

Roj: **STS 1277/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:1277**Id Cendoj: **28079120012013100212**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/03/2013**Nº de Recurso: **1287/2012**Nº de Resolución: **256/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN SAAVEDRA RUIZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 2339/2012,**  
**STS 1277/2013**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Marzo de dos mil trece.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, que ante Nos pende, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, que absolvió a los acusados de los delitos de estragos terroristas en grado de tentativa, así como de atentado terrorista; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Vista bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, siendo recurridos Fidel y Martin, representados por el Procurador Don Javier Cuevas Rivas, y **ASOCIACIÓN DE VÍCTIMAS DEL TERRORISMO**, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> María Esperanza Alvaro Mateo.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Juzgado Central de Instrucción nº 4, incoó Sumario Ordinario 48/2009, contra Fidel y Martin, por presuntos delitos de atentados terroristas y delito de estragos terroristas en grado de tentativa; una vez concluso, lo remitió a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, que con fecha veintitrés de mayo de dos mil doce, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados** :

" **PRIMERO.-** El procesado Fidel, mayor de edad, poseedor del DNI NUM000, ejecutoriamente condenado por Sentencia de fecha 21 de julio de 2011 por delito de estragos, al que apodaban " Rana "; a principios del año 2006 en la localidad de Getxo, Vizcaya, fue captado para la organización terrorista ETA a través de una persona que ahora no enjuiciamos, con el cual y junto con un tercero ajeno a estos hechos, constituían uno de los llamados "comandos" de la mencionada organización, que tomó el nombre de "HEGOAK".- En el antedicho grupo existía un responsable, el procesado Martin, con DNI NUM001.- **SEGUNDO.-** Alrededor de las 5 horas y 55 minutos del día 11 de noviembre de 2007, dos individuos de sexo masculino por cuenta de la organización terrorista ETA, y siguiendo las instrucciones de su cúpula directiva, protagonizaron los hechos que pasamos a describir.- Tales individuos procedieron a colocar dos artefactos explosivos, de fabricación "casera" en el inmueble ocupado por los juzgados de la localidad de Getxo, o en sus inmediaciones; el primero de dichos artefactos, introducido en una bolsa de lona, fue depositado en la parte trasera derecha de la puerta de acceso al edificio ocupado por los órganos judiciales mencionados, edificio situado en la calle Fueros nº10; y el segundo fue introducido en el interior de una papelera ubicada a unos 12 metros de la sede judicial.- El primero estaba confeccionado para explotar a las 7 horas del día indicado, y estaba compuesto por los elementos siguientes: - Unidad de tiempo y energía: temporizador, reloj, tres pilas de 9 voltios.- Carga explosiva: 8 kg de explosivo, cloratita.- Carga de Multiplicación: tres bolas de 250 gr. cada una de explosivo, cloratita, con un tramo cada una de cordón detonante de 50 cm, con una carga de pentrita de 10 gr/mtr.- Dos detonadores de tipo eléctrico de fabricación casera, con carga base de pentrita.- Contenedor: Olla a presión de 6 litros de capacidad.- El segundo,



