



Roj: **STS 1651/2005** - ECLI: **ES:TS:2005:1651**

Id Cendoj: **28079120012005100289**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/03/2005**

Nº de Recurso: **667/2004**

Nº de Resolución: **338/2005**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Marzo de dos mil cinco.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por Aurelio , contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, que condenó al acusado, por un delito de atentado; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Vista, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representados por el Procurador Sr. Rivas Cuevas.

### **I. ANTECEDENTES**

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción nº 5, instruyó sumario con el número 20 de 1992 , contra Aurelio , y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 21 de mayo de 2004, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: 1º El acusado Aurelio , mayor de edad penal y sin antecedentes penales, se integró en la organización ETA, cuya finalidad es lograr la independencia del país vasco fuera de los cauces constitucionales mediante acciones contra la vida, integridad física y libertad de las personas y también contra el patrimonio, en el año 1991 formando parte del llamado "comando Matalaz", dando apoyo al comando Vizcaya.

Por tales hechos el acusado ha sido condenado en Francia por delito de asociación de malhechores.

2º Uno de los distintos objetivos marcados determinó que en el mes de mayo de 1991 se decidiera la colocación de un artefacto explosivo en el vehículo ford Escort blanco matrícula DE-....-D propiedad de un miembros del Cuerpo Nacional de Policía que vivía en Baracaldo y que acostumbraba a aparcar dicho vehículo en la calle Ladabeko.

Después de llevar a cabo las comprobaciones necesarias el acusado, en unión del ya condenado Juan Miguel y otro, se desplazaron a Baracaldo el día 6.6.91, en el vehículo Talbol Horizon matrícula XA-....-UY , al objeto de verificar si ese día se hallaba aparcado en la calle Ladabeko el vehículo matrícula DE-....-D , y al comprobar que así era regresaron a Bilbao donde, en el domicilio de Aurelio , recogieron el artefacto explosivo y tres pistolas y volvieron a Baracaldo para colocar el artefacto explosivo en el vehículo mencionado.

3º Sobre las 3 de la madrugada el acusado y los otros dos se dispusieron a colocar el artefacto explosivo en el vehículo DE-....-D , momento en que fueron sorprendidos por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que vigilaban disimulados en la zona por ser lugar de aparcamientos de vehículos particulares de miembros de las Fuerzas de Seguridad del Estado y haber recibido un aviso sobre la presencia de personas que merodeaban por la calle Ladabeko.

Al oír la voz de "alto policía" el acusado y los otros dos miembros del comando empuñaron las pistolas que portaban y trataron de darse a la fuga. El ya condenado Juan Miguel que llevaba una bolsa conteniendo el artefacto explosivo dejó caer la misma y en unión de Aurelio doblaron la esquina de la C/ Murquizaga,



efectuando el acusado y Juan Miguel , cada uno de ellos, un disparo con sus armas de fuego, marca FN Brownig modelo HP 35 con el número de serie borrado contra los funcionarios del CNP. números NUM000 y NUM001 , que se encontraban a una distancia no superior a 15 metros, impactando uno de los disparos en la aleta derecha de un vehículo allí aparcado tras el cual se protegían los funcionarios policiales durante la persecución.

Finalmente se consiguió la detención del acusado.

4º. Como consecuencia de los disparos efectuados por el acusado y el ya condenado Juan Miguel se produjeron los siguientes desperfectos en vehículos e inmuebles, situados en las proximidades, por los impactos de bala:

- Santiago en 106,87 E (17.782 ptas.)
- Victor Manuel , en 115,44 E (19.208 ptas.)
- Dirección General Policía, en 183,93 E(30.604 ptas.)
- Concesionario Peugeot Barauto, en 367,53 E (61.152 ptas.)
- Teresa , en 204,11 E(33.961 ptas.)
- Juan , en 450,76 E (75.000 ptas.)

5º Después de la detención se procedió a la incautación de lo siguiente:

a) Bolsa de deportes con el artefacto explosivo que se iba a utilizar, el cual se encontraba activado y estaba compuesto por una fiambra con dos pilas de petaca de 4,5 voltios, un temporizador, una ampolla de mercurio, dos kilos de la sustancia explosiva "amosal", un detonador eléctrico, un detonador pirotécnico. El artefacto explosivo fue desactivado por el funcionario del Tedax nº NUM002 en el lugar de los hechos.

b) Dos pistolas marca Browning modelo HP 35 con el número de serie borrado, de cachas de madera y de plástico, pistolas que se encuentran en buen estado de funcionamiento, con las que se efectuaron los disparos y que era portada, una de ellas, por el acusado.

