

Madrid, 6 de febrero de 2012.

Vista en juicio oral y público ante la Sección Segunda de esta Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el presente Rollo de Sala, dimanante del Procedimiento Abreviado 339/06 del JCI núm. 6, seguida de oficio por delitos de incendio terrorista y desórdenes públicos contra:

Ekaitz, DNI ...-E, nacido el 1 de enero de 1985 en San Sebastián (Guipúzcoa), hijo de Iñaki y de M^a Cristina, representado por el procurador D. Javier Cuevas Rivas y defendido por el letrado D. Iñigo Iruin Sanz.

Pello M^a, DNI ...-F, nacido el 27 de octubre de 1985 en San Sebastián (Guipúzcoa), hijo de Pedro y de M^a Soledad, representado por el procurador D. Javier Cuevas Rivas y defendido por el letrado D. José M^a Elosúa Sanche.

Adur, DNI ...-N, nacido el 8 de agosto de 1985 en San Sebastián (Guipúzcoa), hijo de Saturnino y de M^a Gema, representado por el procurador D. Javier Cuevas Rivas y defendido por la letrada D^a Ainoa Baglieto Gabilondo.

Ion Imanol, DNI ...-E, nacido el 1 de agosto de 1985 en San Sebastián (Guipúzcoa), hijo de Juan M^a y de M^a Beatriz, representado por el procurador D. Javier Cuevas Rivas y defendido por el letrado D. Iñigo Iruin Sanz.

Asimismo, ha sido parte el MF, representado por el Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Carballo Crespo, y ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos procesales, como constitutivos de un delito continuado de incendio terrorista de los arts. 263, 264.4 y 266, en relación con el 574 CP, y un delito de desórdenes públicos del art. 557, también en relación con el 574 CP, de los que reputó responsables, en concepto de autores, a los cuatro acusados, concurriendo en todos ellos la circunstancia agravante de disfraz, y solicitando para cada uno, por el delito de incendio terrorista, la pena de cinco años de prisión y multa de 24 meses, con cuota diaria de 10 €, e inhabilitación absoluta por 12 años conforme al art. 597.2 CP, y, por el delito de desórdenes públicos,

la pena de tres años de prisión, con accesorias legales, inhabilitación absoluta durante 10 años conforme al art. 579.2 CP, y, conforme al art. 48 y 57 CP la prohibición de acudir al lugar del delito durante 5 años.

Asimismo, interesó la condena en costas para los acusados, y que indemnicen conjunta y solidariamente, con los intereses del art. 576 LEC, a la empresa Tranvía de San Sebastián SA en la cantidad de 163.427,92 € y a Banco Guipuzcoano en la de 19.514 €.

SEGUNDO.- Las defensas de los acusados solicitaron la libre absolución de sus respectivos patrocinados, por no considerarles autores de delito alguno.

HECHOS PROBADOS

El acusado Ekaitz, mayor de edad, con motivo de la celebración de la fiesta de Santo Tomás en San Sebastián, y la gran afluencia de público que se congrega en la calle, el día 21 de diciembre de 2006, integrado en un grupo de unos veinte jóvenes más, todos ellos encapuchados de manera que no fuera posible reconocérseles el rostro, dentro del contexto de las actuaciones violentas características de la denominada "Kale Borroka", que realizan individuos radicales que se sienten afines a los objetivos de la banda terrorista ETA, y en la dinámica de alterar gravemente la tranquilidad ciudadana, se presentaron en la Alameda del Boulevard, cerrada al tráfico rodado, excepción hecha para el servicio público, dada la fiesta de que se trataba.

Allí se acercaron al autobús del servicio público municipal núm. 460, matrícula SS-4753-BJ de la Compañía del Tranvía de San Sebastián, que se encontraba detenido en la parada, próximo a la esquina con la calle Narrika, a cuyo conductor le obligaron a que lo atravesara en la calzada, cortando la circulación, hicieron que los pocos pasajeros que quedaban en su interior lo desalojaran, y, cuando lo tenían vacío, lo rociaron de un líquido inflamable y arrojaron sobre él algún elemento incendiario, que hizo que le prendiera fuego, hasta quedar completamente calcinado, sin que se llegara a poner en riesgo la vida o la integridad física de persona alguna. No ha quedado acreditado, sin embargo, que Pello, Ion Imanol y Adur formaran parte de ese grupo, ni que tuvieran que ver con el incendio del autobús.