programado para que la explosión se produjese 23 minutos después de la primera, constaba de: - Unidad de tiempo y energía: temporizador, reloj, tres pilas de 9 voltios.- Carga explosiva: 2.800 gr de explosivo cloratita.- Carga de Multiplicación: una bola de 250 gr. de explosivo, cloratita, con un tramo de cordón detonante de 50 cm, con una carga de pentrita de 10 gr/mtr.- Dos detonadores de tipo eléctrico, de fabricación casera, con carga base de pentrita.- Contenedor: cilindro metálico.- Metralla: 20 tuercas autoblocantes de métrica 12.- A las 6 horas y 18 minutos, mediante una llamada telefónica con voz grabada y distorsionada dirigida al Servicio de Emergencia SOS DEIAK, alguien avisó acerca de la colocación del primero de los artefactos explosivos, diciendo: "Escuche atentamente, le hablo en nombre de ETA. Una bomba hará explosión dentro de 30 minutos en el Juzgado de Getxo, desalojen a los vecinos, ¡ Gora Euskadi Askatasuna!.- Efectivos policiales procedieron de inmediato a ejecutar lo expresado en el comunicado transcrito, ordenando el inmediato desalojo de las personas que habitaban en las proximidades de los juzgados.- En el transcurso de tan azarosa madrugada, y de manera prácticamente simultánea, se revisó por el responsable de seguridad de los juzgados de Getxo las grabaciones del exterior del edificio. Y sobre las 13 horas y 30 minutos de dicho día, se pudo determinar la colocación de un segundo artefacto colocado por los dos individuos en el interior de la papelera antes expresada.- Sobre las 10 horas del mismo día, los agentes de la policía autónoma vasca que componían el equipo técnico encargado de realizar el proceso de desactivación de los artefactos, trasladaron el encontrado en la puerta de los juzgados hasta un lugar específico, ubicado en las dependencias de la Ertzaintza, dedicado a este tipo arriesgado de operaciones, procediendo a la inertización de sus elementos.- En un momento dado, el agente con nº de carnet profesional 54.316 sujetaba en su mano un detonador que, lamentablemente, hizo explosión, a consecuencia de la cual resultó gravemente herido en manos y abdomen, precisando dos operaciones quirúrgicas y un largo tratamiento rehabilitador para alcanzar su sanidad, tardando en curar 366 días durante los cuales permaneció impedido para desempeñar cualquier tipo de actividad, y quedándole como secuelas permanentes, que le imposibilitan poder realizar las funciones primordiales inherentes a todo ser humano, y de por vida, las siguientes: - Amputación completa de la falange distal del 1º dedo de la mano derecha, de la falange media y distal del 2º dedo de la mano derecha y de la falange media y distal del 3º dedo de la mano derecha.- Amputación completa del 4º dedo de la mano derecha.- Limitación de la movilidad de las articulaciones metacarpo-falángicas de los cinco dedos de la mano derecha en grado severo.- Área cicatricial en cara palmar de antebrazo de zona dadora de injerto.- Cicatriz retráctil en mano derecha de 5 cm. Con brida en base de 1º dedo, eminencia tenar y 1ª comisura con retracción de la misma.- Cicatrices en cara palmar y zonas interdigitales en mano derecha.- Cicatrices con pérdida de sensibilidad en yemas de 2º, 3º y 4º dedos de mano izquierda.- Área cicatricial en zona anterior de abdomen de 9x3 cm.- También resultó con lesiones el agente con número de carnet profesional 54.317, si bien de mucha menos consideración que su compañero, pues las de aquél consistieron en traumatismo acústico, más acúfenos en oído derecho, que precisaron de una primera asistencia, con tratamiento farmacológico y seguimiento por especialista, tardando en curar 15 días, durante los cuales estuvo impedido para desarrollar sus habituales ocupaciones, tardando en alcanzar su sanidad 15 días, pero obteniéndola sin secuelas.- El procesado Fidel , se encuentra privado de libertad por esta causa desde el 22 de julio de 2008, habiendo sido acordada su prisión provisional el 27 de julio de 2008, ratificada el 10 de septiembre de 2008, y prorrogada hasta el máximo legal por auto de 16 de junio de 2010.- No ha quedado acreditado suficientemente que fueran los dos acusados los autores de estos hechos".

**SEGUNDO.-** La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, dictó el siguiente pronunciamiento:

" **FALLAMOS** : QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS libremente a los acusados Fidel Y Martin , de los delitos de estragos terroristas, en el grado imperfecto de ejecución de tentativa, así como de los dos delitos de atentado terrorista, de los que venían siendo acusados.- Declaramos de oficio las costas procesales causadas.- Déjese sin efecto de inmediato la medida cautelar adoptada contra Fidel , de prisión provisional por esta causa".

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma por el Ministerio Fiscal, 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.-** El Ministerio Fiscal alegó los siguientes motivos: **ÚNICO-** . Al amparo del artículo 850.1 LECrim ., quebrantamiento de forma por denegación de prueba pertinente propuesta en tiempo y forma; solicitando que se case y anule la sentencia recurrida y el juicio, para que se proceda a su nueva celebración, incluyendo como prueba a practicar la interesada por el mismo.

**QUINTO.-** El Procurador D. Javier Cuevas Rivas en representación de Fidel y Martin presentó escrito oponiéndose al mismo. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista, cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Realizado el señalamiento para Vista, se celebró la misma el día 20 de febrero de 2013.



## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Por sentencia de 23 de mayo de 2012, la Audiencia Nacional (Sección 4<sup>a</sup>) absolvió a los procesados Fidel y Martín del delito de estragos terroristas en grado de tentativa y de los dos delitos de atentado terrorista de los que venían acusados por el Ministerio Público y por la acusación popular, ejercida por la Asociación de Víctimas del Terrorismo.

Tal pronunciamiento absolutorio ha sido recurrido en casación únicamente por el Ministerio Fiscal. Con carácter previo al estudio del fondo de su recurso, conviene precisar que, según reflejan los Antecedentes de Hecho de la sentencia, en el presente procedimiento tan sólo se abrió juicio oral para los citados, no así para Jesús María, respecto de cual manifiesta el Ministerio Público que pesa una orden europea de detención, encontrándose en la presente causa en situación de rebeldía procesal. El objeto del enjuiciamiento en la instancia quedó limitado, por tanto, a la participación de aquellos dos procesados en la colocación, por cuenta de la organización terrorista ETA, de dos artefactos explosivos de fabricación casera en las inmediaciones de la sede de los Juzgados de Getxo (Vizcaya) durante la madrugada del día 11/11/2007, tratando los efectivos policiales que componían el equipo técnico que se desplazó a la zona de proceder, sin éxito, a su desactivación, pues al manipular uno de los detonadores con este fin se produjo su explosión, siguiéndose de ello los graves daños personales que la sentencia combatida describe en sus Hechos Probados.