6º Los restantes hechos de las conclusiones definitivas por no respetar el principio de especialidad del art. 14 del Convenio Europeo de Extradición no pueden fijarse como probados.

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

FALLO: 1º Condenar al acusado Aurelio como autor responsable de dos delitos de atentado en grado de tentativa que de producirse el resultado de muerte serían constitutivos de asesinato y homicidio respectivamente, concurriendo la agravante específica de tratarse de delitos relacionados con la actividad de elementos terroristas, a dos penas de 20 años de reclusión mayor con el máximo de cumplimiento de 30 años de prisión y a la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena.

Se condena también al acusado al pago de las costas proporcionales y a que por vía de responsabilidad civil, por igual cuota y solidariamente con los ya condenados en sentencia nº 80/95 de 31.10.95 se indemnice a los perjudicados allí mencionados (apartado 7 del fallo) a las cantidades que indican en su valor actual en euros.

2º Absolver al acusado del delito de pertenencia a banda armada por retirada de la Acusación por el Ministerio Fiscal y de los delitos de depósito de armas de guerra y tenencia de explosivos por no respetarse el principio de especialidad extradicional.

3º Será de abono el tiempo de prisión preventiva sufrido por esta causa que no le hubiera sido abonado en otra distinta, para el cumplimiento de esta pena.

4º Acredítese la solvencia e insolvencia del acusado.

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

Cuarto.- La representación del procesado, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ . y arts. 24 y 25 de la CE .

SEGUNDO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ . y art. 24.2 CE .

TERCERO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim . en relación con los arts. 5.4 LOPJ . y 24 CE .



Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera. Con asistencia de la Letrado recurrente Aranzazu Zulueta en defensa de Aurelio ; informando. El Ministerio Fiscal, impugnando.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día nueve de marzo de dos mil cinco.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El primer motivo de casación por infracción de precepto constitucional del art. 5.4 LOPJ . al resultar lesionados los arts. 24 y 25 CE . concretamente el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva por no aplicación del art. 14 del Convenio de Extradición Europeo , en concreto el principio a la especialidad.

Considera el recurrente que no se ha respetado este principio de especialidad por partida doble.

En primer lugar porque se le condena por dos delitos de atentado en grado de tentativa habiendo sido extraditado por un único delito de tentativa de asesinato, tal como ha quedado patente a lo largo del procedimiento, pues el Decreto de Extradición menciona solamente un delito de intento de asesinato. Por ello, en estricta aplicación del principio de Especialidad resulta imposible condenar a Aurelio por dos delitos de tentativa de atentado cuando en el Decreto de Extradición únicamente se menciona un delito de asesinato en grado de tentativa, y también resulta imposible condenarle por uno de los delitos objeto de la acusación puesto que en el Decreto se habría tenido que indicar por cual de los dos se concedía la extradición.

Y en segundo lugar porque la extradición se concede por un delito de asesinato en grado de tentativa, mientras que tanto el Ministerio Fiscal como la sentencia califican los hechos y condenan al acusado por dos delitos de tentativa de atentado, por lo que la concesión de la extradición, por un lado, y la condena por el otro, no resultan coincidentes, tal y como exige el art. 14 del Convenio Europeo de Extradición .

El motivo se desestima.

El art. 14 del Convenio Europeo de Extradición de 13.12.57 , ratificado por España en Instrumento de 21.4.82, establece que la persona que hubiera sido entregada no será perseguida, ni sentenciada, ni detenida a fines de ejecución de una pena o medida de seguridad, ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal, por cualquier hecho anterior a la entrega distinto del que hubiera motivado la extradición, excepto cuando la parte que la hubiese entregado consintiere en ello o cuando la persona entregada, habiendo tenido la posibilidad de abandonar el territorio de la Parte a la cual se efectuó la entrega, no lo hubiese hecho así dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a su excarcelación definitiva o hubiere regresado a dicho territorio después de haberlo abandonado. Es de consignar también que cuando la calificación del hecho imputado se modificare durante el procedimiento, la persona entregada no será perseguida o sentenciada sino en la medida en que los elementos constitutivos de la infracción nuevamente calificada hubieran permitido la extradición.

