



Roj: **STS 14/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:14**

Id Cendoj: **28079120012017100001**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/01/2017**

Nº de Recurso: **10365/2016**

Nº de Resolución: **984/2016**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

**SEGUNDA SENTENCIA**

**Sentencia N°:** 984/2016

**RECURSO CASACION (P) N°** : 10365/2016 P

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Estimatoria Parcial

**Procedencia:** Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta

**Fecha Sentencia** : 11/01/2017

**Ponente Excmo. Sr. D.** : Pablo Llarena Conde

**Secretaría de Sala** : Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

**Escrito por** : SOP

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:** Estimación. Ausencia de prueba bastante de integración en organización terrorista. Delito de participación de actividades de adoctrinamiento despegadas por organización terrorista. Artículo 575.1 del Código Penal, en su redacción dada por la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

**N°:** 10365 / 2016P

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Pablo Llarena Conde

Vista: 23/11/2016

**Secretaría de Sala:** Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

**SENTENCIA N°:** 984/2016

**Excmos. Sres.:**

**D. Manuel Marchena Gómez**

**D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

**D. Luciano Varela Castro**

**D. Pablo Llarena Conde**

**D. Carlos Granados Pérez**



En nombre del Rey

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

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Enero de dos mil diecisiete.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 10365/2016 interpuesto por Octavio Dario , representado por el Procurador D. Javier José Cuevas Rivas bajo la dirección letrada de Dña. Eukene Jauregi Lejona, contra la sentencia n.º 19/2016 dictada el 27 de abril de 2016 por la Sala de lo Penal, Sección Cuarta, de la Audiencia Nacional , en el Rollo Procedimiento Ordinario 3/2014, en el que se condenó a Octavio Dario como responsable, en concepto de autor, de un delito de pertenencia a organización terrorista previsto y penado en los artículos 571 y 572.2 del Código Penal , en su redacción actual, que se corresponde con el tipo el artículo 571.2 del Código Penal vigente en el momento de ocurrir los hechos, y se le absolvió de la comisión de los dos delitos de asesinato terrorista en grado de conspiración de los que venía siendo acusado.

Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Juzgado Central de Instrucción número 6 incoó el Sumario 6/2014 (antes Diligencias Previas 279/2010) por un delito de pertenencia a organización terrorista y dos delitos de conspiración para asesinar, contra Octavio Dario , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Sala de lo Penal, Sección Cuarta, de la Audiencia Nacional. Incoado por esa Sección el Rollo Procedimiento Ordinario 3/2014, con fecha 27 de abril de 2016 dictó sentencia nº 19/2016 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

« **PRIMERO.-** Ha quedado acreditado en autos que el acusado Octavio Dario , mayor de edad y sin antecedentes penales, es desde al menos 2008 hasta que fue detenido el 10 de junio de 2014, miembro integrante "legal" de la organización terrorista ETA (es decir, militante que realiza labores a favor de dicha banda armada o está a su disposición y cuya adscripción pasaba desapercibida para las fuerzas de seguridad), siendo conocido en la organización con los alias de " Pelosblancos ", " Topo ", " Chiquito " y " Ganso ".

*Con esas denominaciones, aparece en diversas agendas de dirigentes y miembros de comandos armados de ETA, en las que se establecían citas con él para realizar cursillos de adiestramiento e instruirle sobre distintos aspectos de la actividad terrorista.*

*Los datos sobre el contenido de tales agendas, sus usuarios y las concretas anotaciones alusivas al acusado, serán mencionados a continuación.*

**A)** El día 17 de noviembre de 2008, fue detenido en la localidad de Cauterets (Francia) Fernando Eusebio , alias " Zapatones ", quien en el momento de su detención ejercía las funciones de jefe del aparato militar de la organización terrorista ETA. Detención que se produjo en un hotel de dicha localidad, en una de cuyas habitaciones se encontraba en compañía de la también integrante de la banda terrorista Dolores Constanza .

*Con ocasión de los registros practicados por funcionarios policiales franceses, fueron incautadas diversas memorias informáticas y diversa documentación en soporte papel. Entre esta última, se le halló una agenda del año 2008 de la marca "Lecas", referenciada por las autoridades judiciales francesas como "Sello CH/005", la cual contenía anotaciones desde el día 18 de noviembre de 2008 hasta el día 30 de diciembre de 2008.*

*Entre las anotaciones correspondientes al domingo 23 de noviembre de 2008, aparece una con el siguiente texto: " Chiquito 11.20 Jimbe. mask : lesanu". Del estudio de ésta y de las demás anotaciones contenidas en dicha agenda, se deduce que " Chiquito " se trata del alias utilizado por algún individuo integrado en ETA, y el resto de los datos de la anotación hacía referencia codificada sobre la hora (11:20 horas) y el lugar para mantener una cita con la persona que se responsabilizaba de mantener contactos con dicho individuo. Por lo que " Chiquito " era un individuo integrado en la organización terrorista ETA, el cual tenía previsto una cita con Fernando Eusebio (alias " Zapatones "), a las 11:20 horas del domingo 23 de noviembre de 2008, en un lugar codificado y que no ha sido posible descifrar.*

*Cita de " Chiquito " con Fernando Eusebio que no se pudo materializar, porque este último fue detenido el día 17 de noviembre de 2008, seis días antes de la reunión programada, siendo sustituido " Zapatones " como jefe militar de ETA por Fernando Eusebio , alias " Chili ".*



**B)** El día 18 de abril de 2009 fue detenido, en la localidad francesa de Montauriol, Adrian Carmelo, alias "Chipiron", cuando se encontraba junto a los también miembros de ETA Lorenzo Heraclio y Apolonio Aquilino. "Chipiron" pertenecía al llamado aparato militar de ETA y se dedicaba al adiestramiento de nuevos militantes.

Entre la documentación intervenida por la Policía francesa en el momento de su detención, se incautó una agenda del año 2009, referenciada por las autoridades judiciales francesas como "Sello MAR/14", con diversas anotaciones manuscritas.

En la hoja correspondiente al sábado día 1 de agosto de 2009, figura una con el siguiente tenor literal: "Topo : 10:00", precedida de otra que dice: "Berria 13:35". Esta última hace referencia a la hora (13:35 horas) para mantener una cita con un individuo al cual su autor conoce como "nuevo" (que es la traducción de la lengua euskera de la palabra "berria"), en alusión a un individuo recientemente "captado" por la organización. En cambio, la otra anotación está relacionada con otra cita a las

10:00 horas del mismo sábado día 1 de agosto de 2009, con un individuo al que se le conoce como "Topo", del que nada se dice sobre que fuera nuevo en la organización.

Tampoco esta reunión pudo llegar a efectuarse, puesto que Adrian Carmelo, alias "Chipiron", fue detenido el día 18 de abril de 2009, cuatro meses antes de la cita anotada.

**C)** El 4 de julio de 2009 fueron detenidos, en la localidad francesa de Pau, los miembros de la organización terrorista ETA Estrella Ines, Patricio Pio y Paulino Landelino, a quienes se incautó numerosa documentación, tanto en soporte papel como en soporte informático. Dicha documentación la llevaban consigo, o bien que intervenida en el vehículo de la marca Volkswagen Passat, sustraído y con placas de matrículas falsas, que utilizaban para sus desplazamientos y tenían aparcado cerca del lugar de las detenciones. Los tres detenidos ejercían, entre otras, labores de inventariado y control de los "zulos" de armas y explosivos dependientes de la estructura "ESA" del aparato militar de ETA.