Debe subrayarse también que, en consonancia con estos hechos, los dos procesados absueltos únicamente venían acusados de los ilícitos a los que se ha hecho anterior mención, ventilándose en otros procedimientos ajenos al presente -como destaca la sentencia combatida en varios de sus pasajes- tanto su presunta participación en otros sucesos de similar cariz pero distintos del aquí enjuiciado, como su relación misma con la banda terrorista ETA.

**SEGUNDO**.- Perfilado el contorno de la causa, descenderemos ahora al fondo del recurso interpuesto por el Ministerio Público. En un único motivo plantea, ex art. 850.1 LECrim, un quebrantamiento de forma ante la denegación en el acto de la vista de una prueba pericial que previamente había propuesto en su escrito de conclusiones provisionales y que la Sala de instancia había a su vez admitido por auto de 02/03/2012. Se trata de un dictamen sobre restos genéticos respecto del cual se había pedido también el interrogatorio en la vista de sus peritos emisores, funcionarios de la Ertzaintza núm. 57144 y 57143, obteniéndose en el plenario tan sólo el testimonio aclaratorio del primero de ellos, al encontrarse el segundo excusado de su deber de declarar. Fue en el momento de practicarse tal prueba cuando, según subraya el Fiscal, la Sala de instancia impidió la incorporación del dictamen en cuestión al acervo probatorio en aquello que afectara a personas distintas de aquéllas a las que se estaba enjuiciando, al poder constituir *"una prueba en contra de los otros señores o a favor"*, en concreta referencia al encausado declarado en rebeldía, razón por la que *"no se puede admitir la práctica de esta prueba"*. Considera el Ministerio Público improcedentes los argumentos en que fundamentó la Sala de instancia su decisión, por un doble motivo: 1) porque la pericial denegada también podía afectar a las personas efectivamente enjuiciadas en dicho acto; y 2) porque su práctica en ningún modo preconstituiría prueba respecto de quienes hayan de ser, en su caso, enjuiciados con posterioridad, en el mismo o en otro procedimiento.

Sostiene igualmente el Fiscal que, habiendo construido su pretensión acusatoria preferentemente sobre prueba indiciaria, la relevancia de la pericial denegada era tal que se hacía determinante respecto de la decisión última que pudiera tomar el Tribunal acerca de la participación en los hechos de los acusados, especialmente de Fidel, por los motivos que se exponen. Por ello mismo, su rechazo anticipado durante el plenario devino improcedente, a la par que injustificado, causando efectiva indefensión a quien ahora recurre.

1. Con respecto al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, tiene establecido esta Sala de Casación -como es exponente la STS núm. 29/2012, de 18 de enero-, que se asienta a su vez en la doctrina emanada del Tribunal Constitucional- que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba referida a su admisión, práctica valoración, causa por sí misma indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa, de modo que, de haberse practicado la prueba omitida o bien de haberse practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta. El recurrente debe, asimismo, justificar la indefensión sufrida. Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta en un doble plano: por un lado, ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; por otro, debe argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de controversia habría podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso (comprobado que el fallo del proceso *a quo* pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado) podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo recurre (SSTC núm. 165/2004, 77/2007, 208/2007, 121/2009, 89/2010, 2/2011 ó 14/2011, entre otras muchas).



Este Tribunal de Casación viene apuntando también una serie de requisitos, formales y materiales, para que el motivo pueda prosperar (sirvan de ejemplo las SSTS núm. 784/2008, de 14 de noviembre, y 5/2009, de 8 de enero). Entre los primeros, se exige que las pruebas sean propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, frente a la resolución del Tribunal rechazando las que no considere pertinentes o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por la LECrim. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical (lo mismo cabe entender respecto de cualquier aclaración que pueda hacer un perito, como era el caso, al tratarse asimismo de prueba personal), deberán constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al declarante, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba solicitada. En cualquier caso, la parte proponente debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de modo que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (SSTS núm. 1591/2001, de 10 de diciembre, ó 976/2002, de 24 de mayo); ha de ser necesaria, es decir, útil para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión (STS núm. 1289/1999, de 5 de marzo); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

El primero de los obstáculos a la estimación del recurso estriba precisamente en la formulación de protesta por quien así vio parcialmente denegada por la Audiencia una prueba que consideraba relevante, protesta que en casos como el examinado ha de ser concurrente a la denegación misma. Este requisito, repetidamente exigido por esta Sala, no constituye una mera formalidad, sino el mecanismo a través del cual, con la descripción fehaciente en el acta de las razones por las que quien protesta considera que la prueba denegada resultaba pertinente y necesaria, en el sentido de imprescindible, pueda esta Sala de Casación llegar a conocer su trascendencia, ante la posible incidencia en la convicción última del Tribunal encargado del enjuiciamiento.