La cuestión que aquí se plantea es si la extradición concedida por hechos tipificados de asociación de malhechores e intento de asesinato terrorista (ver Decreto Extradición 23.8.2001 , folios 244 a 246, Rollo de la Audiencia, tomo II), guarda relación con la sentencia de la Audiencia Nacional que absolviendo del delito de pertenencia a banda armada por retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal y de los delitos de depósito de armas de guerra y tenencia de explosivos por no respetarse el principio de especialidad extradicional condenó al recurrente por un delito de atentado en grado de tentativa del art. 233 párrafo último que de haberse producido el resultado de muerte sería constitutivo de delito de asesinato del art. 406.3 en relación con el art. 3, todos del CP. 973 , y otro delito de atentado en grado de tentativa del art. 233, párrafo último, que de haberse producido el resultado de muerte sería constitutivo de un delito de homicidio del art. 407 CP. 1973. SEGUNDO: La respuesta debe ser afirmativa con la subsiguiente desestimación del motivo. Tanto en el Fallo del Tribunal de Apelación de París por el que se dictamina sobre la solicitud de extradición (folios 249 a 253), como en el Decreto de Extradición antes referido se hace referencia a los hechos del auto de procesamiento y prisión dictado el 6.7.92, por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia nacional, sumario 20/92 , y en dicho auto se imputa al acusado un delito de integración en organización terrorista y dos delitos de atentado en grado de tentativa. El Tribunal de Apelación considera que esos hechos, en derecho español y en el momento de su comisión en 1991 eran susceptibles de calificarse como asociación ilícita en su modalidad de pertenencia a banda terrorista de los arts. 173 y 174.3 CP , atentado en relación con un delito de asesinato en grado de tentativa, de los arts. 3, 52, 406 CP , atentado terrorista de los arts. 233, 406 CP , e igualmente, por el respeto del principio de la doble incriminación y por el de las reglas convencionales, considera también que los hechos, "tal y como se exponen y califican por el Estado Requirente", pueden, en derecho francés, recibir las



calificaciones jurídicas de asociación de malhechores en relación con una acción individual o colectiva cuya finalidad es alterar gravemente el orden público mediante la intimidación o el terror, delitos que en el momento de su comisión estaban previstos y castigados por el art. 265 CP , e intento de asesinato en relación con una acción individual o colectiva cuya finalidad es alterar gravemente el orden público, mediante la intimidación o el terror, estos delitos, en el momento de la comisión estaban previstos y castigados por los arts. 2, 3, 295, 296, 297 y 302 CP .

La condena dictada por la Audiencia Nacional por dos delitos de atentado en grado de tentativa que de producirse el resultado de muerte serían constitutivos de asesinato y homicidio con la agravante específica de tratarse de delitos relaciones con la actividad de elementos terroristas se ajusta al referido Decreto de Extradición en cuanto se limita a los hechos concretos por los que se concedió la extradición (los contenidos en el auto procesamiento de 6.7.92 ), según la calificación jurídica del derecho francés (intento asesinato terrorista) pro en su correspondencia con el Código Penal Español vigente en el momento de los hechos, sin que pueda entenderse que la concesión de extradición por delito de intento de asesinato terrorista (en la terminología francesa) suponga una limitación en cuanto al número pues la misma se refiere exclusivamente al tipo genéricamente considerado. Sobre tal argumentación solo añadir que los hechos por los que se concede la extradición ha sido escrupulosamente respetado, y conforma y completa el punto de vista genérico acabado de reseñar.

La sentencia recurrida acoge tal fundamentación en su Fundamento Jurídico Tercero. La interpretación del recurrente carece de toda razón por cuanto la escrupulosidad procedimental con la que se ha producido - el Ministerio Fiscal retirando la acusación al Ministerio Fiscal por delito de pertenencia a banda armada, al haber sido ya condenado el acusado en Francia por un delito de asociación de malhechores, no obstante haber sido la extradición concedida por tal delito, y la sentencia absolviendo de los delitos de depósito de armas y tenencia de explosivos al haber quedado fuera estos hechos y delitos de la extradición concedida por Francia- revela el celo de los Tribunales Españoles por acatar, como no podía ser menos, las exigencias que impone el Decreto de Extradición.

TERCERO: El segundo motivo de casación por infracción de precepto constitucional del art. 5.4 LOPJ . al resultar lesionado el art. 24 CE . concretamente el derecho a la presunción de inocencia ante la inexistencia de prueba de cargo e indeterminación de la conducta y participación del recurrente.

