

En Madrid, a seis de marzo de dos mil doce.

Vistas por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en juicio oral y público, las presentes actuaciones registradas en esta Sala con el número de Rollo 3/04 y tramitadas por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 como sumario ordinario, con el número 2/04, con respecto a los acusados:

1º.- Francisco Javier, nacido el 12/02/1966 en Bilbao (Vizcaya), hijo de Ignacio y Epifanía, con D.N.I. ...483, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia, en situación de libertad provisional por esta causa de la que estuvo privado desde el 11/03/2010 al 08/04/2010; representado por el procurador D. Javier Cuevas Rivas y defendido por la letrada D^a Ainhoa Baglietto Gabilondo.

El citado acusado fue entregado el 11/03/2010, por las autoridades francesas de acuerdo con la decisión adoptada al efecto el 17/10/2007 por La Cour D[^]Appel de Reims, en base a la Orden Europea de Detención y Entrega librada al efecto en las presentes actuaciones.

2º.- Ángel, nacido el 11/07/1975 en Bilbao, hijo de Bienvenido y María Milagros, con D.N.I. ...689, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia, en situación de prisión provisional desde el 18/02/2010, prorrogada por auto de 17/02/2012, representado por el procurador D. Javier Cuevas Rivas y defendido por el letrado D. Alfonso Zenón Castro.

El citado acusado fue entregado por las autoridades francesas el 18/02/2010, en virtud de Orden Europea de Detención y Entrega librada en el curso de las presentes actuaciones, tras la resolución dictada al efecto por La Cour D'Appel D'Aix En Provence el 04/02/2010.

3º.- Xabier, nacido el 19/07/1973 en Zumárraga (Guipúzcoa), hijo de José Luis y M^a Ángeles, con D.N.I. ...721-Z, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia, en situación de prisión provisional desde el 28/09/2010, representado por el procurador D. Javier Cuevas Rivas y defendido por la letrada D^a Ainhoa Baglietto Gabilondo.

El citado fue entregado en virtud de procedimiento de Orden Europea de Detención y Entrega, resuelto favorablemente el 13/02/2008 por La Cour D'Appel de Paris.

Han sido partes, además de los citados, el Ministerio Fiscal representado por el lmo. Sr. Vicente González Mota, y actuando como ponente la Ilma. Sra. D^a Carmen-Paloma González Pastor que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 se incoaron Diligencias Previas 35/2001, a raíz del atestado instruido por la Policía Autónoma Vasca con motivo del aviso telefónico dado, presuntamente, por un miembro de la organización terrorista, en la noche del 22 de enero de 2001, sobre la colocación de una bomba en el interior del vehículo Renault 19 con placas de matrícula BI-...-BC estacionado en el Paseo del Puerto de la localidad vizcaína de Getxo. Practicadas las diligencias de instrucción que se estimaron pertinentes, se dictó el 29/01/2004 auto de transformación de las referidas diligencias en el procedimiento ordinario de sumario registrado con el número 2/04 en el que se dictó un primer auto de procesamiento el 04/03/2004 con respecto a Francisco Javier y Ángel, complementado por el dictado el 22/09/2010 con respecto a Xabier, notificados a los procesados tras su entrega por las autoridades francesas, apareciendo dos autos de conclusión, uno de ellos, para los dos primeros procesados, el 23/04/2010 y el segundo que abarca a los tres procesados el 25/10/2010, tras la revocación del auto de conclusión que se indicará más adelante, lo que permitió la remisión del sumario a esta Sección donde se había incoado el Rollo 3/04.

SEGUNDO.- Con fecha 29/04/2010, se dictó providencia que acordaba dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 627 y siguientes de la L.E.Crim., quien interesó la revocación del auto de conclusión de 23/04/2010, interesando se aportara informe elaborado por la Comisaría General de Información sobre la participación en el hecho y grado de integración en la banda de los procesados Francisco Javier y Ángel; petición que fue acordada por auto de esta sección de 14/07/2010 y que motivó se dictara nuevo auto de conclusión el 25/10/2010, de modo que remitido nuevamente el sumario, se llevaron a cabo los traslados de instrucción, empezando por el Ministerio Fiscal quien, en informe de 16/11/2010 interesó la confirmación del auto de conclusión; igualmente se dio traslado de la causa a la

representación legal de los acusados, quienes no consta presentaron escrito alguno, de modo que el 02/12/2010 se dictó auto ratificando el de conclusión del sumario y la apertura del juicio oral con respecto a los acusados.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos, para los tres acusados como constitutivos de:

1º.- Un delito de pertenencia a banda armada del artículo 515.2 y 516.2 del Código Penal;

2º.- Un delito de estragos terroristas, en grado de tentativa del artículo 571 en relación con los artículos 346, 351 y 16 del Código Penal y

3º.- Un delito de asesinato terrorista en grado de conspiración, de los artículos 572, 138, 139 y 579.1 del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó: Para los acusados Ángel y Xabier, por el primer delito, la pena de 8 años de prisión, inhabilitación especial para empleo o cargo público durante el mismo tiempo y para Francisco Javier, 12 años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 14 años.

Por el segundo delito y, para los tres acusados, la pena de 10 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por el tercer delito, y para los tres acusados, la pena de 10 años de prisión e inhabilitación absoluta durante 20 años.

Igualmente interesó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 579 del Código Penal, la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior en 10 años a los de prisión por cada uno de los delitos y la prohibición de residir en el lugar donde se cometieron los hechos por tiempo de 10 años superior a la duración de la pena impuesta.

CUARTO.- La defensa de los acusados en ese momento procesal único, en idéntico trámite, interesó, al amparo del artículo 666 de la L.E.Crim., y como artículo de previo pronunciamiento, la excepción de cosa juzgada y falta de autorización administrativa para procesar, resueltas tras la oportuna Comisión Rogatoria a las autoridades francesas y la pertinente traducción, en auto de 23/11/2011, reanudándose el plazo para la calificación de los hechos que fue realizada fuera de plazo, mostrando, en todo caso, su disconformidad con la acusación pública y solicitando la libre absolución de los acusados.

QUINTO.- Mediante auto de 07/12/2011 se admitieron las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal y, mediante Decreto del mismo día, se señaló la celebración del juicio para el día 13 de febrero de 2012 fecha en la que éste tuvo lugar quedando las actuaciones pendientes de dictar sentencia.

HECHOS PROBADOS

Y así expresamente se declara: El acusado, Francisco Javier, -mayor de edad, ejecutoriamente condenado en Francia por la comisión de un delito de asociación de malhechores, en sentencia dictada por el Tribunal de Gran Instancia de Paris de 26/07/2002,- miembro dirigente de la organización terrorista E.T.A., entre cuyos fines se encuentra la alteración de la paz pública mediante ataques contra la vida, integridad y patrimonio de las personas, ordenó y facilitó a los integrantes del comando "Bolueta", integrado, entre otros, por Osear, condenado por estos hechos en sentencia de este mismo tribunal el 16/11/2004, confirmada por la del Tribunal Supremo de 13/10/2005, y Ángel, - mayor de edad y sin antecedentes penales en la fecha de los hechos, militante activo de la referida organización y ejecutoriamente condenado por sentencia de 06/03/2007 del Tribunal de Gran Instancia de Paris por asociación de malhechores,- el vehículo Renault 19, Chamade, con placas de matrícula inauténticas BI-...-BC, cargado con explosivos, con objeto de poner fin a la vida del concejal del PSOE de la localidad de Arboleda (Vizcaya), Sr. M.M., valiéndose para ello de la labor desempeñada por el tercero de los acusados, Xabier, -mayor de edad, miembro activo de la citada organización y condenado por asociación de malhechores por el Tribunal de Gran Instancia de París, en sentencia firme de 08/05/2005,- quien materialmente preparó y colocó en el maletero del citado turismo, 60 kilogramos de nitrato amónico del tipo conocido como explosivo gelatina o dinamita de goma, reforzado mediante 8 tramos de 60 cm., cada uno, de cordón detonante de 12 gr/ metro, que salían de un tupperware con 600 gramos de explosivo base en el que se insertaban dos detonadores.

A los efectos de preparar la forma y modo de poner fin a la vida del referido concejal, Francisco Javier mantuvo con los miembros del comando "Bolqueta", integrado en aquellas fechas por Osear y Ángel, una serie de reuniones en el sur de Francia, en las que, de una parte, les ordenaba la realización de vigilancias y seguimientos tendentes a conocer el domicilio del citado, sus hábitos y lugares que frecuentaba y, de otra, se encargó de su formación en el manejo de armas y explosivos, y una vez preparados, les facilitó el indicado vehículo, Renault Chamade matrícula SS-...-AJ, sustraído a su propietaria, D^a Pantzeska, en la noche del 5 al 6 de diciembre de 2000, en la localidad guipuzcoana de Deva, al que le fueron sustituidas sus placas por las BI-...- BC, y al que Xabier, colocó el artefacto explosivo en el maletero sabiendo que su destino era hacerlo explotar en un sitio público con objeto de causar daños irreparables a personas y destrozos a bienes, acordes con las finalidades pretendidas por los miembros de la referida organización.

Preparado el artefacto explosivo en el interior del vehículo sustraído, Xavier lo comunicó a los componentes del comando "Bolqueta" para que fueran a recogerlo, dando como detalles de su identificación, la colocación sobre la bandeja trasera que cubre el maletero, de un periódico de "El Correo de Guipúzcoa" y una carpeta roja.

Llegado el día 22 de enero de 2001, en que Osear y Ángel pretendían acabar con la vida del citado concejal, estacionando al efecto el vehículo cargado con explosivos por un lugar por él frecuentado, como quiera que la citada víctima no hiciera el mismo recorrido que en otras ocasiones, condujeron el vehículo hasta el Paseo del Puerto de Getxo con intención de estacionarlo frente a la entidad de seguros Bilbao, pero como no encontraran espacio para aparcarlo, lo trasladaron hasta el número 22 del citado Paseo, próximo a una viviendas, donde lo estacionaron colocando el vehículo de forma que el artefacto explosivo inserto en el maletero se encontraba dirigido hacia las viviendas.

A las 20,15 horas del 22/01/2001, se recibió una llamada telefónica en el diario "Gara", en la que, en nombre de E.T.A., avisaba de la colocación de un Renault Chamade, de color gris, estacionado en el Paseo del Puerto de Neguri, Getxo, cargado con explosivos, que haría explosión en 15 minutos. Poco más tarde, se recibió otra llamada en la central de la Asociación de Ayuda en Carretera "DYA", facilitando la misma información.

El indicado turismo fue hallado por la Policía Autónoma Vasca a la altura del núm. 22 del citado Paseo, portando en su bandeja trasera un ejemplar del periódico "El correo de Guipúzcoa" de fecha 10/12/2000 y una carpeta de cartón de color roja, hallándose tanto en el periódico como en el explosivo, huellas de Xabier.