Tras los registros realizados, los funcionarios policiales franceses incautaron varios ordenadores personales, una gran cantidad de soportes informáticos, así como diversas agendas y libretas con anotaciones. Entre dichas agendas, destacan las dos siguientes, encontradas en uno de los bolsillos centrales de un bolso de mujer intervenido en la detención:

**a)** Agenda del año 2009 de la marca "Quo Vadis", la cual se encuentra referenciada por las autoridades judiciales francesas como "Sello VW/73". La agenda se compone de 27 páginas, figurando inicialmente un calendario con una serie de anotaciones y seguidamente la agenda propiamente dicha. En la parte final de la misma aparecen varias anotaciones sueltas, algunas de ellas referentes a detalles de contabilidad, "zulos" y otras a modo de recordatorio.

Entre las anotaciones de la hoja correspondiente al sábado 1 de agosto de 2009, que se encuentran parcialmente codificadas, figura una con el siguiente texto: "KbinCxastres Al-A2 Ganso ik!". Ik es la abreviatura de "ikastaro", cuya traducción de la lengua euskera es la de "cursillo". En cuanto a "Ganso", hace referencia a una persona a la que se le conoce con ese apodo, y a quien iba dirigido ese cursillo. Respecto a la anotación "KbinCxastres", alude a la localidad francesa de Castres, apareciendo una especie de x por encima de la C. Las menciones "Al-A2" están relacionadas con la palabra "Abuztua", que significa en euskera "agosto". Y los números se corresponden con los días 1 y 2 del mes de agosto de 2009.

Por lo que la anotación: "KbinCxastres Al-A2 Ganso ik!", se refiere a la realización de un cursillo durante los días 1 y 2 de agosto para una persona a la cual la organización terrorista ETA conoce con la siglas "Ganso".

**b)** Agenda del año 2009 de la marca "Rhodia", la cual se encuentra referenciada por las autoridades judiciales francesas como "Sello VW/67". Esta agenda tiene 17 páginas y en ella constan diversas anotaciones sobre gastos realizados, detalles sobre "zulos" y anotaciones a modo de recordatorio de citas. En su página 6 figuran varias anotaciones relacionadas con siglas de varias estructuras de ETA y apodos orgánicos de varios de sus militantes.

Una de tales anotaciones es "Gallina ik Al". Hace referencia al apodo orgánico de una persona: "Gallina", cuya traducción de la lengua euskera es "jabali". "Ik" alude a la abreviatura de "ikastaro", cuya traducción de la lengua euskera ya hemos dicho que es la de "cursillo". La letra "A" hace referencia a la palabra "abuztua", cuyo significado en euskera también hemos indicado que es "agosto", y el número "1", se trata del día del mes. Por lo que la fecha del cursillo para una persona a la cual la organización terrorista ETA conoce con la sigla "Gallina" es la del 1 de agosto de 2009.

Del análisis del contenido de las anotaciones recogidas en las cuatro agendas mencionadas se ha podido constatar que las alusiones a "Gallina", "Ganso", "Topo" y "Chiquito" en ellas recogidas, hacen referencia



a la misma persona, que se corresponde con un miembro "legal" de ETA, al que la organización terrorista presta especial interés, ya que aparece en las anotaciones en solitario y en agendas de significados miembros de ETA, a efectos de quedar con él para instruirle sobre las tácticas que ETA imparte a sus militantes.

Dicho miembro de ETA conocido como " Gallina ", " Ganso ", " Topo " y " Chiquito " es el acusado Octavio Dario , como pudo comprobarse con el resultado de las tareas de vigilancia y seguimiento que desarrollaron funcionarios policiales franceses y españoles en la localidad francesa de Castres el anotado día 1 de agosto de 2009 y con posterioridad a dicha fecha, como especificamos en el siguiente apartado.

**SEGUNDO.-** Para comprobar la realidad del encuentro programado por ETA en la ciudad francesa de Castres con el conocido como " Gallina " y " Ganso ", según se recoge en las dos agendas de las marcas "Quo Vadis" y "Rhodia" intervenidas el 4 de julio de 2009 a los miembros de la organización terrorista ETA Estrella Ines , Patricio Pio y Paulino Landelino , la Jefatura de Información de la Guardia Civil, de manera conjunta con los Servicios de Información homólogos de la Policía Nacional francesa, decidieron establecer un dispositivo de vigilancia y control operativo sobre aquella ciudad francesa (situada a unos 400 kilómetros de la frontera con España por Irún-Hendaya) el sábado día 1 de agosto de 2009, aludido en dichas agendas.

Por ello, a primera hora del referido día se instaló un "dispositivo de vigilancia sobre distintas zonas del centro de la localidad francesa de Castres, detectándose sobre las 9:00 horas la llegada de un vehículo Peugeot 307 de color gris con placas de matrícula españolas .... HLV , el cual circulaba conducido por un individuo, único ocupante del vehículo, que estacionó en la Place L'Albinque de la ciudad. Seguidamente, dicho conductor se bajó del vehículo y caminó hasta las inmediaciones de la Oficina de Turismo de Castres, donde entró. Consultada la base de datos de la Dirección General de Tráfico (DGT) sobre la titularidad del vehículo, se correspondía con el acusado Octavio Dario , con D.N.I. n° NUM002 , nacido el NUM003 de 1965 y con domicilio en la CALLE001 n° NUM004 - NUM005 NUM006 de la localidad de Galdácano (Vizcaya), el cual resultó coincidir con la persona que en aquellos momentos hacía uso del vehículo, según se dedujo del cotejo fotográfico realizado con los datos existentes en las bases del Documento Nacional de Identidad.

Sobre las 10:00 horas, el acusado Octavio Dario salió de la Oficina de Turismo de Castres, y se unió a un individuo desconocido que se encontraba en el exterior, sin mediar señuelo ni código alguno de identificación entre ambos, lo que denota que ya se conocían, quienes se marcharon juntos del lugar. En aquel momento no se consiguió identificar a dicho individuo.

Los dos caminaron juntos por distintas calles de la localidad de Castres, hasta llegar a la Place L'Albinque, donde se encontraba estacionado el vehículo del acusado Peugeot 307 con matrícula .... HLV . Ambos se montaron en el citado vehículo, que circuló por diferentes calles del centro de la localidad, realizando distintos cambios de sentido, hasta que estacionó en la Rue Roucayrol. Entonces, los dos se bajaron del turismo y comenzaron a caminar adoptando determinadas medidas de seguridad, como cambios de sentido de manera repentina y paradas inesperadas en la calle para observar a las personas que transitaban a su alrededor y comprobar si les infundían sospechas. Por estas circunstancias, los efectivos policiales desplazados decidieron disminuir el control directo de los vigilados y establecer un perímetro más amplio de inseguridad, para evitar ser descubiertos, llegándose a perder el control sobre los dos citados individuos.

Como quiera que el vehículo Peugeot 307 con matrícula .... HLV seguía aparcado en el mismo lugar en que fue dejado, es decir, en la Rue Roucayrol de la ciudad de Castres, el dispositivo de vigilancia y control operativo permaneció desplegado en el lugar durante todo el día y toda la noche, a fin de volver a tomar contacto con los dos individuos objetos de observación.

Dicha reanudación del contacto se produjo en la mañana del día siguiente, domingo día 2 de agosto de 2009, sobre las 12:25 horas, y sólo respecto al acusado **Octavio Dario** , quien se acercó caminando a su vehículo Peugeot 307 de color gris y con matrícula .... HLV , se montó en él y abandonó la ciudad de Castres, dirigiéndose hasta la frontera entre Francia y España, la cual rebasó por el paso fronterizo de Irún/Hendaya, para continuar circulando hasta la localidad de Galdácano (Vizcaya), donde sobre las 18:15 horas estacionó en las inmediaciones de su domicilio.

