

En la villa de Madrid, el día 23 de mayo de dos mil doce.

En el Procedimiento Abreviado 199 de 2002, procedente del Juzgado Central de Instrucción número 5, seguido por delito de desórdenes públicos, en el que han sido partes: Ejercitando la acción Pública el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. D. Daniel Campos Navas Como acusados: Igor, con DNI ..., nacido el 31 de agosto de 1977 en Amorebieta, Vizcaya, hijo de José Manuel y María Teresa, con domicilio en c/ A. número ... Amorebieta. Con antecedentes penales. Estuvo privado de libertad por esta causa desde el 29/10/10 al 24/02/11, este tiempo que estuvo privado de libertad lo fue por razón de las Previas 284/10 del mismo juzgado, previas acumuladas a las presentes actuaciones.

Ha sido representado por el Procurador D. Javier Cuevas Rivas y defendido por el Letrado D. Kepa Manzidor Garikoitz con DNI ..., nacido el 22 de septiembre de 1975 en Guernica (Vizcaya) hijo de Florentino y M^a Ángeles, con domicilio en c/ L. núm. ..., de Bilbao. Sin antecedentes penales. En situación de libertad por esta causa. Ha estado representado por el Procurador D. Javier Cuevas Rivas y defendido por el Letrado D. Kepa Manzidor Joseba Andoni, DNI ..., nacido el 01/02/1981 en Donosti-San Sebastián (Guipúzcoa), hijo de José Antonio y María Antonia, con domicilio en c/ P. número ..., de San Sebastián. Sin antecedentes penales. En situación de libertad por esta causa. Ha estado representado por el Procurador D. Javier Cuevas Rivas y defendido por el Letrado D. Zigor Reizabal.

Actúa como Ponente la Magistrada Sra. Fernández Prado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción número 5 de esta Audiencia Nacional incoó con fecha 06.05.02 diligencias Previas 199 de 2002, que en Auto de 14.03.03 transformó en procedimiento abreviado. El Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación contra Iker, y las actuaciones se remitieron al Juzgado Central de lo Penal de esta Audiencia Nacional.

El día 1 de octubre de 2003 se dictó por el Juzgado Central de lo Penal Sentencia de conformidad condenado a Iker como autor de un delito de desórdenes públicos a la pena de 2 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y 6 años más.

Con fecha 28.10.10 el mismo Juzgado Central 5 incoó diligencias Previas 284/2010; mediante resolución de 26.01.11 se acordó acumular éstas previas al Sumario (Procedimiento Ordinario 17/2004), si bien mediante resolución de 09/02/11, estimando parcialmente los recursos interpuestos, se dejó sin efecto dicha acumulación, y en su lugar, dichas previas 284/10 se acumularon a las presentes actuaciones D. Previas 199/2002.

Tras la práctica de nuevas diligencias de investigación el Central de Instrucción número 5 dictó auto el 22.03.11 acordando continuar las presentes diligencias previas por los trámites del Procedimiento Abreviado establecido en el Capítulo

II, del Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Ministerio Fiscal formuló su correspondiente escrito de acusación con fecha 27/04/11, y mediante auto de 11/05/11 se acordó la apertura de Juicio Oral contra los expresados Igor, Garikoitz y Joseba Andoni. Sus representaciones procesales presentaron sus correspondientes escritos de defensa y proposición de prueba.

SEGUNDO.- Las presentes actuaciones fueron elevadas a mediante oficio de 04/10/11 y recibidas que fueron en esta Sección Primera se formó el correspondiente Rollo de Sala 12/11, y, previo examen de la prueba propuesta se dictó con fecha 20/01/12 auto de admisión de prueba y mediante diligencia de ordenación de 08/03/12 se señaló Ja vista oral que se ha celebrado durante los días 10, 16 y 18 de mayo actual, con asistencia de los imputados y demás partes.

En el trámite de las cuestiones previas el tribunal adoptó el siguiente acuerdo: Como cuestiones previas la defensa de Joseba Andoni, con la adhesión parcial de la defensa de los otros dos acusados, propuso:

1º Prescripción del delito: alegando que, tomando en consideración el relato de hechos no son aplicables los tipos penales invocados por el Ministerio Fiscal, y al no poder acudir a los art. 574, ni al 577 del c.p. el plazo de prescripción habría transcurrido.

2º Infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, quiebra que se produce por la duplicidad de procedimientos, que ha existido, provocando que su representado se viese investigado por los mismos hechos en varias causas, D.P. 199/2010, D.P. 81/2003 transformadas en Sumario 17/2004, y D.P. 284/2010, con base al mismo informe. En el Sumario 17/04 se acordó el sobreseimiento provisional, que debe reputarse con eficacia de cosa juzgada, y que ha de impedir el actual enjuiciamiento.

En relación a la primera de las cuestiones la defensa pretende que este tribunal se pronuncie sobre la calificación que habría de resultar procedente en relación con los hechos, y esa labor no puede realizarla el tribunal más que en sentencia y en relación con los hechos que hayan de resultarse probados. En este trámite, como cuestión previa, no cabe desechar la calificación provisionalmente formulada por el Ministerio Fiscal. Debe destacarse que el Auto de 11 de mayo de 2011, folio 1306, acuerda la apertura de juicio oral contra los tres acusados por delito de desórdenes públicos del art. 557 y 574 del C.P., y a esa calificación es a la que, con el carácter provisional que le corresponde, se debe atener el tribunal, sin que pueda con carácter previo reexaminarse esta cuestión.

En relación con la segunda de las cuestiones debe destacarse que los defectos que se producen en relación a la apertura de distintas causas sobre los mismos hechos fueron subsanados en los autos de 26 de enero y de 9 de febrero de 2011, donde ya se lleva a efecto la acumulación, para remediar esta situación.