El Fiscal, que con precisa técnica casacional desgrana en la interposición de su recurso cada uno de los requisitos materiales señalados, soslaya en cambio todo dato acerca del cumplimiento en sede previa de los formales, sin aclarar los términos en que se habría practicado la pertinente protesta, de la que nada consta en el acta del día 12/04/2012, correspondiente a esa sesión (vid. rollo de sala, sin foliar), y de la que tampoco puede documentarse este Tribunal a través de su grabación audiovisual, al no haber sido aportada. El acta de la vista de ese día da cumplida cuenta, en cambio, de esta incidencia, de los argumentos preliminares esgrimidos por las partes, así como de las limitaciones con las que finalmente el Tribunal permitió su práctica, únicamente respecto de aquello que afectara a los acusados presentes, mas no en lo que se extendiera a quienes no estaban siendo enjuiciados en dicho acto. Lo cierto es que se permitió también que el perito presente, agente de la Ertzaintza núm. 57144, depusiera en dicho acto para aclarar cuantas cuestiones pudieran suscitar sus dictámenes, con las limitaciones señaladas. Consta, acto seguido, el contenido del interrogatorio al que fue sometido por las partes. Refirió el perito su participación en la confección de tres dictámenes genéticos, numerados como 07/1813003008-011, 012 y 013. Aclaró, igualmente, cuantos extremos le fueron solicitados por el Fiscal sobre las muestras analizadas y sus resultados. Debemos destacar, en cualquier caso, cómo -a preguntas de la letrada de una de las defensas- el perito señaló que en ninguna de esas muestras encontraron perfil genético coincidente con Fidel, como en cambio sí lo encontraron de Martín en las demás que se reseñan.

Como decíamos, a pesar de la amplitud de detalle con la que fue redactada el acta, no figura en ella protesta alguna del Fiscal frente a la decisión del Tribunal de denegar la incorporación de las conclusiones periciales que afectaban a terceros, pues en lo demás la prueba sí se practicó, como hemos visto. La acusación pública suple, sin embargo, sobradamente en sede casacional la previa omisión de instancia sobre la trascendencia que pudiere tener el dictamen que afectaba a Jesús María. Explicita así en su escrito de recurso los motivos de fondo por los que, a su entender, la prueba resultaba imprescindible, en términos de defensa, en su total extensión. Sus argumentos casacionales amplían lo alegado verbalmente ante la Sala de instancia, permitiendo a esta Sala conocer adecuadamente las bases de su petición, razón por la que no se deniega a *limine* el recurso.

2. Sin perjuicio de lo que luego se dirá, ha de convenirse con el Ministerio Público en la insuficiencia del argumento de fondo que llevó a la Sala de instancia a rechazar este apartado pericial, bajo la sola justificación de que la incorporación al proceso de los resultados genéticos obtenidos de algunas muestras halladas en





el lugar del atentado y referidos a otros individuos respecto de los cuales no se seguía el enjuiciamiento, podía repercutir en sus derechos de defensa y al proceso debido. Tal argumento carece de consistencia como único sustento del descarte probatorio. Y ello porque, tal y como decíamos en la STS núm. 62/2013, de 29 de enero, con cita de las SSTS núm. 630/2002, 888/2003 ó 71/2004, por señalar algunas, las sentencias dictadas en materia penal sólo producen los efectos de la cosa juzgada negativa, en cuanto impiden juzgar a los ya juzgados por el mismo hecho. En el proceso penal no existe lo que en el ámbito civil se denomina «prejudicialidad positiva» o «eficacia positiva» de la cosa juzgada material, gozando el Tribunal de plena libertad para valorar las pruebas producidas en su presencia y aplicar la calificación jurídica correspondiente. Una sentencia de esta Sala fechada el 21/09/1999 ya lo razonaba con total claridad al destacar que *"cada proceso tiene su propia prueba, y lo resuelto en uno no puede vincular en otro proceso penal diferente, porque en materia penal no hay eficacia positiva de la cosa juzgada material, sólo eficacia negativa en cuanto que una sentencia firme anterior impide volver a juzgar a una persona por el mismo hecho"*. La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es, pues, la preclusiva o negativa, que simplemente consiste en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto de la misma persona, pues una de las garantías del acusado es su derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio «non bis in idem» y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, en relación a su vez con los arts. 10.2 CE y 14.7 PIDCP.

Aplicando tal doctrina al presente caso, hemos de rechazar el argumento clave de la denegación de la prueba en la instancia. En ningún modo la práctica de la pericial interesada habría creado una suerte de cosa juzgada respecto de quienes no iban a ser enjuiciados en ese acto, de manera que en función de la pericial denegada pudiera llegarse respecto de ellos a una conclusión prejudicial, previa al momento de su verdadero enjuiciamiento -de llegar a producirse éste- y determinante de su resultado. Con carácter general, las cuestiones meramente fácticas están sujetas a la libre valoración del Tribunal que conoce de las mismas, como reflejo necesario de la apreciación de las pruebas producidas en el proceso, lo que significa que no puede darse en estos casos una cuestión prejudicial devolutiva que equivaldría a abdicar dicha potestad, de la misma forma que tampoco se da la otra faz de la moneda, la prejudicialidad positiva. El único límite reside, insistimos en ello, en la aplicación del instituto de cosa juzgada, ex art. 666.2 LECrim ( STS núm. 867/2003, de 22 de septiembre ). En la misma línea, ver SSTS núm. 827/2011, de 25 de octubre, y 381/2007, de 24 de abril.