La carga explosiva fue desactivada sobre las 02,55 del 23 de enero de 2001.

Las llamadas de aviso se realizaron desde el teléfono con tarjeta prepago ...9.57 perteneciente a la compañía Movistar.

Tras la detención en Francia en el 2002, de Francisco Javier, se intervino en su poder su agenda personal, en la que figuran citas con el comando "Bolueta", concretamente, los días 14 de enero, 19 de febrero y 1 de abril de 2001.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antes de iniciar el estudio de la fundamentación sobre la valoración de las pruebas y calificación jurídica que respalde lo obrante en los Hechos Probados, es necesario tratar la vulneración de derechos hecha valer por los letrados de los acusados en el trámite de informes que recogido exactamente del acta de juicio dice así: *"La letrada Sra. Baglietto no puede elevar a definitivas, ni modificar las conclusiones provisionales, porque la Sala no admitió en su día su escrito de conclusiones provisionales. Por este motivo, formula protesta a efectos de recurso, porque entiende que se están vulnerando una serie de derechos, como es el derecho a la defensa o el derecho a la tutela judicial efectiva, causando asimismo una grave indefensión en sus clientes.*

El letrado, Sr. Zenón, se adhiere a lo manifestado por su compañera, porque el escrito provisional de conclusiones que se presentó fue conjunto para los tres defendidos." Lo obrante en el Rollo de Sala sobre la aludida cuestión, tal como consta en las resoluciones dictadas con este motivo, es lo siguiente:

1º.- El 21 de diciembre de 2010, el Ministerio Fiscal presentó su escrito de conclusiones provisionales, (folio 161 y ss. del Tomo 1º del Rollo), del que se dio el oportuno traslado a la representación de los acusados.

2º.- El 27 de diciembre de 2010, (folio 166 y ss. del Rollo), la representación legal y defensa de los acusados, evacuando el indicando traslado, planteó, como artículo de previo pronunciamiento, la excepción de cosa juzgada de los tres acusados y, además, con respecto a Ángel, falta de autorización administrativa para procesar; del referido escrito y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 669 de la L.E.Crim., se dio traslado al Ministerio Fiscal que fue emitido el 7 de enero (folio 173 y ss. del Rollo).

3º.- Mediante providencia de 19/01/2011 (folio 175) se requirió a la representación legal de los acusados, las fechas de las sentencias dictadas por el Tribunal de Gran Instancia de Paris que fueron presentadas mediante escrito de 01/02/2011 (folio 178).

4º.- Las sentencias solicitadas por la defensa fueron entregadas por los tribunales franceses en septiembre de 2011, dictándose el oportuno proveído para su traducción al español lo que se materializó en noviembre de 2011.

5º.- El 22 de noviembre de 2011, tuvo lugar la celebración de la vista del artículo de previo pronunciamiento y al día siguiente, se dictó auto desestimándolos (folio 710 del Tomo 3º del Rollo).

6º.- El 23 de noviembre de 2011, se dictó providencia requiriendo a la representación legal de los acusados para la presentación de su escrito de conclusiones provisionales en el plazo de 3 días, constando que tal resolución fue notificada el día 28 (folio 716 del Tomo 3º del Rollo).

7º.- El 2 de diciembre de 2011, se presentó escrito de la representación legal de los acusados interesando la suspensión del trámite de calificación provisional, hasta la aportación de las pruebas pedidas por el Ministerio Fiscal como prueba anticipada, al objeto de ser analizados y proponer eventualmente prueba que pueda contradecirlos (folio 717 del Tomo 3º del Rollo).

8º.- La respuesta negativa a la indicada petición vino dada por la providencia del 5 de diciembre de 2011, (folio 718) al haber transcurrido con exceso el término legal de conformidad con los artículos 658 en relación con el artículo 215, ambos de la L.E.Crim; de tal forma que el 7 de diciembre se dicta auto admitiendo la prueba propuesta por el Ministerio Fiscal (folio 722 del Tomo 3º del Rollo), señalándose el juicio mediante Decreto de la misma fecha.

9º.- Mediante sendos escritos de 9 de diciembre de 2011, la representación legal de los acusados presenta, de una parte, sus conclusiones provisionales y, de otra, recurso de súplica contra la providencia de 05/12/2010, que tras ser tramitado es resuelto negativamente en auto de 22/12/2011 (folio 753), en el que, no obstante, y por analogía con el Procedimiento Abreviado se tuvo por presentado el escrito de conclusiones provisionales.

10º.- El 24 de enero 2012, se presentaron dos escritos, en uno de ellos (folio 1311, Tomo 4º del Rollo de Sala), se interesó por la representación legal de los acusados tener conocimiento de la Comisión Rogatoria recibida de las autoridades francesas en el Procedimiento Abreviado 114/01, a la que se hizo entrega de la oportuna copia y, en el segundo, se interpuso incidente de nulidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241.1 de la L.O.P.J., contra el auto de 22 de diciembre de 2011 por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y defensa al derecho de utilización de las pruebas. El referido escrito fue contestado mediante providencia del 27/01/2012 denegando la nulidad interesada (folio 1318, Tomo 4º del Rollo).

Partiendo de los datos citados, se entra en el análisis de la petición contenida en el escrito que, como se recordará, se centraba en entender vulnerado el derecho de defensa al no haberse admitido el escrito de conclusiones provisionales.

El desgrane del citado motivo exige un triple tratamiento, de una parte, la comprobación de la tramitación procesal; de otra, si realmente se ha vulnerado algún derecho de defensa de los acusados o de sus defensas y, como cuestión de principio, si lo que se afirma en el escrito y constituye el objeto central de su petición, esto es, el: *"No haberse admitido por la Sala su escrito de conclusiones provisionales"*, se ajusta a la realidad.

Empezando el examen del tema planteado por la veracidad de tal afirmación, el tribunal afirma, categóricamente no ajustarse a la realidad y ello por lo siguiente:

Como ya se ha indicado en el relato procesal anterior, mediante escrito de 9 de diciembre de 2011 (folio 745 del Tomo 3º del Rollo), la representación legal de los acusados presentó escrito de conclusiones provisionales disintiendo de cada una de las contenidas en el escrito de acusación presentado por el Ministerio Fiscal el 21 de diciembre de 2010, es decir, con una antelación de casi un año y del que, por supuesto, le fue dado oportunamente traslado, tal como se constata cuando formulan la tramitación del artículo de previo pronunciamiento el 27 de diciembre de 2010, ya mencionado (folio 166 del Tomo 1º del Rollo). Cuando, con motivo de resolverse en el auto de 22 de diciembre de 2011 (folio 753 del tomo 3º del Rollo), el recurso de reforma contra la providencia de 5 de diciembre de 2011, en el que expresamente se indica haber transcurrido el plazo para presentar el escrito, se recoge en el fundamento de derecho tercero, textualmente lo siguiente: *“Lo único viable, en la presente situación, por analogía con el Procedimiento Abreviado, es tener por hecha la calificación extemporáneamente presentada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 784.1 párrafo 3º de la L.E.Crim., pudiendo proponerse únicamente la prueba que aporte al juicio oral, lo que da lugar a la inadmisión de plano de las pruebas propuestas que carezcan de tal requisito”*.

La conclusión que se extrapola de lo anterior es doble:

1º.- La representación legal de los acusados presentó escrito de conclusiones que se incorporó a las actuaciones y en el que propuso las pruebas que estimó pertinentes, y

2º.- Como consecuencia de su extemporaneidad, sólo se admitieron las pruebas que podían ser practicadas en el acto del juicio oral.

Es decir, y para concluir este primer apartado, no se corresponde a la realidad lo afirmado de no haberse admitido el escrito de conclusiones.

Aclarado lo anterior, se entra en el estudio de los preceptos procesales aplicados en las resoluciones judiciales dictadas en el trámite relativo al escrito de conclusiones provisionales por la defensa de los acusados y en los que se insiste, no puede olvidarse lo que ya se ha expuesto con anterioridad, esto es, no sólo el no cumplimiento del plazo para presentar el referido escrito, sino el hecho de que la defensa de los acusados dispuso del escrito de acusación del Ministerio Fiscal desde el 27 de diciembre de 2010, pese a lo cual, no presentan el suyo hasta el 9 de diciembre de 2011.

Dicho lo anterior, se exponen los trámites procesales, las resoluciones dictadas y la normativa aplicada, tras la presentación del artículo de previo pronunciamiento por la defensa de los acusados:

1º.- Artículo 667 de la L.E.Crim., aplicado en la providencia de 28/12/2010, que acuerda dar traslado a las demás partes, en este caso al Ministerio Fiscal, por plazo de 3 días, de conformidad con el artículo 669 de la citada ley para la tramitación del oportuno incidente. Tras requerir a la parte para la aportación de las fechas de las sentencias en que sus clientes fueron juzgados, y expedirse la oportuna Comisión Rogatoria, recibidas las sentencias y traducidas al castellano, se celebró la vista el 22 de noviembre de 2011 y se dictó auto desestimándolas el 23 de noviembre.

2º.- Artículo 679 L.E.Crim., aplicado en la providencia del mismo 23 de noviembre de 2011 (folio 714 del Tomo 3 del Rollo de Sala). El referido artículo otorga a la parte proponente del artículo de previo pronunciamiento un plazo de 3 días para la presentación del escrito de conclusiones provisionales. La referida providencia fue notificada el 28 de noviembre de 2011 (folio 716 del Tomo 3 del Rollo de Sala), por lo que, de conformidad, con el artículo 133 de la L.E.Civil., el inicio del cómputo se contará desde el día siguiente, esto es, el 29 de noviembre de 2011 (martes), concluyendo el 1 de diciembre, fecha en la que no se presentó escrito alguno.

3º.- Artículos 658 y 215 de la L.E.Crim., aplicados en la providencia de 5 de diciembre de 2011 (folio 718 del Tomo 3 del Rollo de Sala). El primero de los artículos dice así: "*Presentados los escritos de calificación, o recogida la causa de poder de quien la tuviera después de transcurrido el término señalado en el artículo 649, el Tribunal dictará auto, declarando hecha la calificación...*". El texto del segundo de los artículos es el siguiente: "*Transcurrido el término señalado por la Ley, o por el juez o tribunal, según los casos, se continuará de*

oficio el curso de los procedimientos en el estado en que se hallaren". La referida providencia daba respuesta negativa al escrito presentado por la representación legal de los acusados el 2 de diciembre (folio 717 del tomo 3 del Rollo de Sala), cuyo contenido es el siguiente: "Que en aras a garantizar plenamente el derecho a la defensa y dado que el Ministerio Fiscal ha solicitado, mediante Otrosí I y II, como prueba anticipada, la remisión de los testimonios de sendas Comisiones Rogatorias (Procedimiento 114/2001 y D.P. 50/03), solicita a la Sala se suspenda el trámite de calificación provisional para esta defensa hasta la remisión de los testimonios referidos y su traslado a esta defensa, al objeto de analizarlos y proponer eventualmente prueba que pueda contradecirlos."

