



Roj: **STS 2442/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2442**

Id Cendoj: **28079120012015100314**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/05/2015**

Nº de Recurso: **1866/2014**

Nº de Resolución: **174/2015**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3215/2014,**
STS 2442/2015

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia Nº: 174/2015

RECURSO CASACION Nº : **1866/2014**

Fallo/Acuervo: Sentencia Estimatoria Parcial

Voto Particular

Fecha Sentencia : 14/05/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Antonio del Moral García

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

Escrito por : IPR

*** Declaraciones realizadas en sede policial y no ratificadas ante un órgano judicial. Doctrina del TC. Concurre prueba bastante para sustentar la condena al margen de tales declaraciones.**

***Condena en costas: salvo supuestos excepcionales no se comprenden las causadas por la acusación popular.**

Nº: **1866/2014**

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Vista: 19/02/2015

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: **174/2015**

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre



D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

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 catorce de Mayo de dos mil quince.

En el recursos de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **Virgilio Nemesio**, contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de atentado terrorista con resultado de muerte, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Cuevas Rivas. Siendo partes recurridas la Asociación Víctimas del Terrorismo, representada por la Procuradora Sra. Álvaro Mateo y en calidad de Acusación popular y Melisa Violeta representada por la Procuradora Licerias Vallina como Acusación particular. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Central de Instrucción núm. Seis de los de Madrid instruyó Sumario con el nº 1/2000, contra Delfina Teodora, Virgilio Nemesio, Guillermo Severiano, Sixto Segismundo y Abelardo Nazario, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional (Sección Segunda) que, con fecha veinticinco de marzo de dos mil catorce, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<<PRIMERO .- *La organización terrorista ETA declaró de forma unilateral una tregua que duró desde el día 15 septiembre 1998 hasta el 25 noviembre 1999. Durante ese período la organización aprovechó para reclutar, adiestrar y rearmar sus comandos; creando estructuras estables para los mismos en los distintos lugares de actuación asignados. Con dicha finalidad, dirigentes de la organización y responsables de los grupos operativos armados, contra los que no se dirige la presente causa, reunieron en un piso de Francia a diversos miembros de la organización criminal; realizando en agosto de 1999 cursillos sobre utilización de armas y explosivos.*

Así fue creado el grupo operativo denominado BURO AHUSTE, para actuar en Madrid, aunque el piso de seguridad, a efectos de determinar y planear las acciones delictivas y guardar armas y explosivos se situaría en Salamanca.

Los miembros de la organización que, tras haber realizado el mencionado adiestramiento en el manejo de armas y explosivos, se integraron en el citado grupo operativo BURO AHUSTE fueron los siguientes:

Delfina Teodora, alias "Prima", mayor de edad y carente de antecedentes penales a la fecha de los hechos, condenada por integración en banda armada, en sentencia firme de 10 febrero 2005.

Virgilio Nemesio, alias "Chapas", mayor de edad y carente de antecedentes penales a la fecha de los hechos y condenado por el Tribunal Correccional de París, en sentencia de 22 octubre 2008, por participación en asociación de malhechores, por hechos cometidos en el año 2004.

Sixto Segismundo, alias "Cerilla", mayor de edad y carente de antecedentes penales a la fecha de los hechos, ejecutoriamente condenado en Francia, por sentencia de fecha 26 noviembre 2009, por delito de participación en asociación de malhechores con fines terroristas cometido en el año 2002.

Guillermo Severiano, alias "Sordo", mayor de edad y carente de antecedentes penales a la fecha de los hechos; condenado en fecha 27 abril 2004, por el Tribunal Penal de Paris, entre otros, por un delito de pertenencia a banda armada u organización terrorista entre 1999 y 16 abril 2000. Este miembro del comando abandonó Madrid en fecha no exactamente determinada, entre finales de diciembre de 1999 y principios de enero del año 2000.

Abelardo Nazario, alias "Gallina" y "Pelosblancos", mayor de edad y carente de antecedentes penales a la fecha de los hechos; ejecutoriamente condenado en Francia, por sentencia de fecha 26 noviembre 2009, por delito de participación en asociación de malhechores con fines terroristas cometido en el año 2001.

SEGUNDO.- Con la finalidad de dar comienzo a las actividades del grupo operativo BURO AHUSTE; siguiendo las directrices recibidas por los dirigentes de ETA, en septiembre de 1999, Sixto Segismundo se trasladó a



Salamanca, ciudad en la que alquiló un piso situado en la CALLE000 , número NUM000 , NUM001 , propiedad de Doña Candelaria Dolores . Dicho inmueble fue alquilado por Sixto Segismundo , a través del padre de la propietaria, Don Ruperto Humberto , ante quien se identificó bajo la falsa identidad de Moises Patricio .

En octubre del año 1999, los citados cinco miembros del comando se fueron trasladando a Madrid; alojándose primero en un piso de Carabanchel, alquilado por Sixto Segismundo y después, entre diciembre de 1999 y enero de 2000, en diversas habitaciones alquiladas, en viviendas compartidas con personas ajenas a ETA, a fin de dificultar su posible identificación y localización; reuniéndose los fines de semana en Salamanca en el referido piso de seguridad, en el que, de común acuerdo, determinaban los objetivos terroristas y planificaban su ejecución. En esa vivienda organizaban las informaciones obtenidas, almacenaban las armas, explosivos, matrículas falsas y demás material que les eran facilitados por ETA y preparaban las bombas que posteriormente colocaban en vehículos previamente sustraídos, los cuales finalmente explotaban en los lugares y contra las personas contra las que conjuntamente habían decidido atentar.

TERCERO.- *En ejecución del referido plan conjunto, el día 15 noviembre 1999, Delfina Teodora y otros miembros del comando acusados, sustrajeron el vehículo Renault Clío blanco matrícula NUM002 , que había sido dejado estacionado y cerrado por su propietaria, Doña Elisa Amparo , en la calle Los Arcos número 1 de Madrid.*

Posteriormente los acusados, también de común acuerdo, cambiaron las placas de matrícula originales de dicho automóvil por otras falsificadas matrícula NUM003 , confeccionadas adhiriendo letras de plástico negras sobre una placa base blanca sin troquelar. El referido turismo, una vez cambiadas las placas de matrícula, estuvo a disposición de los miembros del grupo operativo hasta el día 21 enero de 2000.

Igualmente, con la misma finalidad común de cumplir los objetivos terroristas previamente fijados, el día 4 de enero de 2000 fue sustraído por todos o algunos de los miembros del comando mencionados, a saber, Delfina Teodora , Sixto Segismundo , Abelardo Nazario y Virgilio Nemesio , el vehículo marca Renault Clío rojo matrícula NUM004 , cuyo propietario, Don Silvio Teodulfo , lo había dejado estacionado y cerrado en la Calle Mota del Cuervo número 35 de Madrid.

CUARTO .- *De común acuerdo los acusados, Delfina Teodora , Virgilio Nemesio , Sixto Segismundo y Abelardo Nazario , decidieron atentar contra la vida del Teniente Coronel del Ejército de Tierra Don Cirilo Cristobal ; efectuando seguimientos en las inmediaciones de su vivienda y en el lugar en el que el mismo era recogido por el vehículo en el que se trasladaba a su trabajo.*

En ejecución de dicho plan común y con la finalidad de acabar con la vida del mencionado militar, los cuatro acusados citados, Delfina Teodora , Virgilio Nemesio , Sixto Segismundo y Abelardo Nazario , fabricaron un artefacto explosivo, compuesto de unos ocho o diez kilogramos de nitrato amónico y nitroglicerina (componentes habituales de las dinámicas), de iniciación eléctrica y activación por radio control, artefacto explosivo que colocaron en el vehículo Renault Clío rojo matrícula NUM004 , en el que habían sido sustituidas las placas originales y cambiadas por otras falsas, cuya numeración no consta, al haber quedado totalmente destrozado el coche tras la deflagración.

QUINTO .- *Con anterioridad a las ocho horas del día 21 enero 2000, en ejecución del citado plan conjunto, el vehículo Renault Clío rojo matrícula NUM004 (cuyas placas habían sido cambiadas por otras falsas), cargado con el artefacto explosivo mencionado, fue estacionado por todos o algunos de los mencionados cuatro acusados mencionados (Delfina Teodora , Sixto Segismundo , Virgilio Nemesio , Abelardo Nazario), en la Calle Pizarra, a la altura del número4, esquina con el Paseo Virgen del Puerto, lugar en el que habitualmente era recogido el Teniente Coronel Don Cirilo Cristobal para trasladarse a su trabajo en el Cuartel General del Ejército. El explosivo fue accionado por radio control, sobre las 8,05 horas del referido día 21 enero2000, cuando Don Cirilo Cristobal se encontraba en la acera, esperando la llegada del vehículo oficial.*

A consecuencia de la deflagración, Don Cirilo Cristobal , nacido el NUM005 1952, casado y padre de dos hijos menores a la fecha de los hechos, falleció en el propio lugar, al sufrir la destrucción de centros vitales y shock traumático.

A resultas de la explosión resultaron igualmente lesionadas las siguientes personas:

Emilia Tania , de diecisiete años de edad a la fecha de los hechos, la cual sufrió esguince cervical, contusión en codo derecho, dorsalgia post traumática y trastorno por estrés agudo; precisando para alcanzar la curación una primera asistencia facultativa y tratamiento médico, consistente en collarín cervical, antiinflamatorios, miorrelajantes, rehabilitación y ansiolíticos, con controles psiquiátricos semanales; tardando en curar ochenta y tres días, de los cuales cinco estuvo impedida de forma total para sus a ocupaciones habituales y de forma parcial los setenta y ocho restantes; quedándole como secuelas cervicalgia post- traumática, con dolor a la movilización forzada del cuello, por pequeño abombamiento posterolateral derecho de disco C3-C4, dorsalgia ocasional y ansiedad al reexperimentar los hechos.



Sonia Otilia , de diecinueve años de edad a la fecha de los hechos, que sufrió trauma acústico bilateral, con acúfenos, contractura lumbar, ansiedad e insomnio; requiriendo para su sanidad una primera asistencia facultativa, con posteriores revisiones; tardando en curar cuarenta y cinco días, de los cuales siete estuvo impedida de forma total para sus ocupaciones habituales y de forma parcial los treinta y ocho restantes; quedándole como secuelas acúfenos ocasionales en oído izquierdo y angustia al recordar los hechos.

Noelia Lorenza , de catorce años de edad a la fecha de los hechos, que sufrió herida inciso-contusa en cara radial del carpo derecho, conmoción y estado de confusión post-traumático y esguince cervical; requiriendo para su sanidad de una primera asistencia facultativa y tratamiento médico quirúrgico, consistente en sutura con grapa, collarín cervical y antiinflamatorios; tardando en curar siete días, de los cuales cinco estuvo impedida de forma total para sus ocupaciones habituales; quedándole como secuelas amnesia lacunar de unos veinte minutos post- trauma y cicatriz de un centímetro en cara radial del carpo derecho.

SEXTO.- *Tras haber colocado el primer coche-bomba, los miembros del comando citados se dieron a la fuga en el vehículo marca Renault Clío blanco matrícula NUM002 , que previamente, en ejecución de dicho plan común, habían sustraído, al que habían cambiado las placas por otras falsas, de numeración NUM003 , y en el que habían colocado un artefacto de iniciación eléctrica y activación temporizada, cargado con una cantidad no inferior a dos kilogramos de explosivo; estacionándolo que la Calle Paradinas, a la altura del número 6, a unos quinientos metros del lugar de la primera explosión; procediendo a explosionarlo.*

A resultas de ambas explosiones se causaron cuantiosos daños materiales en vehículos aparcados en las inmediaciones, en la calzada y en la acera públicas en las zonas donde se produjeron aquellas, así como en los inmuebles colindantes; resultando perjudicadas las siguientes personas y por las cuantías (en pesetas) que seguidamente se relacionan:

Carmen Ines , por importe de 31.401 pesetas; Iñigo Hipolito , por importe de 75.097 pesetas;

Jeronimo Segismundo , por importe de 25.000 pesetas;

Argimiro Torcuato , por importe de 6.621 pesetas; Heraclio Hugo , por importe de 199.729 pesetas;

El Ayuntamiento de Madrid por importe de 49.698.929 pesetas; Gervasio Segismundo , por importe de 157.354 pesetas;

Hermenegildo Rogelio , por importe de 73.024 pesetas; Alfonso Gustavo , por importe de 41.767 pesetas;

Eleuterio Octavio , por importe de 6.470 pesetas; Olegario Estanislao , por importe de 12.500 pesetas;

Elvira Guadalupe , sufrió daños por importe de 4.357 pesetas; Tomasa Zaira , por importe de 177.076 pesetas, Laureano Pedro , por importe de 25.000 pesetas; Rodrigo Aquilino , por importe de 2.500 pesetas,

Alvaro Oscar , por importe de 19.363 pesetas; Eugenia Adolfinia , por importe de 35.263 pesetas;

Felix Eulalio , por importes de 685.000 pesetas y 290.000 pesetas;

Felix Pelayo , por importe de 147.647 pesetas;

Valeriano Baldomero , por importes de 125.845 y 41.606 pesetas; La Comunidad de Arrendatarios, por importe de 621.000 pesetas;

La Comunidad de Propietarios, por importes de 234.780 y 171.210 pesetas;

Comunidad de Vecinos, por importes de 95.958 y 583.657 pesetas;

La Comunidad Propietarios DIRECCION000 NUM006 - NUM007 - NUM008 , por importes de 37.955;

La Comunidad de Propietarios DIRECCION001 NUM007 , por importe de 48.572 pesetas;

Belinda Otilia , por importe de 12.500 pesetas; Luisa Felicisima , por importe de 375.000 pesetas; Isidra Corrales Privados, por importe de 100.320 pesetas;

Paulino Oscar , por importe de 49.593 pesetas; Luisa Yolanda , por importe de 25.000 pesetas;

Anibal Ignacio , por importe de 118.434 pesetas; Zaida Yolanda , por importe de 25.808 pesetas;

Ariadna Soledad , por importe de 25.000 pesetas; Manuel Isidoro , por importe de 25.000 pesetas;

Felicisima Otilia , por importe de 8.490 pesetas; Genoveva Begoña , por importe de 25.000 pesetas; Porfirio Edemiro , por importe de 110.482 pesetas; Bernardino Bienvenido , por importe de 17.768 pesetas; Elisa Amparo , por importes de 1.400.000 pesetas y 352.000 pesetas;

Bernabe Alexander , por importe de 12.500 pesetas; Macarena Fermina , por importe de 195.000 pesetas;



Fernando Olegario , por importe de 15.053 pesetas; Fidel Jose , por importe de 241.805 pesetas;
Casiano Vidal , por importe de 19.922 pesetas;
Federico Pascual , por importe de 11.232 pesetas; Ascension Hortensia , por importe de 633.266 pesetas;
Victorio Saturnino , por importe de 139.224 pesetas;
Arturo Hector , por importe de 525.000 pesetas; Eutimio Victorino , por importe de 25.000 pesetas; Eduardo
Ambrosio , por importe de 62.272 pesetas; Mauricio Ruben , por importe de 25.000 pesetas; Alvaro Claudio
, por importe de 25.000 pesetas;
Severino Imanol , por importe de 412.870 pesetas; Anibal Remigio , por importe de 25.000 pesetas;
Domingo Ovidio , por importe de 122.968 pesetas; Elias Nemesio , por importe de 137.779 pesetas; Gemma
Angelica , por importe de 172.751 pesetas; Begoña Emma , por importe de 37.500 pesetas; Segundo Teofilo
, por importe de 23.119 pesetas; Eugenio Teodosio , por importe de 57.267 pesetas; Florencia Irene , por
importe de 6.750 pesetas; Diego Roque , importe de 10.689 pesetas;
Ines Leonor , por importe de 12.500 pesetas; Hernan Ildefonso , por importe de 14.385 pesetas; Rodrigo
Martin , por importe de 25.000 pesetas;
Lorena Gabriela , por importe de 89.619 pesetas;
Pedro Horacio , por importe de 25.808 pesetas; Amanda Rosaura , por importe de 22.472 pesetas;
Justiniano Hector , por importe de 2 67.957 pesetas; Justo Nicanor , por importe de 26.153 pesetas; Jesus
Arcadio , por importe de 257.620 pesetas; Blanca Rosalia , por importe de 10.230 pesetas; Alberto Mateo
, por importe de 89.450 pesetas;
Matias Urbano , por importe de 23.029 pesetas; Octavio Urbano , por importe de 123.523 pesetas; Raul
Franco por importe de 71.020 pesetas; Raul Placido , por importe de 6.077 pesetas;
Regina Felisa , por importe de 5.081 pesetas; Luis Pelayo , por importe de 7.200 pesetas;
Primitivo Valeriano , por importe de 36.200 pesetas;
Ofelia Vanesa , por importes de 1.000.000 y 200.000 pesetas; Genoveva Irene , por importe de 44.860 pesetas;
Felipe Luis , por importe de 31.660 pesetas; Isidro Felix , por importe de 7.104 pesetas;
Crescencia Penelope , por importe de 21.698 pesetas; Eugenio Daniel , por importe de 12.500 pesetas;
Lina Noemi , por importe de 25.000 pesetas; Lidia Inocencia , por importe de 25.000 pesetas;
Adriana Graciela , por importe de 25.000 pesetas; Gerardo Arcadio , por importe de 80.000 pesetas;
Efrain Ricardo , por importe de 17.473 pesetas;
Virginia Joaquina , por importe de 25.000 pesetas; Sara Juana , por importe de 25.000 pesetas;
Miriam Joaquina , por importe de 216.536 pesetas; Jacobo Geronimo , por importe de 25.000 pesetas;
Juana Hortensia , importe de 91.949 pesetas;
Guadalupe Berta , por importe de 10.306 pesetas; Evangelina Hortensia , por importe de 3.030 pesetas;
Victoriano Martin , por importe de 14.514 pesetas;
Victorio Jeronimo , por importe de 67.747 pesetas; Herminio Jacobo , por importe de 100.000 pesetas;
Herminio Nicolas , por importe de 32.400 pesetas; Marino Hector , por importe de 25.000 pesetas; Ana
Mercedes , por importe de 905.023 pesetas; Guillerma Raimunda , por importe de 301.250 pesetas; Alicia
Luisa , por importe de 5.639 pesetas; Cesareo Urbano , por importe de 6.212 pesetas; Jose Gabriel , por
importe de 6.990 pesetas; Octavio Francisco , por importe de 67.700 pesetas;
Leandro Octavio , por importe de 2.849 pesetas; Octavio Blas , por importe de 11.206 pesetas; Roman
Argimiro , por importe de 7.990 pesetas; Adelaida Camino , por importe de 54.688 pesetas;
Delia Alejandra , por importe de 25.000 pesetas; Enrique Urbano , por importe de 23.635 pesetas;
Adelaida Paloma , por importe de 25.000 pesetas; Noelia Yolanda , por importe de 148.486 pesetas; Andrea
Ramona , por importe de 25.000 pesetas; Ambrosio Porfirio , por importe de 5.039 pesetas; Geronimo Urbano
por importe de 25.000 pesetas; Montserrat Nicolasa , por importe de 8.137 pesetas;
Leocadia Rebeca , por importes de 843.000 pesetas y 39.107 pesetas;



Desiderio Eladio , por importe de 50.117 pesetas.

SÉPTIMO .-El día 6 noviembre 2001, fue detenida Delfina Teodora , en compañía de otro individuo contra el que no se sigue la presente causa, cuando se daban a la fuga tras haber perpetrado un atentado con coche-bomba en la Calle Corazón de María, en la confluencia con la calle Cardenal Siliceo de esta ciudad.

A raíz de su detención la citada acusada, prestó cuatro declaraciones en sede policial a presencia de letrado, en las que relató minuciosamente la constitución del grupo operativo "BURO AHUSTE", el comienzo de su actividad, el modus operandi del mismo, los miembros que lo integraban y los diversos atentados cometidos.

En relación con los hechos actualmente enjuiciados señaló, en su primera declaración policial, los siguientes extremos:

Que en el mes de octubre de 1999 llegó a Madrid con otros miembros del comando, Gallina (al que identificó fotográficamente como Abelardo Nazario) y Sordo (al que identificó fotográficamente como Guillermo Severiano); que entraron a vivir en un piso de Carabanchel que había alquilado Cerilla (al que identificó fotográficamente como Sixto Segismundo) y otra persona contra la que no se sigue esta causa; repartiéndose los miembros del comando a finales de dicho año en diversas habitaciones alquiladas; ocupando ella una situada en la CALLE001 , en la zona de Prosperidad de Madrid.

Que cometieron el atentado contra el Teniente Coronel, Don Cirilo Cristobal , en la calle Pizarra, el 21 enero del año 2000 y que en dicha acción participaron ella misma, Sixto Segismundo y Abelardo Nazario (Cerilla y Gallina).

En su segunda declaración policial, manifestó los siguientes hechos: Que, aunque los miembros del comando viven por separado en habitaciones alquiladas en pisos, tenían un piso de infraestructura en Salamanca, en el que guardaban parte del material, explosivos, placas de matrícula etc.