En el sumario 17/04 se dictó Auto de conclusión sin procesamiento, sobre la base de que los hechos objeto de ese sumario habían sido objeto de otros

diferentes procedimientos, y posteriormente ello se confirma en el Auto de este tribunal de sobreseimiento provisional. Ello implica que ese Auto no puede constituir obstáculo a la tramitación del presente juicio, pues una vez constatada que sobre los altercaros producidos en Bilbao el 5 de mayo de 2002 se seguía otra causa, no se pronunció sobre la imputación que ahora se ventila. De modo que no cabe invocar cosa juzgada, ni material, ni formal.

También debe señalarse que estas cuestiones ya han sido planteadas por vía de recurso durante la tramitación de la causa y que a esas resoluciones debe atenderse en este momento este tribunal.

Por ello el Tribunal desestima las cuestiones previas planteadas y acuerda la continuación de la vista oral.

TERCERO.- En sus conclusiones definitivas el Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos: De un delito de desórdenes públicos del art. 557, poniéndolo en relación con el art. 574 del C.P.

Consideró responsables a los tres acusados, Igor, Garikoitz y Joseba Andoni.

Estimo de aplicación la agravante de disfraz, art. 22.2, y la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del C.P.

Solicitó la imposición de la pena de 2 años de prisión con inhabilitación absoluta durante 8 años, prevista en el art. 579.2, accesorias y costas.

Las defensas de los acusados solicitaron la libre absolución de sus representados.

De las pruebas practicadas en el juicio oral han quedado acreditados los siguientes hechos que se declaran hechos probados: El día 5 de mayo de 2002 se llevó a cabo en la localidad de Bilbao una manifestación convocada por Batasuna bajo el lema "Stop al fascismo", manifestación que concluyó sobre las 14 h. frente al Ayuntamiento de Bilbao.

Acto seguido unos 50 jóvenes, provistos de cócteles molotov, piedras y tornillos, que había participado en la manifestación, se dirigieron al barrio viejo de esa localidad, con intención de provocar altercaros, tapándose los rostros con prendas con agujeros, a modo de verdugos, para evitar ser reconocidos. Mientras parte de ellos lanzaban un líquido inflamable a un cajero automático de la sucursal de la BBK, sita en la calle La Cruz, otro grupo, entre los que se encontraban Garikoitz, Joseba Andoni e Igor, detuvo el tráfico en la confluencia de las calles Rivera y Somera, obligando a un autobús municipal a detenerse. En ese momento trató de intervenir la dotación antidisturbios de la Ertzainzta, que se encontraba en el puente de San Antón. Al percatarse los jóvenes de la presencia policial empezaron a arrojar a los agentes los cócteles molotov, piedras y tornillos que llevaban, llegando a lanzarles un centenar de artefactos, en su mayor parte compuestos por cohetes de pirotecnia con piedras adosadas.

Los agentes de la Ertzainzta tuvieron que disparar bolas de goma e iniciar una maniobra envolvente, para tratar de dispersarlos, lo que finalmente consiguieron.

Los agentes antidisturbios recogieron guantes y prendas abandonadas por estos jóvenes, lo que permitió la identificación del ADN de Garikoitz, Igor y Joseba Andoni.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Sobre las pruebas practicadas: En el acto del juicio oral: Igor se negó a contestar al Ministerio Fiscal, y a preguntas de su defensa negó haber participado en estos hechos, manifestando que el domingo 5 de mayo de 2002 asistió a las 11,30 de la mañana la llamada "misa de salida" para los familiares cercanos, por la muerte de su abuelo. Misa que se celebró en la Iglesia de Larrea, Amorebieta, comiendo después con los familiares en el asador Propi, sito en las inmediaciones de la iglesia, donde se encontró con un conocido del pueblo Jon, que en el mismo lugar celebraba una comunión. Para explicar que en unos guantes de látex hubiese aparecido su ADN manifiesta que trabajaba en una cooperativa dedicada a la soldadura de placas electrónicas, y que utilizaba este tipo de guantes para algunos trabajos, tirándolos después a unos contenedores situado en el exterior de la empresa al alcance de cualquiera.

En apoyo de su versión aporta los siguientes documentos: La esquila del fallecimiento de José, ocurrida el 27 de abril de 2002.

Copia sellada del libro de la parroquia San Juan bautista de Larrea, donde aparece que la misa de las 11,30 se ofreció por el fallecido José, y que a las 1,30 se celebraron comuniones.

Factura del Asador Propi de fecha 5.5.2002.

Para justificar la presencia de IGOR en estos actos se aporta el testimonio de su padre, que manifiesta que su hijo estuvo presente en la misa y en el lunch, posterior, y de Jon, conocido del pueblo, que afirma haberse encontrado en el asador sobre las 15 h., con Igor, cuando él estaba celebrando la primera comunión de su sobrina, que había tenido lugar en la misma Iglesia a las 13,30 h.

Joseba Andoni se negó a contestar al Ministerio Fiscal, y a preguntas de su defensa manifestó que estuvo en la manifestación de Bilbao, pero no participó en los disturbios posteriores, ya que no en el casco viejo de Bilbao. Niega cualquier relación con SEGI o ETA. Cree que no es posible que se hubiese encontrado su ADN en una prenda, y que el helado del que se dice se obtuvo de ADN indubitado pudo haber sido un consumo compartido con el amigo con el que estaba.

Garikoitz se negó a contestar al Ministerio Fiscal, y a preguntas de su defensa negó haber participado en estos hechos, manifestando que ese día fue contratado por la peña J., para tocar el chistu, en los actos de presentación de

la peña. Que estos actos empezaron a las 14. h. que comió con la gente de la peña y estuvo con ellos hasta que fueron al fútbol sobre las 18 h. Para justificar que en alguna prenda se hubiese encontrado su ADN dice que la ropa que les sobra la entregan a las parroquias de la zona.