4º.- Artículo 659 L.E.Crim., aplicado en el auto de admisión de pruebas de 07/12/2011 (folio 721).

5º.- Artículos 202, 658, 215, 649 y 784.1, párrafo 3º de la L.E.Crim., aplicados en el auto de 22 de diciembre de 2011 (folio 753 del Tomo 3º del Rollo de Sala) que resuelve el recurso de súplica presentado frente a la providencia de 5 de diciembre ya citada. El texto de los tres primeros artículos ya se ha indicado. El artículo 649 de la L.E.Crim., establece el plazo general de calificación por 5 días y el artículo 784.1 párrafo 3º de la L.E.Crim., fue aplicado al caso de forma analógica conforme a lo establecido para el Procedimiento Abreviado.

6º.- Artículos 658, 215, 202, 649 y 658 de la L.E.Crim., mencionados en la providencia fundada de 27 de enero de 2012, que acuerda no haber lugar al incidente de nulidad presentado en el escrito de 24/01/2012 (folio 1315 del Tomo 4º del Rollo de Sala).

Pues bien, se entra ya en la tercera parte de este primer apartado, en el que, en relación a la vulneración del derecho de defensa alegado, debe decirse lo siguiente:

1º.- Lo primero, que no han indicado las defensas de los acusados, es qué derecho ha sido vulnerado, toda vez, que, como ya se ha indicado, fue admitido su escrito de conclusiones provisionales incluso, aun presentado fuera de plazo, de conformidad con las normas aplicadas por analogía, con el Procedimiento Abreviado, y

2º.- Se ha dado la oportunidad de presentar las pruebas que permite el referido procedimiento, esto es, las que se puedan practicar en el acto de la vista, posibilidad de la que no han hecho uso.

Por lo tanto, deberá descenderse al examen de qué pruebas fueron presentadas en su escrito de conclusiones provisionales, para averiguar si se les ha podido causar algún tipo de indefensión.

El citado escrito, de 9 de diciembre (folio 745 del Tomo 3º del Rollo), aparte de oponerse a las correlativas del Ministerio Fiscal, solicitando la absolución de los acusados, interesaba como prueba:

a) Interrogatorio de los acusados;

b) Testifical de Osear y Unai y

c) Documental relativa a los extremos siguientes:

1º.- Que se librara oficio al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Madrid para que remita copia testimoniada de las Diligencias Previas 7755/2002 sobre la denuncia por torturas y malos tratos presentada por Osear;

2º.- Que se librara oficio al Juzgado de Instrucción núm. 4 de San Sebastián para que remita copia testimoniada de las Diligencias Previas 1324/2002 sobre la denuncia por torturas y malos tratos presentada por Unai;

3º.- Que se librara oficio al Juzgado Central de Instrucción núm. 5 para que se informe si se recogió el pantalón y el jersey de Unai y

4º.- Que se remita copia testimoniada de la sentencia dictada por esta misma Sección en el Rollo 30/01, sumario 26/01, dictada contra Francisco Javier indicando su firmeza.

De la prueba solicitada, se ha practicado en el acto del juicio por la defensa, el interrogatorio de los acusados, la testifical y la última de las documentales, precisamente, por cuanto la sentencia a la que se refiere ha sido dictada por esta misma Sección.

Por lo tanto, cabría preguntarse si la no unión de las otras tres documentales, que perfectamente podían haber sido aportadas por la propia defensa para el acto del juicio, no en vano son solicitadas en representación de los acusados, podría haber determinado un resultado distinto acerca del convencimiento al que ha llegado el tribunal.

Como más adelante se expondrá, el convencimiento de la Sala no se ha basado en las declaraciones policiales ni de Unai ni en aquéllas en las que Osear alegó ser maltratado.

Por lo tanto, entiende el tribunal que no ha habido ninguna vulneración ni en el derecho de defensa ni en la limitación del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que se inicia el estudio de las cuestiones planteadas a lo largo del juicio.

SEGUNDO.- Los hechos así relatados, constituyen a juicio del Tribunal, para los tres acusados, un delito de asesinato terrorista en grado de conspiración de los artículos 572, 138, 139 y 579.1 del Código Penal vigente en el momento de los hechos, y un delito de estragos terroristas en grado de tentativa de los artículos 346, 351 y 16 del Código Penal, al existir prueba de cargo suficiente contra los citados; por el contrario, habida cuenta de la existencia de tres sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal de Gran Instancia de París contra cada uno de los acusados por delito de asociación de malhechores, entiende el tribunal ser de aplicación la excepción de cosa juzgada con respecto al delito de pertenencia a banda armada por el que también habían sido acusados.

Por el contrario, no es acogida la alegación de cosa juzgada realizada por la defensa de Xavier al haber sido condenado en otras ocasiones por la preparación de explosivos utilizados posteriormente para la comisión de otros delitos, como más adelante se expondrá.

En consecuencia, y por las razones antedichas, se expondrán las pruebas practicadas en el acto de la vista con respecto a la actuación delictiva de los tres acusados, dejando para un momento posterior, la explicación de la apreciación de la cosa juzgada en relación al delito de pertenencia a organización terrorista y a la misma alegación realizada por la defensa de Xavier.

TERCERO.- Se inicia pues el análisis de las pruebas de cargo, lícitamente obtenidas, de carácter objetivo, suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, practicadas en el acto del plenario y sometidas, en consecuencia, a las reglas del mismo, en particular a las de inmediación y contradicción de las que resulta acreditada, sin género de duda razonable, la ilícita actuación de los tres acusados en los dos delitos apreciados, esto es, el delito de asesinato en grado de conspiración y el de estragos en grado de tentativa.

Las pruebas que el tribunal considera reúnen los requisitos de legalidad necesaria para llegar a la citada conclusión son de muy variada índole, pues consisten, de una parte, en el propio reconocimiento de las actividades realizadas por uno de los integrantes del comando "Bolueta", en concreto, Osear, con respecto al que se celebró juicio y se dictó sentencia condenatoria, por esta misma Sección, el 16/11/2004, confirmada por el Tribunal Supremo, en la medida en que tal reconocimiento de su participación no sólo fue en sede policial, sino también en el juzgado.

En segundo lugar, las declaraciones de quien sin pertenecer al comando, reconoció haber preparado el explosivo y colocarlo en el coche -Xabier-.

En tercer término, las variadas testificales prestadas por los funcionarios actuantes en las distintas actividades en que intervinieron.

En cuarto término, las periciales sobre explosivos, falsedad de las placas del coche bomba, huellas en el explosivo y en el periódico, o la caligráfica sobre la agenda intervenida a Francisco Javier en el momento de su detención en Francia en donde constan anotadas una serie de citas con el comando "Bolqueta".

En quinto lugar, la documental de la propia agenda, incorporada a este procedimiento mediante Comisión Rogatoria; la citada sentencia condenatoria de Osear y, la documentación intervenida en Francia tras la detención de Juan "S." aportada a autos a través de la Comisión Rogatoria 50/03 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, en la que figura, entre otra documentación el escrito o "cantada" de Ángel, alias "M." en la que menciona, entre otros datos, la campaña terrorista del verano de 2002, que dice afirmar con el aniversario del comando "Bolqueta" al que pertenecía, nombre que, como indica el informe y reconoció Osear fue puesto al comando en homenaje a los 4 miembros de E.T.A. integrantes del comando Vizcaya fallecidos el 4 de agosto de 2000 y por último, la pericial de inteligencia elaborada sobre la pertenencia del comando "Bolqueta" que sólo es relevante a los indicados efectos (folio 2238, tomo 8º) que no va a ser objeto de especial atención en la medida en que, como ya se ha anticipado, los acusados ya han sido condenados por delito equivalente a pertenencia a organización terrorista.

Empezando por el interrogatorio de los acusados, figura en el acta del juicio, no sólo que ninguno de los tres contestara a las preguntas del Ministerio Fiscal, sino que, incluso uno de ellos, Francisco Javier, no lo hizo durante el procedimiento en ninguna de las ocasiones en que legalmente ha tenido oportunidad de hacerlo y, con respecto a los otros dos, contestaron en el plenario a las preguntas realizadas por sus defensas, ya sea, como en el caso de Ángel, para reconocer su pertenencia a E.T.A., motivo por el cual manifestó haber sido condenado en Francia, negando, por lo demás, pertenecer al comando "Bolqueta" o haber tenido participación en la colocación del coche bomba estacionado junto a la sede de Seguros Bilbao o en el intento de poner fin a la vida del Sr. M.M.; o ya sea Xavier que contestó haber sido condenado por las entregas o suministros de material explosivo a los comandos, sin que, en su opinión, tales actividades, por las que insistió haber sido juzgado, tengan nada que ver con los hechos ahora enjuiciados.

Se expone, a continuación, la concreta postura procesal de los acusados, posponiendo la valoración de la prueba sobre su participación, a la finalización del resto del análisis de las pruebas practicadas.

Francisco Javier, fue entregado materialmente el 11/03/2010 (Tomo 8, folio 2131) por las autoridades francesas, como consecuencia del procedimiento de Orden Europea de Detención y Entrega expedido el 06/02/2006 por el Juzgado de Instrucción, en el curso de las presentes actuaciones, una vez aceptada por el Tribunal de Apelación de Reims el 27/09/2007 y depuradas en el país vecino sus responsabilidades penales pendientes (folio 2133 y ss.). Tras su entrega y serle notificado el auto de procesamiento dictado con anterioridad, con presencia del letrado de su elección, manifestó no desear declarar (folio 2171). La segunda y última ocasión en que tuvo ocasión de contestar fue en el acto del juicio para contestar a las preguntas formuladas por el Ministerio Fiscal, donde también declinó utilizar el derecho que le asistía.

La postura de los otros dos acusados fue distinta.

Xabier prestó declaración judicial el 29/05/2006 (folio 1925), con letrado de su confianza e intérprete, tras la emisión del informe pericial 01/0201-016 (folio 1900), emitido por la Policía Autónoma Vasca, a raíz de detectarse sus huellas tanto en el explosivo hallado en el interior del maletero del coche, como en el periódico "El Correo de Guipúzcoa" que se encontraba sobre la bandeja trasera del maletero del mismo en el que rectificando el resultado negativo obtenido en el primer informe, se concluyó la identidad de sus huellas con las encontradas en los citados elementos. La respuesta del acusado cuando le es notificado el resultado del citado informe pericial es no consentir ser enjuiciado por estos hechos (folio 1926), motivando, previo acordarse su prisión por estos hechos, se librara ampliación de la entrega, que fue resuelta favorablemente el 13/02/2008 por La Cour D'Appel de Paris y que dio lugar a la ampliación del auto de procesamiento inicial recogiendo los indicios de su participación en el auto 22/09/2010, que le fue notificado a presencia de su letrada, manifestando no estar de acuerdo (folio 2266).

