembre, 1071/2010 de 3 de Noviembre, 365/2011 de 20 de Abril, 1105/2011 de 27 de Octubre y 1396/2011 de 28 de Diciembre entre otras–.

No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión. Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediación de que dispuso, *inmediación que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar*.

Para concluir, y en palabras del Tribunal Constitucional –últimamente en la STC 68/2010 –: "*...no le corresponde revisar (al T.C.) la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Juzgados y Tribunal ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117-3º de la C.E., sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta...*".

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como *Tribunales de legitimación de la decisión adoptada* en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas – SSTS de 10 de Junio de 2002, 3 de Julio de 2002, 1 de Diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de Junio, entre otras–, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

El **motivo cuarto**, También se denuncia en el motivo la validez de las declaraciones del coimputado.

En relación a la aptitud de la declaración del coimputado par integrar la prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, la doctrina del Tribunal Constitucional ha venido perfilando las condiciones que debe revestir desde el presupuesto inicial de que dicha declaración reviste una *duda objetiva de credibilidad*.

En síntesis, la doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la aptitud de la declaración del coimputado en el proceso penal para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia cuando sea prueba única, puede sintetizarse *actualmente* en los siguientes enunciados:

a) La declaración incriminatoria de un coimputado es *prueba legítima* desde la perspectiva constitucional.

b) La declaración incriminatoria de un coimputado es *prueba insuficiente* y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia.



- c) La aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración de un coimputado se adquiere a partir de que su contenido quede *mínimamente corroborado* .
- d) Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención *en el hecho concernido* . Deben ser autónomos e independientes de lo declarado por el coimputado.
- e) La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto ha de realizarse *caso por caso* .
- f) La declaración de un coimputado no se corrobora con la de otro coimputado. No hay recíproca corroboración – STS 193/2008 –.

SSTC 233/2002 de 9 de Diciembre , 182/2001 , 70/2002 , 25/2003, 28 de Abril de 2003 o las más recientes 34/2006 de 13 de Febrero , 160/2006 de 22 de Mayo y 102/2008 . *De esta Sala Segunda* , y entre las más recientes se pueden citar las SSTS 679/2010 de 7 de Julio y 1168/2010 de 28 de Diciembre .

El *leiv motiv* de toda la jurisprudencia constitucional en esta materia está constituido por el principio de que la veracidad objetiva de lo declarado por el coimputado ha de estar avalada por algún dato o circunstancia *externa* que debe verificarse *caso por caso* , y ello porque su papel en el proceso es híbrido: es imputado en cuanto a su implicación en los hechos enjuiciados, y es un testigo en relación a la intervención de terceros, pero esta simultaneidad de situaciones desdibuja su condición de tal y por ello no se le exige promesa o juramento, y su contenido es sospechoso por poder venir inspirado en odio, venganza o premios o ventajas para él derivados de su heteroincrimación. No obstante la desconfianza no debe ser magnificada porque no debe olvidarse que por mucha desconfianza que se pueda suscitar, *en el propio Código Penal existen tipos penales constituidos, precisamente, sobre la figura del testimonio del coimputado* como ocurre con los arts. 376 y 579 –las figuras del arrepentimiento activo en los delitos de tráfico de drogas y en materia de terrorismo–, es decir en relación a las *más típicas manifestaciones delictivas de la delincuencia organizada* .

En definitiva , la singularidad del testimonio del coimputado –cuando es única prueba– es que es *insuficiente* para fundar en él una condena, su declaración debe venir confirmada por datos externos, es decir de otra fuente de prueba *distinta* de la facilitada por el propio imputado. Es en este punto donde la jurisprudencia constitucional ha ido perfilando con diversos elementos *qué se deba entender por corroboración* y cual debe ser su contenido, y en tal sentido se pueden citar las siguientes *aportaciones* :