Asimismo, en el curso de esos mismos incidente^, individuos cuya identificación no se ha logrado arrojaron algún tipo de líquido inflamable sobre un cajero automático del Banco Guipuzcoano, sito en el núm. 10 de la Alameda del Boulevard, esquina con la calle Narrika, próximo al lugar de la quema del autobús, que quedó inservible. Los daños ocasionados en el autobús han sido valorados en 159.427,92 €, que fueron abonados por el Consorcio de Compensación de Seguros, lo que ha motivado que por la empresa propietaria del autobús se renunciara a cuantas acciones civiles y penales pudieran corresponderle, mientras que no consta acreditado qué daños fueron los que sufrió el cajero automático.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La base fundamental sobre la que se ha montado la acusación han sido las declaraciones de los acusados, de las que haremos dos bloques, uno giraría en torno a las prestadas por Ekaitz (folio 551 y ss, tomo II, las que realiza en sede policial, y folio 300 y ss, tomo I, las que hace ante el Juez de Instrucción), y el otro serían las de Pello (folio 516 y ss, tomo II, las de comisaría, y folio 316 y ss, tomo I, en sede judicial).

La síntesis de esas declaraciones, cuyo desarrollo y contenido se analizará más adelante con mayor profundidad, viene a ser que Ekaitz reconoce en dependencias policiales su participación en la quema del autobús, implicando en esa quema a Ion Imanol y a Adur, lo que ratifica a presencia judicial, mientras que Pello, que en su declaración en comisaría también reconoce su intervención en la misma quema, cuando comparece ante el Juez de Instrucción se retracta de lo anterior y lo niega.

Como decimos, la anterior es la prueba base de la acusación, a la que hay que añadir la sentencia de 19 de octubre de 2010, dictada por esta misma Sección en la causa madre de la que se separa la presente, donde fueron condenadas Ekaitz, Pello y Adur, como autores de un delito de integración en organización terrorista por su pertenencia a SEGI, sentencia que fue anulada por la del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2011, que ordenó dictar otra, lo que se hizo mediante nueva sentencia de la Sección, de 16 de noviembre de 2011, que, si bien mantiene la condena para los anteriores en los mismos términos que fuera dictada en la primera sentencia de 19 de octubre de 2010, lo cierto es que ha sido recurrida en casación, sin que se tengan noticias a la fecha del juicio de que haya sido resuelto el recurso.

Por lo tanto, resulta que el pronunciamiento sobre la pertenencia a SEGI de los tres acusados mencionados no es firme, mientras que respecto de Ion Imanol hay que resaltar que ni siquiera fue condenado por esa pertenencia o integración en dicha organización, de manera que la absolución que para él hubo en nuestra primera sentencia de 19 de octubre de 2010 es firme. A la vista de los antecedentes que se acaban de exponer, es por lo que en los hechos que hemos declarado probados no se ha recogido mención alguna a que los acusados fueran miembros de la organización SEGI, presupuesto básico para que entre en aplicación el art. 574 CP.

En este sentido, hay que recordar que una de las cuestiones que ha surgido a lo largo del debate entablado en el juicio ha sido la relativa a la pertenencia o integración de los acusados en una organización terrorista, como sería SEGI, circunstancia negada por las defensas, quienes han mantenido que no se podía tener en consideración tal pertenencia a dicha organización, habida cuenta que, por ello, todavía no ha recaído una sentencia firme donde se haya hecho tal declaración y, consecuentemente, a día de hoy, no puede afirmarse que ninguno de los procesados esté integrado o pertenezca a una organización terrorista, argumento que con mayor razón estimó aplicable a su patrocinado la defensa de Ion Imanol, habida cuenta que para este ni siquiera hubo sentencia condenatoria, sino que fue absuelto en su día, en sentencia que para él es hoy firme.

Pues bien, con independencia de que para evaluar la pertenencia de cualquiera de los acusados a una organización terrorista consideramos que no es preciso estar al pronunciamiento de lo que en otra causa se diga, porque ello es como partir de una relación de dependencia entre procesos, contraria a la autonomía que debe presidir cualquier causa penal, sin embargo, en el concreto caso que nos ocupa, sí hemos de concluir que no es posible dar por probada esa integración en SEGI de ninguno de los acusados, porque no contamos con prueba que acredite tal circunstancia. Más adelante, cuando analicemos las declaraciones de los diferentes acusados ya veremos que solo nos permiten llegarla dar por probado la quema del autobús, y solo por Ekaitz, de manera que, si la prueba solo nos permite llegar hasta ahí, se comprenderá que no sea posible ir más lejos, que sería necesario para poder hablar de la integración de los cuatro en la organización terrorista.