Acerca de la identidad del individuo con el que contactó, acompañó y estuvo instruyéndose el acusado en su viaje a Francia del 1 y 2 de agosto de 2009, pudo averiguarse dos meses después, con motivo de la detención, el día 11 de octubre de 2009 en la localidad francesa de Rivieres, en una operación conjunta de la Policía Nacional francesa y de la Guardia Civil española, de los miembros de la organización terrorista ETA Calixto Fausto y Eduardo Hilario . Ambos estaban descargando un "zulo", en cuyo interior se halló material explosivo (pentrita), temporizadores, cordón detonante y cuatro armas cortas, además de otro diverso material. Precisamente después de efectuar los cotejos dactilares y fotográficos de los dos detenidos, que confirmaron su verdadera identidad, a Eduardo Hilario se le reconoció, sin lugar a dudas, como el individuo que el día 1 de agosto de 2009 mantuvo el descrito encuentro con el acusado en Castres, del que en su momento se realizó un reportaje fotográfico, antes de poder





escabullirse de la vigilancia policial y dirigirse al lugar desconocido donde se instruyó y adiestró al acusado durante aquellos dos días de primeros de agosto.

Las anteriores no fueron las únicas citas orgánicas que se ha constatado que tenía concertadas el acusado **Octavio Dario** con algún miembro de la organización terrorista ETA.

El nombrado acusado, después de la cita y estancia de los dos primeros días de agosto de 2009 en Castres (Francia), mantuvo una actividad normal, aunque en ocasiones se le observó cómo en momentos puntuales adoptaba medidas de seguridad, tanto en sus desplazamientos a pie como cuando hacía uso de su vehículo.

Pero el domingo 2 de mayo de 2010 se le observó una acción distinta a sus pautas de comportamiento habituales. Dicho día, a primera hora de la mañana, salió de su domicilio en Galdácano y se dirigió solo, en su vehículo particular Peugeot 307 de color gris con matrícula .... HLV , a la localidad vizcaína de Zollo. Sobre las 8:30 horas estacionó su vehículo en la mencionada localidad, se apeó del coche e inició la ascensión hacia la cima del monte Ganekogorta por su cara sur. Unos minutos más tarde accedió a la cumbre del monte Ganekogorta y se resguardó en un lateral. A las 11:00 horas se acercó al punto geodésico donde se encuentra situada la mesa de orientación y colocó una naranja sobre la mesa, a modo de contraseña o señuelo de su presencia, dirigida a la persona desconocida de la organización terrorista ETA con la que debía entrevistarse, mientras se comía una manzana, manteniéndose en actitud de espera durante un cuarto de hora aproximadamente. Pasados esos quince minutos y sin haber tenido contacto con persona alguna, al resultar fallida la cita, el acusado inició el descenso a través de la ladera sur del monte Ganekogorta. Llegó al lugar donde se encontraba estacionado su vehículo y con él regresó a su domicilio en la localidad de Galdácano.

**TERCERO.** - En cambio, no ha quedado acreditado que fuera el acusado **Octavio Dario** quien, siguiendo los mandatos de ETA y con un fusil con mira telescópica que le sería facilitado, estuviera preparando una acción contra la vida del Lehendakari Constancio German y del Consejero de Interior Landelino Bernabe , aprovechando la realización del acto de homenaje que, en el bilbaíno Barrio de La Peña, se iba a celebrar en el primer aniversario de la muerte violenta con bomba "Iapa" del funcionario del Cuerpo Nacional de Policía Heraclio Manuel , acaecida el 19 de junio de 2009.

Como tampoco ha quedado acreditado que fuera el acusado **Octavio Dario** la persona que debía de reunirse con los miembros de ETA Cornelio Ignacio y Matilde Macarena en la cima del monte Ganekogorta en los dos primeros domingos de marzo de 2010 para planificar dicha acción terrorista.

A este respecto, consta en autos que en la madrugada del día 1 de marzo de 2011, la Guardia Civil procedió a la desarticulación del comando legal de ETA denominado "Otazua", con la detención en Bilbao (Vizcaya) de Cornelio Ignacio (alias " Bucanero "), Matilde Macarena (alias " Tiburon ") y Elvira Isabel , y en Galdácano (Vizcaya) de Torcuato Tomas (alias " Largo "). Llevaban operativos desde 2006, y desde entonces hasta su detención realizaron muchas acciones terroristas -algunas de ellas ya juzgadas y sentenciadas- y estaban a las órdenes de los últimos dirigentes del aparato militar de ETA Fernando Eusebio (alias " Zapatones ") y Eutimio Belarmino (alias " Chili "). Se les incautaron diversas armas y material explosivo.

Por lo que se refiere a Cornelio Ignacio , en su segunda declaración como detenido, prestada ante la Guardia Civil a presencia de Letrado de oficio en la noche del 4 de marzo de 2011, y luego en su declaración como imputado ante el Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 3, manifestó que en una de las citas que tuvo con " Chili ", éste le comentó la posibilidad de perpetrar una acción violenta contra el Lehendakari Constancio German y el Consejero de Interior del Gobierno Vasco Landelino Bernabe , en el barrio de La Peña, coincidiendo con el aniversario de la muerte del Policía Heraclio Manuel , mediante un fusil con mira telescópica, para lo cual les facilitó una cita en el monte Ganekogorta con la persona que supuestamente iba a efectuar los disparos, que era cazador y participante en concursos de tiro; a dicha cita acudieron el declarante, su novia Matilde Macarena y Torcuato Tomas , accediendo a la cima del monte solamente " Largo " ( Torcuato Tomas ), permaneciendo el dicente y Matilde Macarena en una zona más baja situada en el monte Pagasarri; al desconocer los tres la identidad de la persona elegida para realizar el disparo, se acordó que ésta debía acudir con una vestimenta determinada, pero finalmente no acudió a la cita.

Por lo que se refiere a Matilde Macarena , en su segunda declaración como detenida ante la Guardia Civil, a presencia de Letrado de oficio, manifestó en la madrugada del 5 de marzo de 2011 (aunque luego no lo ratificó en su declaración como imputada ante el Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 3), que en una cita con " Chili " en un hotel de París, en la que durante dos noches les impartió un cursillo de informática, el dirigente de ETA les dijo que la furgoneta interceptada en Portugal (en realidad fue intervenida el 9 de enero de 2010 en la cercana localidad zamorana de Bermillo de Sayago) era la destinada a volar las Torres KIO de Madrid, dándoles además dos tarjetas de memoria, conteniendo una de ellas el programa LINUX y la segunda con dos citas que debían mantener; la primera de ellas era con un señor de unos 45 años, bajito, gordo y con cabeza grande, el cual había sido en el servicio militar tirador selecto, teniendo por objetivo la reunión el comentarle



que con ocasión del homenaje al Policía fallecido en La Peña, efectuase un disparo sobre una personalidad que acudiese al acto, concretamente contra el Lehendakari Constancio German ; el día de esta primera cita era el primer domingo de marzo (día 7 de marzo de 2010), en el monte Ganekogorta, a donde debían acudir con gorro rojo y una pieza de fruta en la mano, sentándose en la cima del monte; a dicho lugar subió Torcuato Tomas , mientras que Cornelio Ignacio y ella permanecían abajo realizando contravigilancias; la cita estaba programada para las 11:00 horas, pero al no aparecer el hombre con el que debían mantener contacto a las 11:15 horas, Torcuato Tomas se marchó del lugar, volviendo de nuevo al mismo una hora después, a las 12:00 horas; como a ese segundo contacto tampoco acudió la otra parte, Torcuato Tomas comenzó el descenso, reuniéndose con la dicente y su pareja cerca del refugio en el inicio de la subida al Ganekogorta, y desde allí bajaron el monte, regresando cada uno a su domicilio. Termina Matilde Macarena manifestando que la segunda cita que debían mantener con este hombre desconocido era el domingo siguiente (14 de marzo de 2010), pero en ese intervalo recibieron una nota de la organización terrorista en la que se les indicaba que debían parar su actividad, motivo por el cual no acudieron a la cita.