- a) STC 72/2001 : la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado.
- b) STC 181/2002 : los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por el Tribunal Constitucional –y por tanto también eventualmente por esta Sala de Casación– son los que exclusivamente aparezcan expresados en la resolución impugnada como determinantes de la condena.
- c) STC 207/2002 : los datos externos que corroboren la versión del coimputado se deben producir, precisamente en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el Tribunal estima probados.
- d) STC 233/2002 : los elementos de credibilidad objetiva de la declaración, como puede ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento de la versión facilitada, o su coherencia, carecen de relevancia como factores externos de corroboración, tales datos solo podrán entrar en consideración *después* de que la declaración del coimputado, *integrada con las corroboraciones* sea ya suficiente desde la perspectiva constitucional.
- e) SSTC 17/2004 y 30/2005 : la existencia de la corroboración ha de ser especialmente intensa en los supuestos en que concurren excepciones o circunstancias en relación a la regularidad constitucional en la práctica del coimputado, es decir, cuando, por ejemplo, las declaraciones inculpativas del coimputado no se incorporan regularmente a la vista oral con todas las garantías.
- f) SSTC 55/2005 y 165/2005 : no se acepta que la futilidad del testimonio de descargo facilitado por el acusado pueda ser utilizado como elemento de mínima corroboración de un coimputado, por no ser en sí misma determinante para corroborar la concreta participación que se atribuye al acusado.

A la vista de este casuismo, puede definirse la *corroboración* , con la STS 944/2003 como *dar fuerza a una imputación con informaciones probatorias de fuente distinta de las que prestaron inicial soporte a las mismas*. *En definitiva la corroboración es un método de acreditación de la suficiencia probatoria* .

También ha sido estudiado por el Tribunal Constitucional y por esta Sala –SSTC 200/1996 ; 1/2006 ; 142/2006 ; 126/2011 , entre otras, y de esta Sala SSTS 245/2012 y 880/2012 , entre las más recientes–, *la especial situación del coimputado que es juzgado con anterioridad y separadamente al juicio posterior de otro imputado*,

en el que aquel acude como testigo formalmente, aunque su declaración heteroincriminatoria fue efectuada como coimputado en sentido estricto, y cuando acude al posterior juicio ejerce su derecho al silencio.

Dejamos apuntado el tema en la medida que *no* es esta la situación del caso de autos, pues, ya lo adelantamos, los coimputados declararon en el Plenario en el que se juzgaba al actual recurrente.

En definitiva, el Tribunal Constitucional sigue en esta materia la doctrina del TEDH que manifiesta "*....los delicados problemas --del testimonio del coimputado-- ya que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la Ley italiana concede a los arrepentidos o incluso de tratarse de venganzas personales....*". Por eso el Tribunal exige que, en tales casos, las declaraciones de arrepentidos, tales declaraciones sean corroboradas por otros medios de prueba --párrafos 156 a 159 de la STEDH, Labita vs. Italia, 6 Abril de 2000 --.

Tercero.- Desde la doctrina expuesta, pasamos a estudiar las denuncias efectuadas.

La sentencia, en el f.jdco. tercero parte de una *afirmación apodíctica* . Textualmente:

"...La participación del acusado en los hechos de atentado y robo de uso de vehículo de motor viene acreditada por el contenido de las declaraciones de los ya condenados como autores materiales, por sentencia firme de 17 de Marzo de 1998 de esta Sección, Andrés y Santiago , quienes reconocieron de modo expreso su participación en los hechos en el acto del juicio oral como se recoge en la sentencia anterior y prestaron declaración en sede policial y luego ante el Juez Central...."

La inteligencia del párrafo --literal-- acotado es clara: Andrés y Santiago reconocieron su participación en los hechos por los que ya han sido condenados, y en el marco de tal reconocimiento afirmaron también que en ambos delitos había intervenido el ahora recurrente.

Se añade en la sentencia que en la declaración en el Plenario de ambos, ya como testigos, no desmintieron tal implicación, sino que alegaron falta de memoria, y asimismo, se hace referencia a que las declaraciones en sede judicial no fueron ratificaciones formularias, sino detalladas.

Hemos respetado sin descanso que el deber de motivación exige *no solo* la cita de las fuentes de prueba, *sino también y especialmente los concretos elementos incriminatorios* que en ellos se encuentren. SSTS 273/2003 ; 123/2004 ; 526/2010 ; 779/2010 ; 915/2010 ; 1057/2010 ; 156/2011 ; 410 y 411/2011 ; 643/2011 ó 1224/2011 , entre las últimas.