En apoyo de su versión su defensa aporta los siguientes documentos: Inscripción de la peña J., estatutos, libro de actas donde aparece la fecha del 5 de mayo de 2002 como de fiesta de presentación, libro de contabilidad con la anotación de los gastos de la comida de presentación de la peña, 300 euros, y con la misma fecha los gastos de txistulari y dantzari de la presentación, 80 euros. También distintas publicaciones junto con la carta de convocatoria a la presentación, y una certificación de las parroquias donde colaboran la familia llevando las prendas.

Para justificar que el txistulari que actuó en la presentación fue el acusado se presentan las declaraciones del tesorero de la peña, y de la dantzari Laura, quienes han manifestado que la persona que actuó tocando el txistu fue el acusado Garikoitz, y que cobraron 40 euros cada uno.

Además también ha comparecido el padre del acusado para manifestar que la ropa que ya no usan la entregan a la parroquia, y que sólo la lavan caso de estar muy sucia.

A pesar de estas pruebas aportadas por las defensas el tribunal ha estimado probada la participación de los tres acusados en los hechos, por la identificación de su ADN en las prendas utilizadas para tapar el rostro y guantes, tomadas en el lugar de los hechos. Esta prueba de carácter científico resulta de tal rigor y fuerza, que no permite dudar que los tres acusados estuvieron presentes en los hechos acaecidos en el barrio viejo de Bilbao el día 5 de mayo de 2002, sobre las 14 horas tras una manifestación convocada por Batasuna. Su fiabilidad lleva a restar credibilidad a las manifestaciones de los testigos, personas del entorno de los acusados, que en el caso de Igor y en el de Garikoitz les sitúan en esa fecha en otro lugar. Mientras que una persona puede mentir o confundirse sobre la presencia de otra en un determinado lugar y hora, una prueba de ADN no tiene margen apreciable de error. Así aunque la misa por el abuelo del acusado Igor tuviese lugar en la mañana del 5 de mayo de 2002, como resulta de la prueba documental, éste pudo ausentarse tras la misa, y presentarse más tarde a la comida, aunque sus parientes no lo recuerden. En el caso de Garikoitz también cabe temer, que aunque la presentación de la peña fuese ese día, este acusado pudo no ser el txistulari que actuó o haber intervenido algo mas tarde.

Entrando en el análisis de estas pruebas:

- El testigo Ertzaina núm. ...72 del grupo antidisturbios que intervino en estos hechos ha relatado al declarar como testigo en el juicio oral, que al pasar fue recogiendo con sus compañeros las capuchas y los guantes, que había dejado por la calle los jóvenes tras el altercado.

Se trata de una actuación del grupo antidisturbios, no de una inspección ocular, lo que impide que puedan existir fotografías del lugar donde se van ocupando los efectos. Pero ello permitió que la ocupación de efectos fuese inmediata a los hechos, con la certeza que de ello se deriva. Estos efectos aparecen relacionados en el folio 78 y siguientes, concuerdan con los que figuran en los folios 302 y siguientes, fotografiados a continuación. Ello impide temer que la cadena de custodia se hubiese podido romper.

Tampoco el que se hayan depositado en la furgoneta policial hasta terminar la intervención o que el agente actuase con los guantes de su uniforme puede ser motivo de contaminación pues no se alcanza a comprender como ello pudiera ser causa de transferencia del ADN de los acusados.

- El acto del juicio oral se ratificaron los informes periciales sobre ADN, de las evidencias intervenidas, y de ellos se desprende:

a) El perfil genético de la evidencia 23, trozo de manga corta gris con dos agujeros, intervenida con motivos de estos hechos, es coincidente con el del envoltorio de un helado, folio 1070. Que ese envoltorio contenga el ADN de Joseba Andoni se desprende de las manifestaciones del testigo Ertzaina ...29, en el juicio oral, que manifiesta que le estaba vigilando y le vio consumir el helado, que él recogió después.

La defensa pretende cuestionar el resultado de esta pericia, porque no fue posible someter a contradicción el análisis de ADN de la manga con agujeros intentado mediante la pericial que propuso, al no haberse encontrado más restos de ADN, y por otro lado porque el helado pudo haber sido consumido también por el amigo del acusado que le acompañaba. Sin embargo ello no puede aceptarse ya que las técnicas empleadas por los peritos de la sección de Genética Forense de la Ertaintza respondieron a los protocolos y no han sido cuestionadas. Por otro lado el que solo haya aparecido en una pequeña parte de la prenda se explica por la mayor posibilidad de transferencia de ADN en la parte de la boca. Además ello concuerda con que la prenda se utilizó para tapar la cara. Finalmente el acusado pudo hacerse analizar su ADN, aportando una prueba de contraste, si pretendía justificar que el del envoltorio de helado podía no ser suyo, lo que no quiso llevar a cabo. El Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2006 permite a la policía judicial la recogida de restos genéticos o muestras abandonadas por el sospechoso, sin necesidad de autorización judicial, que una vez analizadas se han de considerar como indubitadas.

b) El perfil genético de la evidencia 15, manga de camiseta con tres agujeros, intervenida con motivos de estos hechos, es coincidente con un pañuelo de papel, folio 699. Que ese pañuelo de papel contenga el ADN de Garikoitz se desprende de las manifestaciones prestadas en el juicio oral por el testigo Ertzaina 64539, que manifiesta que él recogió ese pañuelo que acababa de usar Garikoitz cuando estaba en los calabozos.