Aclaró que cuando llegaron ella, Gallina y Sordo a Madrid no fueron al piso de Carabanchel sino que viajaron en autobús a Salamanca y se dirigieron al piso que tenía alquilado Cerilla (Sixto Segismundo) en la CALLE000 .

En su tercera declaración refirió los siguientes hechos:

Que durante el periodo de tregua ella, Sixto Segismundo y Abelardo Nazario vivieron primero en un piso de Andoain, en el que permanecieron hasta marzo de 1999; marchándose de la casa por no ser segura.

Que después se trasladaron los tres a Francia donde permanecieron varios meses. En mayo del mismo año 1999 llegaron otros tres miembros de la organización, Sordo (Guillermo Severiano), Chapas (al que identificó fotográficamente como Virgilio Nemesio) y una mujer contra la que no se sigue esta causa.

Que permanecieron los seis juntos en la casa hasta que se marcharon para hacer un cursillo de armas y explosivos en agosto de 1999.

Que varios de los dirigentes de la organización decidieron que ella, Sixto Segismundo , Virgilio Nemesio , Abelardo Nazario Guillermo Severiano y la mujer contra la que no se siguen las actuaciones serían los que pasarían a formar parte de un grupo que iba a venir a Madrid para realizar acciones armadas y que la forma de funcionamiento sería tener una base en Salamanca, en un piso de alquiler, y alquilar habitaciones separadas para cada integrante en Madrid. Que ella, Chapas (Virgilio Nemesio), Sordo (Guillermo Severiano) y Gallina (Abelardo Nazario) salieron a mediados de octubre para Salamanca y se instalaron en el piso que había alquilado Cerilla (Sixto Segismundo). Que portaban como material destornilladores, dos millones de pesetas en metálico, placas de matrícula, una pistola cada uno, dos juegos cada uno de documentación falsa y varias informaciones sobre políticos y militares.

Que la mujer no encartada y Cerilla (Sixto Segismundo) alquilaron después un piso en Madrid en Carabanchel, al que se trasladaron los seis integrantes del talde.

Que a finales de noviembre de 1999 recibieron el material explosivo, consistente en unos doscientos kilos de dinamita, cordón detonante, relojes, fusiles, munición, placas, etc. Que para recoger ese material utilizaron un vehículo Renault Clío de color blanco sustraído por ella, Guillermo Severiano y Abelardo Nazario días antes en la zona de Hortaleza; que posteriormente trasladaron el material a otro coche alquilado previamente por Abelardo Nazario y lo llevaron al piso de Salamanca. Que se fueron todos a Salamanca, Sixto Segismundo y Abelardo Nazario en el vehículo con parte del material y los demás en autobús. Que volvieron a Madrid al piso de Carabanchel hasta que lo dejaron a finales de diciembre o principios de enero, alquilando después habitaciones individuales para cada uno de ellos. Que días más tarde la mujer no encartada y Guillermo Severiano abandonaron el talde y regresaron a Francia; quedándose los demás en Madrid, preparando informaciones y acciones; que el vehículo Renault Clío blanco lo tuvieron aparcado en la calle perfectamente doblado y que robaron un Renault Clío rojo entre Abelardo Nazario y Virgilio Nemesio . Que cometieron la primera acción



el 21 enero 2000 en la Calle Pizarra, con la colocación de un coche bomba contra el Teniente Coronel Cirilo Cristobal . Que Virgilio Nemesio y Abelardo Nazario colocaron y explosionaron el vehículo Clío rojo y huyeron en el blanco, quemándolo también.

Que, después robaron un Renault 21 ella, Sixto Segismundo y Virgilio Nemesio , en la zona de Carabanchel y hacia el mes de febrero de 2000 y que en el mes de julio de 2000 colocaron dicho vehículo en la Calle del Carmen, junto al Fnac, Virgilio Nemesio y Sixto Segismundo ; que Abelardo Nazario dio el aviso y que ella se quedó en la habitación.

Que a finales de julio de 2000 Virgilio Nemesio dejó el talde y se fue a Francia.

En una cuarta declaración policial narró los siguientes hechos:

Que a finales del año 1999 integraban el talde ella, Guillermo Severiano , Sixto Segismundo , Virgilio Nemesio , Abelardo Nazario y una mujer no encartada. Relata igualmente la realización por dichos miembros del grupo de seguimientos y vigilancias de personas que podían ser objetivos de la organización.

OCTAVO.- A raíz de la detención de Delfina Teodora , tras el atentado cometido en la Calle Corazón de María, fueron efectuados diversos registros, previa autorización judicial, con todas las formalidades exigibles, en varias viviendas, entre ellas, en el piso de seguridad, situado en la CALLE000 de Salamanca, en la que se incautaron, armas y municiones, gran cantidad de explosivos (13,750 kilos de Titadín de 30 A), detonadores, temporizadores, pilas y material eléctrico, relojes, un manual de fabricación de explosivos con el anagrama de ETA, placas de matrícula originales y falsas, instrumentos destinados a la sustracción de vehículos, documentación falsa, cintas de vídeo con imágenes de personas que pudieran ser objetivo de atentado, planos de Madrid y gran número de notas manuscritas con instrucciones para el montaje de explosivos y otras muchas con nombres y direcciones.

En dicho registro efectuado en el piso de Salamanca fue encontrada laplaca original del vehículo Renault Clío rojomatricula NUM004 , concuya explosión se causó la muerte del Teniente Coronel Don Cirilo Cristobal .

Igualmente se encontraron placas blancas, sin troquelar, dispuestas para la fabricación de matrículas falsas mediante el sistema de letras adheridas y placas con letras ya adheridas, semejantes a la falsa NUM003 que se colocó en el vehículo Renault Clío blanco cuya matrícula original era NUM002 , utilizado para la huida y explosionado el 21 enero2000 en la calle Paradinas de Madrid.

Igualmente fue hallada en dicho registro del piso de Salamanca, entreotras muchas notas manuscritas, cuya autoríase determinó mediante prueba pericial como de la acusada, Delfina Teodora , una cuartilla en la que consta: "P° Virgen del Puerto 45"; encontrándose dicho número del mencionado Paseo en la esquina con la calle Pizarra, en la que se colocó el coche-bomba cuya deflagración causó la muerte al Teniente Coronel Don Cirilo Cristobal .

En el registro de dicho piso de seguridad del que disponía el comando en Salamanca fueron identificadas un gran número de huellas dactilares: setenta y cinco de Sixto Segismundo , dieciséis de Delfina Teodora , cuatro de Virgilio Nemesio , tres de Guillermo Severiano y una de Abelardo Nazario .

NOVENO.- En sentencia dictada con fecha 27 octubre 2005, por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional fue condenada Delfina Teodora , junto con otro de los autores del atentado cometido en la Calle Corazón de María, no imputado la presente causa, en concepto de autores, entre otros, de noventa y siete delitos de tentativa de asesinato terrorista; declarándose probados en la misma los siguientes hechos:

Que durante el periodo de tregua unilateral anunciado por la organización terrorista ETA dirigentes de la misma reunieron en Francia a los responsables de los grupos operativos armados, entre ellos, a Delfina Teodora , alias Prima .

Que Delfina Teodora , y otras personas a las que no se extendió dicha resolución, en el periodo comprendido entre mayo y septiembre de 1999, realizaron cursillos de utilización de armas y explosivos.

Que el grupo de personas de las que formaba parte Delfina Teodora fue denominado "BURO AHUSTE"; determinando la dirección de ETA que, cuando estuviera operativo el comando, su lugar de actuación sería Madrid; ubicándose en Salamanca el piso que, además de servir como piso de seguridad para planear y dirigir las acciones delictivas que iban a llevar a cabo, sirvió como almacén de municiones, armas, explosivos y demás material con el que cometer los atentados previstos y planeados y como lugar para ocultarse a los miembros del comando. Dicha vivienda, sita en la CALLE000 número NUM000 . NUM001 , fue alquilada por una persona a quien no se extendió la sentencia; tomando dicha persona, que actuó en nombre de ETA, la identidad de Moises Patricio .

Que a partir de septiembre de 1999 se fueron trasladando a Madrid los distintos miembros integrantes del comando, quienes fueron a vivir a diversas viviendas, donde alquilaban habitaciones, aunque los fines de semana

iban a vivir al piso que el comando poseía en Salamanca; regresando a sus viviendas en Madrid el domingo por la tarde-noche.

La referida sentencia, dictada por la Sección Tercera, es firme y no fue recurrida por la condenada Delfina Teodora .

DÉCIMO.- En rollo de Sala número 43/2004 de la Sección Tercera, con fecha 21 noviembre 2011, fue dictada sentencia, en la que, entre otros, fueron condenados Virgilio Nemesio y Abelardo Nazario , como autores de un delito de depósito de armas de guerra y de un delito de depósito de explosivos, en cuya resolución igualmente se declararon probados los siguientes hechos:

Que durante el periodo de tregua que concluyó el 25 de noviembre de 1999, directivos de la banda reunieron en Francia a varios de sus miembros, entre otros a Delfina Teodora ; realizando un curso de armas y explosivos, que dio lugar a la creación del grupo operativo denominado "BURO AHUSTE", cuyo lugar de actuación sería Madrid, si bien el piso de seguridad, a efectos de planear las acciones delictivas a cometer y guardar armas y explosivos estaría en la ciudad de Salamanca.

Que la vivienda de Salamanca, ubicada en la CALLE000 número NUM000 . NUM001 , fue alquilada a través de D. Ruperto Humberto , padre de la propietaria, Doña Candelaria Dolores , por una persona contra la que no se siguió dicha causa al no haber sido autorizada su entrega desde Francia) que utilizaba la falsa identidad de Moises Patricio .

Que a partir del mes de septiembre de 1999 comenzaron a trasladarse miembros del comando como los ya mencionados. Que en el curso del último trimestre de 1999 y durante el año 2000 se incorporaron al comando, entre otros, Virgilio Nemesio , Abelardo Nazario y otra persona (contra la que no se dirige la presente causa), quienes ocuparon el piso de la ciudad de Salamanca, a fin de organizar las informaciones que se iban recopilando, al tiempo que se hacían cargo del material explosivo recibido. El grupo terrorista "BURO AHUSTE" destinaba el piso de la ciudad de Salamanca a almacenar y preparar el material, armas, munición y explosivo que se recibía de la organización y que utilizarían en los hechos a cometer en Madrid.

En dicha sentencia se reseña igualmente que Delfina Teodora señaló en su declaración a Abelardo Nazario como receptor inmediato de las partidas de material explosivo, una de ellas de doscientos kilos de dinamita a fines de noviembre de 1999; señalando que la trasladó en un vehículo hasta Salamanca.

La sentencia mencionada, ratificada por la del TS de fecha 2 de octubre de 2012 , consideró acreditado que Virgilio Nemesio estuvo adherido temporalmente a las exigencias de la organización desde el curso de explosivos recibido en Francia y que se incorporó al grupo operativo

"BURO AHUSTE"; llegando a Salamanca a mediados de octubre de 1999; permaneciendo en el comando hasta septiembre del año 2000.

La referida sentencia no fue recurrida por Abelardo Nazario ; siendo desestimado el recurso de casación interpuesto por Virgilio Nemesio y otro condenado, en sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de octubre de 2012.

UNDÉCIMO .- *El atentado terrorista que causó la muerte al Teniente Coronel Don Cirilo Cristobal fue reivindicado por la banda ETA, mediante un comunicado publicado en el diario GARA de 8 de marzo de 2000. Además, en la publicación de ETA, ZUZEN, en el número 79 de febrero de 2004, titulada "ETA:HERRIAREN INDARRA!" ("ETA: ¡LA FUERZA DEL PUEBLO!") la banda terrorista relacionó por colectivos y, dentro de estos, por orden cronológico la mayoría de los atentados cometidos desde su nacimiento hasta la fecha de difusión del citado ZIZEN y en el apartado titulado "ESPAINAKO INDAR ARMATU ETA POLIZIALEN AURKA" (CONTRA LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICIALES ESPAÑOLAS), dentro del subapartado "Espainako Armadaren aurka" ("contra el Ejército español"), consta en Euskera: "21 de enero de 2000, acción llevada a cabo mediante explosivo contra el Ejército Español en Madrid, a consecuencia del cual resultó muerto el Teniente Coronel Cirilo Cristobal " .*

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

<< **FALLO .-** *Que debemos condenar y condenamos a Delfina Teodora , Virgilio Nemesio , Sixto Segismundo y Abelardo Nazario , en concepto de autores de un delito de atentado terrorista, con resultado de muerte, concurriendo alevosía, a las penas de treinta años de prisión, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de vivir en Madrid y de acercarse a las víctimas del atentado durante un periodo de cinco años, a cada uno de ellos.*

Igualmente condenamos a Delfina Teodora , Virgilio Nemesio , Sixto Segismundo y Abelardo Nazario , como autores de tres delitos de atentado terrorista, con propósito homicida, concurriendo alevosía, en grado de tentativa, a cada uno de ellos, a tres penas de veinte años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo



de la condena y prohibición de vivir en Madrid y de acercarse a las víctimas del atentado durante un periodo de cinco años, una por cada uno de los tres delitos referenciados.

Condenamos a Delfina Teodora , Virgilio Nemesio , Sixto Segismundo y Abelardo Nazario , como autores, cada uno de ellos, de dos delitos de estragos terroristas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a dos penas de quince años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de vivir en Madrid y de acercarse a las víctimas del atentado durante un periodo de cinco años, una por cada uno de los dos delitos de estragos cometidos.

Condenamos a Delfina Teodora , Guillermo Severiano y Abelardo Nazario , como autores de un delito de robo de vehículo de motor, perteneciendo a organización terrorista, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de tres años de prisión y *suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena*, a cada uno de ellos.

Condenamos a Abelardo Nazario e Virgilio Nemesio , en concepto de autores de otro delito de robo de vehículo de motor, perteneciendo a organización terrorista, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de tres años de prisión y *suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena*, a cada uno de ellos.

Condenamos a Delfina Teodora , Guillermo Severiano y Abelardo Nazario , en concepto de autores de un delito de falsificación de documento oficial, perteneciendo a organización terrorista, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de tres años de prisión y multa de doce meses, con una cuota diaria de doce euros, y suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a cada uno de ellos.

El límite de cumplimiento efectivo será de treinta años, de conformidad con el art. 76. b) CP vigente en la fecha de comisión de los hechos.

Respecto de los condenados Delfina Teodora , Virgilio Nemesio , Sixto Segismundo y Abelardo Nazario , en aplicación del art. 78 CP vigente en la fecha de los hechos, los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se referirán a la totalidad de las penas impuestas.

Los condenados Delfina Teodora , Virgilio Nemesio , Sixto Segismundo y Abelardo Nazario , indemnizarán conjunta y solidariamente a Melisa Violeta , en la suma de 300.500 Euros y a Nuria Angelina y a Fernando Melchor , en las sumas de 150.000

Euros, a cada uno de ellos. Así mismo, indemnizarán conjunta y solidariamente a Emilia Tania , en la suma de 10.000 Euros, por lesiones y secuelas; a Sonia Otilia , en la suma de 8.000 Euros, por lesiones y secuelas y a Noelia Lorenza en la cantidad de 2.000 euros, por lesiones y secuelas.

De las mencionadas cantidades serán descontadas las ya satisfechas por el Ministerio del Interior. Las referidas cantidades serán abonadas directamente por el Estado, hasta los límites establecidos en la Ley 29/2011, sin perjuicio de la subrogación del Estado en la titularidad de los derechos de crédito por las cantidades que hubieran percibido o perciban en el futuro las víctimas.

Dichos condenados indemnizarán igualmente de modo conjunto y solidario a los perjudicados relacionados en el apartado Sexto de los Hechos Probados, en las cuantías establecidas en el mismo, cantidades de las que se descontarán las ya percibidas, con derecho de subrogación por parte del Ministerio del Interior y del Consorcio de Compensación de Seguros, por las sumas satisfechas.

Imponemos a todos los condenados el pago de las partes proporcionales de las costas correspondientes a los delitos por los que cada uno ha resultado condenado, incluidas las de las Acusaciones Particular y Popular.

Abonamos a los condenados el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa, sin perjuicio de ulterior liquidación y compatibilidad con otras responsabilidades.

Notifíquese esta sentencia al Ministerio Fiscal, a las partes y a los interesados; haciéndoles saber que, frente a la misma, cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que deberá ser preparado ante esta Sala en el plazo de cinco días desde la última notificación>>.

3.- Con fecha 26 de marzo de dos mil catorce dictó Voto Particular la Ilma. Sra. D^a Clara Eugenia Bayarri García a la referida sentencia nº 2/2014 . Tal voto tras desarrollar con detalle su soporte argumental, expresa : *"... la sentencia debió ser absolutoria de Virgilio Nemesio y de Guillermo Severiano , y en todo caso, haber impuesto las penas previstas para el tipo, en su grado medio como punto de partida y, una vez ello verificado, aplicar la pena inferior en uno o dos grados atendida la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas para el resto de acusados..."*.



4.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el recurrente, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Virgilio Nemesio .

Motivo primero .- Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). **Motivo segundo** .- Al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente los arts. del CP de los delitos por los que el acusado ha sido condenado. **Motivo tercero** .- Al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente los arts. 123 , 124 y 126 CP .

5 .- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto **impugnando todos sus motivos**. Las **Acusaciones particular y popular impugnaron** igualmente los motivos, si bien aquella no se pronunció sobre el motivo tercero por no afectarle. La representación legal de Virgilio Nemesio evacuó el trámite subsiguiente de audiencia e instrucción presentando nuevo escrito. La Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Realizado el señalamiento para **Vista** se celebró la misma el día diecinueve de febrero de dos mil quince, con asistencia del Letrado del recurrente D. Iñigo Iruin en defensa de Virgilio Nemesio que solicitó que se **estimasen los motivos de su recurso** (el tercero solo subsidiariamente) **y se decretase la absolución de su defendido** . La Letrada de la parte recurrida D^a Vanesa María Santiago, en defensa de D^a Melisa Violeta solicitó la confirmación de la sentencia. La Letrado D^a María del Carmen Ladrón de Guevara en defensa de la Asociación de Víctimas del terrorismo informó también postulando la desestimación del recurso. El Ministerio Fiscal igualmente impugnó el recurso.

7 .- Con fecha nueve de marzo de 2015 se dictó Auto de prórroga del término para dictar sentencia por un plazo de veinte días.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se denuncia en el primer motivo amparado en el art. 852 LECrim , la vulneración del derecho a la **presunción de inocencia** : la condena se basaría fundamentalmente en las declaraciones policiales de una coacusada que no habrían sido objeto de ratificación, no ya en el juicio oral, sino ni siquiera en sede judicial durante la fase de instrucción.

El derecho a la presunción de inocencia -entre otras, STC 68/2010, de 18 de octubre - aparece configurado como regla de juicio que comporta la prohibición constitucional de ser condenado sin la base de pruebas de cargo válidas practicadas con las garantías necesarias y referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Se vulnera tal derecho cuando no hay pruebas de cargo válidas o cuando no se motiva el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no es razonable o concluyente el *iter* discursivo (Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, SSTC 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a -), o 126/2011, 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-).

Con pertinencia y demostración de un profundo conocimiento de la misma, se invoca la jurisprudencia constitucional y de esta Sala en un denso y bien trabado escrito de formalización aduciendo que la prueba de cargo valorada por la Sala es insuficiente para edificar la condena pues estaría constituida en exclusiva por la declaración policial de una coimputada, no ratificada en sede judicial, y prestada, según la declarante, bajo presión y malos tratos. No confluirían otros elementos acreditadores por sí de la participación del recurrente en el atentado por el que ha sido condenado, como exige la doctrina jurisprudencial. No existiría, prueba de cargo, pues tal declaración no es prueba en rigor desde ningún punto de vista y los otros indicios aducidos distan mucho de ser concluyentes.

Se invocan precedentes tanto de esta Sala como del TC a tenor de los cuales, según interpreta el recurrente, el valor de los testimonios en sede policial sería nulo. No podrían ser utilizados a ningún efecto. Pese a ello, la Sala de instancia no oculta, en el sentir del impugnante, que en buena parte su convicción de culpabilidad descansa sobre esa declaración policial que, además, viene rodeada de circunstancias que empañarían su fiabilidad (es el tercero de los varios interrogatorios que se sucedieron en dependencias policiales y en un régimen de incomunicación). Pese a que la Audiencia hace protesta expresa de conocer y atender a esa doctrina, en realidad no respetaría esas limitaciones.



Antes de adentrarnos en el estudio de esa temática, no totalmente cristalina pero nuclear en el argumentario del recurrente, resulta adecuado prescindir, en abstracto y como método de examen, de esa declaración, para inventariar y valorar el mosaico de elementos probatorios diferentes con que se cuenta. Solo en un momento posterior, distinguiendo así conceptualmente ambos escalones, deberíamos discutir si podemos añadir a ese marco probatorio ese elemento -declaración en policía tomada como hecho probado y no como prueba en sí (seguramente eso explica que extrañamente -"sorprendente" para el recurrente- en el *factum* se recoja esa declaración que no forma parte del hecho justiciable)-; en qué medida y con qué naturaleza; y si sería o no prescindible para la convicción de culpabilidad alcanzada; es decir si su concurso es absolutamente necesario para entender legítimamente desmontada la presunción constitucional de inocencia. En caso de no ser así podremos orillar ese debate.