Por otro lado, nada impide que una prueba pueda resultar relevante en un proceso, al proporcionar datos o circunstancias que afectan a los sujetos allí enjuiciados, aunque su contenido directo verse sobre otros individuos ajenos a ese acto de enjuiciamiento, como con plena lógica afirma el Fiscal.

Ahora bien, no por ello procede acordar la reposición de las actuaciones al momento mismo en que la prueba fue denegada, en la medida en que la incorporación de las conclusiones genéticas del dictamen no habría de modificar la conclusión última que obtuvo el Tribunal sobre la falta de acreditación bastante de la participación de los procesados en el atentado de los Juzgados de Getxo. Adelantamos, pues, que el recurso no podrá ser estimado por las razones de fondo que a continuación se dirán.

**3.** En relación con la prueba indiciaria, que en este caso sirvió de sustrato al planteamiento acusatorio, como expresa el Fiscal, es sobradamente conocida la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y de esta Sala (por todas, STS núm. 269/2009, de 10 de marzo) que admite, de forma pacífica y no cuestionada, que el derecho a la presunción de inocencia del acusado puede ser enervado por medio de prueba indirecta o indiciaria. En este sentido, la ausencia de prueba directa de naturaleza incriminatoria no debe confundirse con la falta de prueba o con la debilidad probatoria. Ahora bien, para que a través de ella pueda quedar enervada la presunción de inocencia, la prueba indirecta ha de cumplir las garantías propias de toda prueba de presunciones ( STS núm. 406/2007, de 4 de mayo ), que esta Sala, recogiendo principios interpretativos del Tribunal Constitucional, viene concretando en las siguientes pautas: A) desde el punto de vista formal, se precisa: a) que en la sentencia se expresen los hechos-base o indicios que se estimen plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia; b) que la sentencia haya explicitado el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción del acaecimiento del hecho punible y de la participación en el mismo del acusado, explicitación que, aun cuando pueda ser sucinta o escueta, se hace especialmente imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia; B) desde el punto de vista material, han de cumplirse requisitos referidos tanto a los indicios en sí mismos, como a la deducción o inferencia. Respecto de los primeros, es necesario: a) que los indicios estén plenamente acreditados; b) que sean de naturaleza inequívocamente acusatoria; c) que sean plurales o, siendo un indicio único, posea una singular potencia acreditativa; d) que sean concomitantes al hecho que se trate de probar; y e) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí. En cuanto a la deducción o inferencia es preciso: a)



que sea razonable, lo que no solamente significa que no sea arbitraria, absurda e infundada, sino también que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia; b) que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

En el presente caso, entre la pericial que interesó como prueba el Ministerio Público en su escrito de conclusiones provisionales figura, efectivamente, el informe 071813T36001, ampliatorio del IP 07/1813-011 (f. 40 del rollo de sala). Tal pericia - al igual que el testimonio aclaratorio de sus técnicos emisores núm. 57144 y 54330- fue admitida por la Sala de enjuiciamiento por auto de 02/03/2012 (f. 75 y 76 del rollo de Sala). Resultó, sin embargo, rechazada de forma sobrevenida en el acto de enjuiciamiento, en la forma que hemos visto. Resta ahora analizar la trascendencia que dicha prueba hubiere podido tener, en atención a su consideración o falta de ella, sobre el fallo absolutorio emitido por la Audiencia.

Y es aquí donde no obtiene esta Sala las mismas conclusiones que el Fiscal, en varios aspectos. En primer lugar debemos matizar que el cuestionado informe técnico, obrante al tomo VI de las actuaciones (sin foliar), avala en realidad la presencia de material genético del declarado rebelde, Jesús María , no en un asa de la olla a presión de acero inoxidable que contuvo el artefacto explosivo colocado en la puerta principal de los Juzgados de Getxo, así como en su temporizador (como expresa el Fiscal en el recurso), sino en «*un cabello procedente de la cinta aislante de la Evid. J7*», muestra etiquetada como M-011-J7-B.1 que efectivamente, según el informe obrante a los F. 513 a 539 (Tomo II), se corresponde con un trozo de cinta aislante de color azul. El resultado analítico señala literalmente que el perfil obtenido de esta muestra "es compatible con la suma de los perfiles genéticos correspondientes a Dña. Luz y de D. Jesús María ".

Sin embargo, través de esta única evidencia genética no puede extraerse la conclusión querida por el Fiscal, cual es que esa muestra de ADN de Jesús María viene a refrendar la versión que sostuvo el aquí enjuiciado Fidel en sede policial, en el sentido de que ambos, Jesús María y Fidel , junto con una tercera persona, formaban parte del comando del que a su vez era responsable Martín , y que fue este último quien les proporcionó los dos artefactos explosivos. Y ello porque, según recalca la sentencia recurrida, Fidel se desdijo de sus iniciales manifestaciones en sede policial en todas sus declaraciones posteriores, particularmente en las prestadas en instrucción y en la vista oral, es decir, en presencia judicial. De conformidad con el art. 297 LECrim , esas manifestaciones policiales de Fidel sólo pueden ser tenidas por material incorporado al atestado para encauzar la investigación policial, careciendo por ello de eficacia probatoria por sí mismas.