Considera el recurso que en relación a los disparos efectuados contra los policías nºs. NUM003 y NUM001 la única prueba es la testifical de indistintos agentes de la Policía Nacional y ninguno de ellos manifestó haber visto disparar a Aurelio , y la pericial obrante a los folios 651 a 658 lo único que puede acreditar en todo caso es que el recurrente disparó pero nunca que fuera dirigido contra los Agentes de la Policía Nacional, y con respecto a la colocación del explosivo en el vehículo DE-....-D no hay en los Fundamentos Jurídicos mención alguna o prueba de cargo sobre la participación del recurrente en tales hechos. La única prueba practicada es con referencia al explosivo incautado, pero nunca a la participación de Aurelio en los hechos.

El motivo se desestima.

Hemos de recordar la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala sobre la actividad probatoria hábil para destruir la presunción de inocencia, que puede resumirse en los siguientes puntos:

a) En primer lugar, ha declarado el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones ( S.T.C. 31/1981, 161/1990, 284/1994, 328/1994, etc) y reiterado esta Sala ( Sentencias Sala 2ª Tribunal Supremo de 14 de Julio y 1 de Octubre de 1986 , entre otras) que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculan a los Tribunales en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el acto del juicio oral, que constituye la fase estelar y fundamental del proceso penal donde culminan las garantías de oralidad, publicidad, concentración, inmediación, igualdad y dualidad de partes, de forma que la convicción del Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por las partes.

b) Ello conlleva que las diligencias practicadas en la instrucción no constituyan, en sí mismas, pruebas de cargo S.S.T.C 101/1985, 137/1988, 161/1990 , o SS.Sala Segunda Tribunal Supremo de 31 de enero, 2 de marzo o 15 de junio de 1992 ), sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica no es propiamente la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio ( art. 299 L.E.Criminal ) proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y para la defensa.

c) Sin embargo, esta doctrina no debe entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias instructoras, constituyendo también doctrina consolidada ( Ss.T.C. 80/1986, 82/1988, 201/1989, 217/1989, 161/1990, 80/1991, 282 y 328/1994 y de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de junio y 6 de noviembre de 1992, o 3 de marzo de 1993 ), que puede otorgarse valor probatorio a dichas diligencias sumariales siempre que se hayan practicado con todas las formalidades que



la Constitución y el ordenamiento procesal establecen y que sean efectivamente reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción.

Como señala la sentencia nº 269/96, de 20 de Marzo, una reiterada doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala, ha declarado que el Tribunal de Instancia puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, caso de discordancia entre ambas, siempre que aquella se halla practicado judicialmente con las debidas garantías y se halla sometido a efectiva contradicción en el acto del juicio oral. Concretamente en el caso de testimonios contradictorios previstos en el artículo 714 de la L.E.Criminal, la doctrina constitucional y de esta Sala (S.T.C. 137/88, S.T.S. 14-4-89, 22-1-90, 14-2-91 o 1 de diciembre de 1.995, sentencia nº 1207/95), admite que el Tribunal pondere la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas, contrastándolas con los datos deducidos de otras pruebas practicadas y con la credibilidad de las razones expuestas para justificar las contradicciones, correspondiendo al Tribunal de Instancia dicha valoración, conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la L.E.Criminal.

En este sentido como precisa la sTS. 12.9.2003: "cuando un acusado o un testigo declara en el juicio oral y antes lo ha hecho en otra fase del procedimiento, bien ante la Policía o ante la autoridad judicial, el Tribunal que conoce de la causa y ha de dictar sentencia tiene la facultad de conceder su credibilidad a unas u otras de tales declaraciones, en todo o en parte, como una manifestación más de los principios de inmediación y de apreciación conjunta de la prueba, de modo que puede redactar en su sentencia los hechos probados tomando datos de unas o de otras de tales declaraciones, conforme a la verosimilitud que les merezcan según su propio criterio (art. 741 LECrim.), siempre que se cumplan dos requisitos de carácter formal: 1º que aquellas manifestaciones de las que se toman los datos de cargo hayan sido practicadas con observancias de las correspondientes normas procesales aplicables a la misma; y 2º que, genéricamente consideradas (es decir, no en sus detalles específicos), hayan sido incorporadas al debate del plenario, de modo que las partes hayan tenido oportunidad de interrogar sobre estos extremos.