No se trata de una mera formalidad sino una exigencia del deber de motivación que, como ya se ha dicho también por esta Sala --últimamente STS 902/2012 -- exige, en caso de sentencia condenatoria una *motivación reforzada* , por lo que deben hacerse constar los concretos elementos incriminatorios tenidos en cuenta por el Tribunal sentenciador que le permitieron alcanzar el canon de certeza "*....más allá de toda duda razonable....*" , en el pronunciamiento condenatorio dicho de otro modo *la motivación fáctica constituye el armazón probatorio que sostiene el relato* -- STS 107/2011 de 24 de Febrero --, y por tanto debe ser accesible no solo para la persona concernida, sino también para cualquier lector de la resolución. Esta es la materialización del deber de *transparencia* en la actividad jurisdiccional, lo que exige el estudio *detailed* y minucioso de todos los elementos incriminatorios existentes.

¿Qué es lo que declararon los ya condenados Andrés y Santiago con valor incriminatorio para el ahora recurrente Marcial ?.

Recogemos las *concretas manifestaciones* de ambos efectuadas en su declaración *en sede policial, en sede judicial y en el Plenario* al que acudieron como testigos con valor incriminatorio para el recurrente.

Declaración de Andrés .

1- Declaración en sede policial efectuada el 20 de Noviembre de 1994, y obrante a los folios 142 y siguientes, atestado policial equivalente al folio 1013 y siguientes del Tomo III de la instrucción.

- a) Orejas (es decir Marcial , el actual recurrente) y el propio Andrés alquilan un piso en la c/ DIRECCION000 nº NUM000 de Baracaldo, donde van a residir los tres miembros del comando junto con Orejas (folio 1016).
- b) Marcial , en una ocasión les deja el coche, una furgoneta Seat Trans, para ir a realizar un atentado (folio 1017).
- c) En relación a los controles sobre los movimientos del Sargento Mayor Maximo , se hicieron varios por Andoni, y luego los hace Andrés junto con Orejas , unas veces juntos y otras por separado (folio 1021).
- d) El jueves anterior al atentado, Santiago , Erasmo (esposo de la anterior y fallecido en un enfrentamiento con la policía), Orejas y el propio Andrés sustraen un Citroen AX en el barrio de Arabella --Bilbao--, Orejas y Erasmo



se quedan en el vehículo del primero y Andrés y Santiago roban el vehículo forzando la puerta del conductor y rompiendo el clausor con un sacacorchos. Suben a Archanda y le cambian las matrículas y lo trasladan a la lonja del comando, regresando después en taxi Santiago y Andrés al piso de la c/ DIRECCION001 donde se reúnen con Erasmo y Orejas (folio 1021).

e) El día del atentado contra Maximo tras recoger el Citroen AX, Andrés, Erasmo y Santiago se dirigen a la c/ **Tívoli** donde iba a pasar el Sargento Mayor, Erasmo y Santiago se dirigen a la c/ **Tívoli** esperando el paso del vehículo del Sargento, habiendo efectuado los disparos Erasmo mientras Santiago le daba cobertura. Ambos regresan al vehículo donde se encuentra Andrés esperando, y tras montar, salen hacia la "solución sur", dejando abandonado el vehículo en una gasolinera y marchando los tres a la c/ Médico Cortés donde se encontraba Nicolasa que no sabe nada del atentado, hasta que se entera por las noticias (folio 1022).

f) Andrés reconoce haber recibido buen trato en su estancia en la Ertzaintza (folio 1012).

g) Reconocimiento por Andrés de la foto del actual recurrente que le fue exhibida en la Ertzaintzea y del que dice -- sic-- "*que alquila dos pisos para los liberados a los que se refiere en su declaración*" --folio 1090--.