Ahora bien, el hecho de que no lleguemos a dar por probado que los acusados estén integrados en tal tipo de organización, no deja de plantearnos si ello sería suficiente para extraer la conducta del tipo contemplado en el art. 574 CP, pues en él se castigan comportamientos no solo de quienes pertenecen; a una organización terrorista, sino también la de quienes actúan al servicio o colaboran con ellas, que pudiera entenderse como el comportamiento de quienes son ajenos a la organización, pero contribuyen a sus fines con su actuación, a cuyo servicio se ponen.

En los hechos que hemos declarado probados se ha dicho que en la quema del autobús interviene un grupo de unos veinte jóvenes, que su actuación se enmarca dentro del contexto de las actuaciones violentas características de la denominada “kale borroka”, que realizan individuos radicales que se sienten afines a los objetivos de la banda terrorista ETA, datos todos ellos que aporta la declaración policial de Ekaitz (folio 552 y ss), en la que, cuando es preguntado por la finalidad que se pretendía con esa acción, llega a decir que cree recordar que fue como reivindicación a favor de De J.C. (folio 556).

En una primera hipótesis, como apuntábamos, no sería descartable el art. 574 CP, pues, de alguna manera, desarrollándose los hechos como se ha descrito, se puede mantener que se actuó al servicio, cuando no en colaboración con SEGI, y no cabría derivarlos al tipo residual del art. 577 CP, donde se residencia la conducta de lo que se ha llamado el terrorista individual, por cuanto este se caracteriza por un elemento negativo, como es actuar al margen o sin tener relación alguna con el grupo terrorista, esto es, por la autonomía de quien actúa, cuya actuación, sin embargo, desde el momento que es coincidente, contribuye a los fines subversivos de la organización.

Aún así, la anterior hipótesis la descartamos, y para ello acudimos a la STS 880/2011, de 26 de julio, donde, para hechos que se colocan en el contexto de la lucha callejera violenta, o “kale borroka”, dice “que encuentran mejor acomodo en el art. 577, que fue introducido precisamente mediante LO 7/2000, de 22 de diciembre, para reprimir este tipo de conductas por quien sin pertenencia a la organización terrorista o su entramado, contribuyen a la finalidad de alterar gravemente la paz pública, mediante los actos descritos en tal precepto.

Es claro, finalmente, que la pertenencia que se exige en el art. 573 -aquí descartada, como decimos, por la Sala sentenciadora de instancia-, junto a los

otros dos elementos típicos descriptivos -actuar al servicio o colaborar con tales organizaciones terroristas- configuran una autoría que se encuentra directamente relacionada con tal pertenencia, pues actuar a su servicio o colaborar son actuaciones muy próximas, y en el caso enjuiciado, lo que se ha probado es la afinidad ideológica del recurrente con tales acciones y cometidos violentos, próximos desde luego a los objetivos de ETA, pero sin que se refleje en el “factum” que actuara al servicio de la banda o colaborara directamente con ella, sino en la idea de “contribuir” con su acción colocando los explosivos a la violencia callejera, por lo que el delito es terrorista, pero ha de ser inculcado en el art. 577 del Código Penal”.

En consecuencia, servicio o colaborar con la organización son elementos típicos descriptivos del tipo que configuran una autoría directamente relacionada con tal pertenencia, por entender que son actuaciones muy próximas a la integración, así lo habremos de admitir, y, en la medida que no se ha dado por probado que los acusados fueran miembros activos de la organización SEGI, no será posible subsumir los hechos en el art. 574, como pretende el MF. Más adelante veremos si, por no encajar en este tipo, han de quedar residenciados en el art. 577, o si hay alguna razón para ni siquiera subsumirlos en él, pero baste lo que por ahora se ha expuesto, para decir que, en ningún caso, cabe derivarla al art. 574.

SEGUNDO.- Descartada la anterior hipótesis, se pasará al análisis y valoración de la prueba que nos lleva a declarar probada la participación en los hechos de los diferentes acusados.