Con relación a ésta última exigencia formal, cuando el dato de cargo no ha sido afirmado en el acto del juicio sino en alguna manifestación anterior, debe actuarse conforme al procedimiento referido en el art. 714, esto es, mediante la lectura de las declaraciones anteriores e invitando al interrogado a que explique las diferencias o contradicciones existentes, aplicable este artículo no solo a la prueba testifical a la que literalmente se refiere, sino también a las declaraciones de los acusados y no solo a las practicadas a instancia de parte, sino también a las acordadas de oficio.

Sin embargo, esta última exigencia no debe interpretarse de manera formalista en el sentido de que, incumplido este trámite del art. 714 ya no cabría tomar circunstancias de hecho de las manifestaciones anteriores al acto de la vista oral para construir el relato de hechos probados, puesta hasta con que, de cualquier modo, esas declaraciones primeras hayan sido tenidas en cuenta en el acto solemne del plenario, lo que puede aparecer acreditado por el contenido de las preguntas o respuestas. Lo que no puede hacerse es traer sorpresivamente desde el sumario a la sentencia, sin antes haber pasado por la posibilidad de ser debatido en el juicio oral (principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación) ese dato que se incorpora a las narraciones de hechos probados.

Observados tales requisitos (cumplimiento de las formalidades legales en la declaración anterior y su reproducción en el juicio oral) el Tribunal de instancia tiene libertad de criterio para redactar los hechos probados tomando las circunstancias o datos correspondientes de unas u otras manifestaciones, sin que tal labor de selección de la verosimilitud pueda ser sometida a revisión del Tribunal Supremo a través del recurso de casación, ni tampoco del Tribunal Constitucional mediante demanda de amparo, pues en estas altas instancias sólo cabe una labor de comprobación respecto a la existencia de una verdadera y propia prueba de cargo, para asegurarse de que no hubo condena sin actividad probatoria practicada con las formalidades exigidas por la Constitución y la Ley, sin poder entrar en la valoración del alcance de tales pruebas que sólo al Tribunal de instancia compete".

La libertad de valoración de la prueba abarca necesariamente la posibilidad de otorgar mayor o menor fiabilidad a unas u otras entre aquellas manifestaciones que esa misma persona ha prestado a lo largo del proceso, sin que forzosamente haya de prevalecer el contenido de las prestadas en el juicio oral, en el cual las preguntas han de versar sobre los mismos extremos objeto del proceso, que necesariamente han de ser aquellos a los que se refirieron las diligencias sumariales. Así pues en tales supuestos de declaraciones de diverso contenido, realizadas por una persona -testigo o acusado- en distintos momentos del proceso penal, siempre que una de ellas haya sido realizada en el juicio oral con respeto a los principios que informan este acto. El Tribunal tiene libertad de criterio para estimar que la realidad de lo ocurrido no se corresponda con lo declarado en dicho juicio, sino que, en todo o en parte, coincide con algunas de las manifestaciones anteriores, siempre que éstas, que se reputan veraces, hayan sido prestadas con observancia de las normas Legales que regulan el acto en



que se produjeron, y como dice la sTC 122/89 no se acredite en forma el porqué del cambio o variación y no se den razones convincentes y lógicas que expliquen racionalmente el cambio practicado.

CUARTO: Pues bien, la sentencia de instancia en el Fundamento de Derecho cuarto analiza y valora la prueba de cargo, constituida :

a) la testifical de los funcionarios policiales nºs. NUM004 , NUM005 , NUM000 y NUM001 en el acto del juicio oral, cumplimentadas, dado el tiempo transcurrido, con lo que consta en el atestado sobre la detención del recurrente y otras dos personas más deduciendo de todas ellas, que cuando los funcionarios policiales procedieron a interceptar e identificar a los sospechosos, al grito de "alto policía" emprendieron veloz carrera empuñando cada uno de ellos un arma y efectuando disparos contra los funcionarios actuantes, dejando en el suelo una bolsa, y que al ser detenido Aurelio se le ocupó una pistola, marca Browning con bala en la recámara del calibre 9 mm parabellum, con munición SF.;

b) La declaración como testigo de Juan Miguel , ya condenado en esta causa, que si bien en el acto del juicio oral afirmó que el acusado se quedó en el coche y que puede que al oír el **tiroteo** saliera del coche y fuera detenido con el declarante, lo cierto es que su inicial declaración judicial (folios 331 a 333) como imputado y asistido de Letrado de su libre designación, manifestó que los tres huyeron cuando la Policía les dio el alto produciéndose un **tiroteo** entre sus compañeros (entre ellos el recurrente) y la policía en la que él no participó.