La implicación de Ángel en los hechos objeto de las presentes actuaciones tiene su origen en las declaraciones policiales prestadas por Osear ratificadas en sede judicial quien manifestó haber sido captado para su integración en el comando "Bolqueta" por Ángel; por lo tanto, antes de indicar cuál fue la postura procesal de Ángel, se hace necesario exponer qué dijo el captado por Ángel.

La declaración policial de Osear prestada el 01/04/2002 (Tomo 3, folios en números manuscritos 548-552) y ratificada en sede judicial al día siguiente (folios con números manuscritos 616) dice lo siguiente:... *“el responsable interno del comando “Bolueta” era Ángel... disponían de un coche bomba con dinamita en el maletero, un emisor, un receptor, un temporizador, cinta aislante, pilas, dos teléfonos móviles y loctite... la dinamita estaba en el maletero del coche, uno de los móviles lo tenía el dicente (Osear) y el resto del material lo guardaba Ángel en su casa en una mochila, incluido el dinero que “T.” les mandaba... la finalidad del material era explosionar el coche bomba, en un principio, contra un cargo del PSOE llamado M.M., el loctite para no dejar huellas, el receptor para colocarlo en el coche y el emisor hacía las funciones de radio-mando, las pilas para ponerlas en el temporizador, la cinta aislante para pegar los cables y los teléfonos para comunicarse entre ellos y reivindicar las acciones... el motivo de no utilizar el coche bomba contra M.M. era porque le perdieron la pista y decidieron poner el coche en el Paseo del Puerto de Neguri, justo enfrente de Seguros Bilbao, el vehículo era un Renault 19, Chamade, de color gris, matrícula BI- BC, no recordando la numeración”*. Al final de su declaración, el indicado coimputado realizó una serie de reconocimientos fotográficos de “T.”, de Unai y de Ángel, así como dos croquis de dónde iban a colocar el coche bomba que aparecen en los folios numerados a mano 582 y 583.

Como se indicaba, la referida declaración fue ratificada judicialmente al día siguiente (folio 616 manuscrito) donde aparece reflejado lo siguiente: *“Se ratifica íntegramente en la declaración del día 01/04/2002 y en los reconocimientos fotográficos... por tanto, es cierto lo que declara sobre Ángel y el Comando Legal armado “Bolueta”, así como los explosivos, el lugar donde se guardaban los mismos y su relación con “T.”... También es cierto lo relatado sobre el cargo del PSOE M.M., como objetivo, la forma que tenían pensado atentar, lo que relata sobre Unai S., “T.”, Ángel y lo relacionado con el coche bomba contra la sede de seguros Bilbao de Neguri... es cierta la información que remiten a “T.” y la que éste les devuelve... se ratifica en las actas de reconocimiento y en la escritura realizada”*.

Partiendo de tales datos, Ángel, fue puesto a disposición judicial el 18/02/2010 (folio 2050), tras solicitarse su entrega, mediante procedimiento de Orden Europea de Detención y Entrega, al que se accedió por Decisión del Tribunal de Apelación de Aix en Provence de 04/02/2010 (folio 2.107), siéndole notificado el auto de procesamiento el 19/02/2010 (folio 2077), con asistencia de letrado de su confianza y manifestando no ser ciertos los hechos y no querer declarar nada más.

Es decir, y a modo de resumen, Francisco Javier, en las dos ocasiones en que fue preguntado acerca de su participación en los hechos, manifestó no querer declarar.

Por su parte, los otros dos acusados, al ser preguntados en la fase de instrucción manifestaron no ser ciertos los hechos, declinando contestar a las preguntas realizadas por el Ministerio Fiscal en el acto del juicio y, por lo que se refiere a las contestaciones dadas a su defensa en el plenario, Ángel continuó negando su participación en los hechos, mientras Xavier reconoció haber sido juzgado y condenado por estos hechos.

CUARTO.- Pasando al estudio de las declaraciones testificales, hay que distinguir entre las realizadas por los agentes y las prestadas por quien fue imputado, juzgado y condenado en sentencia dictada por esta misma Sección y confirmada después por el Tribunal Supremo, -caso de Osear-.

Dentro de los agentes de la autoridad propuestos por el Ministerio Fiscal, comparecieron tres agentes de la Policía Autónoma Vasca y dos miembros de la Guardia Civil. Los tres primeros, acudieron materialmente en el momento de ocurrir los hechos y, los dos últimos, intervinieron como instructor y secretario en las declaraciones prestadas por Osear.

El funcionario de la Ertzaintza con número de identificación personal ...238 manifestó, en síntesis, ser el instructor del atestado incoado como consecuencia de la explosión y, manifestó en el plenario, que estaba de retén junto con otros compañeros cuando hubo dos llamadas una de ellas al diario Gara y otra a la asociación de Ayuda en Carretera, DYA, en las que su interlocutor, hablando en nombre de E.T.A., avisaba de la colocación de un coche bomba del que decía su marca, modelo y color, mencionando estar estacionado en el Paseo del Puerto de Bilbao; en concreto, el agente manifestó que el vehículo fue hallado frente al número 22 del Paseo, no recordando se encontrara frente a una sucursal bancaria o una agencia de seguros, pero sí junto a una zona donde había viviendas, precisando que cuando se dirigió al lugar, la zona estaba acordonada y se encontraba el grupo de desactivación de explosivos.

El segundo de los agentes de la Ertzaintza, identificado con el número personal ...084, manifestó en el plenario haber realizado la inspección ocular del coche bomba, un Renault 19, gris, con placas de matrícula BI-...-C en la que los números no estaban troquelados, sino recortados y pegados sobre la placa que al ser retirada, observaron se trataba de la matrícula auténtica SS-...-AJ; añadió que se recogieron una serie de huellas en el interior del vehículo y, entre otros efectos, en un ejemplar del Correo que se encontraba sobre la bandeja trasera, con resultado inicialmente negativo, sabiendo que después se realizó otro informe, en el que no participó y en el que se identificaron las huellas de un candidato.

El compañero del anterior, con número de identificación ...085, precisó haber inspeccionado el Renault 19 en cuyo interior, en concreto, en la bandeja de la parte trasera que se encontraba encima del maletero, había un periódico del Correo de Guipúzcoa del que se obtuvieron huellas que al principio no se identificaron pero, en un momento posterior, pudo conocerse que pertenecían a Xavier, siendo informado por sus compañeros que el explosivo se encontraba en el maletero.

Los otros dos agentes, como ya se ha indicado, eran dos miembros de la Guardia Civil que intervienen, transcurrido un año del atentado, cuando a raíz de la desarticulación del comando Vizcaya, en marzo de 2002, uno de sus componentes, Unai, manifestó en su declaración policial, haber formado parte del mismo, junto con Ángel, a quien identificó como su captador, y Osear, extremos estos que al ser absolutamente desconocidos por los agentes motivaron detuvieran al citado Osear quien prestó tres declaraciones policiales, -de las que ratificó en el Juzgado una de ellas-, y en las que referido agente, entre otros extremos, recordó datos como su pertenencia a E.T.A., identificar a Ángel como responsable interno del comando, y a Francisco Javier, como el responsable en Francia, con el que tanto el propio dicente, Osear, como Ángel, tenían varias citas, realizando ambos un cursillo de explosivos y de mandos a distancia y otro de armas; concretando, en relación a las presentes actuaciones, que Francisco Javier, al que Osear identificó como "T.", les pidió informaciones sobre M.M., persona a la que identificó como uno de los objetivos del comando, que le fueron facilitadas una vez realizadas tanto por parte del declarante -Osear- como de Ángel, igualmente el indicado agente manifestó que Osear hizo dos croquis en los que indicaba dónde iban a poner el coche bomba y que fue Francisco Javier quien les proporcionó el Renault 19 con un artefacto explosivo preparado para llevar a cabo el atentado contra la vida de M.M., pero como le perdieron de vista, decidieron buscar un segundo objetivo que resultó ser la empresa de seguros Bilbao sita en el Paseo del

Puerto del barrio de Neguri de Getxo, Bilbao, pero al no encontrar sitio, lo estacionaron junto a unas viviendas, tras lo cual avisó por teléfono al diario Gara y a DYA, de la colocación del coche bomba.

El segundo de los agentes de la Guardia Civil, identificado con el número K-...-N, en su condición de secretario de la declaración de Osear, manifestó, en términos similares al anterior, que la detención del anterior, derivó de la desarticulación, en marzo del 2002, del comando "Donosti", cuando uno de sus integrantes, Unai, manifestó haber formado parte del comando "Bolqueta" junto con Osear y Ángel; reconociendo el propio Calabozo haber realizado vigilancias, junto con Ángel, a M.M., al que le perdieron la pista, igualmente manifestó que Osear realizó dos croquis de los lugares más idóneos en que iban a estacionar el coche bomba con objeto de acabar con la vida de M.M..

Las otras dos testificales practicadas en el acto del plenario fueron las de los ya citados Osear y Unai.

El primero de ellos, tras reconocer ser miembro de E.T.A., y del comando "Bolqueta" -por lo que, manifestó sentirse orgulloso- y haber sido condenado por estos hechos; recordó muy vagamente sus anteriores manifestaciones ya sea cuando fue preguntado por la Guardia Civil, en el momento de su detención, a finales de marzo de 2002, como en sede judicial.

En concreto, reconoció:

1º.- Haber hecho algunas vigilancias sobre la persona del concejal del PSOE de Arboleda -Sr. M.M.-;

2º.- Haber tenido citas en Francia con los responsables y dirigentes de E.T.A., sin que mencionara expresamente nombre alguno;

3º.- Haber pretendiendo atentar contra la sede de Seguros Bilbao;

4º.- Haber realizado varios reconocimientos fotográficos, reconociendo expresamente sus firmas y

5º.- Haber declarado voluntariamente ante el Juez Garzón, si bien añadiendo que estaba presionado por la policía.

Sin embargo, contestó con evasivas o negó, entre otros extremos, haber sido captado para el comando por Ángel, ser Francisco Javier el responsable del comando en Francia, o ser Xavier el responsable de la entrega de los explosivos, añadiendo que las declaraciones ante la policía fueron forzadas.

La valoración de la diferencia de respuestas entre las ofrecidas en el acto de la vista y las plasmadas a presencia judicial, serán objeto de posterior análisis.