No dedicaremos mucha atención a los hechos, por cuanto que sobre los mismos no ha habido debate, de manera que, al no ser una cuestión contenciosa, los admitimos en términos que no difieren excesivamente de los que plantea la acusación, excepción hecha de lo relativo a la integración en SEGI, que ya ha quedado descartada en el fundamento de derecho anterior.

Sea como fuere, se trata de hechos notorios, que quedan documentados mediante diversos reportajes fotográficos no cuestionados por las defensas, o por el acta de inspección ocular obrante al folio 49, ratificada en juicio por el agente ...050, que fue quien la levantó, y quien aportó algún dato más en ese acto, como que el incendio del cajero fue independiente al del autobús, y acreditados, igualmente, por la declaración prestada en juicio por el conductor del autobús, testigo protegido ...405, quien relataba cómo presencié los

hechos, explicando que uno de los individuos se subió al autobús, le pidió que lo cruzara, lo cruzó, colocándolo atravesado; y cortando la circulación, lo rociaron por dentro, y nada más bajar prendieron el autobús.

La contienda en juicio, como se viene insistiendo, se ha centrado, fundamentalmente, en la participación de los acusados en los hechos, para lo cual hay que entrar en el análisis de las diferentes declaraciones por ellos prestadas.

Por ello, viendo el fluctuante criterio de la jurisprudencia en torno al valor que merecen las declaraciones del imputado en el proceso penal, lo primero que haremos serán algunas consideraciones con las que centrar su estado en este momento.

En cualquier caso, antes de seguir avanzando, dejaremos sentado que no cabe dar por probado que ninguno de los acusados interviniese en la quema del cajero del Banco Guipuzcoano, porque, si, como venimos diciendo, la base probatoria de la participación de estos se encuentra en sus propias declaraciones, aun dando a estas el máximo valor probatorio posible, lo cierto es que de ninguna de ellas se extrae que fuera alguno de los acusados quien provocase el fuego que le hiciera quedar inservible, ni tampoco se nos ha aportado argumento, y mucho menos prueba alguna, de donde se desprenda que la quema del cajero es una secuencia encadenada de manera irremediable de la quema del autobús. Además, esa falta de conexión entre ambas quemas la viene a confirmar alguna de las manifestaciones escuchadas en juicio, como, repetimos, fue la del agente ...050, cuando dijo que el incendio del cajero fue independiente al del autobús.

Pero, pasando al tratamiento jurídico-penal de las declaraciones del imputado, fue abundante la cita de jurisprudencia manejada por las defensas, centrada, en particular, sobre la exigencia de requisitos para que pueda llegar a tener efectos enervantes de la presunción de inocencia. Este Tribunal los conoce, si bien hay que matizar que la presencia de tales requisitos a concurrir cuando de prueba de cargo se trate, no, en cambio, cuando nos refiramos a la prueba de descargo, en que consideramos que el principio de libre valoración del art. 741 LECrim ha de operar con plenitud y sin restricciones. Es evidente que hemos de respetar la jurisprudencia reinante, relativa a la prueba de cargo, a la hora de manejar los criterios que han de orientar su apreciación, pero también nos atrevemos a decir que tales criterios, de alguna manera, suponen restricciones

al principio de su libre valoración en conciencia, o de valoración según íntima convicción, que se dice que rige en nuestro sistema procesal penal por referencia al art. 741 LECrim, pero que no es tan evidente, cuando de prueba de cargo se trata.

En efecto, estimamos que la jurisprudencia en este momento impone restricciones o, si se prefiere, condiciones para que opere el principio de libre valoración de la prueba de cargo, porque no otra cosa se pueden considerar esos requisitos que ha venido exigiendo para poder apreciar como prueba de cargo las declaraciones de los imputados, y nos referimos, en particular, a las autoincriminatorias prestadas en sede policial, y a las de signo incriminador prestadas por unos coimputados en contra de otros; y así lo creemos, por más que se pretenda salvar el planteamiento acudiendo al argumento de que los referidos requisitos no son para valorar la prueba, sino que son más bien prerequisites o requisitos previos y anteriores al proceso valorativo propiamente dicho, en el que no se podrá entrar sin pasar por ellos.