En este sentido se han pronunciado las SSTs núm. 1228/2009, de 6 de noviembre , y núm. 483/2011, de 30 de mayo , por referencia a las SSTC núm. 134/2010, de 2 de diciembre y 68/2010, de 18 de octubre , a cuyo tenor "la declaración autoinculpatoria en sede policial no es una prueba de confesión ni es diligencia sumarial". Especial atención merece la STS núm. 234/2012, de 16 de marzo , recaída en un procedimiento en el que también se enjuiciaba a Fidel y Martín , entre otros individuos, siendo allí condenados por su pertenencia a la organización terrorista ETA. Según recuerda con detalle esta sentencia, no es posible fundamentar un pronunciamiento condenatorio con exclusivo apoyo en una declaración policial en la que su emisor hubiere reconocido su participación en los hechos que se le atribuyen. Lo impide la naturaleza misma de esa declaración, que por el lugar en el que se presta, la ausencia de contradicción, la vigencia del derecho de asistencia letrada frente al genuino derecho de defensa y, en fin, la falta de presencia judicial, carece de idoneidad conceptual para su valoración como medio de prueba. Se ha dicho que sólo los actos procesales desarrollados ante un órgano judicial pueden generar verdaderos actos de prueba susceptibles, en su caso, de ser valorados conforme a las exigencias impuestas por el art. 741 LECrim . En consecuencia, toda sentencia que construya el juicio de autoría con el exclusivo apoyo de una declaración autoinculpatoria prestada en sede policial, se apartará no sólo del significado constitucional del derecho a la presunción de inocencia, sino del concepto mismo de «proceso jurisdiccional», trasmutando lo que son diligencias preprocesales -que preceden al inicio de la verdadera investigación jurisdiccional,- en genuinos actos de prueba.

También la STC núm. 68/2010, de 18 de octubre , despeja cualquier incógnita acerca del problema suscitado, esto es, la utilización como prueba de cargo de la declaración prestada en Comisaría y, por tanto, en ausencia de una contradicción e intermediación judicial efectivas. Se centra el Tribunal Constitucional en dicha sentencia en el análisis de la validez como prueba de cargo de la declaración inculpativa prestada en sede policial por la allí detenida, testimonio del que se retractó posteriormente como coimputada ante el Juez de instrucción, negándose a declarar en el acto del juicio. En aquel supuesto, la sentencia de instancia había considerado aplicable a tales declaraciones la doctrina relativa a las declaraciones sumariales, afirmándose que su lectura en el acto del juicio -ante la negativa a declarar de ambas procesadas- garantizaba la contradicción y que su contenido devenía corroborado por el testimonio de referencia de los agentes policiales que comparecieron al acto del juicio. Sin embargo, recuerda el Tribunal Constitucional que, como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el



procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC núm. 182/1989, de 3 de noviembre, F. 2 ; 195/2002, de 28 de octubre, F. 2 ; 206/2003, de 1 de diciembre, F. 2 ; 1/2006, de 16 de enero, F. 4 ; 345/2006, de 11 de diciembre, F. 3, y muy recientemente la STC del Pleno de 28/02/2013, especialmente F.F. 3, 4 y 5).

En nuestro caso, reconoce el Fiscal -y de ello da también cuenta la sentencia recurrida- que Fidel no mantuvo su versión policial en ninguna de sus declaraciones posteriores. De ello se sigue que lo manifestado primeramente, si bien pudo servir para abrir una línea de investigación, no por ello adquirió valor como prueba. Ni siquiera pueden jugar respecto de aquella declaración las prevenciones de las declaraciones inculpativas entre coimputados, pues en ningún momento sostuvo ante el Juez, ni en fase instructora ni en la de enjuiciamiento, lo dicho entonces. Por la misma razón, tampoco le son aplicables las reglas apuntadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre incorporación al proceso de declaraciones que hayan tenido lugar en fase de instrucción, actuación que entonces no lesiona los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH cuando existe una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos y garantías procesales, pues tampoco era el caso.

En suma, la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial. Sobre este aspecto ya se había pronunciado el Tribunal Constitucional en su STC núm. 31/1981, señalando que «*dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim*» (F. 4), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en «objeto» de prueba y no en «medio» de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC núm. 217/1989, de 21 de diciembre, F. 2; 303/1993, de 25 de octubre, F. 4; 79/1994, de 14 de marzo, F. 3; 22/2000, de 14 de febrero, F. 5; 188/2002, de 14 de octubre, F. 2). Ello no conduce a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que obran en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías u otros detalles que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental, garantizando de forma efectiva su contradicción [SSTC núm. 107/1983, de 29 de noviembre, F. 3; 303/1993, de 25 de octubre, F. 2 b); 173/1997, de 14 de octubre, F. 2 b); 33/2000, F. 5; 188/2002, F. 2].