2- En su declaración en sede judicial llevada a cabo el día 22 de Noviembre de 1994, a los folios 858 y siguientes del Tomo III de la instrucción .

a) Ratifica íntegramente su declaración en sede policial.

b) Reconoce y reitera las actas de reconocimiento fotográfico, así como de su puño y letra los croquis de los folios 197 a 199 del atestado.

c) Reconoce el buen trato recibido.

d) Reconoce que cuando pasó a Hegalde (es decir, el País Vasco Español) se dirigió a casa de Marcial, Orejas, permaneciendo en su casa dos o tres meses.

e) Manifiesta ser cierto sobre el modo en que --sic-- "*...llegan los otros dos compañeros del comando que en este caso eran ya Erasmo y su esposa Santiago*" que permanecen los tres en el piso de Orejas .

f) Que por medio de Orejas alquilan un piso en la c/ DIRECCION001 de Bilbao en el que alternaron su estancia con el piso de Orejas, y luego alquilaron Orejas y el mismo otro piso en la c/ DIRECCION000 de Baracaldo.

g) Que en el atentado contra el Sargento Mayor de la Ertzaintza --sic-- "*en este caso la información proviene de Gorri, participando también según describe, en la declaración, Andoni, Orejas, Santiago, Erasmo y Txema*" --folio 865--.

h) Ratifica el relato de la preparación, desarrollo y ejecución del atentado contra Maximo .

3- Declaración en el acto del Juicio Oral efectuada el día 20 de Octubre de 2011, folios 588 y siguientes del Tomo III del Rollo de la Audiencia.

a) Que lo declarado en relación a Orejas, es posible, que puede ser que alquilase un piso en Baracaldo donde estaban los miembros del comando, junto con Orejas .

b) En relación a la furgoneta Seat Trans propiedad de Orejas, no recuerda.

c) Que no recuerda que Marcial efectuara vigilancia en relación al atentado de Maximo, que si antes dijo que si las efectuó, no recuerda haberlo dicho.

d) Que no recuerda que Marcial les llevara en un vehículo para sustraer un coche, que no lo sabe y que tampoco recuerda que dijera que no había sufrido ningún maltrato.

e) Que no recuerda que Orejas tuviera intervención alguna en el atentado del Sr. Maximo. Que no participa en la acción.

f) Que es habitual que quienes ayudan, por razones de seguridad no conozcan las acciones que llevan a cabo los "liberados", que los que ayudan se dedican o les podían mandar a vigilar alguna casa o reparten comida o cosas así.

Declaración de Santiago .

1- Declaración en sede policial efectuada el 21 de Noviembre de 1994 obrante a los folios 314 y siguientes del atestado, y que obran a los folios 1196 y siguientes del Tomo IV de la instrucción.

a) Cuando dice Orejas, se refiere a Marcial, en casa de Orejas se meten Andrés, la declarante y su marido (Erasmo fallecido en un enfrentamiento con la policía). Que Pelosblancos es Andrés --folio 1196--.



- b) En relación al atentado del Sargento Maximo la información la tenía Pelosblancos (es decir, Andrés). Que robaron un Citroen AX en Arabella y lo guardan en un parking tras cambiarle las placas en Archanda --folio 1201--.
- c) Ese día --el del atentado-- cogen el coche los tres y van a la c/ **Tívoli**. Pelosblancos les espera en la calle superior, y la declarante y su marido, andando cada uno en cada acera. Al llegar al semáforo Maximo le pegan dos tiros en la cabeza y salen de la zona en el coche con Pelosblancos , hasta la gasolinera de Satutxu van al piso de Begoña donde están viviendo con Nicolasa --folio 1201--.
- d) En relación a las vigilancias previas sobre los desplazamientos del Sargento Mayor que se hicieron tales vigilancias en dos lunes anteriores, después de indicar quienes hicieron tales vigilancias dice --sic-- "que Orejas fue con Pelosblancos y Picon (Erasmo , el marido de Santiago) un día a controlar a Maximo " --folio 1202--.
- e) Que no ha recibido maltrato en ningún momento --folio 1216--.
- f) Que Erasmo , Don Picon era miembro del Talde Bizkaia, y además, su marido. En relación a qué se ha de entender por "Talde" en la peculiar terminología del terrorismo de ETA, hay que recordar con las SSTS 1105/1998 de 3 de Octubre y 1446/1999 de 18 de Noviembre que por tal ha de entenderse grupos, ya de apoyo, ya de información, para los "comandos" que ejecutan los atentados terroristas, y entre los apoyos que pueden facilitarse se encuentran los robos de vehículos.
- g) En el reconocimiento fotográfico que se le efectuó, identificó como "Leguntzaide del Talde Bizkaia a Marcial , Don Orejas " --el recurrente--, folio 1277.