Cabría admitir que, contemplando así el principio de libre valoración, no se vería afectado, porque se podría seguir hablando de que existe libertad a la hora de apreciar la prueba, a costa de mantener que es aquí, es decir, en la prueba, donde ha de ponerse el acento, y lo que ocurriría es que el juez no es libre para elegir esa prueba, de manera que se podrá convencer, o no, libremente, pero solo podrá hacerlo con el material que acceda al proceso tras cumplir unos requisitos previos e imprescindibles, que, en general, y dicho sea de paso, se construyen o configuran a partir de conceptos indeterminados, y a veces no poco difusos, como el de proceso debido.

Lo anterior no deja de suponer dar un salto, si se quiere hablar de libre valoración de la prueba, pues implica referirse a esta en el sentido de entender que esa libre valoración que se deja en manos del juzgador no es incompatible con que, para entrar a valorarla, hay que pasar antes por unas reglas o cubrir unas pautas, que es, en definitiva, lo que sucede cuando se habla de prueba tasada, con la particularidad de que, en lugar de venir recogidas en la ley, las construye la jurisprudencia.

Al ser esto así, cabe que no sea la verdad real la que se declare en el proceso, y no solo eso, sino que se tenga que ceder ante la misma en detrimento del libre convencimiento del juzgador, privándole de decidir de acuerdo con su íntima convicción, pues, pudiendo tener la certeza de que él presupuesto

fáctico presentado por la acusación se ajusta a la realidad, existen esos límites o condicionantes que impiden que se llegue a declarar como tal.

Pero lo cierto es que, cualquiera que sea el lugar o momento en que se coloquen esos requisitos previos, pueden suponer limitaciones al libre convencimiento, como lo puede suponer cualquier sistema de prueba tasada, y si no pensemos en la prueba legal, en que el legislador establecía no ya el valor que debía corresponder a cada prueba, sino, incluso, qué medios probatorios eran admisibles, y compárese con la jurisprudencia que condiciona o impide valorar como prueba determinados elementos, aunque sea a costa de negar, en ocasiones, a tales elementos el valor de prueba. A modo de ejemplo, búsquense las diferencias entre los efectos que producía el más conocido aforismo de la superada prueba legal, “testis unus testis nullus”, y el nulo valor probatorio que la jurisprudencia actual otorga a la declaración inculpativa de un coimputado contra otro, como inhábil o insuficiente, por sí sola para, para constituirse en prueba de cargo.

Con lo que se acaba de exponer no se pretende cuestionar esa línea jurisprudencial actual, pues, por más que se hallen posiciones encontradas con ella, por serles incompatibles, las deseamos, y, por lo tanto, la admitimos y aplicamos sin paliativos. Sin embargo, sí consideramos que estamos en condiciones de decir que, de la misma manera que con el régimen de prueba legal se ha llegado a hablar de un sistema de convicción legalmente impuesta, con la línea marcada por la jurisprudencia se puede hablar de un sistema de convicción jurisprudencialmente impuesta.

CUARTO.- Puestos a repasar el estado actual de la Jurisprudencia en torno al valor probatorio de las declaraciones del imputado, se realizarán una serie de consideraciones, que ya hemos utilizado en anteriores sentencias, orientadas a precisar el valor que hemos de dar a las prestadas con motivo o en relación a la presente causa.

En nuestra anterior sentencia de 16 de noviembre de 2011, núm. 45/11, recordábamos el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, adoptado el 28 de noviembre de 2006, que decía que “las declaraciones válidamente prestadas ante la policía, pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la Jurisprudencia”, pero añadíamos que “el referido Acuerdo, que pudo suponer un halo de esperanza en la línea de ganar en

seguridad jurídica¹ a la hora de entrar en el tratamiento que se debiera dar a este tipo de declaraciones, en realidad, vino a generar mayor inseguridad jurídica, y es que, como puede leerse en la STS 603/2010, de 8 de julio de 2010 (FJ 3º), “no puede negarse que el Acuerdo Plenario de referencia no ha conseguido la unidad doctrinal que se proponía, pues junto a sentencias que avalan las declaraciones inculpativas ante la Policía, prestadas con las debidas garantías, pueden constituir prueba de cargo cuando su contenido se incorpora al juicio oral y el acusado que las prestó puede manifestar lo que considere oportuno sobre aquéllas, en condiciones de inmediación y contradicción; existe una corriente jurisprudencial de sentido contrario, de la que es exponente la STS 541/2007, de 14 de junio, entre muchas otras, en la que expone que en lo que se refiere a las declaraciones testificales, los artículos 714 y 730 de la LECrim permiten incorporar al plenario el resultado de diligencias sumariales cuando se aprecie contradicción entre lo declarado ante el Juez y lo declarado en el juicio oral ! o cuando resulte imposible o de extrema dificultad la presencia del testigo en el acto del juicio”.