QUINTO.- Además de la declaración de los acusados y la de los testigos citados, en la forma en que se ha indicado, se practicaron en el plenario una serie de periciales relativas a la falsedad de las placas; a los explosivos utilizados; a la identificación de las huellas halladas en el explosivo y en el periódico hallado en la bandeja de la parte trasera, sobre el maletero del coche bomba; al estudio caligráfico de la documentación intervenida en Francia con motivo de la detención de Francisco Javier y a la pericial realizada por los agentes pedidos por el Ministerio Fiscal quienes sobre el conjunto de material intervenido, declaraciones prestadas, llegaron a la conclusión de la pertenencia de los tres acusados a la organización terrorista E.T.A., conclusión que si bien ha sido ya averada a través de las sentencias dictadas en Francia, resulta útil para acreditar la pertenencia al comando Bolueta de Ángel como consecuencia de los datos hallados en Francia tras la detención de Juan "S." y, en particular, a través de la carta remitida al citado por Ángel en la que menciona que la campaña de verano del 2002 coincide con el aniversario de Bolueta, con lo que está queriendo decir que es una especie de homenaje a los que fallecieron en el verano del 2000 integrantes del comando Vizcaya.

En relación a la primera de ellas, los funcionarios de la Ertzaintza con números de identificación personal ...106 y ...105, además de ratificar su informe obrante a los folios 142 y ss., en el que se indica que los dos cuerpos de placas no reúnen las condiciones de legalidad para su circulación al estar formadas de material plástico adherido, carecen de troquelación ni de número de

homologación, manifestaron que las placas sobre las que se pegaron los números de la matrícula BI-...-BC, habían sido robadas por E.T.A., en un total aproximado de 240, en 1999, en una empresa de Eibar, concesionaria de Renault, tal como han podido comprobar a través de los distintos atentados en los que se utilizan placas sustraídas en aquella ocasión.

La segunda pericial, llevada a cabo por los funcionarios de la Ertzaintza ...173, ...174, ...175 y ...176, tras ratificarse en el contenido de su informe, obrante a los folios 260 y ss., manifestaron, en síntesis, que el explosivo se encontraba en el interior del Renault Chamade de color gris oscuro, con placas de matrícula falsas BI-...-BC, estaba formado por 60 kilos de gelatina explosiva o dinamita-goma, a base de nitrato de amonio sensibilizado con NG Y TNT (TITADYN), alojado en el maletero del vehículo, en el interior de un cilindro en el que había un tuperware con un cordón detonante de 12 grs/m, y dos detonadores conectados de tipo eléctrico, elaborados en tubos de cobre, 4 metros de cable que unía el explosivo con los detonadores, una pila de 9v y un temporizador consistente en un reloj despertador digital de la marca Casio, transformado en tiristor, en la guantera, precisando que durante las labores de desactivación se desconectaron las pilas, puesto que consideraron que cuando el robot tiró del cable se desconectó la pila; igualmente añadieron que dado que el vehículo se encontraba junto al número 22 del Paseo del Puerto de Bilbao, próximo a unas viviendas, hacia las que, según se indica en el informe, estaba orientada la carga explosiva, los daños hubieran sido de gran consideración, afectando a los edificios colindantes en un radio de entre 50 y 100 metros.

El tercero de los informes, realizado por los agentes ...085 y ...185, obrante a los folios 1.899 y ss., recae en las huellas halladas tanto en el periódico del "Correo de Guipúzcoa" como en el propio artefacto explosivo, ya sea en el aluminio exterior como en la cinta adhesiva que lo protegía, que se corresponden, en el segundo análisis realizado, con las de Xabier.

La penúltima pericia, realizada por el agente de la policía nacional ...277, sobre la identidad de la *grafía* de los apuntes encontrados, entre otros efectos en la agenda personal intervenida a Francisco Javier tras su detención en Francia y en la que puede observarse las citas en las que figura el nombre "Bolueta" en fechas tales como el 14 de enero de 2001 (folio 1271), 19 de febrero de 2001 (folio 1282) y 1 de abril de 2001 (folio 1298) coincide con la indubitada en determinados documentos efectuados a presencia judicial como es la declaración de derechos o la ficha de renovación de su D.N.I.; el análisis del

referido perito en relación a la documentación remitida en la Comisión Rogatoria correspondiente al Procedimiento Abreviado 114/01 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, solicitada expresamente por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales y del que se dio oportuna copia a la defensa de los acusados tras su recepción, obrante, en sucesivas ocasiones, a los folios 825 y siguientes, 978 y ss.; 1271 y ss.; 1.298 y ss., de las actuaciones, en los que se encuentra los citados folios; la conclusión del indicado informe es que las anotaciones manuscritas que aparecen en las citas apuntadas en la citada agenda y en concreto, han sido puestas de puño y letra del indicado acusado.

Por lo tanto, tal conclusión, avala la declaración policial del 1 de abril de 2002, ratificada a presencia judicial al día siguiente prestada por Osear en el sentido de haber tenido numerosas citas con el citado en Francia no sólo para informarle de los datos obtenidos en las vigilancias sobre los personajes a atender, sino para recibir instrucciones sobre cómo actuar, y medios para llevar a cabo los atentados, tales como haber puesto a su disposición un coche robado previamente por otros miembros de la organización terrorista y el explosivo necesario para cometer la acción mortífera ordenada, ratificadas.

Las últimas pruebas presentadas son las documentales interesadas por el Ministerio Fiscal, acerca, de una parte, en la remisión del testimonio obrante en el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Comisión Rogatoria librada en el marco del Procedimiento Abreviado 114/2011 ya citada en la que se encuentra la agenda de Francisco Javier ya indicada y objeto del informe grafológico anteriormente expuesto y, de otra, el testimonio de la Comisión Rogatoria librada por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 en el procedimiento de Diligencias Previas 50/03 y en el se incluye una denominada "cantada" por parte de Ángel, apodado "M." en su condición de integrante de E.T.A. que carece de interés en las presentes actuaciones al apreciarse la excepción de cosa juzgada en relación al delito de pertenencia a organización armada.

Consta también en autos, como documental, la sentencia dictada por esta misma Sección el 16/11/2004 (folio 72 y ss. Tomo 1º del Rollo), condenando a Osear por delito de pertenencia a organización terrorista y tentativa de estragos confirmada por la dictada por el Tribunal Supremo el 13/10/2005 de la que debe tenerse en cuenta, a los efectos probatorios las conclusiones allí alcanzadas, entre la que se tuvieron en cuenta, entre otros datos, lo declarado por él en momentos procesales anteriores al plenario, ya sea en las tres declaraciones policiales, ya en la ratificación a la segunda de ellas a presencia

judicial, ya sea en la ausencia de dato alguno acerca de las torturas o malos tratos alegados, ya sea la ratificación de los agentes de la Guardia Civil que le tomaron declaración o la pericial acerca de la composición del artefacto y de la desactivación del mismo.

SEXTO.- Expuestas las pruebas practicadas a lo largo del juicio oral, se entra en el análisis de su valoración iniciándose su exposición con las conclusiones que pueden extraerse del silencio de los acusados.

Ya se ha indicado que uno de ellos, Francisco Javier, no declaró en ninguna de las ocasiones que legalmente pudo hacerlo ni en fase de instrucción, ni en el juicio oral; es más, en el acto del plenario y como ya es habitual en estos casos, añadió la consabida frase de no reconocer al tribunal.

También se ha mencionado que los otros dos acusados, en la fase de instrucción manifestaron su disconformidad con los hechos que se relataban en el auto de procesamiento, negándose a contestar en el plenario a las preguntas formuladas por el Ministerio Fiscal.

Así las cosas, es trasladable al presente supuesto la doctrina elaborada acerca de la interpretación de quien guarda silencio en el plenario, cuestión sobre la que se han pronunciado tanto el T.E.D.H., el Tribunal Constitucional y, como no podía ser menos, y en consonancia con los anteriores, el Tribunal Supremo.

El T.E.D.H., en la sentencia de 2 de mayo de 2000, caso *Condrón vs. Reino Unido*, se dice.-...”*Ato puede por tanto, decirse que la decisión de un acusado de guardar silencio a lo largo de un procedimiento no deba necesariamente de tener repercusiones cuando el tribunal valore la prueba en su contra...*”; en el mismo sentido se pronuncian las sentencias del caso *Murray vs. Reino Unido*, caso *Averill vs. Reino Unido* de 6 de junio de 2000 o la Decisión del Tribunal de 22 de marzo de 2005, caso *Blanca Rodríguez Porto vs España* que declaró inadmisibile la demanda.

En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional 137/98, 788/2004, 894/2005, 1275/2006, 777/2008 y 737/2009, reconocen que “...puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio

cuando existiendo pruebas incriminatorias objetivas, al respecto, cabe esperar una explicación por el acusado”.

Paralelamente, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse, acerca del silencio de los acusados no en la fase preprocesal o sumarial, sino en el acto del juicio, deduciendo que de tal actitud puede robustecer la carga de la prueba que se practique en el juicio oral; así se reconoce en la sentencia de 5 de octubre de 2006 y, en particular en la de 1 de julio de 2010, que textualmente dice: (...)”*En distintas ocasiones hemos abordado la posición del inculpado que en el Plenario ejerce el ius necandi y hemos dicho con claridad que nadie puede ser condenado por el ejercicio de un derecho que le concede la Constitución y los Tratados Internacionales firmados por España como es el de guardar silencio, por lo tanto debe rechazarse con toda claridad incluso la insinuación de haberse condenado por el mantenimiento del derecho al silencio. Dicho esto, a renglón seguido, debe añadirse que cuando la acusación ha presentado una serie de datos que incriminan al imputado y, éste, en el Plenario se acoge a su derecho al silencio, esta actitud no es algo neutro ni indiferente para el Tribunal sentenciador, sino que el hecho que se le ofrezca la posibilidad de que de una explicación exculpatoria, o que contradiga dichas pruebas y nada diga, dicho silencio no es prueba de cargo, sino que sólo tiene un valor de robustecer la certeza del tribunal derivada de las pruebas de cargo porque si se le ofrece la posibilidad de una explicación y no ofrece ninguna, la conclusión es clara: no hay explicación exculpatoria alguna...”*

Por lo tanto, descendiendo al caso en concreto, y a falta de explicación alguna por los acusados, habrá que valorar, en relación a cada uno de los acusados si las pruebas practicadas desvirtúan su presunción de inocencia. Así, con respecto a Xabier, habrá de determinarse, de una parte, si el hecho de encontrar sus huellas en el explosivo y en el periódico del “Correo de Guipúzcoa” que se encontraba en la parte superior de la bandeja del Renault 9, BI...-BC es prueba suficiente de la perpetración de los hechos por los que es acusado y, de otra parte, si la alegación realizada por el indicado por el mismo acusado y su defensa de haber sido condenado por estos hechos es o no atendible.

Del mismo modo y en relación a Francisco Javier, habrá de argumentarse si las citas de su agenda en las que se indica “Bolueta”, de su puño y letra, unidas a declaración policial de Osear ratificada en sede judicial, la ausencia de dato médico alguno acerca de los malos tratos alegados, las declaraciones de los agentes que le recibieron declaración y los concretos elementos que formaban

el explosivo coincidentes con los hallados en el momento de su desactivación, constituyen prueba suficiente de su participación.