2- Declaración en sede judicial, efectuada el día 22 de Noviembre de 1994 y obrante a los folios 850 y siguientes del Tomo III.

- a) Se afirma y ratifica en la declaración prestada en la policía, así como en las actas del reconocimiento.
- b) Que tuvieron una cita en la "Casilla" de Bilbao y desde allí, se van a casa de Orejas permaneciendo los tres, es decir, Andrés , Santiago y su marido Erasmo .
- c) Que es cierto lo que relata en relación al atentado contra el Sargento Mayor Maximo , --sic-- "...participando Pelosblancos , su marido y la declarante.... ".
- d) Es cierto lo que relata de Nicolasa , Andoni y Orejas .

3- Declaración en el acto del Juicio Oral, efectuado el día 20 de Octubre de 2011, folios 586 y siguientes del Tomo III del Rollo de la Audiencia .

- a) Que no recuerda ahora, que no puede decir lo que recordaba entonces.
- b) En relación a las vigilancias sobre Maximo y sobre lo manifestado respecto que Orejas fue a controlar a Maximo , que no era verdad, ellos no mandan a controlar a nadie, que no sabe porqué aparece eso en su declaración.
- c) Que ella procura mentir todas las veces que pueda en las declaraciones policiales, que estuvo detenida en el hospital bajo presión.
- d) Que en relación a la acción contra el Sr. Maximo , responde que la persona que está sentada no, que lo hizo el comando.

Cuarto.- En las declaraciones recogidas, *encontramos claras manifestaciones inculpativas para el recurrente, en concreto :*

- 1- Que alojó en su domicilio a los tres miembros del comando Bizkaia, Andrés , Santiago y Erasmo , esposo de Santiago , y fallecido con posterioridad como consta al folio 919 del Tomo III de la instrucción.
- 2- Que participó en el robo del vehículo Citroen AX llevado a cabo días antes del atentado contra el Sargento Mayor, y que tal participación fue llevar a los tres miembros del comando citado a Arabella en su vehículo Seat Trans, donde allí se sustrajo el vehículo, Orejas y Erasmo se quedan en el Seat Trans del primero, y luego vuelven al piso, en tanto que Santiago y Andrés dejan el vehículo robado en una lonja donde le cambian las matrículas, volviendo luego al piso con los otros dos.
- 3- Orejas efectuó alguna vigilancia de los movimientos del Sargento Mayor, unas veces solo y otras con Andrés , según éste reconoce, lo que coincide en lo sustancial con la declaración de Santiago que reconoció que Orejas fue a contratar un día al Sargento Mayor.
- 4- Que tiene una Seat Trans.

Ahora bien, *resulta muy relevante* concretar con la sola lectura de las declaraciones de Andrés y Santiago a las que se ha hecho referencia que:

1- Está fuera de duda que el atentado contra el Sargento Mayor lo hicieron *sólo* los tres miembros del Comando: Andrés, Erasmo (fallecido) y Santiago. Después del mismo se fueron a otro domicilio de otra persona que no sabía lo que acababan de hacer.

2- Ambos *excluyen* en sus declaraciones al recurrente como miembro del Comando.

3- Este dato --relevante-- está confirmado por el propio *informe* de la Ertzaintza obrante al folio 910, donde entre la relación de "laguntzailles" o colaboradores del comando, es decir de los que le prestaban alguna colaboración, se cita al recurrente, Marcial.

4- A su vez esta condición de "laguntzaile" está *reconocida* por Marcial y Santiago en las manifestaciones así como en la exhibición de la foto del recurrente que se les efectuó en sede policial --folios, respectivamente, 1090 Tomo III y folio 1275 del Tomo IV--, siendo de consignar que el propio Andrés le asignó como cometido de Orejas el alquiler de pisos para liberados, lo que constituye uno de los cometidos típicos de los "laguntzailles".

5- Tal condición viene a reconocerse en las declaraciones de ambos en el Plenario.