Pero tal excepción, referida a supuestos susceptibles de configurarse como prueba preconstituida por referirse a datos objetivos e irrepetibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial. Así lo ratifica la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, mencionada más arriba, de 28/02/2013, razonando lo siguiente: << **3** . *Procederemos ahora a recoger los contenidos esenciales de nuestra doctrina en la materia, sintetizados por la STC 68/2010, de 18 de octubre. - A) Como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 182/1889, de 3 de noviembre, FJ 2 ; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2 ; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2 ; 1/2006, de 16 de enero, FJ 4 ; 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, o 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3). Es en el juicio oral donde se aseguran las garantías constitucionales de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad (entre otras muchas, STC 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6).- B) La regla que se viene de enunciar, sin embargo, no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria potencial a otras diligencias. En efecto, nuestra doctrina ha admitido que la regla general consiente determinadas excepciones, particularmente respecto de las declaraciones prestadas en fase sumarial cuando se cumplan una serie de presupuestos y requisitos que "hemos clasificado como: a) materiales -que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral-; b) subjetivos -la necesaria intervención del Juez de Instrucción-; c) objetivos -que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo-; d) formales -la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim., o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral" (STC 68/2010, FJ 5a, y los restantes pronunciamientos de este Tribunal allí igualmente citados).- C) Por el contrario, la posibilidad de otorgar la condición de prueba a declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las practicadas ante la policía. Se confirma con ello la doctrina de nuestra temprana STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 4, según la cual "dicha declaración, al formar parte del atestado, tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala*



el art. 297 de la LECrim .", por lo que, considerado en sí mismo, y como hemos dicho en la STC 68/2010 , FJ 5b, "el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, y los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios"....- **D**) El criterio descrito en la letra anterior no significa, no obstante, negar eficacia probatoria potencial a cualquier diligencia policial reflejada en el atestado, puesto que, si se introduce en el juicio oral con respecto " a la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria -publicidad, inmediación y contradicción-" ( SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10 y 187/2003, de 27 de septiembre , FJ 4), puede desplegar efectos probatorios, en contraste o concurrencia con otros elementos de prueba.- **4** . Las declaraciones obrantes en los atestados policiales, en conclusión, no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, y en directa relación con el caso que ahora nos ocupa, ni las autoincuratorias ni las heteroincuratorias prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba preconstituida. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria. Lo hemos dispuesto de ese modo, en relación con las declaraciones de coimputados y copartícipes en los hechos, por ejemplo, en las SSTC 51/1995, de 23 de febrero , 206/2003, de 1 de diciembre , o 68/2010, de 18 de octubre .- En suma, no puede confundirse la acreditación de la existencia de un acto (declaración ante la policía) con una veracidad y refrendo de sus contenidos que alcance carácter o condición de prueba por sí sola.- **5** . Según la consolidada doctrina de este Tribunal, la Constitución veda ex art. 24.2 que un Juez o Tribunal de lo penal sustente una condena en su propia apreciación de lo sucedido a partir de su valoración de testimonios a los que no ha asistido. El derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE ) exige que la valoración de un testimonio personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practique y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad.- Junto a la lesión de ese derecho, cuya declaración se impone cuando haya tenido una incidencia material en la condena se producirá también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia siempre que la eliminación de la prueba irregularmente valorada deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado >>.

Admitido que la autoincurpación o heteroincurpación en declaración policial no es por sí misma una confesión probatoria, es decir, un instrumento o medio de prueba procesal, ni una diligencia sumarial susceptible de adquirir esa condición, sino un hecho preprocesal que además sólo es valorable como tal si se desenvuelve dentro del marco jurídico que condiciona su validez jurídica, debe también admitirse que como hecho puede tener, cuando es válido, relevancia en la actividad probatoria procesal posterior en la medida que puede incluir datos y circunstancias cuya veracidad resulte comprobada por los verdaderos medios de prueba procesal, tales como inspecciones oculares, peritajes, autopsias, testimonios, etc... En tal caso la conjunción de los datos declarados policialmente con los datos probados procesalmente, puede permitir, en su caso, la deducción razonable de la participación admitida en la declaración autoincurpatoria policial, y no ratificada judicialmente. En ese supuesto la posible prueba de cargo no se encuentra en la declaración policial considerada como declaración, puesto que no es prueba de confesión. Se encuentra en el conjunto de datos fácticos -los mencionados en su declaración policial y acreditados por las pruebas procesales- que, como en la prueba indiciaria, permiten la inferencia razonable de la participación del sujeto, inicialmente reconocida ante la policía y luego negada en confesión judicial. La relevancia demostrativa de la declaración autoincurpatoria policial descansa, pues, en la aptitud significativa que tiene el hecho mismo de haber revelado y expresado datos objetivos luego acreditados por pruebas verdaderas.