Es una estrategia metódica y expositiva que no desconoce que en último término la labor de valoración probatoria no es fragmentable. Solo en los casos en que se declarara la inutilizabilidad radical de una prueba será exigible una cuidadosa y escrupulosa disciplina mental para prescindir totalmente de los resultados de esa prueba viciada repeliendo incluso un subliminal o no exteriorizado influjo.

SEGUNDO.- Los hechos objeto de acusación vienen constituidos por la participación del recurrente en el atentado terrorista cometido en Madrid el 21 de enero de 2000 y en la sustracción previa instrumental de un vehículo así como la manipulación de su matrícula. No se debate en casación la participación de los otros condenados. A ese dato, derivado de su pasividad procesal (no han interpuesto recurso) no puede atribuírsele alcance probatorio alguno. Consentir una sentencia condenatoria sin hacer uso del derecho a recurrir en casación no significa gran cosa cuando la virtualidad práctica de una estimación por virtud del art. 76 CP (y/o 78) va a ser nula. Se advierte ya ésto también para anunciar desde este pórtico que la posición procesal de otros acusados en relación a sentencias condenatorias anteriores que es enfatizada por el Tribunal de instancia carece de valor indiciario. Es más en buena medida -aunque aquí ahora es inútil a la vista de la respuesta que se va a dar- los argumentos blandidos en el recurso consentirían con facilidad, de ser aceptados, su extrapolación a los condenados no recurrentes (art. 903 LECrim).

El atentado fué llevado a cabo por el *comando Madrid*, talde BURO AHUSTE según había sido bautizado internamente por la banda terrorista. Otros hechos concomitantes (tenencia de explosivos, pertenencia a banda armada) han sido ya enjuiciados.

Tal comando se constituyó en 1999 durante la tregua decretada por ETA. El asentamiento en su lugar operativo fue precedido de un periodo de adiestramiento en Francia de sus integrantes (Delfina Teodora - Prima , Virgilio Nemesio - Chapas : es el recurrente-, Sixto Segismundo - Cerilla -, Guillermo Severiano - Sordo - y Abelardo Nazario - Gallina -, además de otra mujer) en fechas anteriores y al menos durante el mes de agosto de ese año.

En septiembre de 1999 *Cerilla* alquiló un piso en Salamanca que había de servir de centro de operaciones desde el que desplazarse regularmente a Madrid. A mediados de octubre de 1999 se establecen en esa zona (Madrid-Salamanca) los miembros del comando. Salamanca es la ciudad en la que se alojan, al menos los fines de semana.

El ahora recurrente acepta su estancia en Salamanca en ese periodo. Allí, en el piso, aparecerán posteriormente (2001) huellas pertenecientes a él.

También ha admitido en su declaración en el plenario que se desplazó en alguna ocasión a Madrid. De hecho, en 2001 en uno de los pisos utilizado por la banda se encontró una prenda de abrigo -una trenka- usada por él (se detectaron restos genéticos suyos: ADN); aunque es preciso apresurarse a consignar que ese piso había sido alquilado después de su abandono del "talde" y que hay rastros biológicos que permiten inferir que la prenda podía haber sido utilizada también por otra persona (lo que necesariamente debió suceder a la vista de la fecha de ocupación de ese piso por miembros de ETA).

Nadie debate o cuestiona seriamente -tampoco la defensa- que la instalación de ese grupo de integrantes de ETA en esa zona geográfica (Salamanca como ciudad lanzadera hacia Madrid) tenía como objetivo servir de refugio, planificar la actuación, diseñar objetivos, almacenar armas, explosivos, matriculas falsas, material... Así lo vino a confirmar lo ocupado en el registro realizado meses después.

El 15 de noviembre de 1999 (fecha contrastada y acreditada por la denuncia efectuada por la propietaria del turismo) Delfina Teodora -si atendemos a su declaración policial- y otros sustraen un Renault Blanco en Madrid. Le sustituyeron las placas de matrícula. Será este el coche utilizado para huir tras el atentado del 21 de enero enjuiciado. Fue explotado. La intervención -no se sabe con qué acciones concretas- de la coacusada Delfina Teodora en el atentado aparece no solo reconocida por ella en su declaración policial sino corroborada por una nota que es encontrada en el domicilio de Salamanca con datos de su puño y letra de una calle que



vehementemente sugiere esa participación (aunque estrictamente son imaginables hipótesis alternativas en virtud de las cuales ella siendo autora de ese texto, no participase directamente o ni siquiera indirectamente en el atentado). Las manifestaciones de Delfina Teodora en policía en este extremo están respaldadas por este y otros elementos (como la aparición de huellas de las personas a las que había señalado como integrantes del comando).

El 4 de enero de 2000 se sustrae un Renault Clio en Madrid (en su declaración policial Delfina Teodora dirá que esa sustracción fue obra de Sixto Segismundo y del ahora recurrente, Virgilio Nemesio).

El atentado se produjo el 21 de enero de 2000. Consecuencia del mismo fue el fallecimiento del Teniente Coronel Cirilo Cristobal (Delfina Teodora en sede policial se autoinculpa señalando como copartícipes a Virgilio Nemesio , Sixto Segismundo y Abelardo Nazario aunque no indica respecto de todos y cada uno su actuación concreta). Huirán en el coche robado en noviembre, según esas manifestaciones de Delfina Teodora avaladas posteriormente por la aparición de unas placas de matrícula y el antedicho manuscrito en el piso de Salamanca.

TERCERO .- El material probatorio existente, prescindiendo de las declaraciones en sede policial por parte de Delfina Teodora (detenida en noviembre de 2001 junto con una persona aquí no enjuiciada tras otro atentado), viene integrado por los elementos que a continuación se sintetizan.

El recurrente Virgilio Nemesio acepta:

a) Que pertenecía en aquellas fechas a ETA.

b) Que permaneció en Salamanca enviado por ETA dos meses: octubre y noviembre. Se fue en noviembre porque le *agobiaba* el sistema de alojamiento en Madrid (en la causa en la que se le condenó por pertenencia a ETA y tenencia de explosivos manifestó, al parecer, que se había ido en octubre, dato ahora ligeramente variado para alargar su estancia hasta noviembre).

c) Tras negarlo de forma poco rotunda y casi equívoca, acepta en el juicio oral que durante ese tiempo vino en alguna ocasión a Madrid "a conocer la ciudad" (dos o tres veces).

d) Es posible que la trenca donde apareció su perfil genético ocupada en el piso de ETA de Madrid sea suya. Brinda una explicación: podía habérsela dejado en Salamanca y que luego alguien la recogiese allí y la emplease (se puede apostillar, aunque es un dato muy marginal y minimizable, que es más natural abandonar ropa de abrigo en un mes de julio que en un mes de noviembre). El piso donde apareció la trenca fue alquilado por el comando en fechas muy posteriores a la marcha de Virgilio Nemesio (tanto si atendemos a su versión como si se admite su estancia en Madrid en Enero de 2000). Aún siendo más natural que sea él quien abandona la prenda en Madrid, frente a la hipótesis de que desde Salamanca alguien la hubiese traído a Madrid al piso que se alquiló con posterioridad, ambas alternativas son razonablemente posibles. Aceptados por él sus desplazamientos a Madrid no añade este dato nada especialmente relevante.

Por otra parte tenemos que:

a) En Salamanca, en el piso citado, se ocuparon en noviembre de 2001 armas, municiones, 13,750 kgr. de Tytadine, detonadores, temporizadores, un manual de fabricación explosivos, útiles para sustracción coches, planos de Madrid, notas manuscritas con instrucciones para montaje de explosivos... También la placa original del coche utilizado para el atentado de 21 de enero, así como otras placas falsas y material para falsificaciones como la utilizada para el Renault blanco. Los temporizadores hallados comparten marca y modelo con los empleados en el atentado enjuiciado. Algunas de las matrículas incautadas habían sido robadas en Madrid en noviembre de 1999. Esto indica que desde el inicio los ocupantes de tal piso realizaron tareas encaminadas directamente a perpetrar atentados terroristas, lo que, por otra parte, casi es una obviedad.

b) En una nota confeccionada por Delfina Teodora aparece el dato del lugar donde se colocó el coche bomba del 21 de enero, según ya se ha resaltado.

c) En el piso aparecieron cuatro huellas de Virgilio Nemesio (al parecer, unas en un boletín de la Comunidad de Madrid del seis de marzo-¿de 2000?--; otras en una guía de Aragón).

d) La coacusada Delfina Teodora a preguntas en el juicio oral de la defensa de este recurrente coincidió en expresar que Virgilio Nemesio estuvo con ellos en el Comando los meses de octubre y noviembre.

En la sentencia de 21 de noviembre de 2011 (luego confirmada por este TS) se condenó a Virgilio Nemesio y Abelardo Nazario por tenencia de armas de guerra y explosivos en virtud del material incautado en Salamanca. Se afirma que Virgilio Nemesio se incorporó a ese comando en el último trimestre de 1999 y que entre todos organizaban las informaciones que recopilaban y utilizaban el piso para preparar lo necesario para los atentados a cometer en Madrid.



Tal sentencia -que no nos vincula: no existe prejudicialidad penal positiva en el proceso penal- afirma que Virgilio Nemesio llegó a Salamanca tras el curso de explosivos recibido en Francia y que estuvo adherido al comando BURO AHUSTE hasta **septiembre de 2000** (fecha no coincidente con la desvelada en su día por Delfina Teodora y que parece ser un lapsus en la fijación del mes no relevante en su contexto).

No bastan esas referencias a otra sentencia para entender eso probado en este proceso. Es necesario que la actividad probatoria aquí desplegada sea apta para sostener esa afirmación que no puede apoyarse en prueba practicada en otro proceso, aunque aquél lo fuese con la intervención y presencia como parte del mismo acusado.

Este material ha permitido a la Sala de instancia estimar probado de forma concluyente:

- a) Que el atentado de 21 de enero de 2000, primero cometido por este comando tras la tregua, se gestó en los dos meses anteriores por un grupo que operaba en Madrid y desde Salamanca.
- b) Que los integrantes de ese comando se reunían en Salamanca (allí aparecieron matrículas, explosivos, notas realizadas por quien podría considerarse lógicamente si no uno de los partícipes directos, sí cooperador - Delfina Teodora -).
- c) Que era un comando integrado por pocas personas lo que es, por otra parte, forma normal de operar.
- d) Que al menos durante octubre y noviembre de 1999 y - probablemente- durante unos meses más Virgilio Nemesio perteneció activamente a ese comando.

De este cuádruple soporte puede inferirse de forma indiciaria pero igualmente concluyente:

- a) Que Virgilio Nemesio, que estaba integrado en ese comando y que después de una fase de adiestramiento permaneció al menos un mes y medio en Salamanca desplegó una actividad por encargo de la Banda terrorista consistente en preparativos para futuros atentados. No es lógico pensar que se limitó a "estar" y que si viajó a Madrid alguna vez fue para "conocer" la ciudad. No es creíble un papel puramente decorativo, expectante, pasivo o desconocedor de las labores del resto del muy reducido colectivo humano.
- b) Que necesariamente ayudó o colaboró con la recepción de todo el explosivo que se les proporcionó en noviembre y en su posterior custodia (está ya condenado por eso, en virtud de pruebas que han estado igualmente presentes en este proceso).
- c) Que no podía ser ajeno a la sustracción de vehículos y manipulación de sus placas: es absurdo pensar que se mantiene al margen a uno de los miembros del comando adiestrado previamente por la organización para el manejo de explosivos y otras labores y que los preparativos -acopio de información, sustracción de coches, colocación de matrículas, custodia de dinamita- se hicieron a sus espaldas y sin contar con él.
- d) Que inevitablemente debía de conocer (otra hipótesis es absurda) que dentro de los objetivos que se buscaban con la estancia en Salamanca y esas tareas (viajes a Madrid, recepción y custodia de enorme cantidad de explosivos, sustracción de vehículos...) no estaban excluidos (antes bien había que presumir lo contrario) los atentados provocando daños personales (sin descartar el asesinato) y materiales.
- e) Que todas sus acciones (fuesen unas u otras) y su apoyo real a ese grupo terrorista estaban contribuyendo eficazmente a esa finalidad propuesta como objetivo cercano y próximo: cometer atentados terroristas en Madrid. Había confluencia y concurso en un proyecto común compartido, proyecto que el recurrente asumía como propio: era la finalidad de su estancia en Salamanca con "sacrificio" personal (alejamiento de su novia), de sus desplazamientos a Madrid, de su previo adiestramiento y de toda su actividad esos meses.
- f) Que cuando abandonó el comando (ya fuese a finales de noviembre, como ha venido a indicar finalmente él, ya fuese varios meses después como se ha proclamado en la anterior sentencia dictada contra él y se reafirma en la de instancia objeto de censura casacional), lo hizo sin abdicar de su actividad anterior, sino por otras razones que en modo alguno exteriorizaban una desvinculación ni de ETA ni de su actividad: lo acepta él mismo. Siguió amparado por ETA con cuyo aparato de falsificación contaba para huir primero a Francia unos meses más tarde y luego finalmente a Canadá. La explicación aducida de por qué se fue a finales de noviembre (ya se habían recibido los explosivos) según su versión es, desde luego, fútil (su novia enferma -luego, sin embargo, siguió escondido durante meses-; le agobiaba vivir con personas ajenas a ETA); pero, además, en ningún caso representa el *actus contrarius* que permitiría hablar de un desistimiento activo penalmente relevante, al tratarse de una acción planificada colectivamente (art. 16.3 CP : "*cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados*" . Declarada con toda lógica aplicable a la conspiración la figura del desistimiento, ha de serlo íntegramente, es decir también con esa



modulación). Explicó que estaba alterado. No quería que su nerviosismo pusiese en peligro al resto del grupo (lo que parece expresión no de apartamiento de los hechos o revocación de su voluntad confluyente hasta ese momento con la del resto, sino mas bien del deseo de que "saliesen bien" los atentados planificados y no se "estropeasen" por algún descuido suyo). Expuso en su declaración -y en esto coincide con la declaración en el juicio oral de Delfina Teodora - que iba a ser un peligro de seguridad y decidieron entre todos que lo mejor es que se fuera de allí. Debe destacarse que los alojamientos en habitaciones alquiladas y no en pisos no se efectuaron en un momento dado y de manera simultánea, como demuestra la prueba testifical; sino escalonadamente y quedando abierto el piso conjunto de Carabanchel hasta enero de 2000 así como el de Salamanca (Delfina Teodora alquiló en diciembre de 1999; Abelardo Nazario no alquilaría hasta febrero). Esto evapora en buena medida el valor exculpatorio o de conraindicio que quiere conferirse a la ausencia de prueba sobre el arrendamiento de algún piso o habitación en Madrid por su parte.

g) No hubo ningún atentado anterior. La cercanía cronológica entre su hipotética desvinculación del comando - que no de ETA- y la perpetración del atentado convierte en racionalmente concluyente que su actuación durante esos meses contribuyó de forma activa y consciente a la ejecución de ese atentado, más allá de que pudiese desconocer la fecha exacta o la identidad concreta de la víctima finalmente elegida. Es más que probable que participase directamente en el atentado y que en enero de 2000 no hubiese abandonado el comando. Pero desde luego no cabe duda alguna de que tenía que ser consciente de que toda su actuación durante los meses anteriores (adiestramiento, actividades en Salamanca, desplazamientos a Madrid, recepción de explosivos, sustracción de vehículos) estaba encaminada a cometer en plazos próximos y breves atentados en Madrid del tipo del acaecido. Aunque se hubiese ido días antes estaríamos ante una cooperación necesaria, si no coautoría. El delito se consuma el día 21 de enero de 2000. Los preparativos comienzan mucho antes. En ellos colabora activamente el acusado. No puede decirse que por, eventualmente, haber huido unas semanas antes carece de toda responsabilidad en esa muerte cometida con alevosía. ¿Y si se hubiese ido el día de antes? ¿Y diez días antes? ¿Y si hubiese permanecido ese día en Salamanca por razones de control o de infraestructura o de reparto de roles? No es creíble y es descartable la hipótesis de que ese atentado se gestase a sus espaldas; o que fuese una ocurrencia repentina surgida tras su aducida y no demostrada marcha días antes. Si se ha condenado como cooperador necesario a quien facilitó información de la persona contra la que se iba a atentar -aunque la facilitase tiempo antes- cuanto más ha de considerarse partícipe a quien se ha implicado activamente en tareas del comando más esenciales y más próximas mientras se gestaba y preparaba esa acción criminal llevada a cabo en grupo y como objetivo compartido por todos sus integrantes. Es penalmente irrelevante que conociese o no la identidad de la víctima o la fecha finalmente elegida.

Esta conclusión supone descartar las hipótesis alternativas imaginables o blandidas por ser altamente inverosímiles. Lo son en efecto:

- a)** Que no podía intuir que su colaboración y actividad iba destinada a perpetrar un atentado con un resultado letal como los que caracterizaban la actividad de ETA.
- b)** Que su adiestramiento en Francia obedecía a finalidades distintas excluyentes del atentado contra personas.
- c)** Que fue deliberadamente marginado de la actividad del comando que le mantuvo en la ignorancia de que su contribución se iba a utilizar para ejecutar atentados terroristas del tipo del desgraciadamente acaecido (coche bomba explosionado).
- d)** Que al recibir y custodiar el material explosivo albergaba la esperanza de que su destino se ceñía a causar desperfectos en bienes o propiedades, y su uso con esa otra finalidad representaría un exceso que no le es achacable.

La acción puntual -hechos del día 21 de enero- le es atribuible porque, de forma indiciaria pero concluyente, la Sala ha podido afirmar que contribuyó activamente a su producción bien fuese con una intervención directa (como sostiene la sentencia y como le atribuye la policía y manifestó Delfina Teodora) o, al menos, previamente con actos inequívocamente encaminados a perpetrar un atentado de esa o similares características en Madrid una vez finalizada la tregua. Esta forma de argumentar es expresamente utilizada por la sentencia de instancia como fórmula de cierre: considera probada su participación directa en los hechos pero argumenta también indicando que aunque no hubiese tenido intervención directa e inmediata en el hecho sería igualmente coautor (imputación recíproca): párrafos finales del fundamento de derecho undécimo (décimo primero según se le designa en la sentencia).

CUARTO .- Estos materiales trenzan una base probatoria sólida capaz de sostener la convicción de culpabilidad proclamada por la Sala de instancia: no es una conclusión arbitraria, irracional, demasiado abierta o frágil afirmar como hace la Audiencia que el recurrente cooperó de manera activa, consciente y deliberada a esa acción criminal de la que se derivó un resultado de muerte y otros plurales de lesiones así como daños materiales mediante conductas integrables en la coautoría; y ello con independencia de que en la acción final



material aportase una colaboración decisiva concreta (como manifestó la co-acusada) o no (si, aceptando sus manifestaciones exculpatorias, admitiésemos la hipótesis de que había abandonado días antes el comando, lo que, desde luego, es posible, pero encaja mal con el cuadro probatorio globalmente contemplado).

Que la actuación colaboradora finalice antes de la comisión efectiva de los hechos previstos y queridos por el partícipe, no cancela su responsabilidad penal. Esto es una idea clara presente en la jurisprudencia. Para sostener lo contrario habría que demostrar que ese apartamiento obedecía a un *retorno* a una actitud de respeto a la legalidad (aquí hay pruebas de la ausencia de ese acto de voluntad); o que al tiempo de su contribución material y activa ignorara el propósito final, es decir que careciera de dolo de contribuir a la perpetración de acciones terroristas con resultado de muerte o estragos. Ni una ni otra cosa son pensables aquí. La afirmación de su responsabilidad penal viene de la mano de una conducta activa. No es necesario acudir a una alambicada construcción con la base del art. 11 CP (actuación anterior que genera el deber de evitar): vid art. 16.3 CP que exige para la relevancia excusante del desistimiento individual en el caso de coparticipación, algo más que el abandono unilateral.

La contribución penalmente relevante a un acto punible (en este caso un asesinato) puede producirse -esto es una obviedad- con anterioridad al inicio de los actos ejecutivos. Si quien ha realizado un aporte con una intención nada equívoca (almacenar explosivos en Salamanca, robar vehículos, preparar placas de matrícula para eventuales falsificaciones, viajar a Madrid para vigilancias, todo ello después de haber recibido durante un tiempo adiestramiento por cuenta de una organización terrorista en el manejo de explosivos y armas e integrado en lo que se conoce como "comando" es actividad nada ambigua: difícilmente se puede negar que quien la despliega conoce que sus acciones van encaminadas y están contribuyendo a la posible comisión de atentados terroristas en la capital), abandona esa acción conjunta por motivos que no implican la sustitución de la voluntad delictiva por otra de *retorno a la legalidad* (vid. SSTS 527/2009, de 22 de mayo o 881/2012, de 28 de septiembre) que se sitúa como fundamento del desistimiento, dejando su culminación en manos de otros, responderá penalmente por el resultado independientemente de que se haya mantenido al margen cuando se desarrollan los actos ejecutivos.