En la jurisprudencia encontramos posiciones tanto a favor como en contra de considerar como prueba a las declaraciones prestadas en fase preprocesal; sin embargo, no resulta fácil comprender que, entre las razones que se dan en esta STS 603/2010, de 8 de julio de 2010, para, en cierta manera, desmarcarse del Acuerdo no Jurisdiccional, que ella misma reconoce que no ha conseguido la unidad doctrinal que se proponía, se diga que “aun cuando la declaración sea valorable, la prueba de cargo no viene constituida, en realidad, por el contenido de la declaración policial considerado en sí mismo y aislado de cualquier otro elemento, sino por el dato objetivo de carácter inculpativo ya aportado en esa declaración, cuya realidad ha sido posteriormente comprobada por otros medios, siempre que haya sido incorporado válidamente al juicio oral”, y añadíamos en nuestra sentencia de 16 de noviembre de 2011, reiterando lo que ya expusimos en una anterior Sentencia de 8 de marzo de 2011, la núm. 6/11, “que no es fácil comprender tal argumentación, porque, si lo que con ella se quiere dar a entender es que la declaración policial no puede ser considerada o valorada como prueba de cargo, sino que tiene otro valor, bien podría prescindirse de dicho Acuerdo, ya que, salvo que a los conceptos de invalidez e inexistencia se les quiera dar el mismo alcance y contenido, no porque no valga la diligencia como prueba, se puede mantener que tampoco exista, y, si existe, algún valor tendrá, entre ellos el de constituir fuente de prueba, es decir, exactamente el mismo que se le reconocía antes del Acuerdo al que se llegó el 28 de noviembre de 2006”.

Sin embargo, la postura de aquel sector de la jurisprudencia que se decantaba por considerar la declaración policial como potencial prueba de cargo, con eficacia para enervar la presunción de inocencia, ha venido siendo objeto de matizaciones a la vista de la doctrina de la STC 68/2010, de 18 de octubre de 2010, en cuyo FJ quinto b) se puede leer lo que sigue: "...la posibilidad de prestadas extramuros del declaraciones prestadas en la STC 31/1981 afirmamos parte del atestado tiene, denuncia, como señala el de hechos imputados han de auténticos garantizando 107/1983, de octubre, FJ tomar en cuenta declaraciones juicio oral no alcanza a las sede policial. Al respecto, ya en que "dicha declaración, al formar en principio, únicamente valor 'de art. 297 de la LECrim" (FJ 4), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los que en él se afirman por funcionarios, testigos o de ser introducidos en el juicio oral a través medios probatorios (STC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4; 79/1994, 'de 14 de marzo, FJ 3; 22/2000, de 14 de febrero, FJ 5; 188/200\$, de 14de octubre, FJ 2).

Ello no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y de forma efectiva su contradicción (SSTC 29 de noviembre, FJ 3; 303/1993, de 25 fre 2 b); 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2 b); 33/2000, FJ 5; 188/2002, FJ 2). Pero tal excepción, referida, a supuestos susceptibles de configurarse como prueba preconstituida por referirse a datos objetivos e irrepetibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial.

Así, en la STC 79/1994, ya citada, manifestamos que "tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible. Este Tribunal ha establecido muy claramente que "las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales" (STC 217/1989). Por consiguiente, únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria" (FJ 3). La citada doctrina ha sido confirmada por las SSTC 51/1995, de 23 de febrero, y 206/2003, de 1 de diciembre. En tales resoluciones afirmamos que "a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en

los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo” (STC 51/1995, FJ 2).

Más concretamente, y en directa relación con el caso que nos ocupa, las declaraciones prestadas por un coimputado en dependencias policiales no pueden ser exponentes ni de prueba anticipada ni de prueba preconstituida, y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil... sino fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria” (SSTC 51/1995, FJ 2; 206/2003, FJ 2 c). Por otra parte, “tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECrim por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase “preprocesal” que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía.

Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECrim, tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial” (SSTC 51/1995, FJ 2; 206/2003, FJ 2 d)”.