Tampoco este acusado, que pretende que durante su detención no uso pañuelos, aporta voluntariamente su ADN. Por otro lado el que la ropa vieja de

la familia se entregue a distintas parroquias nunca podría justificar que transformada una camiseta en capucha para ocultar el rostro aparezca el ADN del acusado en la parte coincidente con la boca. Esto solo se explica de ser la persona que dio este uso a la camiseta.

c) El perfil genético de las evidencias 16, manga larga de camiseta color blanco con tres agujeros, y 29, guante de látex, intervenidas con motivo de estos hechos es coincidente con el perfil genético de IGOR, que figura como indubitado en la base de datos de ADN CODIS.

La existencia de una base de datos de ADN se encuentra regulada en la Ley Orgánica 10/2007 de 8 de reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. El texto de esta ley, como se recoge en la exposición de motivos, se inscribe en el marco de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Al tratarse de una base de datos de carácter oficial no cabe exigir que se traiga al acto del juicio oral a los peritos que tomaron la muestra indubitada y la analizaron. Del mismo modo que tampoco se requiere tal ratificación cuando se trata de las huellas dactilares incorporadas en la bases de carácter oficial, como la del D.N.I. No parece posible que personas desconocidas hubiesen tomado de los contenedores del lugar de trabajo de este acusado sus guantes de látex para abandonarlos en el barrio viejo de Bilbao, pero además su ADN aparece en dos de las evidencias, pues también se encuentran en una manga usada a modo de capucha.

Finalmente y ya en lo que se refiere a la forma en que se produjeron los hechos declararon en el juicio oral los testigos miembro de la Ertzainza núm. ...99, jefe del operativo antidisturbios, y núm. ...96, que tras recibir el aviso de que en las inmediaciones unos jóvenes estaban quemando un cajero, cuando tratan de aproximarse se encuentran con un grupo de unos 50 jóvenes, con los rostros tapados, que ya habían detenido un autobús, y que al ver el dispositivo policial les hacen frente arrojándoles de forma coordinada hasta 100 cócteles molotov, tuercas y piedras. Constan en el atestado las fotografías de impactos, así como de los artefactos pirotécnicos utilizados con piedras adosadas. Estos hechos se producen tras una manifestación que se había desarrollado por el centro de Bilbao convocada por Batasuna, bajo el lema "Stop al fascismo".

Por todo ello se han estimado probados los hechos en la forma antes expresada.

SEGUNDO.- Calificación jurídica de los hechos: El Ministerio Fiscal califica los hechos de delito de desórdenes públicos del art. 557, poniéndolo en relación con el art. 574 del C.P., precepto que incluido en los delitos de terrorismo castiga a los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con organizaciones o grupos terroristas cometan cualquier otra infracción con alguna de las finalidades expresadas en el apartado 3 del art. 571, esto es subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

La aplicación del art. 574 supone que la pena prevista para los desórdenes públicos del art. 557 deba aplicarse en su mitad superior, y además la

imposición de una pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años a de la duración de la pena privativa de libertad, prevista en el art. 579.2 para todos los responsables de los delitos previstos en ese capítulo del C.P. Ello supone, por ser la pena de inhabilitación superior a 6 años, que el plazo de prescripción del delito sea de 10 años, y no de 5 años, art. 131. Esta cuestión tiene especial relevancia en este caso en que los hechos datan del 5 de mayo de 2002, y aunque Garikoitz y Joseba Andoni ya aparecen identificados mediante el ADN en un informe remitido al juzgado en diciembre de 2002, sin embargo las actuaciones no se dirigen contra ellos hasta que en octubre de 2010 se remite nuevo informe donde se hace constar que además de las dos persona antes mencionadas también se había identificado el ADN de IGOR.

Para el Ministerio Fiscal la actuación coordinada y en grupo de unas 50 personas, perfectamente pertrechado, con la finalidad de alterar la paz pública, supone un acto de guerrilla urbana, que lleva implícita una colaboración con la organización ETA, al implicar una aportación delictiva a esta organización terrorista. Delito que se encuentra en concurso de normas con el delito de colaboración del art. 576 del C.P.

En este sentido debemos tener en cuenta que el C.P. dentro de la Sección 2a de los delitos de terrorismo va regulando en los arts. 572 y siguientes los delitos cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con organizaciones o grupos terroristas. Ello supone que el autor de estos tipos penales ha de tener la condición de integrante de la organización terrorista o de colaborador con ella. Los integrantes son miembros activos, personas que intervienen activamente en la realización de las acciones delictivas que constituyen la finalidad de la organización, tienen vínculos estables y permanentes con la organización, estando sometidos a su disciplina, a diferencia de los colaboradores, que no mantienen este tipo de vínculos, sino una actividad puntual u ocasional. El colaborador pone a disposición de la organización, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la organización obtendría más difícilmente -o en ocasiones le sería imposible obtener-, sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quienes, sin pertenecer a ella, le proporcionan su voluntaria aportación. Así tanto el integrante como el colaborador están vinculados a la organización terrorista, pero este vínculo en el primero es más estrecho y permanente, mientras que en el segundo es puramente ocasional.

Después en el art. 577, también incluido dentro de la misma sección, se contempla un tipo penal en el que sin embargo se castiga a los que sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren determinados delitos, obligando a imponer la pena correspondiente al hecho cometido en su mitad superior. Dentro de estos delitos se recogen los homicidios, lesiones, detenciones ilegales, secuestros, amenazas, coacciones, incendios, estragos, daños, tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o

suministro de armas municiones sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes. No se recogen los desordenes públicos.