Por último, y en relación con Ángel, habrá que examinar igualmente el valor de las referidas declaraciones prestadas por los dos integrantes del citado comando, junto con los datos objetivos e inequívocos que las avalan.

En realidad, las pruebas de la participación de Xabier vienen dadas, de una parte, por su propio reconocimiento y, de otra, por el resultado de la pericial acerca de sus huellas. En relación al primer extremo, fue preguntado por su letrada en el acto del plenario, acerca de sus huellas encontradas en la carcasa de los explosivos, contestó el indicado: "Que *el trabajaba para eso, era su quehacer, y por eso antes ha sido juzgado y condenado*".

Nuevamente la letrada le pregunta si está condenado por estos hechos y por las entregas o suministros del material a los comandos, y el acusado responde afirmativamente. Por su parte, el informe pericial acerca de sus huellas tanto en el explosivo como en el periódico del "Correo de Guipúzcoa", ya citado advera como tuyas las huellas encontradas; por lo tanto, lo único que debe analizarse, es el argumento de su anterior condena por estos hechos y el desconocimiento alegado de su no implicación en el destino dado al explosivo cargado en el concreto vehículo utilizado.

A la hora de exponer el porqué no son atendibles los citados argumentos debe precisarse lo siguiente: El desconocimiento alegado acerca del destino del vehículo cargado con el artefacto explosivo, no le exime de responsabilidad penal y ello, porque en su condición de militante activo de la organización coadyuvaba, "con su quehacer", esto es, con la labor encomendada a la consecución de los fines de aquélla, sin que para él resulte relevante si el citado vehículo iba a ser utilizado para atentar contra tal o cual persona; basta que desarrolle y cumpla la misión encomendada para que dentro del organigrama de la organización, asuma la coautoría de los delitos que se cometan con el vehículo que él preparó.

En cuanto al hecho de haber sido juzgado por este delito, debe precisarse dos cuestiones: la primera de ellas, la falta de proposición y de aportación por su defensa, en el escrito de conclusiones presentado, de esa esencial prueba para

su cliente, consistente, precisamente, en una concreta sentencia en la que su cliente hubiera sido ya condenado y, la segunda, la aparente falta de conocimiento, por quien tenía la obligación de defenderle, de la institución de derecho penal, parte general, llamada concurso real de delitos, que más adelante se expondrá.

Pues bien, con respecto a la primera cuestión y para que no haya ningún equívoco, la defensa de Xabier, -que dicho sea de paso, es la misma que la de Francisco Javier- junto con la defensa del otro acusado, Ángel, alegaron en los recursos presentados con motivo de la no admisión de la prueba solicitada en su inicial y único escrito de defensa, vulneración de los derechos de defensa de los acusados, y, sin embargo, en ese único escrito de defensa presentado extemporáneamente, no mencionaron la posible existencia de cosa juzgada por delito por el que hubiera sido condenado Xavier en relación a la colocación de explosivos.

De modo que, reconocido por el acusado haber puesto los explosivos y reconocido, por él, haber sido juzgado y condenado por estos hechos, y alegado, única y exclusivamente, en el trámite de informe de su defensa, la existencia de cosa juzgada por este delito, corresponde a la Sala comprobar si en la hoja histórico penal obrante en autos consta alguna sentencia condenatoria contra Xavier por la que, en concreto, haya sido condenado, por estos hechos, es decir, cargar con 60 kilogramos de explosivos el Renault 19 modelo Chamade con placas de matrículas originales SS-...-AJ, sustituidas por las falsas BI-...-BC, sustraído en diciembre del 2000 a D^a Pantzeska en la localidad de Deva (Guipúzcoa) para atentar, a finales de enero de 2001, contra el concejal del PSOE de Arboleda, Sr. M.M..

Examinado el “currículum criminal” del acusado obrante a los folios 2279 y ss. del Tomo 8 del sumario se constata haber sido condenado, entre otras, en:

1º.- Sentencia de 07/11/2006, dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Nacional, por delito de falsificación en documento oficial, cuyos hechos probados, examinados de oficio por el tribunal a los efectos de comprobar la indicada alegación, figura que el vehículo utilizado fue el Peugeot 405, con placas de matrícula originales NA-...-AC, al que el acusado cambió por las falsas M-...-MV, siendo posteriormente utilizado para atentar contra el aeropuerto de Málaga en el verano de 2001 y desactivado el 26/07/2001.

2º.- Sentencia de 29/06/2007, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Nacional, que condenó al acusado como autor de:

a) Delito de falsificación en documento oficial de carácter terrorista,

b) Delito de tenencia de armas con fines terroristas y

c) Delito de depósito de explosivos con fines terroristas; entre cuyos hechos probados, -contrastados por el tribunal a los efectos de comprobar las alegaciones de la defensa- se observa que el vehículo utilizado fue un Renault 19, al que sustituyó sus placas originales BI-...-AZ, por las placas falsas M-...-L.

A la vista de lo expuesto, parece obvio deducir que la alegación de cosa juzgada argumentada tanto por el acusado como por su defensa carece de rigor jurídico.

En realidad, lo que parece desprenderse de las alegaciones de la defensa y de su cliente con tal argumento no era que ya hubiera una sentencia condenatoria por estos mismos hechos, sino que había sido condenado por cargar de explosivos otros vehículos utilizados en otros tantos atentados, entendiéndose así, que esta actuación por la que ha sido juzgado estaba subsumida o incluida en su acerbo criminal.

Tal argumentación, lo que en realidad pone de manifiesto es el desconocimiento de lo que en derecho penal, parte general, se llama concurso real, esto es, cuando una persona, con acciones distintas, comete delitos distintos que se sancionan y juzgan por separado (artículo 73 del código Penal).

Es decir, una cosa es el principio de cosa juzgada, que como consecuencia que es del principio de “non bis in idem” impide que una misma persona sea juzgada y condenada en dos ocasiones sobre un mismo hecho; y otra cosa,

radicalmente distinta es que una persona cometa varios delitos, en diferentes momentos, que darán lugar a distintos juicios y pronunciamientos. La conclusión de lo anterior es que el acusado no ha sido juzgado por estos hechos, ha sido juzgado por falsificar otras placas de matrícula de coches y por cargarlos de explosivos, lógicamente para ser utilizados en posteriores atentados, distintos del presente y tal labor ni es cosa juzgada ni puede eximir de responsabilidad legal.

Dicho lo anterior, se pasa al estudio del análisis de las pruebas de los otros dos acusados y el estudio de este apartado se lleva a cabo en dos fases, en una primera, se expondrá resumidamente, la doctrina jurisprudencial elaborada acerca de dar valor en juicio a las diligencias policiales y sumariales, en la medida en que tales declaraciones hayan sido ratificadas a presencia judicial y en la segunda, se expondrá, el resto de la prueba practicada que avala el contenido de aquellas declaraciones.

Hay que hacer hincapié en que, en las presentes actuaciones, no se parte de la declaración de un coimputado en sede policial no ratificada posteriormente, sino que la verdadera situación es que el que fuera coimputado, -Osear-, tras reconocer su participación e implicar a los ahora acusados en sede policial, luego ratificó en sede judicial, una de esas declaraciones iniciales, y tras ser juzgado y condenado por su participación, volvió a esta sede, para deponer como testigo, tratando activamente de desdecirse de lo que en su día reconoció en el juzgado, admitiendo no obstante en el plenario los reconocimientos fotográficos de los ahora acusados y ratificando haberlos firmado.

Esto es, no nos encontramos en el supuesto de valorar, como única prueba de cargo, la declaración de un coacusado no ratificado ante el juez, sino, muy al contrario, partiendo de la ratificación a presencia judicial del coacusado, de la inexistencia de dato alguno objetivo acerca de los malos tratos, de que en el plenario reconoció las fotografías de las personas a quienes había hecho referencia y, sobre todo, de la ratificación a través de varias pruebas del contenido de lo manifestado, el tribunal ha llegado racionalmente al convencimiento de la coautoría de los delitos de conspiración de asesinato y estragos en grado de tentativa.

A los efectos de ponderar el material probatorio citado, resulta imprescindible recordar las declaraciones de Osear.

Ya se indicó, que el citado realizó 3 declaraciones policiales, la primera, el 29/03/2002, de la que nada dice en el Juzgado; la segunda, el 30/03/2002, no ratificada a presencia judicial por supuestos malos tratos y, la tercera del 01/04/2002 que ratifica judicialmente al día siguiente, siendo estas dos últimas, las únicas objeto de ponderación en lo que a la prueba se refiere.

En la declaración policial del día 1 de abril, (folio 548 manuscrito del Tomo 3º), al contestar quien era el responsable interno del comando legal armado "Bolqueta" dice que (...) *"el responsable era Ángel (...) disponían de un coche bomba con dinamita en el maletero, de un emisor, un receptor, un temporizador, cinta aislante, pilas, dos teléfonos móviles y loctite (...) el material y el dinero se lo facilitaba la organización a través de su responsable en Francia "T." (...) la dinamita estaba en el maletero del coche que estaba aparcado en la calle, (...) uno de los teléfonos móviles lo tenía el dicente y el resto del material lo guardaba Ángel en su casa, en una mochila, incluido el dinero que "T." les mandaba (...) el coche era para explosionarlo, en un principio, para utilizarlo contra un cargo del PSOE, llamado M.M., el loctite lo usaban para no dejar huellas, el receptor, para colocarlo en el coche y el emisor hacia las funciones de radio-mando, las pilas para poner en el receptor, emisor y el temporizador, la cinta aislante para pegar los cables y los teléfonos para comunicarse entre ellos y reivindicar acciones (...)*

Perdieron la pista M.M. y dado que los "cacos" forzaron el coche y entraron dentro decidieron poner el coche bomba en el Paseo del Puerto de Neguri justo enfrente de Seguros Bilbao, el vehículo era un Renault 19, Chamade, de color gris, matrícula BI- BC, no recordando la numeración; terminada la declaración realiza dos croquis de los lugares en donde iba a ser colocado el coche y realiza varios reconocimientos fotográficos en los que identifica a Francisco Javier, Ángel y Unai".

Al día siguiente, (folio manuscrito 616, Tomo 3º) Osear dice lo siguiente: *"Se ratifica íntegramente en la declaración del día 01/04/2002 y en los reconocimientos fotográficos (...) por tanto es cierto lo que declara al folio 59 del atestado sobre Ángel y el comando legal armado "Bolqueta", así como sobre los explosivos, el lugar donde guardaban los mismos y la relación con "T." (...) También es cierto lo relatado en el folio 60, sobre el cargo del PSOE M.M. como objetivo, y la forma que tenían pensado atentar y lo que relata sobre Unai (...) "T." (...) Ángel (...) lo relacionado con el coche bomba contra la sede de*

Seguros Bilbao de Neguri (...) Es cierto lo relatado en el folio 61 sobre Ángel (...) así como la información que remiten a "T." y la que éste les devuelve (...) Se ratifica igualmente en las actas de reconocimiento y en la escritura realizada en se recoge en los folios 90, 91, 93 y 94 (se refiere al atestado); "La valoración de los datos contenidos en las referidas declaraciones exigen tener en cuenta dos extremos; de una parte, que las manifestaciones expuestas respondan a la voluntad del declarante, para lo cual hay que atender a la ausencia de presión o de malos tratos, y de otra parte, que tales manifestaciones resulten corroboradas por datos objetivos incontestables.