Es tópico en la doctrina al tratar de esta problemática clásica en el derecho penal -no solo en nuestro ordenamiento- del desistimiento en la participación delictiva y en los actos preparatorios punibles, el ejemplo de quien facilita el arma a quien le ha revelado su intención de causar una muerte; incluso -puede adornarse el ejemplo- a quien lo que le ha exteriorizado no es una intención firme, sino puramente eventual (no ha tomado la decisión de ejecutar el homicidio pero baraja esa posibilidad y así lo hace saber al requerido cuando le pregunta para qué quiere el arma). Si se la proporciona y el homicidio se ejecuta finalmente con ella (aunque fuese semanas o meses después), será cooperador de tal acción en sentido penal. Para que su *desistimiento voluntario* (se arrepiente de haberle facilitado la pistola y así se lo comunica con claridad a quien se la pidió) fuese eficaz le son exigibles acciones contrarias que *neutralicen su aportación*. Debe *arrebatarle* el arma -explican los tratados y monografías- si está en sus manos; le es exigible, quizás no necesariamente la denuncia (que algún tratadista sí llega a requerir como hizo uno de nuestros códigos históricos en tesis no compartible), pero sí al menos no solo la exteriorización de la revocación de su voluntad de contribuir a esa acción delictiva sino actos que revelen un intento serio de impedirlo. *Que haga todo lo posible por impedir el hecho* es la fórmula simple y comprensible que usa un afamado tratadista. Ni siquiera bastaría con la revocación de su promesa o compromiso previamente asumido de ayudar en la ejecución. Es claro que la conducta del ahora recurrente está en las antípodas de esa actitud (llega a aducir en el juicio oral que no quería que su nerviosismo pusiese en peligro las acciones y el grupo).

Es absolutamente indiferente que se hayan iniciado o no los actos ejecutivos en el momento en que se produce ese apartamiento (anuncia que no colaborará más con ese proyecto). También lo es que todavía en ese instante la decisión condicionada no sea segura (el ejecutor material, es decir, quien recibió el arma, todavía no ha resuelto de forma definitiva sobre la comisión del hecho). Estas son las ideas que laten tras el art. 16.3 CP, en sintonía con la regulación de otros ordenamientos y una larga tradición de debate doctrinal. No podemos proyectar esa exención contemplada en el art. 16 para la tentativa a supuestos no expresamente abarcados en la norma prescindiendo de esas premisas que no puede desgajarse si, como entienden jurisprudencia y doctrina, se traslada la institución del desistimiento a los casos de actos preparatorios punibles, en una admisible analogía *in bonam partem* preñada de una lógica apabullante.

Facilitar un arma de fuego a otra persona -siguiendo con el símil usado- puede constituir una cooperación necesaria a un delito de tenencia ilícita de armas si quien la recibe carece de licencia. Si el arma se le facilita ante la intención conocida de perpetrar un homicidio, el castigo por delito de tenencia ilícita de armas no abarcará todo el desvalor de la acción. Si el homicidio se produce usando el arma quien la proporcionó merecerá ser castigado como cooperador de tal homicidio. Incluso también en aquéllos casos en que la comisión de ese homicidio era una eventualidad conocida y asumida, pero no un propósito firme y decidido.



Descendamos de nuevo al asunto objeto de casación: la sanción del recurrente por los delitos de tenencia de explosivos e integración en banda armada, no cubre su eficaz contribución no retirada a la perpetración de un asesinato, suceso que necesariamente asumía como probable consecuencia de sus tareas en ese comando. Por tanto aún en la hipótesis más favorable al recurrente (que el día que se produjo el asesinato no estaba en Madrid y había abandonado el comando unas semanas antes), ha de considerársele penalmente responsable del mismo.

La STS 503/2008, de 17 de julio en un asunto referido también a atentados terroristas no encuentra obstáculo para condenar por los múltiples asesinatos perpetrados a quien había proporcionado los explosivos usados con relativa antelación actuando además sin dolo directo a diferencia de lo que sucede en este caso. No fue relevante que su relación con los autores materiales hubiese cesado días antes, ni lo es que en aquel caso, a diferencia de lo que sucede ahora, ni siquiera pudiese hablarse propiamente de un expreso *pactum scaeleris* entre el cooperador anterior y los autores materiales, lo que aquí sí se produce aunque sea imaginable que el objetivo concreto pudiese estar todavía sin fijar o estuviese relativamente indeterminado. En el supuesto analizado en tal precedente se estimó suficiente el dolo eventual: "... la jurisprudencia ha entendido que es cooperador el que realiza una aportación relevante al hecho de otro, con actos anteriores o simultáneos a la ejecución. Igualmente se ha entendido que constituye cooperación la promesa de aportación posterior al hecho, en cuanto suponga un apoyo a la ejecución mediante la garantía de una actuación posterior que se asegura previamente. La importancia de la aportación, según el caso, determinará que la cooperación se valore como cooperación necesaria del artículo 28, o como complicidad, prevista en el artículo 29 y más levemente sancionada.

En cualquiera de los casos, la doctrina y la jurisprudencia han exigido en el cooperador un doble dolo. Debe abarcar, de un lado, el hecho que realiza, o que va a realizar, el autor, cuyo propósito debe conocer en sus aspectos esenciales, y de otro, que su aportación supone una colaboración, lo que implica que el cooperador ha de conocer la finalidad con la que aquella va a ser utilizada por el autor, siendo consciente de que con ella se facilita de alguna forma relevante la ejecución de aquel hecho, al menos mínimamente determinado. Se ha admitido que, en este sentido, es bastante el dolo eventual, de forma que no es preciso que el cooperador oriente su conducta de modo directo a la facilitación del hecho del autor principal cuyo propósito de ejecución conoce.

Según la doctrina de esta Sala, actúa con dolo eventual el que conoce que con su conducta crea un peligro concreto, jurídicamente desaprobado, de realización del tipo. Quien sabe que con su conducta crea un peligro concreto de realización del tipo más allá del riesgo permitido y a pesar de ello la ejecuta, demuestra aceptación o, cuando menos, indiferencia acerca del resultado, lo que hace posible su atribución. Al resultar innecesario establecer la aceptación expresa del resultado, basta con que las circunstancias permitan afirmar desde un examen externo que el sujeto conocía las probables consecuencias de su conducta, porque era imposible desconocerlas dadas las circunstancias, y que a pesar de ello, la llevó a cabo.

Cuando se trata de un cooperador, el dolo eventual deberá manifestarse en el conocimiento, de un lado, de la probable intención del autor principal, y además, de otro lado, en el de las probables consecuencias de su aportación respecto a la ejecución por el autor principal de un hecho mínimamente determinado. Es esta identificación del hecho del autor, directamente relacionada con la aportación del cooperador, lo que permite considerar que se trata de peligro concreto. Por lo tanto, el cooperador debe conocer que existe el peligro concreto de realización del tipo por parte del autor principal, y que su aportación significa un incremento de tal riesgo. La importancia de su aportación, reflejada en el nivel de incremento del riesgo, determinará la imputación como cooperador necesario o, en un estrato inferior, como cómplice.

La existencia de dolo eventual respecto de la acción del autor principal y de su resultado, depende en gran medida de las circunstancias fácticas en las que se produce o se enmarca la aportación del cooperador, entre ellas, de una cierta inmediatez temporal entre ambas. Aumentarán las posibilidades de apreciar dolo eventual en proporción inversa a las opciones fácticas derivadas directamente de la aportación, en función de su propia naturaleza y de aquellas circunstancias. Dicho de otra forma, si la aportación solo conduce racionalmente a uno o a unos pocos resultados de similar gravedad, altamente probables, respecto de cualquiera de ellos existirá dolo eventual en el cooperador.

*En la STS nº 258/2007, de 19 de julio, se señalaba: "En la doctrina reciente es discutido si el dolo del partícipe, especialmente del cooperador, debe ser referido sólo a la prestación de ayuda o si además se debe extender a las circunstancias del hecho principal. Sin embargo, la opinión dominante mantiene el último punto de vista, es decir, el de la doble referencia del dolo, el llamado "doble dolo", de caracteres paralelos al requerido para la inducción. Consecuentemente, el dolo del partícipe, como lo viene sosteniendo nuestra jurisprudencia, requiere el conocimiento de la propia acción y, además, de las circunstancias esenciales del hecho principal que ejecuta el autor, en el que colabora. Dicho con otras palabras: el partícipe debe haber tenido una representación mental del contenido esencial de la dirección del ataque que emprenderá el autor. **No se requiere, por el contrario,***



conocimiento de las particularidades del hecho principal, tales como dónde, cuándo, contra quién, etc. será ejecutado el hecho, aunque éstas pueden ser relevantes, en algún caso, para determinar la posible existencia de un exceso, por el que el partícipe no está obligado a responder".

El artículo 568 del Código Penal sanciona la conducta consistente en el suministro ilegal, de cualquier forma, de sustancias o aparatos explosivos. En el artículo 573 se agrava la pena quedando comprendida entre seis y diez años cuando los hechos son cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con las bandas armadas, grupos u organizaciones terroristas. En realidad, cuando se trata del suministro a tales grupos, la conducta constituye un acto de colaboración específicamente penado en el artículo 573. En estos casos, el conocimiento de que el suministro se hace a tal clase de grupo no implica por sí mismo responsabilidad por los actos cometidos por dicho grupo con los explosivos suministrados.

*A su vez, el artículo 576 describe y sanciona el delito de colaboración con grupos terroristas. Y establece en el párrafo último que **cuando la colaboración se concreta en información o vigilancia de personas que ponga en peligro su vida, integridad física, libertad o patrimonio y llegue a ejecutarse el riesgo prevenido, el hecho se castigará como coautoría o complicidad según el caso.** En realidad, en estos casos, que no pueden interpretarse como de responsabilidad objetiva, se reconoce legalmente la existencia de dolo eventual, dada la naturaleza de la colaboración, que implica el conocimiento por parte del cooperador respecto del incremento del peligro concreto de que el autor ejecute el tipo delictivo contra los bienes jurídicos mencionados.*

*Y más adelante: "... El artículo 28.b) del Código Penal establece que serán considerados autores "los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado". La jurisprudencia ha seguido distintas teorías doctrinales para diferenciar la cooperación necesaria de la complicidad, distinción ineludible dado el sistema seguido por la ley española. Así, se ha referido a la teoría de la *condictio sine qua non*, a la teoría de los bienes escasos o a la del dominio del hecho. Dejando a un lado la cuestión de si quien aporta una colaboración decisiva en fase de ejecución debe ser considerado cooperador necesario o más bien un coautor en cuanto que ejecuta conjuntamente, **la teoría del dominio del hecho debe ser descartada en los casos en los que la aportación del colaborador se produce en la fase preparatoria,** pues entonces no dispone del dominio del hecho, ya que cuando se produce la ejecución ya está fuera de su control, dado que su aportación ha finalizado previamente y no puede ser retirada.*

En un contexto criminológico radicalmente diferente, pero paralelo en lo que es el discurso dogmático sobre la coautoría, la STS 606/2010, de 25 de junio niega asimismo valor exculpatorio al hecho de que el directivo de una empresa cesase en su cargo varios meses antes de la consumación del delito contra la hacienda comunitaria que venía preparándose desde antes con su concurso -activo o meramente omisivo-. "La imputación a título de cooperador necesario -se lee en tal sentencia- no implica que la participación se mantenga hasta la total consumación. Basta que, durante la ejecución, se contribuya con actos sin los cuales aquélla se habría obstaculizado de manera trascendente".

Es contrario a toda lógica -y también al derecho penal- pensar que quien ha contribuido a preparar un hecho delictivo con pleno conocimiento y con ánimo y voluntad de autor, en coordinación de intenciones y confluencia de voluntades con otros en un proyecto común, pretenda desentenderse de las consecuencias de sus actos con el argumento de que no intervino directamente en las acciones últimas directas. Tampoco es viable sostener que la condena por un delito de tenencia o tráfico de explosivos (vid STS antes citada 503/2008) impide la condena por los resultados del uso conocido y querido que se iba a dar a esos explosivos, con la disculpa de que no se participó en la estricta ejecución. Recibir, almacenar y custodiar explosivos con la intención de atentar contra personas, objetivo que finalmente es alcanzado, constituye algo más que un delito de tenencia de explosivos. Es, además de un delito de depósito o tenencia de explosivos, y, en su caso, de pertenencia o colaboración con banda armada, cooperación a los delitos de asesinato y estragos producidos (art. 576 CP).

QUINTO .- Puede detenerse ahí nuestro examen. Aunque por respeto a la solvente argumentación del recurrente se hace aconsejable apuntar algo más sobre lo que es el eje basilar del recurso que deliberadamente hemos orillado en los anteriores fundamentos. En este contexto ¿serían utilizables también, aunque sea con un valor secundario o marginal y accesorio corroborador o de confirmación, las declaraciones policiales de Delfina Teodora indicando que el recurrente participó también en concreto en la colocación y explosión del coche bomba que acabaría con la vida del militar?

Sobre el valor de las declaraciones realizadas en sede policial y no ratificadas judicialmente se ha ido desarrollando una jurisprudencia no lineal en evolución y con no pocos matices y modulaciones. Aquí, además, no estamos ante una declaración autoinculpatoria, sino ante las manifestaciones inculpativas de una coacusada en sede policial lo que hace todavía más endeble, si no nulo, su valor. Habría que combinar la doctrina sobre el alcance de las declaraciones del coprocesado (por sí solas no bastan para destruir la presunción



de inocencia: es preciso que tengan elementos corroboradores); con las singularidades de una declaración realizada en sede policial. Ésta carece por sí de valor de prueba en nuestro ordenamiento. Según nuestro TC sí puede ser *objeto de prueba* y como tal, demostrada su realidad y su regularidad. Puede ayudar también a conformar la convicción judicial aunque con notables condicionantes y limitaciones que ahora no se hace preciso especificar (por todas y como más reciente STS 173/2015, de 17 de marzo). Es preciso que se acredite en el plenario que se produjeron esas manifestaciones; además que se vertieron rodeadas de las garantías legales, sin sospecha alguna de irregularidad. Aún así, no podrán ser nunca el soporte ni exclusivo ni principal de una sentencia condenatoria. Una sentencia condenatoria basada en esa declaración en sede policial es contraria a principios constitucionales.

Junto a esta premisa, según la jurisprudencia constitucional tampoco es sostenible que sea material absolutamente desechable e inservible. Si fuese así sería rechazable por impertinente la declaración en el juicio oral de los agentes que tomaron esas manifestaciones e incluso las preguntas sobre ellas dirigidas a quien las hizo. Entre la total inutilizabilidad (que hay que rechazar) y la afirmación de que son prueba valorable sin matizaciones como cualquier otra (lo que también hay que repeler), existe una franja intermedia en la que se mueve la doctrina constitucional (art. 5.1 LOPJ).

Esta Sala en su día ante dos líneas jurisprudenciales contradictorias sobre la posibilidad de valorar las declaraciones policiales retractadas posteriormente adoptó un Acuerdo no Jurisdiccional en fecha 28 de noviembre de 2006: " *Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia*".

La jurisprudencia posterior, a raíz sobre todo, de la STC 68/2010 que significó un claro punto de inflexión ha modulado mucho el contenido de ese acuerdo. Aunque no ha sido formalmente sustituido por otro, no puede considerarse vigente.

Antes de esa sentencia había sido en general pacífico en el seno del TC admitir el valor de una declaración policial luego retractada, incluso aunque estuviese huérfana de elementos corroboradores, para destruir la presunción de inocencia si en el acto del juicio oral se había practicado prueba tendente a acreditar la realidad de esas manifestaciones (normalmente a través de las declaraciones de los agentes policiales que la habían recibido). Esa vieja doctrina constitucional está abandonada.

Puede afirmarse:

a) La confesión realizada por el detenido en dependencias policiales ha de estar revestida de todas las garantías. Si falla alguna (falta de asistencia letrada, omisión de la previa información de derechos...) esa declaración ha de ser apartada sin contemplación alguna del acervo probatorio, por más que su realidad (que no veracidad) sea refrendada en el acto del juicio oral por testigos y acusado; y sea más o menos fiable (no siempre esa ausencia de garantías resta fiabilidad). Es un tema de prueba inutilizable.

b) Por otra parte como diligencia de investigación nadie le regatea su valor, presupuesto el respeto a las garantías legales (en otro caso su nulidad arrastrará la de las pruebas derivadas).

c) La declaración policial ha de incorporarse al plenario con sometimiento a las garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación (manifestación de quien declaró y de quienes recibieron la declaración. Normalmente no se cuenta solo con ese testimonio policial de referencia (los agentes intervinientes en la declaración narran en el juicio oral lo que se dijo y en qué condiciones); sino también - así sucede en este caso - con el reconocimiento por parte del declarante de que efectuó esas manifestaciones, aunque las explique con razones más o menos convincentes, más o menos verosímiles (presiones, torturas, afán de exculpar a otro, jactancia...).

d) El problema estriba en determinar si, una vez que ha sido objeto de prueba (como puede serlo cualquier otra confesión extraprocesal: la realizada ante un familiar; o ante un vecino, o un conocido) el mismo acto de la declaración puede erigirse en medio de convicción indirecto de la realidad de los hechos; nunca en el más destacado o decisivo medio de prueba.

SEXTO.- La STC 68/2010, de 18 de octubre inauguró una corriente jurisprudencial muy exigente en cuanto al tratamiento de la confesión policial . Las SSTs 1235/2011, de 18 de noviembre , 374/2014, de 29 de abril - que cuenta con un voto particular- 173/2015, de 17 de marzo y 697/2012, de 2 de octubre son algunos de los pronunciamientos posteriores de esta Sala. Esta última analiza ese tema precisamente en la casación a la que dio lugar la anterior causa por tenencia de explosivos que se siguió contra el ahora recurrente lo que la dota de un interés añadido:



"1. La razón fundamental es que el mayor apoyo en prueba de cargo lo integra el testimonio de un solo imputado evacuado ante la policía judicial y no ratificado judicialmente. Considera que no concurren los requisitos para ser introducido en el juicio oral vía art. 714 o 730 L.E.Cr . pues para ello sería preciso:

a) requisito material: imposibilidad de reproducción en el juicio oral, esto es, sería necesario que la imputada declarante en diligencia de investigación no fuera localizada o le fuera imposible asistir al juicio por razones de fuerza mayor.

b) requisito subjetivo: la necesaria intervención en la evacuación del testimonio del juez de instrucción.

c) requisito objetivo: que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia de letrado al imputado a fin de que pueda interrogar al testigo.

d) requisito formal: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acto que se documenta, art. 730 o 714 L.E.Cr . si se hace por medio de interrogatorio.

2. En buena parte tiene razón el recurrente, pero el argumento no permite estimar el motivo, porque parte de una premisa inaceptable, cual es, entender que la única prueba de cargo era el testimonio policial de Delfina Teodora . **Ciertamente que la declaración policial carece de fuerza probatoria, a pesar del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 28 de noviembre de 2006, superado y matizado por posterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional .**

Sin embargo, en la causa medió suficiente prueba de cargo para que el Tribunal alcanzara la convicción razonable de que el recurrente estuvo en el piso de Salamanca y fue conocedor y tuvo a su disposición el material destinado a atentados terroristas allí depositado, dada su pertenencia al comando Buro Ahuste.

Entre tales probanzas figura:

a) Su propio testimonio en el plenario, en el que reconoció haber estado un mes en Madrid, hasta noviembre de 1999, fecha en que según el Tribunal sentenciador tenía por fin excluir su estancia en el mes de noviembre en el que, según Delfina Teodora se recibió la primera remesa de "material" en el piso franco de Salamanca.

A falta de cualquier justificación de tal aserto, dicho alegato tropieza con la declaración de Delfina Teodora y la consideración lógica de que resultaba insólito y sin sentido una estancia fugaz del recurrente en Madrid a la vista del atentado que se preparaba, todo ello unido a las corroboraciones de su estancia en tal lugar.

b) El testimonio de Delfina Teodora evacuado en el plenario , en donde reconoció haber hecho tal declaración ante la policía, pero añade que fue a continuación de haber soportado torturas y malos tratos, circunstancia que es valorada por el Tribunal a través de otras pruebas creíbles, reputándola falaz, y por lo tanto sincero el inicial testimonio, de acuerdo con la experiencia del foro que nos enseña que a una primera declaración policial veraz de un terrorista, le sigue una negación de su testimonio ante la judicial presencia, alegando coacciones, torturas o malos tratos, criterio incorporado a las instrucciones que la cúpula de ETA imparte a sus militantes.