Y tampoco ha quedado probado que el acusado **Octavio Dario** sea un tirador selecto, ni que haya participado en concursos de tiro, ni que tuviera cita con los miembros del comando "Otazua" de ETA los días 7 y 14 de marzo de 2010 en la cima del vizcaíno monte Ganekogorta. ».

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento.

« **FALLAMOS**

Que **condenamos a Octavio Dario** , como responsable en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un **DELITO DE PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN TERRORISTA**, a las penas de **SIETE AÑOS DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA TODO OFICIO O CARGO PÚBLICO POR TIEMPO DE SIETE AÑOS e INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR TIEMPO DE TRECE AÑOS**, con expresa imposición de la mitad de las costas procesales generadas.

Que, en cambio, **lo absolvemos** de la comisión de los **DOS DELITOS DE ASESINATO TERRORISTA EN GRADO DE CONSPIRACIÓN** de los que venía siendo acusado, con declaración de oficio de la mitad de las costas devengadas.

Para el cumplimiento de las penas impuestas, se abona al acusado todo el tiempo que ha estado privado de libertad preventivamente en esta causa, que figura en el encabezamiento de esta resolución.

A los efectos previstos en el artículo 861 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se prorroga hasta la mitad de la pena impuesta la prisión provisional que afecta al acusado, que sigue figurando como preso preventivo en este procedimiento.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser anunciado en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación. ».

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Octavio Dario , anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley del n.º 1 del art. 849 de la LECrim . y por infracción de precepto constitucional del art. 5º.4 de la LOPJ , recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** El recurso formalizado por Octavio Dario , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo de lo establecido en el art. 852 de la LECrim ., así como en el art. 5,4º de la LOPJ , por entender que ha sido vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE ., al haber condenado la sentencia de instancia al Sr. Octavio Dario como autor de un delito de integración en organización terrorista del artículo 571.2 del Código Penal (artículos 571 y 572 del texto vigente en la actualidad), sin que exista prueba apta para enervar el derecho a la presunción de inocencia que asiste al Sr. Octavio Dario .

Segundo.- Al amparo de lo establecido en el art. 852 de la LECrim ., así como en el art. 5,4º de la LOPJ , por entender que ha sido vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE ., al haber condenado la sentencia de instancia al Sr. Octavio Dario como autor de un delito de integración en organización terrorista del artículo 571.2 del Código Penal (artículos 571 y 572 del texto vigente en la actualidad), sin que concurran en el mismo los presupuestos exigidos para la comisión de dicho delito.



Tercero.- Al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 de la LECrim ., por infracción de ley, por entender que no se ha aplicado de forma indebida un precepto de carácter sustantivo, concretamente el artículo 579.BIS.4 del Código Penal .

Cuarto.- Al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 de la LECrim ., por infracción de ley, por entender que se ha producido una aplicación contraria a Derecho del artículo 66.1.6, en relación al artículo 571.2 y 576 del Código Penal .

**QUINTO.-** Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 12 de julio de 2016, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la vista prevenida el día 23 de noviembre de 2016. Al acto compareció la letrado Dña. Eukene Jauregi Lejona en la defensa del recurrente Octavio Dario , así como el Ministerio Fiscal. Con fecha 23 de noviembre de 2016 se anticipó a la Sala de lo Penal, Sección Cuarta, de la Audiencia Nacional lo acordado en la deliberación de la Sala.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en su Rollo de Procedimiento Ordinario 3/2014, procedente del Procedimiento Ordinario 6/2014 de los del Juzgado de Instrucción Central nº 6, el 27 de abril de 2016 dictó Sentencia en la que condenó a Octavio Dario como autor responsable de un delito de pertenencia a organización terrorista, imponiéndole las penas de 7 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 13 años y absolviéndole del delito de asesinato terrorista en grado de conspiración.

En sus motivos primero y segundo, ambos interpuestos al amparo de lo establecido en el art. 852 de la LECRIM , así como del art. 5.4 de la LOPJ , el recurrente sostiene que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE , por entender que ha sido condenado como autor de un delito de integración en organización terrorista del artículo 571.2 del código penal (artículos 571 y 572 del texto vigente en la actualidad), sin que exista prueba apta para ello y sin que se acredite tampoco la concurrencia de los elementos de permanencia y disponibilidad exigidos para la realización del tipo penal aplicado.

1. Una correcta expresión de los motivos del recurso y la mejor comprensión de esta resolución, invitan a adelantar los elementos fundamentales de los que la sentencia de instancia extrae el sustrato fáctico que presta soporte al pronunciamiento de culpabilidad que se combate. La sentencia de instancia concluye que el acusado Octavio Dario fue -al menos desde el año 2008 hasta su detención el 10 de junio de 2014- miembro integrante de ETA, entendiendo que era un colaborador de los que reciben la denominación de " *miembro legal* ", esto es, de aquellos que realizan labores a favor de la banda terrorista y que están a su disposición, si bien encubriendo su colaboración con la llevanza de una actividad personal y laboral aparentemente legales u ordinarias. Declara además la Sentencia que el acusado era conocido en la organización con los alias de " Pelosblancos ", " Topo ", " Chiquito " y " Ganso " .

El convencimiento de la Sala se hace descansar en una serie de indicios, sobre los que construye su juicio de inferencia. De entre ellos destaca, en primer lugar, determinadas anotaciones que se encontraron en cuatro agendas ocupadas a diferentes integrantes de ETA y que la sentencia sostiene que hacen referencia al acusado. La primera de estas anotaciones apareció en una agenda que se ocupó el 17 de noviembre de 2008 al que era entonces el *jefe del aparato militar* de ETA, Fernando Eusebio (alias Zapatonos ), que en su hoja correspondiente al día 23 de noviembre de 2008 recogía: " **Chiquito 11.20 Jimbe. Wask : lesanu** ", interpretado por la Sala de instancia como una anotación encriptada que hace referencia a una cita con Chiquito (esto es, Gallina o el alias del recurrente), a las 11.20 del mentado día.

La segunda anotación apareció en una agenda intervenida el 18 de abril de 2009, con ocasión de la detención de los integrantes de ETA Jon Teodosio (alias Chipiron y encargado de adiestramiento de ETA), Lorenzo Heraclio y Apolonio Aquilino , en cuya página correspondiente al 1 de agosto recoge " **Topo : 10:00** ", que nuevamente se interpreta como la anotación encriptada de una reunión con Topo (esto es, Gallina o el alias del recurrente).