La declaración de que el anteriormente coimputado y, ahora testigo fue prestada de forma espontánea, resulta avalada por los reconocimientos del médico forense los días en que prestó sus respectivas declaraciones en el periodo de incomunicación.

Así, en el informe emitido el 29 de marzo de 2001 (folio 483 manuscrito del Tomo 3º del sumario), el indicado galeno relata que el explorado- Osear- se encuentra bien, consciente y orientado en el tiempo y en el espacio, presentado un discurso coherente, manifestando no querer ser reconocido. El segundo informe, emitido el 30 de marzo de 2002, obrante al folio siguiente, el explorado tampoco quiere ser reconocido, si bien reconoce no haber sufrido maltrato pero estar nervioso por la situación. Del mismo modo, el informe del día 31 (folio 485, manuscrito) refleja que el detenido tampoco quiere ser reconocido, manifestando estar bien, y reconociendo expresamente no haber sufrido maltrato y no tener lesiones.

Pues bien, la fuerza probatoria de las indicadas manifestaciones, vendrá dada por todas aquellas pruebas, obtenidas legalmente y expuestas en el acto del plenario que hayan permitido no sólo el ejercicio de la confrontación por parte de acusación y defensa, mediante el oportuno interrogatorio, sino asistir y presenciar cuales eran los datos corroboradores de aquellas manifestaciones, y con ello nos referimos:

1º) A las declaraciones de los agentes de la Guardia Civil que le recibieron declaración;

2º) A la ratificación judicial de la tercera de sus declaraciones, sobre la que fue preguntado en el acto del plenario, demostrando conscientemente estar desmemoriado, pese a lo cual ratificó los reconocimientos fotográficos realizados o los dos croquis levantados;

3º) A la incautación de los efectos con los que contaba el comando para llevar a buen fin el cometido encargado coincidentes con el material que Osear reconoció al año de ocurrir el hecho en su declaración;

4º) A las anotaciones de la agenda encontrada en poder de Francisco Javier cuando fue detenido;

5º) A las declaraciones de quienes desactivaron el explosivo que ratificaron como los elementos suministrados por Francisco Javier;

6º) A la propia declaración de Xavier de haber preparado el explosivo porque ello "era su quehacer".

1ª.- La declaración de los dos agentes de la Guardia Civil que recibieron las tres declaraciones de Osear con números de identificación N-...-R, en calidad de instructor del atestado y K-...-N, como secretario, y en las que de forma sucinta relataron al tribunal, los extremos siguientes: Haber llegado a Ángel a través de las manifestaciones de Unai; declaró haber sido captado para el comando "Bolueta" por Ángel que era el responsable interno, aunque el otro era el de Francia, era Francisco Javier, siendo este último quien les entregó el material y un Renault 19 con un artefacto explosivo, y con el que tuvo varias citas; uno de los objetivos era M.M.; hizo 2 croquis donde pensaban atentar pero perdieron la pista; intentaron aparcar en el Paseo del Puerto del barrio de Neguri de Guetxo, junto a Seguros Bilbao, pero como no encontraron sitio lo estacionaron junto a unas viviendas, siendo Osear quien avisó al diario Gara y a DYA; reconoció, sin género de duda a Francisco Javier, Ángel y Unai, antes de la declaración producida el año de los hechos, no conocían esos datos.

2ª.- El segundo dato corroborador es la ratificación que Osear prestada en el Juzgado el 02/04/2002 de los extremos indicados, entre los que merece destacar los extremos siguientes: Ratificarse en la declaración prestada el

01/04/2002 y en los reconocimientos fotográficos y croquis levantado sobre el lugar donde pensaban colocar el vehículo, sino en insistir, en concreto en lo manifestado sobre Ángel, esto es, ser la persona que le captó, y responsable del comando "Bolueta", ser la persona que guardaba los explosivos facilitados por Francisco Javier, su responsable en Francia y con el que tenían citas periódicas para comentar sobre las vigilancias realizadas y forma de preparar el atentado, ser cierto que planeaban atacar contra el cargo del PSOE, M.M., y ser cierto todo lo relatado en relación al coche bomba contra la sede de seguros Bilbao de Neguri.

3ª.- Haber encontrado los agentes de la Ertzaintza que estuvieron en el lugar, para desactivar el explosivo, los datos que Osear manifestó haber recibido de Francisco Javier, esto es, un vehículo, en concreto un Renault 19 y el propio material del explosivo, esto es, el temporizador, receptor, emisor, pilas, cinta aislante y dinamita que una vez facilitado por Francisco Javier, guardaba Ángel.

4ª.- Haberse encontrado en la agenda de Francisco Javier las citas con el comando "Bolueta", y entre ellas la que aparece en el resumen del mes de enero de 2001 como mantenida el 14 de enero, esto es, una semana antes del atentado.

5ª.- Haber reconocido Osear en el acto del plenario, a instancia del Ministerio Fiscal, con evidente desgana y mal humor, las firmas que plasmó en los reconocimientos fotográficos efectuados tanto en sede policial como ante el Juzgado acerca de las personas que participaron en los hechos, esto es, Ángel y Francisco Javier, así como la realización de los croquis que le fueron exhibidos.

6ª.- Figurar en la Comisión Rogatoria expedida por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 en el marco de las Diligencias Previa 50/03 y solicitada por el Ministerio Fiscal como prueba anticipada, un escrito intervenido con motivo de la detención de Juan "S." y escrito por el ahora encausado Ángel, que utilizando el nombre de "H." y desde la prisión francesa de "La Santé", hace referencia, como ya se ha indicado anteriormente, a que la campaña llevada a cabo en el verano del 2002, coincide con el aniversario del comando "Bolueta", dando así a entender su pertenencia al mismo, - pues de otra forma no se entiende que tenga presente que en el verano de 2002 era el aniversario del comando del que era el responsable interno-.

7ª.- Otro elemento que no puede pasar desapercibido en esa concatenación de datos objetivos relatados por Osear y que permiten dar fiabilidad a su declaración lo constituye, el que, a la hora de relatar haber recibido de Francisco Javier tanto el coche como los explosivos, resulta que el otro coacusado, Xavier, reconoció en juicio, haber preparado el coche con los explosivos, precisamente, porque tal tarea constituía su colaboración en la finalidad encomendada por la organización, tal misión era, según dijo textualmente..." su *quehacer*".

8ª.- Un último dato acerca de la fiabilidad del testimonio prestado por Osear es el que éste haya sido tenido en cuenta, junto con el resto de datos mencionados como prueba suficiente en la sentencia dictada por este mismo tribunal, avalada en el recurso de casación presentado.

SÉPTIMO.- Se entra así en la calificación jurídica objeto de acusación, sobre la que ya se ha anticipado, no ser de aplicación el tipo penal de pertenencia a organización armada, no porque haya duda alguna acerca de su pertenencia, pues los tres acusados y los dos que comparecieron como testigos, esto es Unai, y Osear, están orgullosos de serlo, sino por haber sido juzgados y condenados por asociación de malhechores por el Tribunal de Gran Instancia de París en las sentencias remitidas por el mismo con motivo de la articulación del incidente de previo pronunciamiento y, a través de las que ha podido conocerse que los hechos ahora enjuiciados ocurren en un espacio temporal similar al que allí motivaron las sentencias dictadas.

Es decir, es aplicable al caso la doctrina jurisprudencial, mantenida, entre otras, en el auto del T.S. de 19/07/2003 acerca de que la pertenencia a una organización terrorista es de carácter permanente o voluntaria, en el sentido de que la decisión de pasar a formar parte de una organización terrorista se hace de forma voluntaria, asumiendo así una situación o posición que, en principio, no tiene límite de tiempo y, es el caso, que los tres acusados, encausados por su pertenencia a E.T.A. en España y estando vigentes tales calificaciones en España, fueron aprehendidos, detenidos, juzgados y condenados en Francia por lo mismo, de forma que no constatándose que entre las fechas de los hechos que aquí se enjuician y aquellas otras por las que fueron enjuiciados en Francia, dejaran de pertenecer a la misma organización, dada la proximidad de las fechas entre unas y otras acciones, no cabe ser condenados por idéntica

pertenencia, incluso aunque el desvalor de la acción en el país vecino resulte más beneficiosa para ellos que la aplicación del Código Penal español.

En concreto, y como ya se ha indicado todos ellos fueron condenados por el Tribunal de Gran Instancia de París; Francisco Javier, en sentencia del 26/07/2002, a la pena de 10 años; Ángel, en sentencia de 06/03/2007 a idéntica pena y Xabier, en sentencia de 08/07/2005 a una pena de 5 años de prisión.

Por el contrario, no es aplicable la alegación efectuada por la letrada de Francisco Javier en relación a la apreciación de cosa juzgada con respecto a la sentencia dictada en el Rollo de Sala 30/01, unida a las actuaciones al encontrarse a disposición de este tribunal, y en la que, según informó la indicada letrada, el referido acusado había sido juzgado y condenado por su pertenencia a organización terrorista, pues, según se desprende de su contenido, no se formuló acusación por tal delito. La referida sentencia es firme al no haber sido recurrida por ninguno de los acusados.

Los otros dos delitos por los que han sido acusados son el de asesinato terrorista en grado de conspiración y estragos en grado de tentativa.

De la jurisprudencia recaída sobre aquellos casos en que se ha cuestionado estas formas de ejecución, conviene recordar, antes de proceder a su aplicación al caso concreto, aquellos principios o ideas que partiendo del tenor literal del Código Penal sobre este particular, permiten encuadrar los hechos en la modalidad de proposición solicitada por el Ministerio Fiscal.

Así, la sentencia del T.S. de 19/04/2011, recordando los principios marcados por el texto punitivo, dice así: *“Desde que la idea delictiva surge en la mente de una persona hasta su ejecución, ha de recorrer un camino, conocido por “iter criminis” en la que se han distinguido varias etapas: la ideación, preparación, ejecución y consumación. La primera no es punible, pues la idea no ha salido de la persona y “los pensamientos no delinquen”. Se hace necesario una exteriorización de la idea criminal para su punición. Con la etapa de la preparación comienza la fase externa y se integra por los denominados actos preparatorios que, en general son impunes, a excepción de las denominadas resoluciones manifestadas, conspiración, proposición y provocación en los*

casos previstos en la ley penal. La dificultad surge a la hora de deslindar los actos preparatorios de los que suponen actos de ejecución, pues ésta supone la realización de actos dirigidos, directamente, a la realización del delito.” En el presente supuesto, habida cuenta de que la sentencia anterior absolvió a Osear del delito de asesinato en grado de tentativa, lo que hay que dilucidar es si los actos realizados han superado la fase de ideación para integrarse en la fase de preparación.