En esencia esta coimputada declaró que el acusado entró en Madrid y Salamanca, a mediados de octubre de 1999 y estuvo hasta septiembre de 2000, y que una remesa de "material" tuvo lugar en noviembre de 1999.

c) La espontaneidad de tal declaración el tribunal la obtuvo del testimonio del instructor del atestado, agente nº NUM009 y del Secretario, agente nº NUM010 , los cuales aseguraron que la declarante recibió un trato plenamente correcto. El médico forense confirmó este extremo, al haberle manifestado la declarante que no fue objeto en momento alguno de malos tratos antes de declarar. Durante la declaración es obvio que no pudo sufrir presiones, hallándose presente el letrado de la detenida.

d) Existieron contradicciones de lo dicho por la coimputada. La primera de ellas, el rastro genético hallado en una prueba (ADN) intervenido en la vivienda ocupada por el condenado Luciano German , integrante del mismo comando, concretamente en la c/ DIRECCION002 de Madrid.

e) Constituye corroboración del testimonio de la coimputada, la prueba pericial 263-II-01, en la que aparecen las huellas dactilares, prueba realizada por los peritos NUM011 y NUM012 , los cuales establecen la correspondencia de la del dedo índice de la mano derecha hallada y la extraída de una fotocopia de una publicación oficial de la Comunidad de Madrid, intervenida en el piso de Salamanca y la existente en la ficha del D.N.I.

f) La exculpación o contraprueba relativa a una identificación genética que pretendía acreditar que en el año 2000 se hallaba en Francia, pero que no tuvo entrada en el plenario, al objeto de discutir su localización en esa época.

Con todo ello es evidente que el Tribunal dispuso de suficiente material incriminatorio, que valoró razonablemente sin que le esté permitido a este órgano jurisdiccional de casación sustituir la apreciación alcanzada con



inmediación por la Audiencia Nacional por otra cualquier alternativa, si aquélla resulta plenamente acomodada a los criterios de la lógica, de la ciencia y de la experiencia".

SÉPTIMO.- Es en todo caso punto de referencia y guía ineludible (art. 5.1 LOPJ) la jurisprudencia Constitucional más reciente.

Repasemos los últimos pronunciamientos. La STC 68/2010, de 18 de octubre eliminó del acervo probatorio la confesión policial: se había vulnerando el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. No entra a decidir sobre la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al existir más pruebas de cargo que debían ser valoradas por el órgano judicial.

El valor probatorio de las diligencias sumariales no alcanza a la confesión policial. El atestado es objeto de prueba y no un medio de ella. Las diligencias policiales que constan en el atestado pueden incorporar datos objetivos y verificables de imposible reproducción que se pueden valorar como prueba documental, siempre que se garantice su contradicción. Pero los testimonios prestados en el atestado por imputados y testigos no tienen valor de prueba preconstituida. El TC niega a la confesión policial toda posibilidad de ser utilizada: *"en la medida en que dicho testimonio (de referencia de los agentes) es utilizado en el razonamiento explicitado por los órganos judiciales como elemento de corroboración del testimonio de la coimputada cuya invalidez acaba de declararse, la suficiencia o insuficiencia de tal corroboración resulta ya irrelevante en este proceso, una vez se ha declarado la falta de validez como prueba de cargo de la declaración a corroborar".*

Posterior hito jurisprudencial es la también aludida por las partes STC 53/2013 . Niega igualmente valor probatorio a la confesión policial. Eso es claro. No lo tiene: se produce extramuros del proceso. Niega también que para corroborar dicha declaración baste el reconocimiento del acusado manifestando que efectivamente prestó la declaración pero aduciendo que lo fue bajo torturas. En ese caso no habían comparecido al plenario los agentes que la habían recibido.

La STC (Pleno) 165/2014, de 8 de octubre insiste, aunque con algún ingrediente diferenciador, en esas ideas. Parte como las anteriores de una indiscutible premisa: solamente son pruebas las que se practican en el juicio oral. Las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo *"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" ; "la capacidad de la declaración de una persona para acreditar un determinado hecho o su inexistencia, está sujeta a diferentes exigencias: la primera, que afecta a su validez, es la regularidad de su obtención, lo que simplemente permitirá su incorporación al proceso; por el contrario, su eficacia probatoria precisará que el legislador le atribuya esa cualidad y que el órgano judicial aprecie su concreta credibilidad o fuerza de convicción"* . El contenido del atestado no es medio de prueba sino objeto de ella. Podrán citar las partes en calidad de testigos a los agentes que practicaron las diligencias a fin de someterlas al contradictorio e incorporarlas al acervo probatorio. *"Es también indudable - prosigue el TC - que las partes pueden pedir la lectura en el plenario de las declaraciones policiales, como la de cualquier otra actuación sumarial. Y en modo alguno está vedado que si en el acto del juicio oral el imputado modificara o se retractase de sus anteriores manifestaciones, se le pueda pedir que explique la diferencia o contradicción, teniendo aquel libertad para responder del modo que tuviere conveniente, incluida la negativa a hacerlo".*

Añade esa Sentencia:

"A fin de delimitar adecuadamente el objeto del presente recurso de amparo, resulta necesario precisar que las diversas vulneraciones de derechos fundamentales que alegan los demandantes se encuentran íntimamente unidas, de tal forma que han de ser enjuiciadas conjuntamente, puesto que se reconducen a la denuncia de infracción del derecho a la presunción de inocencia en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al quedar centrada la controversia en si las declaraciones prestadas en las dependencias policiales por los recurrentes pueden alcanzar alguna eficacia probatoria, pues, de negárseles la misma, no concurriría, a su juicio, prueba de cargo suficiente en la que seguir sustentando las condenas.

Según ha quedado visto, lo que en este recurso de amparo se cuestiona es el valor probatorio de las manifestaciones prestadas en el curso de unas diligencias policiales cuando, siendo autoinculpatorias, se produzca una posterior retractación ante la autoridad judicial. Los contenidos esenciales de nuestra doctrina en la materia, sintetizados por las SSTC 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5 ; y 53/2013, de 28 de febrero , FFJJ 3 a 5, son los siguientes:

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 182/1989, 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 5 a), 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 la STC31/1981, 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 5 b), "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 respeto "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".*

e) *Por tanto, las declaraciones obrantes en los atestados policiales no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, ni las declaraciones autoincriminatorias ni las heteroinculporias 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. De ese modo, 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 (STC 53/2013 , FJ 4). Debemos recordar que el art. 282 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) encomienda a la policía judicial la averiguación de los delitos y la práctica, según sus atribuciones, de las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, así como recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. El resultado de tales diligencias se documentará en un atestado, en el que se especificarán con la mayor exactitud los hechos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito (art. 292 LECrim).*

Por tanto, forma parte del contenido natural del atestado la toma de declaración a cuantas personas pudieran contribuir al esclarecimiento de los hechos investigados. Concluidas las diligencias policiales, el atestado será remitido a la autoridad judicial, que podrá acordar la incoación del correspondiente proceso penal y, en caso de su prosecución, remitirá al tribunal sentenciador el atestado, como el resto de las actuaciones que conforman el sumario. Ahora bien, esta normal idoneidad del atestado para ser incorporado al proceso no equivale a considerar que las declaraciones que en el mismo se contengan constituyan un medio de prueba, como seguidamente se expondrá.

3. *La capacidad de la declaración de una persona para acreditar un determinado hecho o su inexistencia, está sujeta a diferentes exigencias: la primera, que afecta a su validez, es la regularidad de su obtención, lo que simplemente permitirá su incorporación al proceso; por el contrario, su eficacia probatoria precisará que el legislador le atribuya esa cualidad y que el órgano judicial aprecie su concreta credibilidad o fuerza de convicción.*

La primera operación implica la depuración del material potencialmente probatorio que pretende acceder al proceso, esto es, el control acerca de si su obtención se ha producido con cumplimiento de las exigencias



constitucionales y legales. Tajantemente impone el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales", por lo que su utilización en el proceso constituye, en los términos delimitados por nuestra jurisprudencia, una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2CE). La función de este derecho fundamental en el ámbito de los procesos penales es, precisamente, asegurar el interés público en que la condena penal, entroncada también con otro interés constitucional como es el de la persecución del delito, resulte de un juicio justo; interés constitucional en un juicio justo asentado en los principios del Estado de Derecho y en los valores constitucionales de libertad y justicia ex art. 1.1 CE (STC 130/2002, de 3 de junio , FJ 3).

La incorporación al proceso de una declaración policial puede objetarse ad casum , ya sea cuestionando que fue realmente efectuada en los términos recogidos o negando que las garantías constitucional y legalmente establecidas hubiesen sido respetadas.

En este sentido, debemos partir de que pesa sobre el instructor y el secretario de las diligencias policiales la responsabilidad de que el atestado sea fiel reflejo de las actuaciones realizadas y, por tanto, de que queden debidamente documentadas las diversas declaraciones que se hayan prestado. Con todo, cuando las personas que declararon en dependencias policiales negasen posteriormente que el atestado refleje fielmente el contenido de sus declaraciones o las condiciones en que se prestaron, no pueden los órganos judiciales rechazar tales objeciones con la simple remisión a lo que en el atestado figure, pues, como en múltiples veces hemos señalado, los atestados, en sí mismos, no se erigen en medio, sino en objeto de prueba (por todas, SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4 ; y 173/1997, de 14 de octubre , FJ 2).

Al fin de esclarecer tales extremos es por lo que el órgano judicial podrá llamar a su presencia a los funcionarios policiales u otras personas que de un modo u otro puedan dar razón del acto de la declaración policial y de sus circunstancias. Y en este punto, como señala el art. 297 LECrim , las declaraciones de los funcionarios de policía judicial "tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio". Es por ello que en la STC 51/1995, de 23 de febrero , FJ 5, afirmamos -y reiteramos en la STC 206/2003, de 1 de diciembre , FJ 2- que para que tales declaraciones puedan adquirir el valor de prueba de cargo es imprescindible "que los funcionarios de policía ante quienes se prestó el citado testimonio declarasen como testigos en el acto del juicio oral, con la observancia de los principios de contradicción e inmediatez".

Apreciado por el órgano judicial que los demandantes hicieron las manifestaciones que constan en el atestado procesal y que sus declaraciones se prestaron con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, una vez abierta la sesión del juicio oral preguntará el Presidente del tribunal a cada acusado si se confiesa reo de los delitos imputados en el escrito de calificación arts. 688 a 689 LECrim ; de no ser así, o si su defensor lo considerase necesaria, se procederá a la celebración del juicio (arts. 696 y 697 LECrim). Es también indudable que las partes pueden pedir la lectura en el plenario de las declaraciones policiales, como la de cualquier otra actuación sumarial. Y en modo alguno está vedado que si en el acto del juicio oral el imputado modificara o se retractase de sus anteriores manifestaciones, se le pueda pedir que explique la diferencia o contradicción, teniendo aquella libertad para responder del modo que tuviere conveniente, incluida la negativa a hacerlo.

Alcanzado este punto, si tras el anterior proceder el acusado no admite ante el tribunal sentenciador su participación en el delito, retractándose de sus declaraciones iniciales, lo que se plantea es si aquellas declaraciones -por más que se produjera su incorporación al plenario con sometimiento a las garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediatez- pueden merecer la calificación de prueba y sustentar una sentencia condenatoria. Esta, y no otra, es la cuestión que se somete a nuestra decisión.

4. Hemos anticipado en el fundamento jurídico precedente que para que la declaración de una persona sea idónea para acreditar un determinado hecho -esto es, para que tenga eficacia probatoria- no es suficiente con que haya sido regularmente prestada, pues ello sólo determina su validez y, en consecuencia, su aptitud para ser incorporada al proceso. Su eficacia probatoria precisará que el legislador le atribuya esa cualidad y que el órgano judicial aprecie su credibilidad o fuerza de convicción.

Como ya ha quedado expuesto, plantea la demanda el valor probatorio de las declaraciones autoinculpatorias prestada en unas diligencias policiales. La respuesta es inequívoca: ninguno.

A continuación:

"En el actual estado de nuestra jurisprudencia no es posible fundamentar una sentencia condenatoria, esto es, entender destruida la presunción de inocencia que constitucionalmente ampara a todo imputado con el exclusivo apoyo de una declaración en la que aquél reconozca su participación en los hechos que se le atribuyen. 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 .



El Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), como señala la STEDH dictada por la Gran Sala el 1 de junio de 2010 en el caso Gäfgen c. Alemania , garantiza en su art. 6 el derecho a un proceso equitativo pero no regula la admisibilidad de los medios de prueba, cuestión que compete al derecho interno; lo que queda excluido es la utilización de confesiones obtenidas con violación del art. 3 CEDH , en el que se establece la interdicción de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, añadiendo que el art. 3, a diferencia del art. 6, consagra un derecho absoluto (§ 178). Ya anteriormente señaló la STEDH de 27 de febrero de 2001, caso Luca, § 40, que "utilizar las declaraciones que se remontan a la fase de instrucción preparatoria no vulnera el artículo 6.3 d) y 6.1, siempre que se respeten los derechos de la defensa. Por norma general, estos exigen conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para oponerse a un testimonio en su contra e interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde" (en el mismo sentido, SSTEDH de 20 noviembre 1989, caso Kostovski c. Holanda; de 19 de diciembre de 1990, caso Delta c. Francia; y de 26 de abril de 1991, caso Asch c. Austria).

El legislador español, en su libertad de configuración de los medios de prueba admisibles en el proceso penal, aun permitiendo que declaraciones efectuadas en la fase sumarial puedan sustentar una declaración de condena, lo ha limitado a las declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción. Sólo cuando se produzca una rectificación o retractación de su contenido en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim) o una imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), las declaraciones prestadas con anterioridad podrán alcanzar el valor de prueba de cargo siempre que se reproduzcan en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en las que se documentaron, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios, pero bajo condición de que se trate de declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción.

Por ello, desde la STC 31/2001, de 28 de julio , FJ 4, venimos diciendo que para que la confesión ante la policía se convierta en prueba no basta con que se dé por reproducida en el juicio oral sino que es preciso que sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial. Nuestra jurisprudencia ha repetido de modo constante que "las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo" (por todas, SSTC 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2 , y 68/2010, de 18 de octubre , FJ 5).

Estamos ante una opción del legislador español que en caso de no ser respetada por los órganos judiciales da lugar a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), e incluso del derecho a la presunción de inocencia cuando la eliminación de la prueba irregularmente valorada deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado.

5. Llegados a este punto es preciso armonizar dos extremos: de un lado, los demandantes reconocieron los hechos punibles en sendas declaraciones prestadas con observancia de las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, por lo que tales declaraciones fueron válidamente incorporadas al proceso. De otro, tal confesión no tiene valor de prueba de cargo para sustentar su condena.

Pero al mismo tiempo hemos señalado repetidamente que "el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba" (STC 31/2001, de 28 de julio , FJ 4). Por consiguiente, dado que la declaración policial autoincriminatoria no es la prueba sino el objeto sobre el que deberá versar la actividad probatoria, ha de seguirse de ello que las partes acusadoras tienen, derivado del art. 24.2 CE , el derecho a proponer medios de prueba tendentes a acreditar que el imputado fue veraz cuando reconoció el hecho delictivo.

La declaración autoinculpatoria en el curso de las diligencias policiales no es una prueba de confesión pero sí una de manifestación voluntaria y libre documentada que cuando se realiza con observancia de requisitos legales adquiere existencia jurídica. De una parte, como elemento de contraste con las declaraciones judiciales posteriores, incidiendo en su propia credibilidad. De otra, la declaración policial puede contener datos cuya veracidad resulte comprobada mediante verdaderos medios de prueba. Las declaraciones obrantes en los atestados policiales no tienen valor probatorio de cargo. Por ello en nuestra STC 53/2013, de 28 de febrero , FJ5, declaramos que "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" lo que sucederá "cuando la prueba personal eliminada sea la única tomada en cuenta por la resolución impugnada". Pero la cuestión debe analizarse con una perspectiva diferente si esas declaraciones autoinculpatorias documentadas en el atestado policial ponen de manifiesto unos hechos que son acreditados por otros medios de prueba.

6. El traslado de las anteriores consideraciones al presente caso permite descartar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y, consiguientemente, del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) de los recurrentes.

a) En primer lugar, en relación con el respeto a las garantías procesales y constitucionales con que se prestaron las declaraciones ante los agentes de la Guardia Civil, debe advertirse que los demandantes no han negado que



hubiesen realizado las manifestaciones que quedaron plasmadas en la declaración policial, sino que adujeron haberlas prestado bajo presión (declaración de Obdulio Teodosio , documentada en los folios 3 y 4 del acta de 11 de septiembre de 2008), concretamente ante la promesa de obtener un trato judicial de favor (declaración de Obdulio Teodosio documentada en el folio 5 de la misma acta y declaración de Blas Carmelo documentada en los folios 6 y 7 de la misma).

Sin embargo, en la declaración realizada ante el Juez de Instrucción por don Obdulio Teodosio , con motivo de retractarse de su primera declaración policial, dijo que "lo que declaró lo hizo porque quiso, no por obligación, que declaró así porque tenía miedo. Que lo que les dijo a la Guardia Civil no es cierto; que la Guardia Civil no le presionó para declarar, que contó lo que se le fue ocurriendo". En la declaración judicial prestada por don Blas Carmelo , al retractarse de la declaración policial, afirma que "la de hoy la prestó porque estaba nervioso" ... "Que no es cierto nada del atestado de hoy. Que declaró en presencia de Abogado designado por el declarante; que la Guardia Civil ni le amenazó ni coaccionó; tampoco le dijeron lo que tenía que declarar, lo que figura en el atestado es lo que se le iba ocurriendo al declarante" ... "Que no quiso firmar porque sabía que lo que figuraba era mentira, y él quiere decir la verdad; que los detalles de la declaración se los inventó". En el plenario reiteraron su retractación respecto a lo que declararon en el atestado y manifestaron que la Guardia Civil les presionó, aunque "no le amenazaron ni le pegaron" (declaración de Obdulio Teodosio , folio 4 del acta); por su parte Blas Carmelo manifestó que la Guardia Civil les dijo que si lo reconocía "iba a salir", "que los guardias le leyeron la declaración de su hermano, que si se declaraba culpable salía en libertad", "eran constantes las visitas a los calabozos. No firmó porque no iba a decir que fue él, sin haber sido" (folio 8 del acta).

Tales objeciones fueron rechazadas motivadamente por la Audiencia Provincial de A Coruña (fundamento jurídico 2 de su Sentencia), que en el juicio oral escuchó a tal fin al agente de la Guardia Civil que tomó las declaraciones. Por nuestra parte, debemos señalar que este Tribunal ha de respetar los hechos que se declaran probados por los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad que les confiere el art. 117.3 CE (por todas, STC58/1984, de 9 de mayo , FJ 2) por lo que debemos partir de que las declaraciones fueron prestadas por los recurrentes en las dependencias policiales sin sombra de presión o ilícita promesa, conforme a lo apreciado por la Audiencia Provincial de A Coruña en su Sentencia; máxime cuando el mismo carácter delictivo de la supuesta presión debió dar lugar a la oportuna denuncia que permitiera su investigación judicial; omisión de la parte que no puede ser subsanada en vía constitucional de amparo, sino oportunidad de un pronunciamiento previo de los Tribunales ordinarios competentes (ATC 970/1987, de 29 de julio , FJ 2).

La exigencia de que se produjera la incorporación al plenario de las declaraciones policiales con sometimiento a las garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación, fue escrupulosamente observada, pues la Sala no se limitó a la simple reproducción genérica y formularia de lo declarado inicialmente, sino que el acta que documenta tal acto pone de manifiesto que se interrogó a los encausados sobre el contenido concreto y detallado de las declaraciones policiales; oportunidad que éstos utilizaron negando sus manifestaciones iniciales.

Ahora bien, de cuanto antecede sólo podemos concluir que la declaración del agente de la Guardia Civil fue idónea para formar el juicio del tribunal acerca de las circunstancias en que se prestó la declaración de los detenidos, pero sin incidir en el contenido veraz o no de esas mismas declaraciones. No cabe pretender que ese testimonio pueda ser valorado y tenido en cuenta para otorgar mayor credibilidad a las declaraciones policiales de los recurrentes frente a sus posteriores retractaciones en la fase de instrucción ante el Juez y luego en la vista oral. El testimonio de un agente policial ante el que se presta declaración no puede ir más allá de la mera constatación de que tal declaración tuvo lugar, que su contenido es el que se refleja en el atestado y que se desarrolló con las circunstancias que en el mismo se hagan constar. Como señala el Ministerio Fiscal, pretender extender su comparecencia como testigo a un examen de la credibilidad de la declaración o incluirla como elemento de valoración probatoria de refuerzo de ella frente a otras de sentido diferente, no es posible. En efecto, como señala el art. 297 LECrim , las declaraciones de los funcionarios de policía judicial documentadas en el atestado "tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio", pero las demás manifestaciones que hicieren a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado sólo "se considerarán denuncias para los efectos legales".

b) Debemos por tanto examinar a continuación si, como se afirma en la demanda, la condena de los recurrentes está exclusivamente fundada en su reconocimiento de los hechos ante los agentes de la Guardia Civil.

A la vista de las resoluciones judiciales impugnadas, los medios de prueba ajenos a la autoinculpación que han ponderado los órganos judiciales para apreciar la responsabilidad de los demandantes son de distinto signo.