La jurisprudencia, fuera de los casos en los que se justifica una vinculación del autor con una organización terrorista, viene acudiendo al art. 577, ante hechos que pueden considerarse subsumibles dentro del contexto de la lucha callejera violenta, también denominada "Kale borroka" aunque sólo en el caso de los tipos penales especialmente previstos en ese precepto. Así la sentencia del T.S. núm. 880/2011, de 26 de julio de 2011, una vez excluida la vinculación del autor con la organización SEGI de los hechos probados, acudió al art. 577 para castigar la tenencia de artefactos explosivos en el marco de una actuación de kale borroka con finalidad de alterar gravemente la paz pública. En la sentencia del T.S. núm. 865/2011 de 20 de julio de 2011, con motivo de unos altercados muy parecidos a los ocurridos en este caso, pues también habían sido tras una manifestación convocada para protestar por la detención de unos integrantes de la izquierda abertzale, estima aplicable el tipo penal común de los desordenes públicos, del art 557, por la alteración que se había producido del orden público, infracción que en ese supuesto se reputa en concurso real con unos daños del art. 577, ocasionados en el contexto de actividades terroristas.

Tanto ETA, como organizaciones de su órbita EKIN o KAS, igualmente consideradas terroristas, están interesadas en fomentar estas actuaciones del denominado terrorismo callejero o de baja intensidad, y en controlar en general todas estas acciones, y a ello es a lo que se refiere la Sentencia del T.S. 1097/2011 de fecha 25 de octubre de 2011. Así cuando nos encontramos comportamientos de esta naturaleza en personas pertenecientes o vinculadas a estas organizaciones la calificación de los hechos ha de llevarse a cabo acudiendo a los arts. 572 a 574, y no con base en el art. 577, que queda configurado por el legislador como un tipo residual aplicable cuando no existe esa vinculación a organización terrorista alguna, y cuando estemos ante los delitos que expresamente enumera.

Pretender que siempre que nos encontremos ante una pluralidad de sujetos, que en actuación coordinada, cometan delitos que por su finalidad impliquen un apoyo a los postulados de ETA debemos reputar a los autores integrantes o colaboradores de la organización terrorista supone una extensión desmesurada del concepto integrante o de colaborador que carece de apoyo legal. Incluso va en contra de la propia previsión del legislador, que para castigar determinados de estos comportamientos ha creado el tipo del art. 577. Para reputar al sujeto integrante o colaborar con la organización terrorista habrá en cada caso de probarse esta vinculación, sin que pueda inducirse sin otros datos de la mera asistencia a una manifestación de la izquierda abertzale y la participación en los altercados posteriores, por muy graves que estos sean, pues ello iría en contra de la presunción de inocencia.

Los antecedentes penales de Igor que se reflejan en estas actuaciones tampoco permiten establecer cuando estos hechos se producen en el año 2002 era un integrante o colaborador de ETA, ya que la sentencia de 9 de julio de 2007 de la Sección 4a de este Tribunal le condenó por un delito conspiración

para la comisión de un delito de colaboración con organización terrorista a la pena de 2 años de prisión, inhabilitación especial por dos años e inhabilitación absoluta por 8 años más.

Por todo ello, desechando la aplicación del art. 574, debe estimarse que nos encontramos ante un delito común de desordenes públicos del art. 557 del C.P. en el que se castiga con una pena de prisión de 6 meses a tres años a los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a 10 las personas, produciendo daños en la propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos del C.P.

No cabe entrar a examinar si este delito puede encontrarse en concurso real con otras infracciones, ya que no han sido objeto de acusación.

Así las cosas y teniendo en cuenta que los hechos datan del año 2002 y que hasta el año 2010 no fueron imputados los acusados Garikoitz, Joseba Andoni e Igor en relación a estos hechos, debe de estimarse este delito prescrito por haber transcurrido en exceso el plazo de los 5 años previsto en el art. 131 del C.P.

Este plazo habría transcurrido aún teniendo en cuenta que en el sumario 17/2004 Joseba Andoni fue preguntado en relación a estos hechos, cuando prestó declaración en febrero de 2003, pues finalmente en ese sumario no se dictó auto de procesamiento por estos hechos, precisamente porque sobre esos hechos se seguían estas diligencias, y aunque se reputase interrumpido el plazo, habría nuevamente transcurrido más de 5 años, cuando en 2010 es imputado.

TERCERO.- Las costas al tratarse de una Sentencia absolutoria deben declararse de oficio.

FALLO

En atención a lo expuesto y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española, hemos decidido: Que debemos absolver y absolvemos a Garikoitz, Igor y Joseba Andoni de los delitos de desordenes públicos terroristas de los que se les acusaba, declarando las costas de oficio.

Notifíquese esta resolución a todas las partes, con instrucción de los derechos que les asisten a aquellos frente a la misma, en concreto de su derecho al recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se deberá preparar ante esta Sala en plazo de cinco días desde la última notificación.

Así por ser esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.
Manuela Fernández Prado.- Javier Martínez Lázaro.- Nicolás Poveda Peñas.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado D. Nicolás Poveda Peñas, respecto de la sentencia dictada con fecha 23 de Mayo de 2.012 en el Rollo de Sala 012/2011, correspondiente al Proc. Abreviado 199/2002 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5.

A.- Nada que objetar a los antecedentes de hecho que se indican en la sentencia, con cuyo contenido se discrepa.

B.- I.- Se discrepa del parecer de la mayoría, ya que considera por mi parte necesario hacer constar como hechos probados como consecuencia de la acusación formulada y de las circunstancias acreditadas por las pruebas practicadas. Que "el día 5 de Mayo de 2.002, tuvo lugar en Bilbao (Vizcaya) una manifestación convocada por la coalición política Batasuna, como consecuencia de la aprobación inmediata de la denominada Ley de Partidos, que permitió tras el verano de 2.002 la ¡legalización de tal Batasuna, considerándola terrorista por su relación directa con la banda armada ETA como componente de su trama civil, manifestación con la finalidad de apoyar a dicha coalición y su no posible ¡legalización como acto de fuerza al servicio de la organización ETA de la que formaba parte.. Dicha ¡legalización tuvo lugar mediante sentencias del Tribunal Supremo Sala del art. 61 de la L.O.P.J. y Tribunal Constitucional, siendo avalada la Ley de Partidos por el TEDH.