6- Tal condición viene a responder al esquema operativo de la actividad terrorista de ETA, en la que hay un comando operativo que es *auxiliado* por diversos grupos de colaboradores, lo que es un dato de experiencia como se deriva, también, del informe de la Ertzaintza.

Es obvia tal condición de colaborador no convierte *sic et simpliciter* en coautor a cada colaborador de las acciones terroristas llevadas a cabo por el comando. Tal equivalencia divide de una parte el concreto análisis de las actuaciones efectuadas por tal colaborador, y de otro que se está ante un *Derecho Penal del hecho*, y por tanto no derecho penal de autor, que es incompatible con las exigencias derivadas del Estado de Derecho.

Aquí nos encontramos con dos *concretas y comprobadas* actuaciones del recurrente:

a) Ir con su vehículo y con los tres miembros del comando a robar el coche Citroen AX, en cuya acción estuvo presente, en el interior de su vehículo Seat Trans, junto con Erasmo, volviendo al piso común, al que se unieron luego Andrés y Santiago después de dejar el coche robado oculto en una lonja.

b) Efectuar alguna vigilancia sobre los movimientos del Sargento Mayor. Al respecto, Andrés dice que en alguna ocasión lo hizo con Orejas, y en otras Orejas solo. Por su parte Santiago reconoce que Orejas efectuó solo un día tales vigilancias.

Como corroboraciones externas que avalen la credibilidad de tales manifestaciones se citan en la sentencia hasta dieciséis. De ellas, y a juicio de la Sala solo merecen tal carácter los referentes a los contratos de alquiler de diversas viviendas efectuadas por el recurrente y que fueron utilizados por el comando, compartiendo el propio Marcial la vivienda con ellos, en concreto de dicha vivienda salieron cuando se cometió el robo del Citroen AX, tras el cual volvieron todos a la misma (Andrés y Santiago) tras llevar el Citroen a una lonja de Astrabudua donde le cambiaron las matrículas, y desde donde salieron para cometer el atentado contra el Sargento Mayor.

También es dato corroborador el Seat Trans propiedad del recurrente y que fue utilizado para cometer el robo del Citroen y finalmente los informes de la policía vasca relativos a la relación de "laguntzailles" o colaboradores del comando entre los que se encontraba el recurrente. Condición de colaborador que ya quedó perfectamente descrita por Andrés y Santiago al identificarla en los reconocimientos fotográficos efectuados, el resto de las corroboraciones que se citan en la sentencia se refieren a actuaciones del comando que no pueden serles endosadas *sin más* al recurrente.

En conclusión, y dando respuesta a la denuncia que da vida a este primer motivo del recurso, hay que decir que *no existió el vacío probatorio de cargo* que denuncia Marcial, y que *existió prueba de cargo suficiente* para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

Todo ello no obsta para que seguidamente se añada que la condición que se le otorga en la sentencia de miembro del comando Vizcaya --véase *factum* -- *no se ha acreditado, de igual forma que tampoco tal condición puede derivarse de lo declarado por Andrés, como erróneamente se afirma en el f.jdco. tercero de la sentencia*.

Ahora bien, *que no sea miembro del comando Vizcaya no nos conduce a la atipicidad de sus conductas* como ya se ha visto y justificaremos en los motivos siguientes.

Procede la desestimación del motivo.



Quinto.- El **segundo de los motivos** formalizados, también por la vía de la vulneración de derechos fundamentales se refiere a la violación del derecho a la *tutela judicial efectiva, a ser informado de la acusación y al principio acusatorio* .

Anuda esta triple denuncia al hecho de que el Tribunal de instancia condenó al recurrente como *autor por cooperación necesaria* – art. 14-3º Cpenal 1973 – en relación a los dos hechos, en tanto que el Ministerio Fiscal estimó que era autor del art. 28 del Cpenal .

El motivo carece de consistencia y fundamento como lo acredita con la menguada argumentación que trata de justificarlo.

Sintéticamente debemos recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface cuando el Tribunal da respuesta a todas y cada una de las cuestiones fácticas y jurídicas que fueron objeto del debate, respuesta fundada y argumentada, sea o no en el sentido solicitado por el denunciante.