Por una parte, se considera acreditado el contenido de las autoinculpaciones en atención a la declaración en el plenario de la víctima superviviente, que dio detalles de las acciones llevadas a cabo por las dos personas que les asaltaron y que resultan coincidentes con lo declarado por los recurrentes en sede policial. En concreto, que " el conductor que tapaba la cara con una braga y una gorra, sacó una pistola al dirigirse al coche, el otro llevaba una



braga algo oscura y un cuchillo. Cuando llegó a la ventanilla, el piloto sacó la pistola y apuntó a Ambrosio Porfirio. Los dos hablaron y les pidieron lo que tuvieran. El de su lado intentó abrir la puerta. Rompió la ventanilla en ese momento el que estaba por el lado de Ambrosio Porfirio dijo vamos que le disparo...". Afirma el Tribunal Supremo que esta coincidencia solo puede tener por explicación la presencia de los recurrentes en el lugar de los hechos.

De otra parte, quedó demostrada la veracidad de su relato, al haberse acreditado por otros medios de prueba la participación en los hechos de don Romualdo Obdulio, a quienes los recurrentes atribuyeron la autoría material del disparo mortal "a cañón tocante", siendo así que tal participación quedó posteriormente acreditada mediante prueba pericial que evidenció la existencia de restos de pólvora en su mano y por el hallazgo en su domicilio de documentos y prendas con restos de sangre de la víctima. Igualmente pone de relieve la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo la contradicción en que incurrieron los recurrentes en la diligencia de careo que se practicó en el juicio oral, dando tres versiones dispares acerca de la razón por la que inculparon a Romualdo Obdulio en sus declaraciones policiales.

Estos elementos probatorios, ajenos a las declaraciones autoinculpatorias pero que acreditaron la veracidad de éstas, son los que han llevado a los órganos de la jurisdicción penal a alcanzar un juicio sobre la responsabilidad penal de los demandantes, sin incurrir en vulneración de sus derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)".

En fechas todavía más recientes ratifica la doctrina la STC 33/2015, de 2 de marzo último. En ella tras citar las SSTC 165/2014, 53/2013 y 68/2010, se lee:

"Ahora bien, aunque la declaración autoinculpatoria en el curso de las diligencias policiales no es una prueba de confesión, ni tiene valor de prueba de cargo para sustentar la condena según se ha razonado, sí es una manifestación voluntaria y libre documentada que cuando se realiza con observancia de requisitos legales adquiere existencia jurídica. La STC165/2014, del Pleno de este Tribunal, tantas veces citada, ha señalado y se ha ocupado del juicio de constitucionalidad que corresponde cuando esas declaraciones autoinculpatorias documentadas en el atestado policial, además de existir, "ponen de manifiesto unos hechos que son acreditados por otros medios de prueba".

En esa última hipótesis, según la doctrina ya tantas veces recordadas, tres son los planos del análisis constitucional. El primero de ellos, comprobar que la declaración autoinculpatoria del demandante que documenta el atestado policial fue regularmente obtenida. Superado afirmativamente ese primer nivel, el siguiente escalón pide examinar si hubo pruebas de cargo válidamente practicadas que vengán a avalar los datos objetivos que de aquella declaración policial pudieren extraerse, convirtiendo el 'objeto de prueba' en un 'hecho acreditado', pues aquella declaración, como tal, aislada y en sí misma considerada, ya se dijo, no tiene valor probatorio alguno. De constatar su existencia, el último peldaño consiste en constatar si, a partir de la convicción judicial así expuesta, es posible concluir que la presunción de inocencia del demandante resultó rectamente enervada.

6. El traslado al supuesto de hecho de las anteriores consideraciones permite ya descartar la pretendida vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, así como también del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

a) En primer lugar, nada más allá de las solas referencias del demandante en tal sentido llevan a entender que su declaración ante los agentes policiales se prestara sin las garantías procesales constitucionalmente exigibles. Al efecto, es preciso advertir que la demanda no atribuye al acta policial infidelidad en la traslación de lo declarado como detenido, lo que tampoco se ha sostenido en ninguna de las instancias judiciales previas al amparo. En todo momento se ha limitado el demandante a aducir que su testimonio fue fruto de «presión policial»; concretamente, bajo la promesa de obtener un trato de favor frente a los demás encausados, dirigido a obtener una inmediata puesta en libertad.

Sin embargo, tal objeción es contundentemente rechazada en ambas resoluciones judiciales, que ponen de relieve la debilidad de esta aislada referencia a una supuesta actuación policial censurable como justificante de su prolija declaración autoinculpatoria. Y no sólo porque esas supuestas presiones policiales fueron desmentidas en la vista oral por los testimonios coincidentemente emitidos por los agentes ante quienes se prestó. También porque dicha declaración se desarrolló en presencia de su Letrado, ante lo cual no puede sino concluirse que el condicionamiento del testimonio de un detenido a cualesquiera fines espurios, como serían los expuestos, no puede pasar desapercibido para quien presencialmente ejerce en dicho acto su defensa técnica. De igual modo, la profusión de detalles aportados por el demandante, que en gran medida sólo él estaba en condiciones de conocer, resulta difícilmente conciliable con un testimonio que únicamente viniera auspiciado por una actuación policial impropia, caso de ser completamente ajeno el deponente al hecho motivador de su detención, como insiste en mantener.



De cuanto antecede, podemos concluir que el testimonio prestado en la vista oral por agentes de policía participantes en el interrogatorio y redacción del atestado resultaba idóneo para que el Tribunal formara juicio acerca de las circunstancias en que se prestó su declaración como detenido y, en concreto, de su regularidad. El testimonio de estos agentes permite afirmar en este caso que la declaración tuvo lugar, que su contenido es el que refleja el atestado y que se desarrolló bajo las circunstancias que se hacen constar.

b) Afirmada la observancia de las garantías exigibles a la declaración en sede policial, se ha de resaltar que no cuestiona el demandante que la incorporación de su contenido al acto de enjuiciamiento se realizó con sometimiento pleno a las garantías de publicidad, contradicción e inmediación, respetando así la triple exigencia constitucional característica de toda actividad probatoria.

El Ministerio Fiscal propuso en el momento procesal oportuno que el acta policial que recoge la declaración del demandante se incorporara al acervo probatorio. A tal fin, no sólo la incluyó entre la proposición de prueba de sus conclusiones provisionales, sino que, en el momento mismo del enjuiciamiento, el contenido del acta fue objeto de examen contradictorio mediante un efectivo interrogatorio del acusado, expresamente interpelado al efecto al venir a retractarse de nuevo de lo que inicialmente depuso. La incorporación de la declaración policial no consistió, por tanto, en una mera reproducción genérica y ritual en la vista de lo ya documentado, sino en un interrogatorio activo del acusado sobre el contenido, concreto y detallado, de lo que en su día manifestó, oportunidad que, contestando a las preguntas que le eran formuladas, utilizó para negar que hubiera declarado consentida y libremente, sino provocado por una actuación policial irregular. Reconoció, no obstante, que conducía el Peugeot 206 cuando se produjo su detención y que, estando en ese momento acompañado del también acusado Fulgencio Urbano, la presencia de ambos en el puerto se debía a haber llevado hasta allí a un tercer individuo (Victor Nicanor), asimismo implicado en los hechos.

De esta manera, ante la retractación del acusado operada en el acto del juicio oral y la confrontación de sus distintas manifestaciones, el resultado de la diligencia policial accedió legítimamente al debate procesal contradictorio directamente suscitado ante el Tribunal encargado de enjuiciar.

c) Resta ahora examinar si -tal y como afirma el demandante- su condena se asienta exclusivamente en ese inicial reconocimiento de los hechos, después desmentido, lo que sería inconstitucional, o si, por el contrario, cuenta con apoyaturas que permitan entender rectamente enervada su presunción de inocencia (STC 80/1991, de 15 de abril). Y son varios los medios de prueba que ponderó la Audiencia Provincial y que la llevaron a apreciar finalmente su responsabilidad en los hechos, ponderación que, a su vez, refrendó el Tribunal Supremo al estimarla sólida y racionalmente fundada.

El demandante reconoció en sede policial la función de vigilancia, aportando datos y circunstancias cuya veracidad pudo constatar a través de los pertinentes medios de prueba.

Entre ellos, el testimonio de los agentes que efectuaron las vigilancias los días previos al desembarco y que en más de una ocasión vieron el vehículo del demandante merodeando por la zona donde finalmente se materializó, sin que acreditara el acusado la aducida ajenidad en la conducción, que más racionalmente se infiere de contrario, como queda visto. También se dispuso del testimonio del agente que practicó su detención a bordo del vehículo en cuestión, incontrovertidamente conducido por el demandante, instantes después de desembarcado el alijo y en uno de los puntos decididos por Luis Ricardo y Nicolas Ovidio para «dar el agua».

Sobre este aspecto, el demandante da a entender que la valoración del acervo probatorio que le concierne queda estrictamente limitada al FD 6 de la Sentencia de instancia. Sin embargo, tal proceder vendría a suponer un sesgo impropio de la abundante descripción probatoria de la que dicha resolución da cuenta y que, abarcando los FFJJ 3 a 10, debe ser interpretada como un todo, y no desmembrando los diferentes indicios que se señalan, como tampoco las pruebas que lo soportan y que configuran, en última instancia, la convicción valorativa de conjunto alcanzada por el órgano judicial ex art. 741 LECrim. En esa convicción atribuye un valor relevante a las conversaciones telefónicas sostenidas tanto días antes como el mismo día del desembarco entre diversos miembros del operativo clandestino, cuyo contenido más representativo transcribe literalmente la Sentencia de instancia. Así sucede con las frecuentes conversaciones habidas los días 16 y 18 de noviembre de 2007 entre uno de los máximos organizadores (Nicolas Ovidio) y quien había asumido las labores de captación y distribución de los «aguadores» (Luis Ricardo), asimismo detenido en el lugar de los hechos.

La prueba de cargo se sitúa no en la declaración policial, sino en el conjunto de datos que devienen acreditados por medios probatorios procesalmente idóneos y que llevan a alcanzar una inferencia razonable de la participación del sujeto, inicialmente reconocida y luego desmentida.

En este contexto no es infundado, inferir, de la pluralidad de indicios que expone el Tribunal a quo (FD 2), la participación personal del demandante en la logística del caso. Semejante conclusión no obedece a unas aisladas manifestaciones policiales. Por el contrario, tiene sustento en un cuerpo de sólidos indicios obtenidos



de auténticas pruebas de modo regular, válida y oportunamente practicadas en el plenario, que vino a acreditar la **veracidad** de aquellos primeros datos que él mismo proporcionó y que conducen, fundada y racionalmente, a la convicción obtenida por el órgano encargado del enjuiciamiento al afirmar su responsabilidad penal".

OCTAVO.- Hasta aquí la exposición que se ha pretendido descriptiva y no interpretativa -por eso se ha abusado conscientemente de la transcripción literal- del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional. No es necesario ir más lejos tal y como se deduce de los fundamentos anteriores. Hemos constatado que esas declaraciones son prescindibles.

Desde esta aseveración la conclusión es clara: no puede decirse que la sentencia de instancia haya vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente. La Sala formó su convicción contando con prueba suficiente, utilizable y apta para desmontar la presunción constitucional de inocencia.

Por supuesto la posición variable de las acusaciones durante toda la instrucción en cuanto al peso otorgado al material surgido de la investigación, explicable por muy variadas hipotéticas razones, no es ahora relevante. Nos corresponde valorar la suficiencia de la prueba practicada en el juicio oral para destruir la presunción de inocencia; no la corrección o coherencia de las sucesivas posiciones de las partes.

El motivo no es estimable.

NOVENO.- El segundo motivo accede a la casación a través del art. 849.1º LECrim, aunque no deja de presentar una estrecha ligazón con el anterior, siempre respetando las limitaciones en cuanto a la inmutabilidad del hecho probado (art. 884.3 LECrim) característica de este cauce. Se sostiene que en el **factum** no se individualiza la contribución de cada uno al atentado, lo cual sería esencial para llegar a una condena.

No es así exactamente ni en el plano teórico ni en el asunto concreto.

En esta segunda vertiente los hechos probados refieren en cuanto al recurrente, que había sido adiestrado en el manejo de explosivos, que se trasladó a Madrid y Salamanca, que en concurso con los restantes miembros decidió perpetrar ese atentado; que en unión de los otros tres acusados preparó el artefacto explosivo; y que algunos de ellos -sin poderse especificar quiénes, pero siempre según el plan asumido y desarrollado por todos- sustrajeron los vehículos necesarios, les cambiaron las placas de matrícula y accionaron el explosivo. Que no se pueda identificar quiénes en concreto y con qué actividad específica realizaron cada una de las acciones no es obstáculo para afirmar la coparticipación conjunta.

El recurrente trata de deslindar su actuación de las de otros condenados, pero no alcanza ese objetivo.

Que uno de ellos hubiese alquilado el piso en Salamanca no le convierte en autor sencillamente por ese hecho frente a los demás. Es autor porque se llega a la convicción de que con otras actuaciones posteriores que asumieron indistintamente unos u otros, participó en la preparación y ejecución del hecho, aunque no se pudiese afirmar con rotundidad si el día 21 de enero estaba presente en Madrid o se quedó en Salamanca; participó o no en la colocación del coche y activación del explosivo; o en la huida posterior. Es indiferente.

Igual cabe decir de Delfina Teodora o, con más motivo, del cuarto condenado. Que ella tomase nota del lugar del atentado -lo que pudo hacerse antes o después-; o limitarse a recoger el dato que le proporcionaba otro- tampoco le sitúa penalmente en un peldaño superior (sí claramente en el plano probatorio, lo cual es otra cuestión). Llevada a sus últimas consecuencias la tesis inteligentemente expuesta por el recurrente llevaría a la absolución de las tres personas que puestas de común acuerdo han llevado a cabo un homicidio abatiendo mediante tiros a un adversario, si no se sabe quién de ellos disparó, quién consiguió el rifle; quién indicó el lugar donde podían encontrarle, ni quien salió en su búsqueda (piénsese en casos de imputaciones recíprocas entre ellos) pero se tiene la certeza y la convicción de que los hechos fueron planificados y asumidos por todos aunque la prueba no ha llegado a ser suficiente para deslindar con plena concreción la intervención específica de cada uno.

La sentencia de instancia recoge una buena panoplia de referencias jurisprudenciales que abundan en esta cuestión. A ellas podemos remitirnos.

Dice sobre este punto la STS 429/2013, de 21 de mayo : "en SSTs.87/2012 de 17.2, hemos dicho que conforme al artículo 28 del Código Penal, se contempla expresamente la coautoría como una forma de realización conjunta del hecho dirigida por un dolo compartido que es fruto del acuerdo previo y mutuo, y que el reparto de papeles permite intercomunicar las acciones desplegadas por cada uno de los partícipes conforme al plan diseñado conjuntamente.

Recuerda también nuestra Sentencia nº 45/2011, que "cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deberán responder como coautores ... la coautoría no es una suma de coautorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho y no puede, pues,



ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo, sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho", de forma que mediante el acuerdo o plan trazado se integran en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la organización, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución.

La jurisprudencia, por ello, viene sosteniendo que en los delitos en los que el contenido de ilicitud está dado por una especial organización, -terrorista o no- la coautoría se apoya en el dominio del hecho, criterio que no limita la condición de autor, coautor o autor mediato a las aportaciones puramente causales al hecho, sino que tiene en cuenta el factor directriz de la participación en la organización del hecho.

En definitiva, como explica la STS. 143/2013 de 28.2, el dominio funcional del hecho significa que el autor, individual o conjuntamente, domina la dirección de las acciones comunes y necesarias para el cumplimiento del tipo penal, pero no es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo. Cuando varias personas dominan de forma conjunta el hecho, todos ellos deben responder como coautores, aun cuando alguno de ellos no haya realizado materialmente la acción típica (teoría formal objetiva de la autoría) (STS.563/2008 de 24.9).

Por ello la coautoría material no significa sin más que deba identificarse como una participación comitiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección o disponibilidad potencial ejecutiva, como aconteció en el caso que nos ocupa".

Por su parte en la STS 41/2014, de 29 de enero, leemos: " En la reciente STS de 21 de Junio del 2011 resolviendo el recurso nº 2477/2010, con cita de precedentes, como la Sentencia de 27 de abril de 2005, y la de 27 de septiembre de 2000, núm. 1486/2000, se considera que existe coautoría cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Lo que implica: a) de una parte, la existencia de una **decisión conjunta**, elemento subjetivo de la coautoría, que puede concretarse en una **deliberación previa** realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, **o bien** puede presentarse **al tiempo de la ejecución, coautoría adhesiva**, cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta. **Incluso se ha admitido la sucesiva**, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por éste (SS. 10/2/92, 5/10/93, 2/7/94). Y puede ser **expresa o tácita**, lo cual es frecuente en casos como el último expuesto, en el que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación. Y, b) en segundo lugar, la coautoría requiere una **aportación** al hecho que pueda valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, lo cual integra el elemento objetivo, que puede tener lugar **aun cuando el coautor no realice concretamente la acción nuclear** del tipo delictivo. Sobre la trascendencia de esa aportación, un importante sector de la doctrina afirma la necesidad del **dominio funcional** del hecho en el coautor (STS 251/2004 de 26 de febrero).

En consecuencia, basta que a la realización del delito se llegue conjuntamente, por la concurrencia de las diversas aportaciones de los coautores, conforme al plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas.

En la STS de 14 de Julio del 2010 resolviendo el recurso 10085/2010 ya habíamos asumido esas definiciones, aplicándolas al sujeto que, en virtud de tal acuerdo realiza funciones decisivas de espera y cobertura en el exterior del inmueble en el que el coautor lleva a cabo el hecho delictivo. Relacionábamos allí la aportación causal con la denominada teoría del dominio funcional del hecho, y el acuerdo entre los coautores con el elemento subjetivo soporte de la denominada por la doctrina imputación recíproca de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer.

Tal acuerdo ha de entenderse como **coincidencias de voluntades** dirigidas a una misma finalidad, **más que como pacto de connotaciones de reciprocidad o sinalgama**. Es lo que se ha denominado **dolo compartido**. La realización conjunta del hecho sólo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en la acción. Sólo pueden ser dominados los hechos que se conocen (STS de 22 de Diciembre del 2010 resolviendo el recurso:

1604/2010). Más que de responsabilidades individuales sumadas cabe hablar de una responsabilidad por la totalidad del hecho. Esta responsabilidad alcanza a lo que se ha denominado cooperadores no ejecutivos pero que contribuyen de manera objetiva esencial en lo causal pese a ser ajena al núcleo del tipo".

Y, por fin la STS 831/2014, de 27 de noviembre citada en el recurso:

"Ciertamente, la sentencia declara probado que los miembros del comando trasladaron al piso alquilado por la recurrente en Ezcaray los explosivos, sin precisar la concreta responsabilidad de la recurrente, ya que según la



sentencia fue "el comando" el que lo acordó, pero ese comando formado por tres personas, resulta que una de ellas era la recurrente.

En este concreto aspecto los argumentos de la parte recurrente hacen una sesgada interpretación de los hechos probados, pues omite que primero se declara probado que "en el mes de Octubre de 2007, siguiendo instrucciones de la dirección de la organización, Filomena Elvira volvió a España, integrándose en el comando denominado Askatasun Haizea, con Alejo Oscar , alias Ganso , ya condenado por estos hechos, y con otra persona que no ha sido enjuiciada, que a estos efectos descriptivos llamaremos Roberto Urbano ., viviendo en un piso en la localidad de Eibar, con Alejo Oscar y con otra persona". Y continúa él relatando que en el mes de Noviembre de 2007 Alejo Oscar recogió en Francia material explosivo para el comando, que primero ocultó en un zulo que había construido con Roberto Urbano y "después de alquilar el piso de Ezcaray, de la CARRETERA000 , los miembros del comando trasladaron allí los explosivos, que hasta entonces tenían en el zulo de la zona de monte, utilizando ese piso para ocultarlos y poder manipularlos con seguridad".

Por tanto, cuando la sentencia habla que los miembros del comando trasladaron los explosivos a la vivienda alquilada, se está refiriendo a sus tres integrantes, entre ellos la acusada Filomena Elvira . No puede, en consecuencia, reprochar que el relato con respecto a esta concreta acción sea impreciso en la atribución de la responsabilidad personal de cada uno.

La sentencia cuando una conducta concreta la desarrolla uno de los miembros del comando (como el traslado de los explosivos desde Francia o el alquiler de las viviendas) lo hace especificando el nombre del miembro del comando que la efectuó, pero cuando habla de los miembros del comando es indudable que está mencionando a las tres personas que en ese momento lo integraban.

Partiendo de dichas premisas la conclusión lógica y razonada es que conocía la existencia de los explosivos que almacenaron en la vivienda alquilada en Ezcaray, pues así se deriva de las circunstancias concurrentes: la acusada pertenece a la organización terrorista ETA y alquila y reside en la vivienda de Ezcaray a donde se trasladaron los explosivos.

Establecido el conocimiento de la existencia de los explosivos, tuvo la disponibilidad, esto es, capacidad para controlar y decidir sobre su destino, con la consiguiente ofensa al bien jurídico tutelado, que se infringe con el simple peligro abstracto asociado al depósito irregular y clandestino de cualquier material susceptible de provocar una explosión – STS 234/2012 de 16 de Marzo –. ...