**4.** Como refleja la Audiencia Nacional en el FJ. 1º de su sentencia, tanto en el caso de Fidel como en el de Martin , sus manifestaciones autoincurpatorias en sede policial quedaron circunscritas a reconocer, ambos, ser miembros del mismo comando o «talde», así como su participación en ciertas acciones delictivas. En ningún momento ha admitido Martin su participación en los hechos objeto de la presente causa, y sólo en sede policial apuntó Fidel , alias « Rana », que participó en el atentado de los Juzgados de Getxo en compañía de Jesús María . Incide el Tribunal en varias ocasiones a lo largo de la fundamentación de la sentencia en los déficits de los que, pese a la importancia de estos extremos, adolecen los posteriores interrogatorios a los que fueron sometidos los procesados en sus diferentes declaraciones sumariales.

Incide, igualmente, en que esa aislada manifestación de Fidel es todo lo que hay. El dato genético que, como elemento objetivo externo, interesa el Fiscal para completar el acervo probatorio no desvirtuaría las conclusiones absolutorias del Tribunal de instancia, en la medida en que dicho ADN en ningún modo sitúa a ninguno de los aquí procesados en la escena de los hechos, como tampoco en sus preliminares. Es decir, en ningún modo la evidencia genética aducida vendría a demostrar la efectiva participación de Fidel o de Martin en la colocación del artefacto explosivo, como tampoco en su previa preparación. Por ello mismo, la sola manifestación policial del primero, de la que se desdijo firmemente con posterioridad alegando que había





estado sometido a presión policial, no puede entenderse corroborada por la presencia de material genético de un tercero no enjuiciado en alguno de los restos de los artefactos explosivos obtenidos en la inspección ocular, pues ello supondría valorar una declaración policial autoinculpatória no valorable, de forma que en todo caso la prueba de cargo debería sustentarse con independencia de dicha autoinculpación, y lo que pretende el Ministerio Fiscal es tener en cuenta ésta como dato indiciario relevante junto con el resultado de la prueba genética, lo que no es posible. Es más, un estudio del contenido del recurso, que examina las manifestaciones de Fidel y los resultados de la pericia, únicamente permite concluir la supuesta conexión entre Fidel y Jesús María como supuestos miembros de un comando terrorista. Pero recordemos que no es esto lo que constituyó el objeto del proceso penal que aquí se ventila, sino la concreta participación de Fidel en la génesis del atentado con explosivos en las inmediaciones de los Juzgados de Getxo, y es evidente que nada de ello se desprende de dichos elementos de convicción. La conclusión, con o sin la prueba denegada, no puede ser otra que la que efectivamente obtuvo la Sala de instancia, cual es que no hay elementos bastantes de los que deducir tal participación directa, por lo que su decisión final no pudo ser otra que la que ya obtuvo, esto es, un pronunciamiento absolutorio.

Debemos insistir de nuevo en que, para que la denegación probatoria ostente relevancia constitucional, su ausencia ha de traducirse en una indefensión material «decisiva en términos de defensa», esto es, potencialmente trascendente en la resolución del pleito ( SSTS núm. 1017/2011, de 6 de octubre , y 827/2001, de 25 de octubre , por remisión a la STC núm. 121/2009, de 18 de mayo ). De no constatarse tal circunstancia, resultará evidente, sin necesidad de ulterior análisis, que no existió la lesión denunciada, pues el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión ( SSTC núm. 185/2007, de 10 de septiembre, F. 2 , ó 258/2007, de 18 de diciembre , F. 3; en similares términos, SSTC núm. 53/2006, de 27 de febrero, F. 4 ; 316/2006, de 15 de noviembre, F. 3.c , ó 152/2007, de 18 de junio , F. 2, entre otras muchas).

Hay en la deducción del Fiscal acerca de la relevancia de la pericial rechazada un salto inferencial con el que quebraría la necesaria interconexión de indicios, que exige ininterrupción para que la prueba indirecta pueda ser el soporte de una conclusión que enerve la presunción de inocencia (vid. STS núm. 60/2013, de 2 de febrero ). En este mismo sentido se expresa in extremis la Audiencia, dedicando a la prueba rechazada el último inciso del FJ. 8º. En él estima insuficiente el resultado del informe como base de una eventual condena sobre Fidel , pues *"no ubica sin más a éste en la participación que le atribuye el Ministerio Fiscal" (sic), subrayando acto seguido que el Fiscal "no volvió jamás sobre el mismo (argumento), limitándose a dicha afirmación a la que no acompaña relato alguno que pudiera contribuir a demostrar que lo conocía y yendo más allá, como base de su implicación en el mismo"*. Recordemos que la pertenencia a ETA de Fidel y de Martín , así como su efectiva integración en un comando terrorista, fueron objeto de diferente enjuiciamiento, examinado en la STS núm. 234/2012 .

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

**TERCERO.-** Ex artículo 901.1 LECrim . las costas del recurso deben ser declaradas de oficio.

### III. FALLO

Que debemos declarar **NO HABER LUGAR** al recurso de casación por quebrantamiento de forma dirigido por el **MINISTERIO FISCAL** frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Penal, Sección Cuarta, de la Audiencia Nacional en fecha 23/05/2012 , en causa seguida a los recurridos por presuntos delitos de atentado y estragos terroristas, declarando de oficio las costas del recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos oportunos, 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

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