La fase de ideación se caracteriza por la del mero pensamiento de la comisión del hecho delictivo, sin traspasar la barrera personal de la propia idea; por el contrario, la fase de preparación supone que la idea de delinquir ha sido acordada y se exterioriza a otros para acordar con esos otros proposición-realizar el hecho delictivo.

Pues bien, a los efectos de concretar esos parámetros al caso de autos, hemos de tener en cuenta un detalle más. En el presente supuesto, nos encontramos en un supuesto de criminalidad organizada con una jerarquización de sus órganos, siendo sus dirigentes quienes deciden y ordenan la realización de los hechos delictivos respecto a los que es necesario efectuar concretos controles, estudiar el plan de acción, buscar los lugares más adecuados, reunirse y dar cuenta del resultado de las vigilancias realizadas sobre el objetivo perseguido, preparar la forma y el cómo se va a llevar a cabo el ilícito planeado; de tal forma que una vez, adoptada la decisión, se ordena a los ejecutores materiales que en cuanto miembros de la banda asumen el contenido de la misión encomendada y la ejecutan.

Esto es, en el caso, el acusado Francisco Javier, miembro dirigente de la organización armada E.T.A., una vez que ésta ha decidido llevar a cabo el atentado del Sr. M.M., ordena y proporciona a los miembros del comando “Bolqueta”, integrado en ese momento por su responsable interno Ángel y Osear, acabar con la vida de quien iba a ser su víctima, y a tal efecto, ambos, en cumplimiento mimético de lo que les es ordenado, le vigilan durante cierto tiempo, tienen reuniones con su jefe en Francia a quien informan de los datos realizados en esas vigilancias, reciben preparación específica sobre armas y explosivos, reciben un vehículo ya preparado con explosivos y realizan dos croquis sobre posibles lugares, sin que finalmente puedan conseguir el asesinato que cuidadosamente preparaban.

A la vista de lo anterior, no cabe otra alternativa legal, de acuerdo a lo recogido en los Hechos Probados, que considerar el hecho relativo a acabar la vida con el concejal del PSOE-PSE de Arboleda, Sr. M.M. como constitutivo de un delito de asesinato terrorista en grado de conspiración, encuadrable en el artículo 572 en relación con el artículo 579, en relación con los artículos 138 y 139 del Código Penal, castigado con una pena inferior en uno o dos grados a la legalmente prevista para el delito de que se trate.

El segundo delito que el tribunal entiende acreditado a tenor de las pruebas practicadas es el de estragos en grado de tentativa del artículo 346 en relación con el 571 y 16 del Código Penal.

Tal calificación fue precisamente la discutida por el coimputado Osear en el recurso de casación presentado tras la sentencia dictada en la instancia, y en el citado trámite, su defensa planteó, de una parte, el desistimiento activo de la acción y por otra, la reducción de la pena en dos grados. Ninguna de tales peticiones fueron aceptadas en la sentencia dictada al efecto el 13/10/2005 por el Tribunal Supremo.

La referida sentencia, al razonar la desestimación del recurso, alude, como no podía ser de otra manera, a los datos y forma de comisión que se contiene en los Hechos Probados y, destaca, entre ellos, los siguientes:

a) La decisión de utilizar un vehículo cargado con 60 kilogramos de explosivos, destinados, en principio a acabar contra la vida de una persona, al no localizarle, tratan de estacionar el vehículo junto a la sucursal de una compañía de seguros y, al no encontrar sitio para estacionar el vehículo, lo estacionan junto a unas viviendas, avisando a la policía para desactivarlo; concluyendo finalmente la no concurrencia del desistimiento del delito de estragos que es considerado como intentado.

Lo indicado anteriormente es perfectamente trasladable al presente supuesto. Recuérdese que el hecho es el mismo, la única diferencia es que entonces sólo fue juzgado uno de los miembros del comando "Bolqueta" y ahora se enjuicia al segundo, a su jefe interno, a Ángel, que junto con el anterior, ocupa el vehículo con los 60 kilos de explosivo con la intención de asesinar al indicado concejal, al que no localizan, pero lejos de desistir, la citada pareja sigue en su afán, de

atentar contra cualquier otro bien jurídico designado como tal por la banda a la que pertenecen, y tratan de estacionarlo junto a una sucursal de seguros, y cuando allí tampoco encuentran sitio para aparcar, tampoco desisten, sino que lo sitúan en un sitio todavía más peligroso y cercano a los propósitos de la banda, unas viviendas colocando el vehículo de forma que el explosivo esté más cercano a las viviendas, con lo que según el informe pericial los daños de la explosión afectarían a un radio de acción de entre 50 y 100 metros, y sólo entonces, deciden avisar al diario Gara y a DYA de la colocación de una bomba en el interior de un vehículo dispuesta a explotar en 15 minutos.

Tampoco puede considerarse que el hecho de avisar de la colocación del artefacto constituya la base de ese desistimiento, porque, visto desde otra perspectiva, lo que se daba a entender con tal llamada, habida cuenta del escaso margen de tiempo que anunciaban en su comunicado era que la explosión sería inminente, sin margen de actuación, ideada para causar el mayor número de víctimas posibles, entre cuyos candidatos primeros se incluían los ocupantes de las viviendas y quienes acuden al lugar a desactivarlo, tal como ha ocurrido en otras ocasiones.

Tampoco puede considerarse el argumento utilizado en el acto del juicio por la defensa de los acusados de que Osear quitó materialmente las pilas del temporizador antes de abandonar el vehículo a su suerte junto a las viviendas y ello por varias razones: La primera, es que cuando fue juzgado tal circunstancia no se acreditó, no figuraba en los Hechos Probados entonces dictados, y tampoco en los de esta resolución y es que sencillamente no hay prueba que lo acredite, y además es que la citada cuestión ni fue planteada en su juicio ni en el recurso; la segunda razón, es que aún siendo cierto que tal dato figura en la segunda de las declaraciones policiales prestadas por Osear, ésta no fue ratificada en sede judicial, alegando malos tratos, ni, en consecuencia ha sido tenida en cuenta en la presente, aparte, como ya se ha indicado de no figurar dato alguno que la corrobore, y la tercera, porque los agentes de la Policía Autónoma Vasca, al ratificar su informe, manifestaron que el explosivo estaba preparado para explotar y fueron ellos quienes lo desactivaron, de tal forma que al contestar sobre la forma en que se desactivaron las pilas, manifestaron, que tal hecho se produjo como consecuencia de las maniobras llevadas a cabo por el robot utilizado para desactivar el explosivo, sin que haya constancia alguna de que estuvieran ya desconectadas; todo ello sin perjuicio de insistir en el peligro que suponía dejar un vehículo estacionado en la vía pública con 60 kilogramos de explosivo.

OCTAVO.- De los citados delitos de asesinato terrorista en grado de conspiración y estragos terroristas en grado de tentativa, son autores criminalmente responsables, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal, los acusados Francisco Javier, Ángel y Xabier; toda vez que como se ha acreditado pese a que sólo Ángel estuvo materialmente en el escenario de los hechos junto con el ya condenado Osear, tanto Francisco Javier como Xavier, proporcionaron, de común acuerdo y con objeto de llevar a cabo el asesinato planificado, los medios absolutamente necesarios para el buen fin de la acción prevista.

No es obstáculo para llegar a tal conclusión, el argumento de Xavier, de que no conocía qué se hacía con los coches preparados con explosivos ni a la persona que pretendía ser asesinada, pues al ejecutar la misión que le era encomendada o, utilizando sus palabras, con “su *quehacer*”, participaba en el engranaje de los hechos decididos por banda, permitiendo así que con su contribución se llevara a cabo los delitos ordenados, fuera cuales fueran; pues, como ya se ha indicado, ni Xavier ni Ángel, tenían nada que decidir, eran meros ejecutores materiales de los que otros situados en un nivel de responsabilidad superior en la banda, decidían por ellos.

La situación del tercero de los acusados, Francisco Javier, es distinta, no es autor material del hecho, él se encuentra en otro plano de actuación, el que le corresponde por su condición de dirigente, manejaba a los anteriores, les instruía en el oficio de matar a otros, en nombre y por causa de la banda, y a tal fin, les proporcionaba, dinero, “clases para matar”, vehículos robados y explosivos preparados, tareas todas ellas perfectamente encuadrables en el artículo 28 del Código Penal, no sólo por el acuerdo de todos ellos merecedor de la coautoría, sino por valerse de ellos, reservándose al mismo tiempo, la autoría mediata como lo demuestran quienes declararon ser él su jefe y el resto de las pruebas practicadas.

NOVENO.- No concurren en el presente supuesto circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, de ahí que en relación al delito de asesinato en grado de conspiración, proceda la rebaja de la pena en un grado, quedando fijada en 10 años de prisión.

De la misma manera, atendiendo la forma en que se ha llevado a cabo el intento de estragos, castigado con una pena de entre 15 y 20 años, procede la

rebaja de la pena en un solo grado, quedando establecida en 10 años, es decir, la misma por la que ya fuera condenado el otro coautor material del hecho.

DÉCIMO.- En materia de costas, procede imponerlas a los acusados proporcionalmente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 240 de la L.E.Crim.

Vistos los citados preceptos y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos a Francisco Javier, Ángel y Xabier del delito de pertenencia a organización terrorista por el que habían sido acusados, al apreciarse la existencia de cosa juzgada.

Que debemos condenar y condenamos a Francisco Javier, Ángel y Xabier como autores criminalmente responsables de un delito de conspiración de asesinato terrorista y otro de estragos terroristas en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, para cada uno de los acusados, a las penas siguientes:

- Por el delito de conspiración de asesinato terrorista, 10 años de prisión, e inhabilitación absoluta durante 20 años.

Por el delito de estragos terrorista en grado de tentativa, a la pena de 10 años de prisión, inhabilitación absoluta durante 20 años, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente se condena a los citados a la prohibición de residir en Bilbao durante 10 años después de la finalización de la pena privativa de libertad impuesta, todo ello, sin perjuicio del pago de las costas de forma proporcional del juicio.

Será de abono a los acusados el tiempo que han estado privados de libertad.

Se acuerda el comiso de los efectos intervenidos.

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

Contra la presente resolución puede interponerse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo que deberá prepararse en el plazo de cinco días a partir de la última notificación.

Así, por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ángela Murillo Bordallo.- Carmen-Paloma González Pastor.- Juan Francisco Martel Rivero.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Ilma. Sra. D^a Carmen-Paloma González Pastor, estando celebrando audiencia pública el día de su fecha. Doy fe.