Las dos últimas anotaciones se encontraron en sendas agendas incautadas con ocasión de la detención de Estrella Ines , Patricio Pio y Paulino Landelino , encargados de funciones de control de zulos de armas y explosivos. En una de ellas, en la hoja correspondiente al

1 de agosto de 2009, aparece la anotación " **KbinCxastres A1-A2 Ganso ik!** ", que se interpreta por el órgano de enjuiciamiento como " *Cursillo de Basurde en Castres los días 1 y 2 de Agosto* ", habida cuenta que Ganso haría referencia al alias del acusado ( Gallina o Limpiabotas en vasco ) ; A1 y A2 significarían *Abuztua* ( agosto en eusquera ) y los días de ese mes que resultan afectados; " *ik* " significaría *ikastaro* ( cursillo en eusquera ) y la



primera palabra haría referencia a la localidad francesa de Castres. En la segunda de las agendas intervenidas a estos detenidos -también del año 2009- aparecía la inscripción autónoma " **Gallina ik? A1** ", que haría referencia a un cursillo a Gallina programado para el día 1 de agosto.

Junto a estas anotaciones -y a la significación que se les atribuye, en consideración a la prueba pericial practicada-, el Tribunal añade como elementos esenciales que conducen a la inferencia de que el acusado era miembro integrante de ETA, los siguientes:

- a. El acusado, con ocasión de la detención con la que arranca este procedimiento, ha sostenido haber sido sometido a torturas, sin que existan datos objetivos que presten soporte a su versión, sino que precisamente sugieren la ausencia de cualquier tipo de maltrato o lesión.
- b. Mediante el correspondiente seguimiento policial, el 1 de agosto de 2009 se detectó que el acusado se personó en la localidad francesa de Castres, donde se encontró -sin precisar para ello de ningún tipo de contraseña o señuelo- con un integrante de la organización terrorista que resultó ser Eduardo Hilario (quien fue posteriormente detenido el 11 de octubre de 2009 en la localidad francesa de Rivières, descargando un depósito de explosivos). Y por más que se ignore cual fue su actividad en esa localidad por haber logrado esquivar la vigilancia policial, es lo cierto que estuvo allí los días 1 y 2 de agosto, dado que los agentes policiales actuantes sometieron a observación el vehículo en el que viajó y el acusado no volvió a recogerlo hasta el día siguiente.
- c. Para la Sala no resulta creíble la explicación que sobre este encuentro, ofrecieron en el acto del plenario el recurrente y Eduardo Hilario, quienes sustentaron que la entrevista vino motivada por el interés del acusado en trasladar a la organización terrorista ETA, de manera personal y directa, que rechazaba el ofrecimiento que había recibido para colaborar con ellos, y
- d. Que tampoco resulta creíble para la Sala la versión ofrecida por el acusado respecto de sus movimientos en la mañana del domingo 2 de mayo de 2010. En esa mañana el recurrente fue objeto de un seguimiento policial que recogió cómo salió de su domicilio a primera hora de la mañana, condujo hasta la localidad de Zollo donde estacionó sobre las 8.30 horas, y comenzó después una ascensión a pie hasta la cima del monte Ganekogorta. El seguimiento muestra que se resguardó en un lateral al llegar a la cumbre, si bien, a las 11.00 horas se acercó al punto geodésico donde se encuentra situada la mesa de orientación, colocó una naranja sobre la mesa -indica la sentencia que como señuelo para contactar con alguna otra persona de ETA que debía dirigirse allí- y comió una manzana, manteniéndose en actitud de espera durante un cuarto de hora aproximadamente, tras lo que inició el descenso. Considera la Sala que su presencia allí respondía a su voluntad de contactar con alguna persona vinculada con ETA y que se fue por resultar fallida la cita, sin que entienda admisible la versión del recurrente de que subió al monte para ver el " *cinturón de hierro de Bilbao* " y que se marchó cuando fue consciente de que no levantaba la niebla que ocultaba las vistas.

Frente a esta consideración, el recurso sostiene que los indicios recogidos se muestran insuficientes para extraer la conclusión en la que se asienta la condena, en el sentido de que no reflejan la vinculación del acusado con la organización terrorista ETA y menos aún evidencian que fuera una persona que estuviera a disposición de la organización terrorista de manera permanente. Entiende el recurso que la prueba practicada no permite concluir que la indicación " *ik* ", obrante en las anotaciones de las agendas intervenidas, haga referencia al termino vascuence *ikastaro* o cursillo, como tampoco existe prueba de que los demás términos anotados se refieran a la localidad de Castres o a las fechas del 1 y 2 de agosto. Añade que tampoco se acredita que los términos " *Ganso* ", " *Topo* " o " *Chiquito* ", sean equivalentes entre ellos o que todos ellos signifiquen " *Gallina* ". La debilidad de la inferencia la proyecta también sobre la conclusión de que el término " *Gallina* " haga referencia a una persona y no a cualquier otro concepto, como un zulo, un lugar o cualquier otra posibilidad diferente a que sea un alias, añadiendo que aún en la eventualidad de que fuera un término identificativo de un individuo, no hay ninguna prueba de que designe al acusado y no a cualquier otro sujeto, especulando que Gallina podría ser el propio Eduardo Hilario, quien se encontró con el acusado en el mismo momento y lugar al que -según la sentencia- se referían las anotaciones aparecidas en las agenda. Desarrolla también el recurso que la ascensión del acusado al monte Ganekogorta puede ser base de sospecha, pero que no constituye un indicio de pertenecer a ETA y -finalmente- reprocha que la sentencia no haya evaluado determinados datos que -a su juicio- operan como contraelementos de la conclusión extraída por el Tribunal, cuales son concretamente que: 1) El acusado tuvo intervenidas sus comunicaciones telefónicas durante un año, sin que se apreciara ningún indicio de que pudiera estar vinculado con la organización terrorista; 2) Estuvo sujeto a seguimiento policial durante seis años y los únicos movimientos que suscitan sospecha fueron su viaje a Castres y la ascensión al monte Ganekogorta; 3) Se realizó un registro de su casa, de su lugar de trabajo y del caserío familiar tras su detención y no se encontró tampoco ninguna sugerencia de esta vinculación y 4) Que se informó al Juez instructor de que en las investigaciones policiales que se han realizado sobre los lugares de adiestramiento de terroristas de ETA, nunca ha aparecido el ADN del recurrente.





2. Como se ha explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala (SSTS 1126/2006, de 15.12 ; 742/2007, de 26.9 o 52/2008, de 5.2 ), "cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio". Una verificación que alcanza a que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica responda al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso fundamental de su raciocinio ( STS 1125/01, de 12.7 ) y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena.

Del mismo modo, debe recordarse también que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la de esta Sala, han reconocido la validez de la prueba indiciaria para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (ver, entre las más recientes, la SSTS 500/2015, de 24 de julio y 797/2015, de 24 de noviembre , así como las SSTC 133/2014, de 22 de julio y 146/2014, de 22 de septiembre ). A falta de prueba directa de cargo, la prueba indiciaria también puede sustentar un pronunciamiento condenatorio siempre que se cumplan determinados requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y d) este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común.

Es cierto, como se indica en el recurso, que controlar la racionalidad de la valoración probatoria del Tribunal de instancia, no sólo entraña hacerlo desde la solidez o cohesión lógica entre el hecho base y el acontecimiento deducido, sino desde su calidad concluyente, no siendo razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa ( STS 500/2015, de 24 de julio ). En todo caso, la doctrina constitucional refleja que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia " *cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada* " ( STC 229/2003, de 18 de diciembre FJ 4 y 23), debiendo rechazarse las conclusiones que se obtengan a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional, advirtiendo el Tribunal Constitucional (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio , FJ 22) que, " *cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado...* ".