La jurisprudencia de la Sala Segunda ha dictado posteriormente algunas sentencias, que, más que matizar su Acuerdo no Jurisdiccional de 28 de noviembre de 2006, nos atrevemos a decir que le han dado un giro en su interpretación. De entre ellas, tomaremos la 1055/2011, de 18 de octubre de 2011, que, si no la guía a seguir en el futuro sobre el estado de la cuestión, pretende serlo, como da, a entender la reflexión con que comienza, cuando dice que “la cuestión relativa a la posibilidad de valorar como única prueba de cargo las declaraciones de acusados y testigos realizadas ante la policía y no ratificadas, o rectificadas, ante las autoridades judiciales, ha sido examinada en numerosas ocasiones tanto por esta Sala como por el Tribunal Constitucional con criterios no siempre coincidentes en su integridad en ambas sedes, aunque la evolución de la jurisprudencia de los dos tribunales, permite considerar

actualmente resuelta la cuestión en el sentido en que luego se dirá (STC núm. 68/2010 y STS núm. 726/2011)”.

Continúa la sentencia haciendo una serie de consideraciones, tras las cuales llega a sentar que, de las declaraciones prestadas con anterioridad y fuera del juicio oral, las únicas que pudieran llegar a alcanzar valor como prueba de cargo, caso de que reunieran los requisitos que ya indicando, serían las que se tomaran en fase sumarial, esto es, las procesales, negando toda validez, en tal concepto, a la preprocesales, en particular, a las prestadas en sede policial. En este sentido, se puede leer lo siguiente:

“Cuando se trata de declaraciones de imputados la cuestión no es muy diferente. Esta Sala ha admitido la aplicación del artículo 714 de la LECrim, a pesar de su literalidad, en los casos en los que exista contradicción entre las declaraciones sumariales del acusado y las prestadas en el juicio oral.

Asimismo, como ya se ha dicho más arriba, ha establecido que el Tribunal puede tener en cuenta, total o parcialmente, unas u otras en función de la valoración del conjunto de la prueba disponible. Pero siempre que se trate de declaraciones prestadas en el sumario ante el Juez de instrucción, de forma inobjetable, e incorporadas al juicio oral en condiciones de contradicción, y siempre que la elección, especialmente cuando se opta por la versión sumarial que el Tribunal no ha presenciado con intermediación, venga acompañada en la sentencia de un razonamiento explicativo de la decisión, con valoración expresa de los elementos de corroboración que la justifican.

En este sentido la STS núm. 1105/2007 y la STS núm. 577/2008.

Cuando se trata de declaraciones prestadas en sede policial, es evidente, como ya se ha dicho más arriba, que no podrán ser utilizadas en caso de que se hubieran practicado con vulneración de derechos fundamentales, sin perjuicio de los efectos de su nulidad sobre otras pruebas derivadas, lo que sería necesario determinar en cada caso. Sin embargo, aún cuando se trate de declaraciones válidas al haber sido practicadas con toda corrección, no pueden ser incorporadas al plenario como prueba de cargo a través del artículo 714, pues no han sido prestadas ante el Juez, única autoridad con independencia institucional suficiente para preconstituir pruebas. A pesar de ello, y esto es

cuestión de alcance diferente, pueden aportar datos objetivos, hasta entonces desconocidos, que permitan seguir líneas de investigación que conduzcan a la obtención de verdaderas pruebas. Además, las diligencias de comprobación de la existencia de los aspectos fácticos contenidos en la declaración policial del imputado, podrán ser valoradas en función de su contenido incriminatorio una vez incorporadas adecuadamente al juicio oral”.

Sigue la sentencia dando argumentaciones en la misma línea, citando también la STC 68/2010, de 18 de octubre, y terminamos recogiendo aquella parte de su contenido, en que expresa: “bien entendido que el contenido de la declaración policial podrá ser útil como instrumento de confrontación para contrastar la credibilidad de lo manifestado en el plenario, pero no para acreditar hecho alguno.

Por lo tanto, cuando se trata de declaraciones policiales de imputados, es preciso, en primer lugar establecer su validez, descartando la vulneración de derechos fundamentales, a lo cual puede contribuir la declaración de quienes han intervenido o han presenciado la declaración. Y en segundo lugar, el Tribunal puede proceder a la valoración de la comprobación posterior de los datos objetivos contenidos -en aquella declaración, una vez que tal comprobación ha sido incorporada debidamente al plenario a través de otros medios de prueba, lo que puede permitir al Tribunal alcanzar determinadas conclusiones fácticas por vía inferencial en función de la valoración del conjunto de la prueba. Pero en ningún caso el contenido de la declaración prestada en sede policial puede constituir prueba de cargo”.