Al término de la manifestación y como colofón de la misma estando previsto, que al culminar esta, en las proximidades del Casco Viejo de Bilbao, se produjeran graves incidentes, así un grupo de personas muy numeroso, se internara en dicho Casco Viejo por sus calles, dividiéndose en varios grupos compuestos entre 20 y 30 personas, actuando de forma organizada sobre diversos objetivos con empleo de la fuerza mediante artefactos explosivos, incendiarios, piedras y otros objetos.

Dichas personas, al unísono, tapando sus rostros con mangas, camisetas y capuchas, proceden, por acción de uno de los grupos a quemar un cajero del BBK sito en la Sucursal de la calle La Cruz, mediante la utilización de un artefacto con liquido inflamable, sobre las 14.29 horas, otro grupo de personas numeroso camina por la calle M. con piedras, tornillos y algún recipiente, sobre las 14.30 horas.

Sobre las 14,31 del citado día, un grupo de personas muy numeroso de personas igualmente encapuchadas o con sus rostros tapados desde la confluencia de la calle R. y S., lanzan "cocteles molotov" contra un autobús, ante lo que los miembros de la Ertzaintza, de la dotación antidisturbios, ubicados en la zona del puente de San Antón próxima al lugar, se dirigen hacia ellos para evitar tal acción, momento en el que el referido grupo de encapuchados lanza una lluvia de cocteles molotov en número próximo a los 100 artefactos contra los agentes, a los que no alcanzan por la acción evasiva de estos y su defensa mediante el lanzamiento de pelotas de goma, realizando una maniobra envolvente por las calles adyacentes que permitió dispersar a los encapuchados.

La Ertzaintza detuvo a uno de los integrantes del grupo de encapuchados llamado Iker ya enjuiciado en la presente causa y condenado en sentencia firme, a quien le fue intervenido entre otros efectos una "agenda organizativa de diferentes actos del entorno radical", junto a una fotografía del citado Iker en la que aparece junto a una ikurriña con el anagrama de ETA, igualmente fue intervenido por dicha fuerza policial en el lugar, diverso material, entre los que constan un teléfono móvil; seis jerseys; ocho capuchas y cuatro guantes de lana; una sudadera de color azul; siete guantes de látex, una sudadera y una bufanda; dos guantas de goma; cuatro camisetas y dos capuchas.

Dicho material fue remitido a la Policía Científica para su análisis, resultando contener diversas muestras de ADN. De las que se extrajeron los perfiles correspondientes comprobándose con el Centro de Datos.

Como consecuencia de la realización de las comprobaciones precisas se confirmó pericialmente la identidad de los usuarios de tres de las capuchas, resultando ser Igor; Andoni y Garikoitz.

Como consecuencia de los hechos relatados se produjeron daños a bienes privados, así como ataques a las fuerzas del orden público como desordenes públicos muy graves que generaron una grave alteración de la paz social.

II.- En cuanto a la fundamentación jurídica no muestro discrepancia respecto de la valoración de las pruebas que se contempla en el fundamento primero de la sentencia de la mayoría si bien considero de extrema gravedad los hechos que pusieron en peligro la seguridad física de los ertzaintzas.

La disconformidad y discrepancia respecto de la mentada sentencia se concreta además de los hechos considerados probados en la calificación jurídica de los mismos, por considerarse por mi parte que se integran en la actividad típica contemplada en el art. 574 del Código Penal en relación con el art. 557 del mismo, tal como califica definitivamente el Ministerio Fiscal. Teniendo por tanto los hechos naturaleza de ilícitos terroristas.

En el presente caso hemos de partir de los hechos que declaro probados en razón a la prueba practicada y conforme constan en las actuaciones sumariales y han sido ratificados en el plenario, estimados como probados en los que se hace mención expresamente a: Que se trata de una actuación evidentemente organizada, en donde los componentes de los grupos que intervienen en la misma, portan pasamontañas, capuchas, mangas, jerséis, y bufandas con la que tapan su rostro para no ser identificados.

Asimismo ha quedado probado y lo recoge la sentencia de la mayoría que se lanzan cerca de 100 artefactos explosivo-incendiarios tipo cocteles molotov contra las fuerzas del orden público.

Confluye asimismo su diversificación en dos grupos, uno incendia un cajero y ocupa varias calles y otro intenta incendiar un autobús y ocupa un lugar desde el que lanza los citados artefactos contra la fuerza pública.

Es asimismo relevante que tal actuación se realiza al término y como culminación de una manifestación organizada para beneficio de una organización terrorista integrada a la trama civil de ETA, como han establecido reiteradamente los Tribunales, y contra una normativa que ha sido amparada por el TEDH.

Por último, es de señalarse la relevancia que tiene el hecho de que junto con los hoy enjuiciados se encontraba una persona que al ser detenida, portaba una programación de actividades contenidas en una agenda organizativa de diferentes actos del entorno radical junto a una fotografía del citado Iker en la que aparece junto a una ikurriña con el anagrama de ETA.

Esta persona que ya fue enjuiciada en la presente causa, y condenada por estos hechos, fue detenida en el lugar donde la policía encontró y recogió las prendas en las que se hallaron el ADN de los hoy enjuiciados.

En modo alguno podemos considerar que tales hechos son unos meros desordenes de entidad mínima, sino que deben ser considerados como una actividad grave cuya naturaleza obedece a actuar al servicio de una organización terrorista.