3. Es evidente que por frecuentes que sean las falsas denuncias de tortura en procedimientos de esta naturaleza, su aparición es tan inespecífica respecto a la realidad o falsedad del hecho investigado, como lo pueda ser en procesos por cualquier otro delito. Así pues, entrando a evaluar la valoración probatoria desde el primero de los elementos de inferencia cuestionados en el recurso, esto es, las anotaciones obrantes en las diferentes agendas intervenidas policialmente a diversos miembros de ETA, debe destacarse que la conclusión que extrae el Tribunal de instancia sobre el significado de las anotaciones, deriva del sentido que a las palabras que integran cada inscripción dieron los testigos-peritos de la Jefatura del Servicio de Información de la Guardia Civil, tanto en el acto del juicio oral, como en su informe de soporte obrante a los folios 729 Bis a 973.

Respecto del informe pericial de inteligencia, esta Sala ha declarado (SSTS 2084/2001, de 13-12 ; 786/2003, de 29 de mayo o 352/2009, de 31-3 ) que la prueba pericial de " *inteligencia policial* " -cuya utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente-, está reconocida en nuestro sistema penal pues, en definitiva, no es más que una variante de la pericial a que se refieren tanto los arts. 456 LECRIM , como el 335 LECv, cuya finalidad no es otra que la de suministrar al Juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos para fijar una realidad no constatable directamente por el Juez y que, obviamente, no es vinculante para él, sino que como el resto de probanzas, quedan sometidas a la valoración crítica, debidamente fundada en los términos del art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ( STS 970/1998, de 17 de julio ). Dicho de otro modo, es una prueba personal, pues el medio de prueba se integra por la opinión o dictamen de una persona y, al mismo tiempo, una prueba indirecta, en cuanto proporciona conocimientos técnicos para valorar los hechos controvertidos y no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos.

En todo caso, son actuaciones que auxilian claramente al Tribunal, permitiéndole conocer y evaluar modos de comportamiento delictivo - generales o concretos- que pueden estar llevándose a término y que precisan no sólo saber de la existencia de determinadas morfologías delictuales, sino -desde el estudio de la



criminalística y desde la experiencia extraída con otras actuaciones diversas- de la forma de organización que requiere llevarlas a término o que suele acompañarles en la mayor parte de los supuestos, de sus objetivos, de su metodología operativa o, incluso, sobre los puntos de conexión que los hechos investigados pueden tener con otros delitos ya cometidos y sometidos a investigación policial, así como de cualquier otro elemento que pueda entenderse necesario para la mejor comprensión o esclarecimiento de un comportamiento criminal, siempre que su extracción venga facilitada por una actuación policial, dedicada, continua y especializada.

Hemos dicho también ( STS 783/07, de 1-10 ) que este tipo de prueba, se caracteriza por las siguientes notas:

1º) Se trata de una prueba singular que se utiliza en algunos procesos complejos, en donde son necesarios especiales conocimientos, que no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales más convencionales.

2º) En consecuencia, no responden a un patrón diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no obstante lo cual, nada impide su utilización en el proceso penal cuando se precisan esos conocimientos, como así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia reiterada de esta Sala.

3º) Aunque se trate de una prueba que participa de la naturaleza de pericial y testifical, es, desde luego, más próxima a la pericial, pues los autores del mismo, aportan conocimientos propios y especializados para la valoración de determinados documentos o estrategias y

4º) En todo caso, la valoración de tales informes es libre, de modo que el Tribunal de instancia puede analizarlos racional y libremente, sin que por ello puedan ser considerados como documentos a efectos casacionales.

De este modo, los servicios policiales de investigación antiterrorista sugieren que la anotación de la agenda que tenía por contenido "**KbinCxastres A1-A2 Bsd ik!**" (y en conexión con ella, la que hacía referencia a "**Gallina ik? A1**"), englobaba una indicación de *lugar*, *fecha*, *persona* y *objeto*. Evidentemente se trata de un posicionamiento analítico y especulativo, como lo es también la atribución del concreto significado a estas variables en el sentido de considerar que *KbinCxastres* hacía referencia a la localidad francesa de Castres, que *A1-A2* tenía significación de los días 1 y 2 de agosto y que *Ganso* son las consonantes concentradas de *Gallina* ( *Limpiabotas*, en vasco) e *ik* las de *ikastaro* o cursillo (en vasco). No obstante, la sentencia de instancia destaca la lectura razonable que hicieron los testigos-peritos de esa anotación.

Debe destacarse además que la sospecha policial se sometió a su empírica confirmación, desplegándose para ello un posterior operativo policial que sometió a vigilancia la localidad de Castres, los días 1 y 2 de agosto de 2009. Considerando que el acusado lo ha reconocido y que en el mismo sentido se manifestaron Eduardo Hilario y los funcionarios encargados del seguimiento policial (quienes presentaron además un informe fotográfico elaborado con ocasión del mismo), la Sala de instancia constata la confirmación de las sospechas policiales respecto al significado de *lugar* y *tiempo* que se atribuía a las anotaciones, pues estando vigilando la policía la localidad de Castres en la mañana del día 1 de agosto, pudieron observar cómo compareció el acusado y cómo se reunió con una persona integrante de la organización terrorista ETA (lo que evidencia que este interlocutor fuera detenido dos meses después descargado un *zulo* en cuyo interior se halló material explosivo, temporizadores, cordón detonante y cuatro armas cortas). El encuentro vino además acompañado del sugerente dato de buscarse una clandestinidad para el encuentro, lo que la sentencia extrae de las manifestaciones de los testigos de que el acusado y su acompañante adoptaron importantes precauciones de seguridad, concretamente que transitaban por calles vacías después de encontrarse, cambiaban de velocidad, se detenían en ocasiones, en otras caminaban ambos sujetos uno detrás de otro y con una cierta separación o que variaban frecuentemente su itinerario; un conjunto de actuaciones que terminó por despistar al operativo de seguimiento policial y permitió eludirlo.

Es cierto, como indica el recurso, que no se ha aportado una acreditación objetiva o directa de que el encuentro tuviera por objeto la celebración de un *cursillo de adiestramiento*, no obstante, la sentencia recoge una serie de indicios acreditados que facilitan tal inferencia. De un lado, la confirmación o el acierto policial respecto a la fecha y lugar del encuentro, aportan cierta solidez a que la expresión "*ik*" pudiera también tener el significado que le atribuyen los servicios de investigación antiterrorista, esto es, expresar *ikastaro* o cursillo. De otro lado, como también indica la Sala de instancia, el acusado no ha dado una explicación satisfactoria de su presencia en la localidad, no acertando el Tribunal de instancia a comprender que el rechazo de una oferta para integrarse en la banda terrorista invite a realizar un desplazamiento de muchas horas de viaje y destacando además la Sentencia que ello: ni exigiría buscar la ocultación después de encontrarse, ni imponía la presencia en la localidad durante dos días, ni resulta compatible con que el encuentro del acusado con Eduardo Hilario no precisara de la utilización de ningún señuelo o contraseña para identificarse recíprocamente ambos interlocutores (los testigos policiales así lo afirmaron), lo que sólo resulta comprensible para la Sala si los dos individuos -pese a negarlo- se conocían suficientemente. Por último, resulta concluyente para la inferencia que, además de las dos anotaciones en las agendas cuyo significado se analiza, cuatro meses antes se interviniera



otra agenda que incluía la anotación **Topo : 10.00**, en la hoja correspondiente al 1 de agosto. Anotación concluyente, en un triple aspecto: a) La anotación Topo sugiere con facilidad la abreviatura de Gallina que aparece en las dos últimas agendas; b) las 10:00 fue la hora en la que los testigos relatan que se produjo el encuentro entre el acusado y Eduardo Hilario y c) Desde estos elementos que conexionan la cita referenciada en las tres agendas, debe destacarse que la agenda con la anotación **Topo : 10.00**, para el día 1 de agosto, fue incautada con ocasión de la detención de Adrian Carmelo , destacando la sentencia de instancia que era el *encargado de adiestramiento* de ETA.