... La sentencia, atendido el resultado de la prueba, niega que en este caso los explosivos se hubieran depositado en una dependencia cerrada bajo llave, pues Alejo Oscar en ninguna de sus anteriores declaraciones manifestó que se hubieran guardado dentro de un baúl en el garaje de la vivienda, pero esta manifestación no deja de ser inverosímil, pues sorprende que hubieran ocultado los explosivos en un baúl de plástico, material de poca resistencia, que colocaron en el garaje con el riesgo que ello comportaba, al ser el garaje un local abierto y por donde pasan otras personas.

En cambio, consta acreditado por haberlo reconocido así la propia recurrente y Alejo Oscar que ella alquiló la vivienda de Ezcaray, que sirvió para ocultar durante un tiempo los explosivos, hasta que al regresar Filomena Elvira a Francia los trasladaron al zulo de Pazuengos; y asimismo resulta contrario a la lógica y a los principios de experiencia, que, siendo la recurrente miembro del comando, que por sus propias características se dedica a llevar a cabo operaciones violentas, desconociera la existencia de los explosivos, aunque, por razones de estrategia o de táctica de la organización, no llegara a participar en otras operaciones, salvo las vigilancias y seguimientos efectuados sobre la persona del Concejal con la finalidad de secuestrarle.

No se afirma en la sentencia, ni sería admisible, que por el hecho de pertenecer la recurrente al comando Arkatasun Haizea, le sean imputables sic et simpliciter todas las actuaciones delictivas llevadas a cabo por éste, más concretamente lo que se afirma es que las dos concretas imputaciones que se le hacen están justificadas a la vista del inventario probatorio.

Por consiguiente, concurren indicios suficientes, acreditados por prueba directa, y la inferencia sobre su participación en el delito de depósito de explosivos no puede considerarse abierta, sino que es la conclusión lógica y razonable a la conducta desplegada".

Igual afirmación puede proyectarse a este supuesto. No se convalida la condena por el hecho de haber estado integrado en el comando, sino por existir prueba suficiente de su colaboración previa, activa y consciente en el atentado.

El motivo tampoco es prosperable.

DÉCIMO.- El tercer motivo protesta por la inclusión en la condena en costas las causadas por la acusación popular.



Recuerda el recurrente con toda pertinencia la STS 977/2012, de 30 de octubre en la que en un asunto sustancialmente igual a estos efectos -delito de terrorismo, personación como acusación popular de una asociación de víctimas- se sentaba como criterio general la exclusión de esas costas. En el fundamento de derecho undécimo de tal resolución se lee:

"...Pese a la indefinición legal, la jurisprudencia sobre esta materia es muy clara: con algunas excepciones singulares, la condena en costas no puede comprender las ocasionadas por la acusación popular pues supondría cargar al condenado unos gastos que no era necesario ocasionar (SSTS 224/1995, de 21 de Febrero de 1995 o 649/1996, de 2 de Febrero , 2/1998, de 29 de julio , 1237/1998, de 24 de octubre , 515/99, de 29 de marzo , 703/2001, de 28 de abril ; 1490/2001, de 24 de julio , 1811/2001, de 14 de mayo , 1798/2002, de 31 de octubre , 149/2007, de 26 de febrero o 1318/2005 de 17 de noviembre .). "El ejercicio de la acción popular por un ente no imbricado en la dinámica delictiva nunca puede, cuando existe una acusación pública ejercitada por el Ministerio Fiscal, dar origen a tal forma de resarcimiento (costas procesales), por lo que supone de repercusión adicional económica sobre el acusado condenado" (STS1068/2010, de 2 de diciembre). El condenado no tiene por qué soportar las cargas económicas derivadas de la intervención de quienes no siendo perjudicados por el delito se personan en la causa en la defensa de un interés público que ha de presumirse respaldado por el Ministerio Fiscal (SSTS 947/2009, de 2 de octubre o 903/2009, de 7 de julio).

Se admiten en ese principio general algunas excepciones: a) los supuestos de ejercicio de la acción popular en defensa de intereses difusos (SSTS. 1811/2001 de 14 de mayo ; 1318/2005 de 17 de noviembre , 149/2007 de 26 de febrero ; 381/2007 de 24 de abril ; ó 413/2008 de 30 de junio); b) algunos casos en que podría hablarse una acusación "cuasi-particular" por cuanto su interés no es del todo ajeno a los del perjudicado directo que viene a asumir, aunque haya tenido que amoldar su personación a la figura del acusador popular por el concepto más estricto de ofendido por el delito (vid. STS 1185/2008, de 2 de diciembre que respalda la inclusión de las costas causadas por el tutor testamentario y sustituto hereditario de la incapaz perjudicada por el delito, aunque actuase en nombre propio y sin ostentar una representación que no tenía conferida); y c) cuando su actuación haya sido imprescindible, decisiva y determinante, de forma que pueda concluirse que el delito no se hubiese sancionado sin la concurrencia de esa acusación popular (STS 692/2008, de 4 de noviembre , -aunque la idea está expresada no como ratio decidendi , sino en un obiter dicta -, STS413/2008, de 30 de junio en la que se llega a conceder que ni siquiera es imprescindible que el Fiscal no ejercitase pretensión acusatoria, bastando con identificar actuaciones procesales exclusivas del actor popular que se hayan revelado como verdaderamente decisivas; o, sensu contrario, STS149/2007, de 26 de noviembre)...

... Pero el principio general es que el condenado no ha de asumir los gastos ocasionados por el ejercicio de ese derecho. No queda justificada la fisura en ese principio general consolidado. De no mantenerse, se abriría el paso a una perturbadora proliferación de "acusaciones populares profesionalizadas" con el exclusivo propósito particular (contrario a la esencia y origen de la acusación popular, expresión de una preocupación ciudadana por los intereses generales) de obtener unos honorarios seguros mediante la personación sistemática en supuestos en que siendo su concurso perfectamente prescindible, es pronosticable la alta probabilidad de una condena de quien es o puede ser solvente. La Asociación aquí constituida como acusación popular por sus fines estatutarios y por su trayectoria está muy lejos de ese perfil y se mueve en ámbitos de mayor proximidad con las asociaciones constituidas para la defensa de intereses colectivos o difusos, que han propiciado la apertura de algunas brechas en la regla general.

Pero es básico mantener la máxima rigidez del criterio general y una perspectiva restrictiva en la admisión de excepciones. No estamos aquí ante esos derechos de tercera generación a que se refería la STS 1318/2005 y cuya defensa reclama el concurso de asociaciones o agrupaciones colectivas; ni la actuación procesal de la acusación popular, siendo correcta en todos los sentidos, ha aportado elementos determinantes de forma que pudiese llegar a considerarse que ha servido para suplir omisiones o déficits de la acusación pública; ni existe esa proximidad de lazos con la persona física ofendida necesitada de tutela que ha servido de argumento para otras excepciones". (vid. igualmente STS 831/2014, de 27 de noviembre).

Sin duda el examen de las actuaciones revela que la acusación no pública ha ostentado un papel nada irrelevante en esta causa que se distancia de la situación contemplada en ese precedente invocado. Especialmente en el curso de la instrucción que activó de forma insistente. Así lo acredita la lectura en su contexto procesal de escritos como los obrantes a los folios 2.528, 2.557, ó 2.877, entre otros. Pero no puede pasarse por alto que en esos momentos procesales esa parte asumía una doble condición: la de víctima (acusación particular) al actuar en nombre de D^a Melisa Violeta , y la de acusación popular al asumir también la representación de la Asociación de Víctimas del Terrorismo. Solo en un momento muy avanzado de la causa (folios 2.983 y 2.984) se produjo el desdoblamiento de ambas partes que comenzaron a actuar separadamente. Con el pago de las costas de la acusación particular queda ya cubierta esa real trascendencia de la personación, no existiendo razones para duplicar el coste.



No se cumple en rigor la condición necesaria para situarnos en uno de los casos excepcionales en que pueda imponerse al condenado el pago de las costas de la acusación popular. Solo las de la acusación particular han de correr de cuenta de los penados, que no deberán cargar en virtud de esas razones con las causadas por la acusación popular. Las referencias legales y precedentes blandidos por la recurrida son habilidosos pero claramente carecen de fuerza para variar ese criterio.

En consecuencia **ha de ser estimado este tercer motivo**, casándose la sentencia de instancia en este particular para excluir de la condena en costas las causadas por la acusación popular en pronunciamiento cuya eficacia ha de extenderse al resto de penados aunque no hayan impugnado la sentencia (art. 903 LECrim).

DUODÉCIMO .- La estimación parcial del recurso ha de llevar a declarar de oficio las costas causadas en esta casación.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Virgilio Nemesio**, contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de atentado terrorista con resultado de muerte, **por estimación del motivo tercero de su recurso, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicho Tribunal de instancia** con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección

Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Luciano Varela Castro Antonio del Moral García

1866/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Vista: 19/02/2015

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 174/2015

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

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 catorce de Mayo de dos mil quince.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado Central de Instrucción nº 6, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Segunda), y que fue seguida por un delito de atentado terrorista contra Delfina Teodora, Virgilio Nemesio, Guillermo Severiano, Sixto Segismundo y Abelardo



Nazario , teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO .- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos probados de la Sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Por las razones expuestas en la anterior sentencia la condena en costas no puede extenderse a las generadas por la acción popular. En lo demás han de tenerse por reproducidos los razonamientos de la sentencia de instancia y la de casación.

III. FALLO

Se mantiene la parte dispositiva de la sentencia de instancia con la única variación de excluir de la condena en costas las ocasionadas por la acusación popular.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección

Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Luciano Varela Castro Antonio del Moral García

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO. SR. D. Luciano Varela Castro A LA SENTENCIA Nº 174/2015 DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 1866/14, AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

PRIMERO.- 1.- Mi discrepancia con la mayoría se centra, en primer lugar, en la estimación de que los elementos de prueba con los que se proclama enervada de la presunción de inocencia, que el recurrente invoca, son insuficientes para justificar una certeza, sin duda razonable, respecto a la participación del penado en los delitos por los que se le condena.

2.- No discutibles me parecen los datos que la mayoría (FJ tercero) asume, en cuanto reportados por el mismo Virgilio Nemesio : pertenencia a ETA, estancia en Salamanca, enviado por ésta entre octubre y noviembre de 1999, en cuyo periodo viajó en alguna ocasión a Madrid y posible propiedad de la trenca en la que apareció muestra de su perfil genético ocupada en el piso alquilado por el comando Buro Ahuste, que llevó a cabo los hechos cuya imputación rechaza, dato que ha de matizarse con lo afirmado en la sentencia recurrida sobre la existencia de muestras de perfil genético de otra persona.

También es poco refutable que en el piso de Salamanca se encontró el material explosivo, que se afirma por la mayoría, y otro, relacionados con el usado en dicho atentado.

A subrayar que el recurrente ya fue condenado en otra sentencia de 21 de noviembre de 2011 por la tenencia de aquellos explosivos. Sobre lo que este Tribunal Supremo ya se pronunció en la sentencia 697/2012. Se trataba de un atentado del mismo comando Buro Ahuste consumado en 6 de noviembre del año 2001 . Respecto de éste recayeron otras dos sentencias de la misma Sección de la Audiencia Nacional. Las de 27 de octubre de 2005 y

26 de septiembre de 2008, respecto de la cual conoció este Tribunal

Supremo en la sentencia 595/2009 . Sobre ello volveremos.

Al respecto también comparto con la mayoría que lo que tal sentencia establece no puede determinar la condena por quienes resolvemos en esta otra causa. Pero sí resulta significativo que en aquella sentencia fuera absuelto, no ya del atentado ejecutado en noviembre de 2001, sino también de las vigilancias y tentativa de atentado terroristas que se le imputaban, como llevados a cabo por él en los meses de enero y marzo de 2000.



Asimismo conviene recordar, reconstruyendo los antecedentes a partir de las STS de este Tribunal Supremo 595/2009 y 697/2012 que, a su vez, dan cuenta de las de la Audiencia Nacional Sección Tercera de 27 de octubre de 2005 , 26 de septiembre de 2008 y 21 de noviembre de 2011 , que el comando BURO AHUSTE, obedecía las órdenes del en aquellas acusado Matias Inocencio (condenado en la de 2011), que es quien convoca a los militantes en Francia, y que el comando se integraba por muchas personas: además de aquél, Delfina Teodora y Luciano German (condenados en la sentencia del 2005), Frida Herminia , Gaspar Florian y Octavio Ernesto (condenados en la de 2008), Abelardo Nazario , Heraclio Teodulfo e Virgilio Nemesio (incorporados en finales de 1999 y condenados en 2011, siquiera Virgilio Nemesio solamente por el delito de tenencia de explosivos con la expresa absolució antes citada), además de otros dos no acusados.

3.- La discrepancia comienza a surgir cuando la mayoría describe lo que considera soporte de la inferencia que justifica la imputación por el delito de atentado.

Aquel soporte se constituiría por los datos de hecho que se estiman probados: que los meses anteriores al atentado el acusado recurrente estaba integrado en el comando Buro Ahuste residente en Salamanca y durante ese tiempo ya se "gesta" el concreto atentado ejecutado el 21 de enero de 2000, tiempo en el que el recurrente "pertenecía activamente" al comando.

Al margen del equívoco significado del verbo gestar, que abarca lo biológico, cabe atribuirle, según el diccionario RAE, el de concebir y desarrollar una idea, un proyecto o una tendencia individual o colectiva. En todo caso, ese aserto de la mayoría del Tribunal debe referirse al ámbito de la ideación, sin la más mínima proyección en el mundo exterior. En cuanto tal, la gestación es anterior, y nunca equiparable, a acto alguno de ejecución, ni siquiera embrionaria. Prepara el delito, pero aún no lo intenta.

Pero, incluso en ese aspecto, la afirmación de la mayoría está desprovista de toda prueba en cuanto la ideación al proyecto concreto que es objeto de enjuiciamiento: el atentado de enero de 2000. De ahí que las inferencias, que se quieren extraer de la presencia del recurrente en Salamanca, no puedan sino circunscribirse a una preparación de actos delictivos de terrorismo, no solo totalmente carentes de concreción en cuanto a tiempo, lugar y víctima, sino que las inferencias tampoco permiten fijar el momento que se pasa de la gestación de la posibilidad de decidir a la efectividad de una concreta decisión de hacer o no hacer lo que estaba simplemente preparándose como eventual.

La mayoría considera no especialmente relevante tales indeterminaciones. A mi parecer son esenciales para fijar la responsabilidad de quien aquí es recurrente.

4.- Mi discrepancia es doble.

Primero en cuanto a los efectos de que el recurrente participara en la gestación del concreto atentado aquí juzgado.

Y, segundo, en cuanto a la supuesta, pero asumida por la mayoría, intrascendencia de la concreción del hecho y su relación con los actos no discutidos del recurrente, que ya han sido juzgados y penados (El recurrente fue penado en la sentencia de 2011 de la AN): recepción y tenencia de explosivos en Salamanca enviados al mismo comando, que ejecutó después el hecho objeto de esta nueva causa.

La mayoría, partiendo de aquella participación y esta intrascendencia, considera que, conforme al artículo 16.3 del Código Penal , el mero abandono del acusado, cesando en las actividades que hasta ese momento venía llevando a cabo el comando Buro Ahuste, no es suficiente para excluir la responsabilidad penal de los actos concretos que el comando, que no el recurrente, comienza a ejecutar y consuma después.

Respecto de tales argumentos me resulta poco aceptable la premisa conceptual de la cual se parte. El precepto que la mayoría invoca (artículo 16.3 del Código Penal) tiene como presupuesto para desactivar la exención de responsabilidad, en los casos de que varios sujetos se dispusieran a cometer un delito, que la ejecución del mismo estuviere ya iniciada. Presupone pues la tentativa, es decir que se dé principio a la ejecución directamente por actos externos, que ha de estar dirigidos a la consumación de un delito concreto. Por ello los actos externos no pueden ser cualesquiera. Han de ser tales que objetivamente deberían producir el resultado. Un determinado y específico resultado cuya concreción permita calificar la conducta y determinar la pena concreta. Y es precisamente respecto de tal concreto y determinado delito que debe concurrir además un elemento subjetivo que no cabe imputar de manera genérica o sin referencia a un tipo delictivo específico de concretas circunstancias.

De ahí que estime que, para excluir la exención de responsabilidad del que desiste, la sentencia de condena ha de establecer como probado que el penado es uno de esos plurales sujetos a los que le es imputable objetivamente alguno de esos actos externos y directos de ejecución de un delito concreto. Si, respecto del momento en que desiste, aún no cabe tal imputación, faltará la premisa para la exigencia de ese " *actus*



contrarius " que el apartado tercero del artículo 16 del Código Penal exige para la exención. Ciertamente la sentencia recurrida imputa al recurrente tales actos ejecutivos. Sobre la aceptabilidad de esa imputación volveremos más adelante. Ahora interesa destacar que, de no aceptar la misma, como creo que procede, el abandono del comando se produce antes de que aquellos actos ejecutivos fueran comenzados por ninguno de sus integrantes. Incluso antes de que hubiera sido adoptada la decisión de ejecutar el delito, ya que no se declara probado lo contrario

La mayoría parte, por el contrario, de la hipótesis de que el recurrente debe ser condenado, incluso aunque solamente participara en la actividad del comando previa a tales actos ejecutivos, e incluso si fue previa a la decisión del concreto atentado del día 21 de enero de 2000, aquí juzgado. Afirma que, en tal embrionaria situación, también le era exigible un acto contrario a la ejecución. Más allá del mero apartamiento del proyecto.

Tal tesis no puede ampararse, como se hace por la mayoría, en el artículo 16.3 del Código Penal que, como dejamos adelantado, exige que la ejecución se haya iniciado para que la exención del partícipe, que abandona la idea, se condicione a un acto contrario.

SEGUNDO.- 1.- Cobra pues relevancia el examen de la prueba practicada y de su valoración por la sentencia de instancia y la mayoría de este Tribunal, en relación a cual fuera la participación del recurrente que puede declararse probada, con adecuación al canon constitucional de la presunción de inocencia.

La mayoría parte de los datos que el penado habría asumido como veraces, que no discuto, y de los otros datos añadidos, relativos a los hallazgos en el piso de Salamanca: placas de vehículo usado en el atentado, nota redactada por coacusada reflejando el lugar del atentado, admisión por ésta de que el recurrente estuvo con ellos en meses de octubre y noviembre. Tampoco tales datos me suscitan dudas.

2.- Éstas surgen cuando, desde tal acervo probatorio, se inicia un viaje retórico para el que la lógica y la experiencia no dotan de un vehículo con garantías suficientes de traslado hasta la certeza. Muy al contrario, estimo que, al final de dicho viaje, aparecen dudas que la mayoría etiqueta, quizás sin la deseable exclusión de ligereza, de *absurdas*.

Así, no consigo entender que el hallazgo en el piso de Salamanca de placas de matrícula del vehículo usado en el atentado o una nota de la acusada Delfina Teodora con el dato del lugar del atentado, acarree, en primer lugar, la conclusión indefectible de que, al tiempo de la disponibilidad de aquellas placas (noviembre de 1999), estuviera ya decidido el concreto uso posterior, ni menos aún, que el acusado recurrente aún permaneciera en tal momento consumativo vinculado al comando. Significativamente la sentencia recurrida no identifica en hechos probados al recurrente como una de las personas que llevó a cabo la sustracción del vehículo usado.

Tampoco consta la fecha de confección de la nota, cuyo hallazgo, como el de las citadas placas de matrícula, ocurre tras el atentado de noviembre de 2001. Por lo que pudo ser confeccionada hasta el momento de su hallazgo. Cuando el recurrente ya no se encuentra integrado en el comando.

La mayoría de este Tribunal admite que no le vincula ninguna expresión sobre participación del aquí recurrente efectuada en sentencias previas. Pues bien, los datos base, hasta ahora no discutidos, pueden también llevar a la conclusión de que todo el comportamiento del comando, incluso mientras el recurrente permanecía en su estructura activa, era *preparación* de ulteriores posibles atentados, similares al ejecutado en enero del año 2000. Como se desprende de las sentencias ya dictadas por la Audiencia Nacional y este Tribunal Supremo, antes citadas, la decisión de ejecutar o no un acto terrorista por el comando estaba en función de la decisión de uno de los condenados (Matias Inocencio) o, si se quiere, de la organización terrorista. Hasta entonces el atentado era una *eventualidad* y por ello de realización *incierto o conjetural* .

Entre aquellos atentados posibles se encontraban los que fueron fallidos, a los que se refiere la sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de octubre de 2005 , como los intentados en marzo de 2005 y en el mes de mayo de 2000. Y, siguieron los intentos, en mayo - junio de 2001. Las personas vigiladas por el comando componen un muy largo listado. Pero no consta que fueran todas objeto de otros intentos de atentado. Ni que a los allí imputados se les atribuyeran responsabilidad a título de tentativa de atentado contra las mismas.

Singularmente se encontraba, entre aquellos intentos de atentado, el fallido de marzo del 2000, imputado al aquí recurrente y del que fue absuelto expresamente. E interesa destacar que ya se disponía por el Tribunal y estaba probado todo el acervo de precedentes aquí no discutidos y que antes señalamos. Y que, pese a ello se absolvió al aquí recurrente de dicho intento de atentado atribuido al comando. La discrepancia sobre la valoración de los datos base para llevar a la inferencia sobre participación de la anterior sentencia y la valoración aquí postulada por la mayoría resulta no solo evidente. También exige una justificación que despeje la perplejidad.