Pues bien, sobre el particular la sTS. 1653/02 de 14.10, que se remite a la 279/2000 de 3.3 , reconoce:

"Que la posibilidad de valorar las manifestaciones acusatorias de un coimputado como prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia ha sido admitida de modo tan constante por la jurisprudencia -tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala- que parece innecesaria la cita de sentencias en que dicha doctrinase ha visto reflejada. El propio Legislador parece dar por supuesto el valor probatorio de tales declaraciones al establecer en los arts. 376 y 479 CP. 1995 , circunstancias privilegiadas de atenuación de la responsabilidad criminal aplicables a los conocimientos llamados "arrepentidos" .que están acusados en un procedimiento por delito de trafico de drogas o de terrorismo- si coadyuvan eficazmente a la obtención de "pruebas decisivas" para la identificación o captura de oros responsables.

Ahora bien, la admisión del valor probatorio de las declaraciones de los coimputados -aconsejada, sin duda, por las dificultades con que casi siempre tropieza la investigación de la delincuencia organizada- no se ha producido sin reservas en la propia jurisprudencia que ha recordado con frecuencia, tanto la peculiaridad de una declaración acusatoria prestada por quien no tiene obligación de decir verdad, como la posibilidad de que dicha declaración está determinada por móviles espureos. Como una y otra circunstancia son susceptibles de restar credibilidad a la acusación del coimputado y la necesidad de perseguir eficazmente ciertos delitos de especial peligrosidad en la sociedad de nuestro tiempo no debe difuminar la importancia de las garantías que jamás puede faltar en el proceso penal de un Estado democrático de Derecho.

Por su parte el Tribunal Constitucional en su sentencia 115/98 de 1.6 , aborda la eficacia probatoria de la declaración inculpativa de un coimputado y expresa que:

"resulta crucial la jurisprudencia sentada en la sTC. 153/97 , recientemente reiterada por la sTC. 49/98 , que recoge y complementa la doctrina de este Tribunal referente a la relación de la valoración del testimonio del coimputado con el derecho a la presunción de inocencia, tres aspectos esenciales se recogen en el siguiente fragmento:

- Cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado es preciso recordar la doctrina de este Tribunal, conforme ala cual el acusado, a diferencia del testigo, no solo no tiene obligación de decir verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir ( sTC. 129/96, 197/95 ) en virtud de los derechos a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE . y que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa ( ssTC. 29/95, 197/95 , veáse además, sTEDH de 25.2.93, asunto Punke A ). Es por ello por lo que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra del recurrente".

Es cierto, como se señala en la doctrina jurisprudencial expuesta que el coacusado no está obligada a decir verdad, aunque no es menos cierto que ello no supone que puede acusar a otros de manera impune. Las acusaciones inveraces serían constitutivas de acusación y denuncia falsa.

La sTS. de 13.12.2002 recuerda que la declaración del coimputado ha sido considerada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala como prueba hábil para enervar la presunción de inocencia, sin ignorar las cautelas con las que debe ser observada, pues como en alguna ocasión se ha señalado, se trata de una prueba sospechosa, toda vez que el coimputado no se encuentra en la causa en la misma posición que



el testigo, no tiene obligación de decir la verdad y puede perseguir con su actitud colaboradora la obtención de algunos beneficios. Todo ello debe ser examinado por el Tribunal de instancia al efecto de descartar que la declaración inculpatoria para otro de los acusados pueda estar influida de manera que se vea negativamente afectada su veracidad. Ha de tenerse en cuenta que el mero hecho de pretender que sea reconocida de alguna forma la colaboración de la Justicia no es un dato que elimine por si mismo la veracidad de la declaración del coimputado, pues además de que puede no ser la única razón, no implica la imposibilidad de que subsista un deseo de colaborar.

Es por eso, que cuando la única prueba de cargo es la declaración del coimputado se ha exigido como elemento de valoración la existencia de algún tipo de corroboración objetiva. La ausencia de algún tipo de corroboración tiene una mayor trascendencia cuando la declaración ha sido prestada en la causa y rectificadas en el juicio oral. Cuando la declaración inculpatoria se presta ante el Tribunal sometiendo al coimputado al interrogatorio del Fiscal y de las partes no puede negarse valor a la intermediación vinculada de forma intensa a la oralidad, pues en definitiva una parte importante de la valoración de esta clase de pruebas personales depende de la percepción directa.