Todo lo expuesto aporta sustrato racional sólido para extraer la conclusión

-como hace el Tribunal de instancia- de lo que la propuesta pericial ya sugería, esto es, que las anotaciones hacían referencia a un encuentro en Castres, los días 1 y 2 de agosto del 2009 y que tenía por objeto la realización de algún tipo de adiestramiento, más allá de la mera traslación de consignas de ideología del grupo.

En todo caso, pese a la confirmación por datos objetivos de que las anotaciones hacían referencia al *lugar, fecha y objeto* que se han indicado, la sentencia de instancia no identifica ningún elemento (fuera de la propia propuesta policial) que conduzca a la conclusión de que Gallina pueda ser un *alias* identificativo, ni mucho menos que sostenga que ese término sirviera para identificar al acusado, en vez de a cualquier otra persona. Sin embargo, con independencia de que Gallina pueda significar algo o a alguien distinto del acusado (incluso que haga referencia al propio Eduardo Hilario , como el propio recurso plantea), lo cierto es que el recurrente fue identificado ese día en la localidad de Castres; que se encontró con un miembro de la organización terrorista; que el encuentro estaba previsto como cita en distinta y plural documentación de la organización terrorista ETA y -como se ha visto- que tenía por objeto la realización de un *cursillo de adiestramiento* , tal y como refleja la indicación " *ik*" ( *ikastaro*) y corrobora que se hubiera coordinado para esa cita al *encargado de adiestramiento* de esa misma organización terrorista. Que la presencia del recurrente se prolongara allí los dos días por los que estaba previsto el curso, evidencia su intervención en el mismo y -en una presunción que es favorable al recurrente- que lo fue en concepto destinatario del mismo.

4. La ausencia de elementos probatorios que permitan corroborar la sospecha policial de que el acusado sea apelado con el alias de Gallina , supone que no pueda concluirse que la inscripción aparecida en la agenda incautada el 17 de noviembre de 2008 al Jefe del aparato militar de ETA Fernando Eusebio (alias Zapatonos ), en la que se preveía una cita con " Chiquito " para el 23 de noviembre de 2008 , pueda suponer una referencia a la persona del acusado . Un extremo que tiene trascendencia en la medida en que impide deducir que el acusado estuviera incorporado de forma estable a la organización terrorista desde la constatación de que hubiera estado vinculado con la banda en dos momentos bien separados en el tiempo, esto es, en la fecha del 23 de noviembre de 2008 en que estaba prevista la reunión en la agenda de Fernando Eusebio y en la de su participación en un cursillo en la localidad de Castres, los días 1 y 2 de agosto de 2009.

En tal contexto probatorio, muestra singular trascendencia que la ascensión al monte Ganekogorta pudiera estar vinculada con la actividad de la organización terrorista, pues supondría constatar que el recurrente no sólo participó en la actividad abordada en la localidad francesa de Castres que la sentencia de instancia declaró probada, sino que nueve meses después seguía vinculado a las actividades de la banda, prestando así un racional sustento a la responsabilidad de pertenencia a organización terrorista por la que ha resultado condenado y que el recurso impugna.

La acusación vinculaba la presencia en el monte Ganekogorta, con la planificación en el seno de ETA de un atentado contra el entonces Lehendakari Constanancio German y el Consejero de Interior del Gobierno vasco Landelino Bernabe ; una acción homicida que pretendía perpetrarse el 19 de junio de 2010, disparándoles con un fusil con mira telescópica durante su presencia en el homenaje que se iba a celebrar en el *Barrio de la Peña* de Bilbao, con ocasión del primer aniversario del asesinato con bomba "Iapa" del funcionario del Cuerpo Nacional de Policía Heraclio Manuel . Los miembros de Eta, Cornelio Ignacio y Matilde Macarena (integrantes del comando " Otazua" y partícipes del asesinato del inspector y servidor público Sr. Heraclio Manuel ), manifestaron (en declaraciones de las que se retractaron posteriormente) que Eutimio Belarmino (apelado " Chili " y dirigente del aparato militar de ETA después de la detención de " Zapatonos "), les comentó la posibilidad de realizar este atentado y les facilitó una cita en el monte Ganekogorta con la persona que debía abordar los disparos.

El Tribunal de instancia declaró que no concurrían elementos probatorios que permitieran sustentar que el acusado pudiera estar involucrado en estos hechos. El posicionamiento de la Sala se argumentó desde la prueba practicada en el acto del juicio, considerando la Sentencia: 1) Que no existe prueba de que el acusado contara con un especial conocimiento y habilidad en el manejo de armas largas; 2) Que no se incautaron en su poder armas que pudieran ser adecuadas para la ejecución del delito que se analiza; 3) Que no tenía contenido incriminatorio para el acusado que el 9 de enero de 2010 se interviniera un rifle (además de otras armas) a



otros dos miembros de ETA que fueron condenados por ello; 4) Que no presenta el acusado las características físicas de la persona con la que se habían de encontrar Cornelio Ignacio y Matilde Macarena en el monte Ganekogorta, conforme a la descripción que ellos afirman que recibieron de Eutimio Belarmino (alias Chili) y 5) Considerando que detectar la presencia del acusado durante nueve minutos en el parque Larreaguburu de Bilbao (un punto distante en 300 metros del lugar donde había de celebrarse el homenaje al inspector Sr. Heraclio Manuel), sólo permite construir una hipótesis policial de que pudiera responder a la preparación del atentado, pero no facilita ninguna inferencia firme sobre su participación en los hechos, máxime cuando su presencia acaeció seis meses antes del referido homenaje y tres meses antes del supuesto encuentro en el monte Ganekogorta.

Dado que esta conclusión del Tribunal no ha sido objeto de impugnación por las acusaciones, se excluye que la presencia del recurrente en el monte Ganekogorta sea expresiva de una colaboración con ETA después de los hechos acaecidos en Castres, desapareciendo cualquier evidencia objetiva de que el acusado llegara entonces a integrarse en la organización terrorista con los elementos de disponibilidad y permanencia que niega el recurso. Conclusión que se refuerza desde la constatación: 1) De que sus comunicaciones telefónicas estuvieran intervenidas durante un año (del 6 de octubre de 2010 al 6 de octubre de 2011), sin que el contenido de las conversaciones -todas ellas de fecha posterior a su presencia en Castres- ofrezca ninguna sugerencia de tal pertenencia o 2) Que el Tribunal de instancia concluya que no se encontró ningún elemento comprometedor con ocasión de los registros que se realizaron en su casa, en su lugar de trabajo y en el caserío familiar.