Lo anterior deja en evidencia que los actos que se pueden atribuir al recurrente y que precedieron a la posterior decisión por otros de cometer delitos concretos, no rebasaron la condición de actos preparatorios atípicos en cuanto referidos al atentado. Sin perjuicio de la posibilidad de imputarle responsabilidad por integración en banda terrorista que tales conductas ponen de manifiesto. O de la contraída por la tipicidad que cabe atribuir a esos preparativos, como ocurre con la tenencia de explosivos por la que ya fue penado. Pero la tentativa de atentado surge solamente respecto de aquellos actos en los que se dio comienzo a la ejecución haciendo nacer el riesgo para concretos bienes, como la vida de los destinatarios de la acción delictiva.

La sentencia de la Audiencia Nacional Sección Tercera de 27 de octubre de 2005 calificó los actos, sin duda etiquetables de gestantes, como las vigilancias o informaciones sobre sujetos objetivos de posibles posteriores atentados, como colaboración con banda armada imputable, eso sí, a quien no sea a su vez condenado por integración en la misma.

En la Sentencia de 26 de septiembre de 2008 de la misma Audiencia Nacional sobre el mismo atentado y en relación con la cual recayó la STS 595/2009, optó por calificar la conducta de vigilar y anotar las actividades como dos delitos de conspiración para el asesinato de los artículos 17, 572.

1.1 ° y 139.1° del Código Penal, por considerar que la información quedaba a la espera de ser utilizada a conveniencia de la organización y desprendiéndose un conocimiento exacto de la finalidad que guiaba la tarea de seguimiento.

La sentencia del mismo Tribunal, de noviembre de 2011, tal como acabamos de decir, relativa a los mismos hechos, de la Audiencia Nacional, misma Sección y sobre las actividades del mismo comando absolvió expresamente a Virgilio Nemesio de las imputaciones que le atribuían vigilancias e informaciones para ulterior uso terrorista y también expresamente de la tentativa de atentado en fecha marzo de 2000. Y ello a pesar de atribuirle exactamente la misma actividad previa que se le imputa aquí. Se le condena, eso sí, por la tenencia de explosivos. Pero no por colaboración con banda armada ni por conspiración para atentado terrorista.

De lo anterior cabe colegir, sin merecer lo inferido la descalificación de absurdo, antes al contrario como hipótesis razonable, jurisdiccionalmente ya afirmada, que la presencia en Salamanca, incluso en Madrid, del recurrente y el conocimiento por parte de éste de que allí se acumulaba información sobre personas eventuales objetivos de asesinatos terroristas, y se acopiaban medios utilizables en los mismos, no implica que éste participara en la decisión de la concreta ejecución de aquellas acciones asesinas, que, en momento no determinado, se adoptaron en relación a los actos de enero de 2000, y posteriores, como tampoco en relación a los actos del seis de noviembre de 2001. Ni siquiera que, al tiempo de esa decisión aún permaneciera encuadrado como miembro del comando que las llevó después a cabo.

Menos aún cabe tener por probado que permaneciera como miembro del comando cuando en enero de 2000 o noviembre de 2001, se dio principio por actos externos directamente a la ejecución de ambos concretos atentados.

Las calificaciones de tales actuaciones, consideradas en un momento previo a la decisión de llevar a cabo los atentados, no podría rebasar la de colaboración con banda armada, que no le sería imputable en la medida en que ya fue penado como autor del delito de tenencia de depósito de armas con fines terroristas y pertenencia a banda armada. Y tampoco como delito de conspiración para el asesinato ya que tal calificación exige la determinación por los conspiradores del delito concreto a cometer.

Desde luego, en cuanto a la referencia cronológica, el veto a la exención ex art 16.3 del CP, exigiría la afirmación justificada de que el abandono del comando no es anterior al comienzo de la ejecución, es decir a la comisión de la tentativa. Justificación imposible con la prueba de que se dispone.

TERCERO.- 1.- Lo que nos lleva a examinar si aparece justificada la declaración como hecho probado, mantenida en la sentencia recurrida, y que ratifica la mayoría de este Tribunal, que afirma, más allá de aquel acotamiento temporal, que el acusado participó en la ejecución misma de los delitos de atentado, con resultado o propósito homicida (consumado uno e intentados tres), y robo de vehículo.

La mayoría en realidad, aunque parte de que "es más que probable" que participase directamente en el atentado, no imputa actos concretos de ejecución. Estima que la participación, incluso previa a la decisión del comando de ejecutar el atentado concreto, le erige en partícipe a título de cooperador necesario equivalente a autoría.

Ya dejé expresado que estimo erróneo calificar de participación en un delito concreto los actos de un sujeto cronológicamente anteriores a la decisión de comisión y principio de ejecución por actos externos de ese concreto delito. Incluso sería erróneo tener tales actos, huérfanos de la concreta referencia del delito, como conspiración punible.



La STS 234/2012 de 16 de marzo, relativa al comando Askatasun Haizea, en la que el principal acusado había sido absuelto del delito de detención ilegal referido a una víctima concreta, objeto de vigilancia a tales efectos, para lo que se había pertrechado incluso de tranquilizantes con los que ésta sería controlada, declaró que no cabía considerar que había comenzado ejecución alguna de tal detención. Parte la STS de la siguiente premisa: *El análisis del factum pone de manifiesto que mal puede hablarse de desistimiento en la tentativa cuando la ejecución de lo resuelto todavía no ha superado el umbral del principio de ejecución. Y sólo se puede desistir de aquello que ya se ha comenzado a ejecutar. Los Jueces de instancia han dado por probada la determinación de llevar a cabo el secuestro y posterior ejecución, pero sólo describen la adquisición de tranquilizantes y la realización de vigilancias como actos que siguieron a la compartida resolución de delinquir.* (énfasis añadido). Consecuencia de ello desechan la atribución de la detención, confirmando la absolución por tal título. Ciertamente se condena por conspiración como acto preparatorio de específica tipicidad. Pero, obsérvese, solamente porque se declara probado que ya se había decidido el acto de detención de una concreta persona. Esa es la diferencia esencial con el caso ahora juzgado.

Si cuando el aquí recurrente abandona el plan del comando, ni existe ejecución comenzada, ni decisión de ejecutar delito de asesinato alguno, ni puede desistir, ni puede reprochársele conspiración como acto preparatorio punible.

Y es que el inicio de la ejecución tiene un alcance constitutivo. Mientras no ocurre no cabe decir que se aporta nada al delito cuya ejecución no se ha comenzado. Ni se interviene en él en nada. Ni objetivamente -nada se aporta- ni subjetivamente, ya que respecto de lo no decidido cometer no existe imputación subjetiva posible.

Cuestión ésta bien diversa de la que sí tiene amplio consenso doctrina que es la de la necesidad de un esfuerzo serio para conjurar el delito posterior cuando se ha intervenido en actos preparatorios pero siempre que éstos actos preparatorios sean típicos. En tal caso se ha dicho que el art 16.3 es analógicamente aplicable, aunque no se iniciara la ejecución. Pero no es el supuesto que en este concreto caso y recurrente cabe estimar concurrente.

La pregunta obvia es la siguiente: ¿qué esfuerzo serio o acto contrario cabe exigir al recurrente para evitar la ejecución de un delito cuya comisión ni siquiera estaba decidida ni podía conocer con una mínima concreción cuando decide abandonar el comando?

2.- Así pues resta por examinar cual sea el bagaje probatorio de la sentencia de instancia para justificar la imputación de autoría, aunque sea por imputación recíproca, de los citados delitos de atentado que tuvieron concreta comisión el 21 de enero del año 2000.

Examen necesario aún cuando, como dejamos expuesto, la mayoría del Tribunal ya no ha llegado a hacer expresa idéntica razón de imputación a la formulada en la sentencia de instancia.

3.- Cabe subrayar que la sentencia de instancia, con cita de la doctrina constitucional al respecto, comienza devaluando las declaraciones policiales de la coacusada, que no fueron luego ratificadas ni en la misma sede policial, ni, menos aún, en ningún momento de sus declaraciones judiciales. Las estima válidas (pág. 63 del FJ décimo) para a continuación reconocer que no tienen valor probatorio por sí mismas (FJ undécimo pág. 70).

El mismo Tribunal (pág. 70 de la sentencia en FJ undécimo) señala que otros sujetos no fueron acusados de este delito porque la testigo que efectúa las declaraciones policiales abandonaron el comando en enero de 2000. Lo que no se explica esa jerarquización discriminatoria de las manifestaciones policiales de la coacusada en cuanto a su credibilidad.

También reconoce el Tribunal que los miembros del comando actuaban siguiendo órdenes de los dirigentes de la organización (fj undécimo pág. 70)

. Lo que no dice es *cuando* se recibió la orden de ejecutar el atentado aquí juzgado en 21 de enero de 2000

La concreción que se puede entender ya referida a dicho atentado del 21 de enero del 2000 es la del robo del vehículo usado en el mismo y que no tuvo lugar hasta el 4 de enero anterior.

Pese a atribuirle validez con fuerza suasoria escasa a las declaraciones policiales de la coacusada, la sentencia de instancia cree encontrar bagaje suficiente en los indicios, que también recoge la decisión de la mayoría de la que discrepo.

En el fundamento jurídico decimotercero de la sentencia de instancia se reivindica el valor de aquellas declaraciones de la coacusada en sede policial, pese a que fueron rectificadas en las prestadas, tanto en posteriores ante policía como ante autoridad judicial. Pero, en efecto, pretende amparar su declaración de lo probado, además, en aquellos datos indiciarios a que aludíamos al comienzo de este voto particular: integración en el comando, confesada por el recurrente, presencia en Salamanca, tenencia de los explosivos,



conciencia de que los mismos podían ser eventualmente utilizados en un atentado, y que una prenda por él usada en algún momento apareció en un registro en Madrid.

4.- Tal construcción nos obliga a recordar que la presunción de inocencia exige, como presupuesto, que la prueba sea válida y practicada en juicio oral y que justifique la certeza, carente de dudas razonables, conforme a parámetros objetivos de lógica y experiencia, más allá de la íntima convicción subjetiva del Tribunal.

5.- Por lo que concierne a la utilizabilidad a tales efectos de las declaraciones en sede policial pero no ratificada en sede jurisdiccional, me remito a la doctrina establecida en nuestra STS nº 157/2015 de 9 de marzo en la que se recuerda que sentencias del Tribunal Supremo, bien recientes, sintonizan atinadamente con la doctrina del Tribunal Constitucional, tal como también se recuerda en nuestra STS nº 478/2012 de 29 de mayo. Así la STS 603/2010, de 8 de julio en la que ya se da cuenta del fracaso homogeneizador del acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 28 de noviembre de 2006. Y la STS 1055/2011, de 18 de octubre en la que se advierte como, al fin, la doctrina del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo han venido a converger en este punto, citando como muestra de ello las Sentencias 68/2010 del Tribunal Constitucional y 726/2011 del Tribunal Supremo, al tiempo que llama la atención sobre la necesidad, en cuanto a aquel acuerdo plenario de 2006, de "ajustar su sentido" a las posteriores inequívocas sentencias del Tribunal Constitucional.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 68/2010, se examina la validez como prueba de cargo de la declaración inculpativa prestada en sede policial por la coimputada, testimonio del que se retractó posteriormente ante el Juez de instrucción, negándose a declarar en el acto del juicio. Tras reiterar la conocida doctrina de que las únicas pruebas que vinculan a los tribunales penales son las practicadas en el juicio oral, sin que ello prive de toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales, de concurrir ciertos requisitos, advierte que la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial.

La citada doctrina ha sido afirmada por las SSTC 51/1995, de 23 de febrero y 206/2003 de 1 de diciembre.

En el caso de la STC 51/1995 se concedió el amparo frente a la condena fundada en la declaración de un coimputado ante la policía. Y se advirtió: dichas declaraciones prestadas ante la policía tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los artículos 714 y 730 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase "preprocesal" que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía. Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial.

Ciertamente se hizo allí una referencia obiter dicta a la eventual incorporación de la declaración policial mediante la intervención de los policías que la recibieron declarando en juicio como testigos. Dicha posibilidad ha de ponerse en relación con la excepción admitida en algunos casos para los supuestos en que no es posible obtener la reiteración de la declaración ante el juez. No cuando existe retractación precisamente en esa segunda oportunidad de declaración judicial por quien antes declaró ante la policía.

La doctrina es inequívoca: "a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo" no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil, sino fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial.

La doctrina del Tribunal Constitucional es tan tajante, y afortunadamente inequívoca, que se ocupa de tapar toda coartada para la discrepancia: Puesto que no pueden contribuir a enervar la presunción de inocencia, se veta su acceso al juicio oral. Tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los artículos 714 y 730 de la LECrim. por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase 'preprocesal' que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía.

Pero en el amparo resuelto por la STC 68/2010, también se había debatido si dicho testimonio de la persona coimputada ha sido o no debidamente corroborado por otros datos objetivos y, en concreto, si a tales efectos podía ser válido el testimonio de referencia de los agentes policiales.



Pues bien, al respecto debemos concluir con el Tribunal Constitucional que: En la medida en que dicho testimonio (el de agentes policiales que acudieron como testigos al juicio oral) es utilizado en el razonamiento explicitado por los órganos judiciales como elemento de corroboración del testimonio de la coimputada cuya falta de valor probatorio acaba de declararse, la suficiencia o insuficiencia de tal corroboración resulta ya irrelevante en este proceso, una vez se ha declarado la falta de validez como prueba de cargo de la declaración a corroborar.

Más recientemente hemos examinado esta cuestión en nuestra STS 173/2015 de 17 de marzo volviendo sobre la última doctrina del TC. Recordábamos allí la doctrina sobre el Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), respecto de la que señala la STEDH dictada por la Gran Sala el 1 de junio de 2010 en el caso Gäfgen c. Alemania, que garantiza en su art. 6 el derecho a un proceso equitativo pero no regula la admisibilidad de los medios de prueba, cuestión que compete al derecho interno; lo que queda excluido es la utilización de confesiones obtenidas con violación del art. 3 CEDH, en el que se establece la interdicción de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, añadiendo que el art. 3, a diferencia del art. 6, consagra un derecho absoluto (§ 178). Ya anteriormente señaló la STEDH de 27 de febrero de 2001, caso Luca, § 40, que "utilizar las declaraciones que se remontan a la fase de instrucción preparatoria no vulnera el artículo 6.3 d) y 6.1, siempre que se respeten los derechos de la defensa. Por norma general, estos exigen conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para oponerse a un testimonio en su contra e interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde" (en el mismo sentido, SSTEDH de 20 noviembre 1989, caso Kostovski c. Holanda; de 19 de diciembre de 1990, caso Delta c. Francia; y de 26 de abril de 1991, caso Asch c. Austria).

Y reiterábamos una constante doctrina: *El legislador español, en su libertad de configuración de los medios de prueba admisibles en el proceso penal, aun permitiendo que declaraciones efectuadas en la fase sumarial puedan sustentar una declaración de condena, lo ha limitado a las declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción. Sólo cuando se produzca una rectificación o retractación de su contenido en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim) o una imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), las declaraciones prestadas con anterioridad podrán alcanzar el valor de prueba de cargo siempre que se reproduzcan en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en las que se documentaron, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios, pero bajo condición de que se trate de declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción.*

Por ello, desde la STC 31/2001, de 28 de julio, FJ 4, venimos diciendo que para que la confesión ante la policía se convierta en prueba no basta con que se dé por reproducida en el juicio oral sino que es preciso que sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial. Nuestra jurisprudencia ha repetido de modo constante que "las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo" (por todas, SSTC 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2, y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5). En el mismo sentido se pronunció reiteradamente ya este Tribunal Supremo, entre otras en la reciente Sentencia nº 123/2015 de 20 de febrero.

Esta doctrina ha sido reiterada por el Pleno del Tribunal Constitucional en la Sentencia 165/2014 en la que recuerda que *debemos diferenciar la validez de un medio de prueba, por ser adecuada a todas las garantías de obtención y producción del mismo, de su valor probatorio para enervar la presunción de inocencia.*

Así la validez del atestado no le confiere valor de medio de prueba. Al contrario es lo que ha de probarse. La declaración autoinculpatória allí recogida no es una confesión, sino una manifestación voluntaria (que no de voluntad) descriptiva.

Su utilización es admisible como elemento de contraste con las declaraciones judiciales posteriores, para considerar (incidiendo dice el TC) acerca de su propia credibilidad (la de esas declaraciones judiciales).

Y también cabe utilizar los datos cuya veracidad resulte comprobada mediante verdaderos medios de prueba. Medios que han de ser otros diversos de la declaración policial rectificadora y además deben ser suficientes a fin de enervar la presunción de inocencia por sí mismos. De otra manera no podrían considerarse verdaderos medios de prueba, como literalmente exige esa STC.

Tras esa premisa la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en aquella Sentencia 165/2014, lleva a que en el caso se examine:

- a)** Si cabe descartar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) procesales y constitucionales en la declaración policial.
- b)** La exigencia de que se produjera la incorporación al plenario de las declaraciones policiales con sometimiento a las garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediatez.
- c)** Pero la constatación de esa validez no cabe unirla a la credibilidad de la declaración (la policial), ni es posible incluirla como elemento de valoración probatoria de refuerzo de ella frente a otras de sentido diferente.
- d)** También se ha de examinar si la declaración policial es el único fundamento de la condena.



e) Ya que, en tal caso, se vulneraría del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) de los recurrentes. Lo que no ocurriría si los medios de prueba ajenos a la autoinculpación (tanto más si se trata de heteroinculpación por coacusado) que han ponderado los órganos judiciales para apreciar la responsabilidad de los demandantes son de distinto signo.

En el caso se valora como indicio la coincidencia de la declaración policial con otra declaración testifical, si esta coincidencia solo puede tener por explicación la presencia de los recurrentes en el lugar de los hechos.

La doctrina que quiera el aval de la Constitución, ha de acomodarse a esta premisa: la declaración policial no tiene valor probatorio si no es ratificada judicialmente. Ni puede ser corroborada. Ni contrastada por la vía del art. 714 de la LECR . Sin perjuicio de que el hecho de que un sujeto afirme determinados enunciados en aquella declaración, si se hace válidamente, y aquellos resultan ser veraces, conforme a verdaderos medios de prueba, de manera que demuestren un conocimiento por quien los emite que constituya base para legítimas y lógicas inferencias, y entre ellas su presencia o participación en un hecho.

6.- Pues bien, estimo que, en el caso que juzgamos, debe prescindirse de tales declaraciones policiales de la coacusada, en cuanto que el hecho de haberla prestado no constituye base desde la que inferir ninguna conclusión respecto a la participación del recurrente, conforme a lo enseñado por el Tribunal Constitucional. Solamente cabría formularlas desde el la asunción del contenido de las manifestaciones como veraz, lo que, como resulta de aquella doctrina, está plenamente vetado.

7.- Los demás enumerados indicios, en conjunto o por separado, no autorizan a formular como conclusión inequívoca que, además de esa contribución a los objetivos del comando y la organización ETA, el acusado continuara en su participación una vez que se decide ejecutar el atentado de 21 de enero de 2000 y menos cuando se dio principio a tal ejecución directamente por actos externos.

Resulta poco refutable el elenco de argumentos del recurrente dejando en evidencia la gratuidad de las inferencias que llevan a la sentencia de instancia a prolongar la permanencia del mismo en la actividad del comando y, más aún, a su participación directa y material en los actos de ejecución consumada del atentado.

Entre la imputación de tentativa de atentado, de la que fue absuelto en sentencia de la sección tercera de la Audiencia Nacional de fecha 21 de noviembre de 2011 y la imputación en el atentado consumado aquí juzgado existe una única diferencia de bagaje probatorio significativa: la declaración policial de la coimputada no ratificada judicialmente, además, eso sí, de cambiar los Ilmos. Magistrados enjuiciadores.

Si se asume que las declaraciones policiales rectificadas no son utilizables, y desde luego no como fuente determinante, no siendo de recibo que el Estado Juez suministre dos respuestas diversas ante la misma panoplia probatoria, habrá de convenirse en la perplejidad que para los ciudadanos debe representar la distinta suerte corrida por el acusado en función de variables que tan escasamente pueden justificar esa versatilidad punitiva.

Más aún si, como dejamos anotado, esa misma declaración policial de la misma coacusada sirvió de argumento para excluir a dos potenciales acusados (Guillermo Severiano y otra mujer, FJ décimo primero pág. 70 de la sentencia) debido sin más a que dicha coacusada, al igual que dijo del aquí recurrente, manifestó que se habían separado del comando.

De lo anterior concluyo que no resiste la mínima confrontación con el canon constitucional del juicio equitativo y derecho a la presunción de inocencia, ni la condena en los términos de la sentencia de instancia, ni la menos atrevida que establece la mayoría de la Sala de este Tribunal que resuelve el recurso casación.

La absolución del recurrente era la única decisión posible en esos términos de fidelidad constitucional y en tal sentido emito mi voto.

Luciano Varela Castro Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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