El derecho a ser informado de la acusación y el principio acusatorio, exige una correlación entre los hechos de los que se acusa – y su traducción jurídica– y a los que se refiere la sentencia, congruencia que evita indefensiones.

Pues bien, *en el caso de autos no se ha producido ningún desajuste ni ninguna vulneración* en relación a los hechos y calificación jurídica objeto de acusación y por los que ha sido condenado el recurrente, todo ello a salvo de lo que se dirá en los motivos siguientes.

Procede la desestimación del motivo .

Sexto.- El **motivo tercero** , por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebida la aplicación de la *calidad del cooperador necesario en relación al delito de atentado* que le costó la vida al Sargento Mayor de la Ertzaintza respecto del que ha sido condenado el recurrente.

Recordemos que el recurrente fue acusado de haber intervenido en el *robo del Citroen AX* y ha sido condenado como autor por cooperación necesaria en tal delito ya que si bien él *materialmente* no ejecutó el acto típico: la fractura de los mecanismos de seguridad del vehículo y su retirada desde el lugar donde estaba aparcado a la lonja de Astrabudua sí ejecutó *actos nucleares* imprescindibles para su realización, prestando una colaboración esencial como fue *la conducción* hasta el lugar de los tres miembros del comando, y su *vigilancia* desde el interior de su vehículo junto con Erasmo mientras Andrés y Santiago efectuaban el apoderamiento.

La calidad del *aporte* de su actividad al común fin delictivo apetecido fue, a no dudarse, esencial y de ahí que de acuerdo con el concepto *amplio* de autor, su condición de autor por cooperación necesaria sea indiscutible.

En relación al *atentado del Sargento Mayor* , su actuación *careció* de tal relevancia, y por tanto *su aporte fue claramente prescindible* , basta recordar que en la declaración de Andrés se nos dice que Marcial efectuó *alguna* vigilancia de los movimientos del Sargento Mayor junto con el propio Andrés o solo, y que Santiago con más precisión dice que *"en una ocasión"* Orejas efectuó una vigilancia.

En este contexto es evidente que *no puede predicarse de Marcial un dominio del hecho relativo al atentado* . Tal dominio *solo* lo tuvieron los tres miembros del comando pues de ellos, y solo de ellos, dependía su realización. Marcial tuvo una actuación de colaboración *eficaz pero periférica* y por tanto prescindible, por más que, obviamente, su intención de ayudar y de realizar un aporte a lo decidido y ejecutado por otros sea obvia. Dicho de otro modo, el *dolo del cómplice* es el mismo que el del autor, es decir, conoce el hecho al que presta su cooperación, y conscientemente presta un aporte eficaz pero de contenido auxiliar en relación a la conducta delictiva, *sin que exista contradicción alguna en decir que el aporte sea eficaz pero prescindible* , lo que debe derivarse del concreto y completo análisis de todas y cada una de las circunstancias de *cada caso* . SSTS 547/2006 de 18 de Mayo ; 120/2008 ; 365/2011 de 20 de Abril .

En síntesis, el cómplice conoce y comparte el dolo del autor, realizando un aporte que debe tener alguna eficacia –pues en caso contrario no había complicidad–, pero, y esto es lo relevante, como *nota negativa* dicha colaboración *no es nuclear* , es prescindible.

En la medida que el recurrente ha sido condenado como autor por cooperación necesaria en el atentado que le costó la vida al Sargento Mayor de la Ertzaintza, *procede la estimación del motivo con la consecuencia de estimarle cómplice de tal delito con las consecuencias punitivas correspondientes que se concretarán en la segunda sentencia* , ya que una vigilancia esporádica no puede integrar una autoría por cooperación necesaria.

Procede la estimación del motivo .



Séptimo. - El **cuarto motivo** , por el mismo cauce que el anterior denuncia *en relación al uso de robo de vehículo de moto* r la condición de coautor que le asigna la sentencia de instancia.

Tangencialmente la denuncia ha quedado ya respondida en el motivo anterior.