La doctrina del TC. en materia de valor probatorio de las declaraciones inculpativas prestadas por un coimputado, se resume en la reciente sentencia 118/04 de 12.7 en los siguientes términos: "cuando dicha declaración se erige en única prueba para justificar la condena deben extremarse las cautelas antes de proceder a imponerla sobre dicha base. Ello se debe a la especial posición que ocupa el coimputado en el proceso ya que, a diferencia del testigo, no tiene obligación de decir verdad uno, por el contrario, derecho a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable e incluso, a mentir. Por ello, tales declaraciones exigen un plus al efecto de ser valoradas como prueba de cargo suficiente, pues que este Tribunal ha concretado en la exigencia de que resulten "mínimamente corroboradas" por algún hecho o dato, o circunstancia externa que avalen su credibilidad, sin haber especificado sin embargo, hasta este momento en qué ha de consistir esa "corroboración mínima por ser esta una noción "que no es posible definir con carácter general", por lo que ha de dejarse en manos de "la casuística la determinación de los supuestos en que ha existido esa mínima corroboración, tomando en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso" ( sTS 65/03 de 7.4, FJ. 5 ).

De esta jurisprudencia constitucional se desprende que la exigencia acabada de expresar es de naturaleza objetiva y no de índole subjetiva o intrínseca a la personalidad o motivaciones del declarante. De manera que incluso de verificarse la ausencia, en el caso que nos corresponde enjuiciar, de móviles autoexculpatorios o espurios en la declaración prestada contra el recurrente por el coimputado no por ello queda dicha declaración exenta del sometimiento a la ulterior comprobación de si, en el plano objetivo, existen datos externos que la corroboran ya que según también hemos declarado expresamente los diferentes elementos de credibilidad objetiva o subjetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración en las distintas fases del procedimiento o su propia coherencia íntima- carecen de relevancia como factores externos de corroboración ( ssTC 233/02 de 9.12 FJ 4, 190/03 de 27.10 FJ 6 ) siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboran, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que los órganos judiciales en cuestión consideraron probados ( ssTC 57/02 de 11.3 FJ 4, 181/02 de 14.10, 207/02 de 11.11). Este Tribunal Supremo, también en ss. 30.5.03 y 12.9.03 , alude a la doctrina precedente refiriéndose al requisito que condiciona la aptitud de las manifestaciones de los coimputados para apreciarlas como prueba de cargo, se exige, cuando sea la única existente como tal, cuales que esas manifestaciones hayan sido mínimamente corroboradas por la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de algún modo la veracidad de tales declaraciones cuando son inculpativas contra otro u otros coimputados, en los siguientes términos: "tal doctrina iniciada en dos sentencias del TC. 153/97 y 49/98 , ahora ya consolidada (ss. 68, 72 y 182/01 y 2, 57, 181 y 233/02, entre otras muchas podemos resumirla en los términos siguientes:

1º Su fundamento se encuentra en que estas declaraciones de coacusados solo de una forma limitada pueden someterse a contradicción, habida cuenta de la facultad de no declarar que estos tienen por lo dispuesto en el art. 24.2 CE . que les reconoce el derecho a no declarar contra si mismos y a no confesarse culpables, con constituye una garantía instrumental del más amplio derecho de defensa en cuanto que conoce a todo ciudadano el derecho a no contribuir a su propia incriminación ( sTC 57/02 ).

2º La consecuencia de que esta menor eficacia probatoria se deriva es que con solo esta prueba no cabe condenar a una persona salvo que su contenido tenga una mínima corroboración.

3º Tal corroboración aparece definida como la existencia de cualquier hecho, dato o circunstancia externas apto para avalar ese contenido en que consisten las declaraciones concretas de dicho coacusado.

4º Con el calificativo de "externos" entendemos que el TC quiere referirse a algo obvio, como lo es el que tal hecho, dato o circunstancias se halle localizado fuera de esas declaraciones del coimputado.



5º Respecto al otro calificativo de "mínima", referido al concepto de corroboración, reconoce el TC que no puede concretar más, dejando la determinación de su inferencia al examen del caso concreto. Basta con que exista algo "externo" que sirva para atribuir verosimilitud a esas declaraciones.