Partiendo de estas premisas, se considera por mi parte que la calificación que realiza el Ministerio Fiscal es la correcta, conforme al siguiente razonamiento lógico.

Los desordenes públicos a los que hace referencia el art. 557 del Código Penal tiene por objeto la lesión del orden público no en un sentido amplio entendiendo como tal "el normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales reconocidos en la Ley", que era la fórmula utilizada por la antigua y derogada por fin, Ley de Orden Público de 30.6.59, sino más bien su acepción restringida de "tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana".

Se incluyen en dicho precepto dos conceptos que debemos diferenciar: alteración de orden público y atentado contra la paz pública, no comprendiendo la segunda toda afcción del orden público, sino que conforme a la STC 59/90, habrá de estarse a la preordenación subjetiva de los actores.

Por su parte la STS de 16.10.91 establecía que dentro de la paz social pueden coexistir desordenes accidentales y perturbaciones de orden social, tesis ratificada por la STS de 19.1.94.

Se desprende de todo ello, que el resultado completa la calificación de los desordenes.

Exige además la norma vigente en dicho momento, la actuación en grupo, debiendo considerarse como integrantes del mismo a los que se acredite su asunción del hecho como propio, pese a la diversa aportación material y el reparto lógico de roles.

Se trata también de un delito de resultado al que se llega por medio de las conductas descritas, debiendo entenderse como integrante de tal resultado su gravedad, la que será determinada por los medios utilizados en la comisión del mismo, considerando que las amenazas, e injurias de las que no hablaba el precepto, puedan constituir elementos a tener en cuenta como medio o resultado de las conductas recogidas en dicha normativa.

Se trata por último de un delito tendencial, no basta con la mera producción del desorden, sino que habrá de sobreañadirse tal finalidad específica (STC 59/90; y STS 12.6.90; 11.10.91; 15.2.92 y 20.2 y 28.9 2003 entre otras).

Son elementos a considerar para determinar el ánimo tendencial, cuando la actividad desarrollada no es compatible con la persecución de un fin por medios democráticos (STS 17.4 y 18.6.90 y 11.10.91), actividad reivindicativa que excluye la finalidad remota legítima.

Pues bien en principio consideramos que la norma contempla todos los supuestos que concurren en la actividad de los acusados; actuación en grupo organizado, como lo demuestra el hecho de que todos los integrantes aparecían con el rostro tapado, y el uso de al menos 100 cocteles molotov, lo que demuestra una preparación de los mismos previa, dada la necesidad de obtener los envases, rellenar los mismos con líquido inflamable-explosivo, lo que demuestra de forma clara unos actos previos dirigidos hacia tal alteración y una intencionalidad de uso atentando contra personas, bienes y la paz social, como resultó finalmente del uso de los citados artefactos.

Además es de tenerse en cuenta que ello se realiza en el marco de la protesta por una Ley de Partidos, que generaría la ilegalización de la beneficiada de la manifestación (Batasuna), ilegalizada en base a dicha Ley y por los máximos Tribunales de este país por su relación directa como brazo civil de la banda armada ETA.

En base a lo anterior hemos de llamar la atención sobre la gravedad de la alteración. Como manifestaron los testigos miembros de la Ertzaintza que deponen en el juicio oral de forma contradictoria, nunca habían sido atacados con un número tan elevado de artefactos explosivos, lo que demuestra esa sobretendencia trascendente de la que hemos hablado no solo basada en la desproporcionada actividad alteradora del orden público y agresora de la paz social desplegada por los acusados, sino también en los demás factores examinados, por lo que estimamos correctamente calificado el delito en cuanto a la actividad desarrolla de desorden público grave contra la paz social.

El Ministerio Fiscal acusa, partiendo en base al contenido del art. 574 del Código Penal que contemplaba en el momento de los hechos la redacción prevista en la reforma de la Ley 10/95 de reforma del Código Penal.

Teniendo en cuenta la acusación formulada, que califica los hechos al amparo de lo previsto en los arts. 574 y 557 del Código Penal, con la consecuencia penológica del art. 579 del mismo texto, hemos de señalar, que en el presente

caso se advierte lógicamente de lo expuesto la concurrencia del elemento finalista que contiene el citado art. 574, en su relación con el art. 571 del Código Penal, dada la gravedad de la alteración efectuada por los acusados y la finalidad de los intervinientes en apoyo de la asociación Batasuna como brazo de ETA, banda armada.

La discrepancia principal respecto de la posición de la mayoría, atiende al hecho de la característica del participante, ya que el repetido art. 574 nos habla de "pertenencia, actuando al servicio o colaborando con banda armada, organizaciones o grupos terroristas".

No se establecen en dicho precepto dos únicas condiciones, la de estar el acusado integrado o perteneciente a dichas organizaciones o la de ser colaborador, sino que además y en pura lógica gramatical, primera de las interpretaciones de la norma que hay que aplicar, la disyuntiva "o" además establece una tercera posibilidad, la de actuar al servicio de banda armada.

Y en el presente caso tenemos que al acusado, ya enjuiciado Iker, se le encuentra un manual de actividades de la izquierda abertzale y una fotografía del mismo con una ikurriña con el anagrama o signo de ETA, lo que significa el desarrollo de una actividad al servicio de la organización bajo cuyo anagrama se fotografía en señal de identidad.

Y concurre la circunstancia de que junto a la detención se hallan las prendas usadas por los hoy acusados, hecho acreditado por la identificación pericial de su ADN, los que les identifica con la actividad desarrollada por el coacusado condenado.