El respeto por los hechos probados impone entender que el recurrente vigilaba desde su propio vehículo con Irazabalbeitia, para proteger a Santiago y Andrés , mientras éstos forzaban la puerta del conductor y rompían el clausor apoderándose del Citroen. Esa labor de vigilancia, para proteger la realización del delito por los autores materiales, convierte *su contribución en cooperación necesaria por imprescindible, necesaria y sustancial* . Mucho más si se piensa que esa sustracción es básica en el diseño y ejecución del posterior crimen, lo que imponía la actuación conjunta del comando para evitar la frustración del objetivo instrumental. De hecho, van los cuatro y los cuatro participan, siendo evidente que al existir dos coches, no todos podían utilizar el vehículo sustraído. Por eso, el recurrente y Picon se vuelven en el mismo vehículo desde el que habían protegido la acción de los otros dos, pero eso no oculta ni minimiza su imprescindible colaboración en la sustracción del Citroen.

La más reciente jurisprudencia de esta Sala, sin dejar de reconocer la dificultad que a veces puede suponer distinguir la conducta del cooperador necesario y la del simple cómplice, en cuanto ambos cooperan a la realización del delito, viene declarando que existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*) cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), y que la complicidad constituye una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario. *Es obvio que en nuestro caso, la cooperación fue imprescindible* .

Procede la desestimación del motivo .

Octavo.- De conformidad con el art. 901 LECriminal , procede declarar de oficio las costas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación formalizado por la representación de **Marcial** , contra la sentencia dictada por la Sección II de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 30 de Abril de 2012 , la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes y póngase en conocimiento de la Sección II de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Carlos Granados Perez Joaquin Gimenez Garcia Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Diciembre de dos mil doce.

En la causa instruida por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, Sumario nº 26/1993, seguido por delitos de asesinato terrorista, utilización ilegítima de vehículo de motor, alteración de placa de matrícula y pertenencia a organización terrorista, contra **Marcial** , hijo de Manuel y Esperanza, nacido el NUM001 .1963, natural de Santurce (Vizcaya), privado de libertad por esta causa desde que fue entregado definitivamente por Francia el día 29 de Octubre de 2010; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se aceptan los de la sentencia de instancia y en relación a los hechos probados *se modifican en el sentido de eliminar* de los mismos la referencia a que **Marcial** formaba parte del comando Vizcaya de ETA como miembro legal del mismo junto con los ya condenados Santiago , Andrés y Erasmo .



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.- Por los razonamientos incluidos en el f.jdco. sexto de la sentencia casacional debemos declarar que el recurrente Marcial fue cómplice en relación al delito de atentado terrorista con resultado de muerte del Sargento Mayor de la Ertzaintza Maximo , de acuerdo con el artículo 16 del Cpenal de 1973 equivalente al art. 29 del vigente Código con las consecuencias punitivas previstas en el art. 53 del Cpenal de 1973 equivalente al art. 63 del vigente Código que establece la pena inferior en un grado a las señaladas a los autores.

De acuerdo con ello, y teniendo en cuenta que el recurrente ha sido condenado en la sentencia que ha quedado sin efecto como autor por cooperación necesaria en el atentado indicado a la pena de 30 años de reclusión mayor con las accesorias correspondientes, procede fijar como nueva pena la de reclusión menor de conformidad con el art. 73 del Cpenal de 1973 , vigente cuando ocurrieron los hechos. Dicha pena tiene asignada una duración de 12 años y 1 día hasta 20 años, y de acuerdo con este abanico punitivo, le imponemos *la pena de 12 años y 1 día* , pena que estimamos proporcionada desde los dos criterios a tener en cuenta, es decir, gravedad de los hechos y grado de culpabilidad del sujeto.

En relación al segundo delito de robo de uso, se mantiene en su integridad el pronunciamiento de la sentencia casada.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Marcial como **cómplice** del delito de atentado terrorista con resultado de muerte en la persona del Sargento Mayor de la Ertzaintza D. Maximo a la pena de **12 años y 1 día de reclusión menor** con las accesorias correspondientes con la prohibición de que vuelva a la Villa de Bilbao durante los 6 años siguientes al cumplimiento de la condena (art. 67 Cpenal 1973).

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia casacional no afectados por la presente resolución.

Notifíquese esta resolución en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Carlos Granados Perez Joaquin Gimenez Garcia Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro**

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