6º no sirve como elemento corroborador las declaraciones de otro coimputado. El que tenga una manifestación de varios acusados coincidentes en su contenido de imputación contra un tercero no excusa de que tenga que existir la mencionada corroboración procedente de un dato externo".

Corroboración externa mínima que concurre en el caso presente por cuanto a la versión inicial de Germán coincide en lo esencial con la testifical de los policías que intervinieron en los hechos y con el dato objetivo no cuestionado de su presencia en el lugar de los hechos.

c) El informe pericial obrante a los folios 651 a 658 que acredita que cada una de las dos pistolas Browning HP.35 que fueron intervenidas en la detención percutió una vaina de las que se encontraron en el lugar de los hechos, y como una de estas pistolas le fue ocupada el recurrente, la deducción de la Sala de que este disparó debe considerarse racional y lógica y no una mera conjetura o sospecha, y que tal disparo iba dirigido contra los Agentes se infiere de la escasa distancia a la que éstos se encontraban y del impacto de uno de los disparos en la aleta derecha de su vehículo allí aparcado tras el cual se protegían los funcionarios policiales durante la persecución.

QUINTO: En relación a la participación del recurrente en la colocación del explosivo en el vehículo DE-....-D , la conducta descrita en el apartado segundo y párrafo primero del apartado tercero de los Hechos Probados está acreditada tanto por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que sorprendieron al recurrente y a los otros dos cuando se disponían a colocar en aquel vehículo el artefacto explosivo, como por la declaración ante el Instructor del coimputado Juan Miguel , en la que relata como los liberados le entregaron a él y a Aurelio el explosivo en perfecto estado de funcionamiento con el fin de que lo colocaran en el vehículo de un policía de Baracaldo, como se desplazaron a esta localidad y constataron la presencia del vehículo, regresando a Bilbao a por el artefacto y las pistolas que estaban en la casa del hoy recurrente, marchando de nuevo a Baracaldo y aproximándose al vehículo, aparcando al que ellos llevaban en una calle cercana, trasladándose andando con el artefacto en una bolsa de deporte y cuando comprobaban que no había gente en las ventanas, apareció un Zeta y al aperebirse de que se marchaban les dieron el alto los policías no uniformados, produciéndose un **tiroteo**, tal conducta, con independencia de que fuese otro de sus acompañantes quien llevaba la bolsa con el explosivo incluso el que materialmente fuese el encargado de su colocación en el vehículo, debe entenderse como de coautoría en la definición dada por el art. 28 CP .: son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelincuencia, bien entendido que la realización conjunta no supone que todos y cada uno de los coautores realicen o ejecuten en sentido formal todos los elementos del tipo. Lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común. A la misma consecuencia práctica nos llevaría la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico -en el caso de asesinato u homicidio, el acto de matar- . En esta dirección la STS. 28.11.97 ya afirmó que: "cuando varios participes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores...., la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho". No puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el verbo rector del tipo, en este caso, el que mata, es decir, el que realiza la acción de matar, sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho".

Y por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, no ofrece duda la concurrencia en este caso, máxime cuando tanto la doctrina como la Jurisprudencia han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución -coautoría adhesiva o sucesiva- y que el mismo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar.

OCTAVO: El motivo tercero al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ . y el art. 849.2 LECrim . por error en la apreciación de la prueba que conculca el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .

El motivo considera que la interpretación del Decreto de Extradición realizada en la sentencia vulnera los criterios de interpretación que deben regir todo el proceso penal, pues no se ajusta a la literalidad de lo recogido





en el texto de la resolución francesa, haciendo una interpretación extensiva que, además, va en contra del acusado, puesto que existiendo dos posibles interpretaciones del texto escoge la única que acarrea la condena del acusado.

Reproduciendo por otra vía casacional lo ya alegado en el motivo primero, damos igualmente por reproducido los Fundamentos de Derecho 1 y 2 de la presente resolución para evitar innecesarias repeticiones, teniendo en cuenta que la interpretación gramatical, siguiendo la literalidad de la redacción no excluye aquí la pluralidad de los delitos, por lo que a la extradición se refiere.

NOVENO: Desestimando el recurso, las costas se imponen al recurrente, art. 901 LECrim.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, por infracción de preceptos constitucionales, interpuesto por Aurelio , contra sentencia de 21 de mayo de 2004, dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda , confirmando dicha resolución, con condena en costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Enrique Bacigalupo Zapater José Ramón Soriano Soriano José Manuel Maza Martín Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Luis-Román Puerta Luis

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.