Se da también la circunstancia descrita en la documentación ratificada de que tales prendas, consistentes en capuchas, eran las usadas por las personas que con Iker arrojaron los cocteles molotov a la Ertzaintza, sobre cuya identidad no cabe duda, ni sobre la línea de custodia, habida cuenta que las marcas de ADN son personales y no pueden ser trasvasadas.

Es evidente que tal identidad de vestimenta, que no es normal incluso para el desarrollo de una manifestación de protesta de carácter político, unida al hecho de que la mentada manifestación lo era en fundamento y apoyo de una "marca operativa civil" de la banda terrorista ETA nos lleva a considerar que la actividad de los acusados coincide con los parámetros exigidos en los arts. 574 y 571 del Código Penal.

Considerar la no acreditación de tal pertenencia o integración e incluso colaboración, como hace la mayoría en su sentencia, no tiene sentido lógico. No basta para la misma los hechos y su actividad, sino que se requiere un plus imposible, cual sería poco menos que la acreditación indubitada de tal pertenencia o colaboración, sin que proceda hablar de actuar al servicio de, ya que esta opción ni siquiera es valorada.

Sería preciso de seguir la tesis mayoritaria, para considerar la ilegalidad de su acción, exigir a los acusados de hechos como los que nos ocupan, la

conurrencia de figurar en una lista de afiliados, o la posesión de un carnet o documento identificativo como si se tratase de un club o asociación deportiva o lúdica, lo que como decimos es todo punto ilógico cuando se trata de bandas terroristas.

La prueba practicada en la causa nos lleva a establecer, que la actividad desarrollada por los acusados se enmarca en una actuación colaboradora o al menos auxiliadora de las pretensiones de Batasuna-ETA, lo que se desprende de la propia actividad de los acusados y de la actividad y documentación hallada al acusado ya enjuiciado.

La sentencia de la mayoría, hace especial hincapié en el hecho de que los procesados no pertenecían a ninguna organización o banda armada, lo que en el caso de los activistas en acciones terroristas es una exigencia irrelevante, dada su condición de contrarios a todo tipo de documentación organizativa.

III.- En este marco de hechos, yo entiendo frente al parecer de la mayoría, que nos encontramos ante una actividad que debe ser tipificada como terrorista, ya que lejos de consideraciones y planteamientos de teoría política como los expresados en la misma, hemos de acudir a la norma legal, y así tenemos que la Sección 2a del Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código Penal vigente en el momento de los hechos, hace referencia a "De los delitos de terrorismo", entre los que se incluye el art. 574, junto con otra normativa que va desgranando diversas actividades de carácter terrorista, desde un punto de vista objetivo (art. 573, 575, 576 y 578), pero también desde un punto de vista subjetivo, que nos lleva desde la pertenencia como máxima subjetividad en la actividad terrorista, a la de "los que sin pertenecer... del art. 577, señalándose incluso como típicos el enaltecimiento o la justificación (art. 578); la provocación, la conspiración y la proposición (art. 579.1) e incluso contemplando la posible condena por Tribunal extranjero (art. 580).

Examinada la mentada normativa se advierte la existencia de un marco legal exhaustivo que llega incluso al "que sin pertenecer.." en cuanto a la actividad terrorista considerándola en todo caso como típica, lo que nos lleva a la consideración, de que cuando una actividad tiene como finalidad la alteración grave del orden público o de la paz social con motivación de subversión del orden constitucional, es ilícita en cualquier caso.

No cabe pues, establecer un marco de conducta atípica en este contexto, como se desprende de la posición de la mayoría, siendo únicamente excluidos los actos inocuos, por lo que habrá de estarse a la realidad de los hechos en orden a la entidad de los mismos y la participación de los acusados.

No es este el momento de volver a repetir el análisis de los hechos que hemos relacionado anteriormente y que damos por reproducido, que nos lleva a considerar que los acusados participan en ellos, no como meros participantes sin relación alguna, sino que de la tenencia previa de las capuchas, y de la tenencia previa de los artefactos explosivos, su fabricación y su transporte se deduce claramente una intervención de estos, más allá del mero simpatizante,

que solo en el caso de ser inocua su actividad podría hablarse de una atipicidad, lo que no ocurre en el supuesto que nos ocupa.

C.- Como corolario de lo anterior, se aprecia por mi parte, la concurrencia de la aplicación al caso que nos ocupa del contenido del art. 579.2 del Código penal, con el resultado de que no operaría el instituto de la prescripción que fundamenta la decisión absolutoria de la mayoría, debiendo ser examinada la causa a la luz de las pruebas practicadas, y habiendo quedado acreditados los hechos y la participación responsable de los acusados, procedería una sentencia condenatoria de los mismos como autores de los ilícitos por los que venían siendo acusados.

D.- Más es evidente que en el presente caso nos encontramos, ante el enjuiciamiento de hechos que tuvieron lugar en el año 2.002, lo que impone la aplicación a la pena correspondiente de la atenuante de dilación indebida, en su momento aplicada al amparo de lo previsto en el art. 21.6 del Código Penal y en la actualidad y como consecuencia de la reforma del Código Penal operada por la Ley 5/2010 de la expresa atenuante del núm. 6 del art. 21 citado, que deberá estimarse como muy cualificada, por lo que operaría en la rebaja de la penalidad mas allá de la aplicación de la agravante de disfraz del num. 2 del art. 22 del repetido Código que procede por el uso de capuchas en las que se halla el ADN de los acusados.

Por ello procedería la rebaja de la pena imponible en un grado, con un resultado penológico de siete meses y un día de prisión, mínima legal correspondiente conforme a toda la normativa citada.

Es evidente que con lo anteriormente expuesto se establece por mi parte un criterio diametralmente distinto del parecer mayoritario, y en este sentido, con pleno respeto a la opinión de mis compañeros, emito este voto en Madrid, a 28 de Mayo de 2.012.