Puede así concluirse que no existe prueba que preste soporte a que el acusado estuviera integrado en la organización terrorista, sin perjuicio - como se ha dicho y como admite el recurso en su motivo segundo- de que la acreditación de su participación en un curso de adiestramiento que le fue facilitado por ETA en los días 1 y 2 de agosto de 2010 en la localidad de Castres, estuviera entonces contemplada en el artículo 576 del Código Penal (en su redacción original vigente hasta el 23 de diciembre de 2010), que indicaba como actos de colaboración con organización terrorista la asistencia a prácticas de entrenamiento; comportamiento que queda hoy abarcado en la conducta del artículo 575.1 del Código Penal, en su redacción dada por LO 2/2015, de 30 de marzo, que sanciona a quien reciba adoctrinamiento para la participación en cualquier actividad de las contempladas en el Capítulo VII, del Título XXII, del Libro II del Código Penal, que hace referencia a las organizaciones y grupos terroristas, así como a los delitos de terrorismo.

El motivo debe ser estimado, en los términos que son expresados.

**SEGUNDO.-** El tercer motivo de casación se formula al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 de la LECRIM, por infracción de ley, por la indebida aplicación del artículo 579 Bis.4.

Referido el alegato al tipo penal de pertenencia a organización terrorista por el que venía condenado el recurrente, el motivo expresa que los hechos que le son atribuibles resultan de menor gravedad, atendiendo al medio empleado y el resultado producido, considerando así de aplicación el tipo atenuado del artículo 579 Bis 4 del Código Penal introducido por LO 2/2015 y la procedencia de rebajar en dos grados la pena impuesta.

El motivo pierde su alcance por formularse subsidiariamente a la desestimación de los anteriores. En todo caso, en cuanto a su operatividad con respecto al delito de participar en actividades de adoctrinamiento que resulta de aplicación, debe destacarse el contenido de un precepto que posibilita que los jueces y tribunales, atendiendo a las circunstancias concretas, puedan imponer también la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido. El precepto resulta así aplicable a todos los delitos integrados en la rúbrica " *De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo*" y, entre ellos, tanto al delito de pertenencia o integración en organización terrorista por el que venía condenado el recurrente ( art. 571 y 572.2 del Código Penal ), como al de recepción de adoctrinamiento del artículo 575.1 del Código Penal que resulta de aplicación. Ya indicamos en nuestra Sentencia 554/2016, de 23 de junio, que la posibilidad de atenuación por la menor gravedad no debe verse limitada por la expresión de los dos parámetros de la reducción penológica de los *medios empleados y los resultados producidos*, entendiendo que el término *medios empleados* hace referencia a los modos de acción; posicionamiento que fue también el sustentado en la sentencia 546/2016, de 21 de junio. En todo caso, nuestro reciente Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de fecha 24 de noviembre de 2016 expresa también que el precepto no resulta de aplicación automática para todos los supuestos en los que la acción delictiva prescinda de la utilización de armas o explosivos o no se haya materializado en atentados terroristas, sino que habrá de estarse a las circunstancias de cada caso concreto, reflejándose en la sentencia 716/2015 de 19-11, que la atenuación es procedente cuando el comportamiento sancionado revele una menor antijuridicidad respecto de la conducta observada por la norma. No aparecen así razones que impulsen la atenuación de la pena respecto del delito cuya perpetración se declara, habida cuenta que el comportamiento desplegado por el recurrente en cuanto a la asistencia a actos de adoctrinamiento





de la organización terrorista, satisface la previsión básica, sin que se ofrezcan elementos que apunten a una menor gravedad en la acción o en la agresión al bien jurídico, que la que el tipo penal contempla.

El motivo se desestima.

**TERCERO.-** El último motivo se formula al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 de la LECRIM , por infracción de ley, por entender que se ha producido una aplicación contraria al derecho del artículo 66.1.6 del Código Penal , en relación con el artículo 571.2 y 576 del Código Penal .

Formulado nuevamente el motivo de manera subsidiaria, esto es, para la eventualidad de que se mantuviera la condena del acusado como autor de un delito de pertenencia a organización terrorista, aduce que en la medida en que la sentencia basó la individualización de la pena en una persistencia del delito en el tiempo que niega el recurrente, procedería la revisión de la pena y su aplicación en su mínima extensión.

La estimación de los motivos primero y segundo, entraña la anulación de la condena como autor de un delito de integración en organización terrorista y muestra la necesaria subsunción de los hechos en la acción puntual que se sanciona en el artículo 575.1 ya referido, dejando sin contenido el motivo que aquí se analiza.

### III. FALLO

Que debemos estimar los motivos de casación por quebranto del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE , formulados por la representación de Octavio Dario respecto de su condena como autor de un delito de integración en organización terrorista de los artículos 571 y 572 del vigente código penal . Consecuentemente, debemos declarar y declaramos la nulidad parcial del pronunciamiento que esa condena en la Sentencia dictada el 27 de abril de 2016 , por la Sección

4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en su procedimiento ordinario 3/2014, dimanante del Procedimiento Ordinario 6/2014, de los del Juzgado Central de Instrucción nº 6.

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al resto de motivos de casación formulados por estos recurrentes.

Se declaran de oficio las costas causadas con ocasión de la tramitación de este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia Nacional a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección

Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Luciano Varela Castro Pablo Llarena Conde Carlos Granados Pérez**

**10365/2016P**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Pablo Llarena Conde**

**Vista: 23/11/2016**

**Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SEGUNDA SENTENCIA N°: 984/2016**

**Excmos. Sres.:**

**D. Manuel Marchena Gómez**

**D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

**D. Luciano Varela Castro**

**D. Pablo Llarena Conde**

**D. Carlos Granados Pérez**

En nombre del Rey



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

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Enero de dos mil diecisiete.

En la causa Rollo Procedimiento Ordinario 3/2014, seguida por la Sala de lo Penal, Sección 4ª de la Audiencia Nacional, dimanante el Sumario 6/2014 (antes Diligencias Previas 279/2010), por un delito de participación activa en organización terrorista y dos delitos de asesinato terrorista en grado de conspiración, contra **Octavio Dario**, nacido el día NUM007 /1965 en Galdácano, Vizcaya, hijo de Avelino Octavio y de Amanda Leocadia, con DNI n.º NUM002, se dictó sentencia número 19/2016 por la mencionada Sección de la Audiencia Nacional el 27 de abril de 2016, que ha sido recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la sentencia pronunciada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

## I. ANTECEDENTES

**ÚNICO.-** Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** El Fundamento jurídico Primero de la sentencia rescindente, estimó el motivo casación formulado por quebranto del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE, en el sentido de no concurrir prueba que muestre la responsabilidad del acusado como autor de un delito de integración en organización terrorista de los artículos 571 y 572 del vigente código penal, declarándose que los hechos probados son susceptibles de integrar el delito de participación en actos de adoctrinamiento al terrorismo del vigente artículo 575.1 del Código Penal, tipificado como delito de colaboración con grupo u organización terrorista de los artículos 576. 1 y 2 del Código Penal vigente a la fecha en que los hechos tuvieron lugar. Y siendo más favorable para el acusado la punición de los hechos conforme a la nueva previsión legal, procede su condena como autor de un delito de recepción de adoctrinamiento terrorista previsto y penado en los artículos 575.1 y 579 Bis.1 del Código Penal, imponiéndosele las penas de prisión por tiempo de 2 años y 6 meses, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta por tiempo de 9 años, considerando para ello el marcado peligro de la organización impulsora de la actividad de adoctrinamiento en la que decidió participar.

## III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Octavio Dario, como autor responsable de un delito de recepción de adoctrinamiento terrorista previsto y penado en los artículos 575.1 y 579 Bis.1 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de prisión por tiempo de 2 años y 6 meses, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta por tiempo de 9 años.

Todo ello manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.

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

**Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

**Luciano Varela Castro Pablo Llarena Conde Carlos Granados Pérez**

**PUBLICACIÓN.-** Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.