QUINTO.- Entraremos a valorar las diferentes declaraciones prestadas, comenzando por las de Ekaitz, de cuyo análisis lo primero a examinar es si hubo vulneración de derechos fundamentales cuando se realizaron, y ello porque su defensa ha pretendido desactivar los efectos enervantes de la presunción de inocencia que podían suponer esas declaraciones de su patrocinado, a costa de cuestionar la regularidad de las prestadas en dependencias policiales, alegando que se practicaron con vulneración de tales derechos fundamentales; por ello, una buena parte del interrogatorio que le dirigió ha girado sobre el trato recibido mientras permaneció en dichas dependencias.

Es cierto que la base fundamental utilizada para articular esas irregularidades, que dice haberse producido, ha sido la declaración vertida por el propio

acusado en juicio, que contrasta con la de los funcionarios policiales bajo cuya custodia permaneció, quienes han negado cualquier tipo de maltrato físico o psíquico, pero, que así sea, no significa que nos vayamos a quedar en esta negación para no creer al acusado, sino que se pasarán a dar las razones por las cuales no consideramos que sus declaraciones, tanto en sede policial (folio 551 y ss), como ante el Juez de Instrucción (folio 300 y ss), hayan sido prestadas bajo coacción, amenaza o tipo alguno de presión, y si que han sido emitidas voluntariamente.

En la primera declaración prestada ante el Juez de Instrucción decía Ekaitz que cuando venía desde San Sebastián a Madrid en el coche le daban collejas y le empujaban, le amenazaban con su familia y su hermana, y que justo después de su detención, antes de ese viaje, no había recibido maltrato, que también la primera noche (era la del 30 al 31 de octubre de 2007), mientras se encontraba detenido en los calabozos en Madrid, le propinaron collejas.

Por su parte, en los informes que emite el médico forense de la Audiencia Nacional, en el del día 30 de octubre (una copia del mismo fue aportada por la defensa en el acto del juicio y se encuentra incorporada al Rollo de Sala entre el bloque de documentos presentado por dicha defensa), se recoge que el acusado relata que durante su conducción a Madrid le han propinado dos collejas, y que el trato en las dependencias policiales ha sido correcto; se le pregunta si quiere ser examinado y contesta que no.

En el informe del día 31 (también aporta una copia la defensa) se deja constancia de dos visitas médicas, una a las 9,25 horas donde recoge el forense que el acusado le relata que le interrogaron durante una hora y media o dos horas, así como haber recibido 3 o 4 cachetes en el cuello después de la visita que le realizó el día anterior; se le pregunta también si desea ser reconocido, y como manifiesta que sí, se efectúa el reconocimiento, que arroja como resultado que no presenta lesiones en la superficie corporal. La otra visita es a las 19,20 horas, y en ella se recoge la manifestación del acusado, que dice que encontrarse bien y que no ha recibido maltrato.

El informe del día 1 de noviembre (aportado igualmente por la defensa), recoge dos visitas médicas, una a las 9,25 horas y otra a las 19 horas, y en ambas dice el forense que le manifiesta el acusado encontrarse bien y que no desea ser reconocido; lo mismo que se deja constancia en el informe del día 2 de noviembre.

Llegado el acto del juicio oral, y preguntado por su defensa, el acusado agrava y exagera esos malos tratos que dice haber recibido, pues ya no solo habla de collejas y amenazas durante el traslado a Madrid, sino que añade haber recibido golpes en las rodillas, y pone en escena la aparición de una pistola, instrumento tan significativo, que extraña que no hablara con anterioridad de él, y más extraña que no se reflejara nada al respecto en ninguno de los informes médicos, si, como decía en juicio, se lo relató al forense.

Asimismo, en el acto del juicio, cuando se le pregunta por la noche del 30 al 31 de octubre, a los 3 o 4 cachetes de que había hablado con anterioridad, añade que le propinaron bofetones, golpes, que le desnudaron por la parte de arriba, que le pusieron contra la pared y si no les gustaban las respuestas le daban collejas, y que una señora por detrás le dio un bofetón cuando no venía a cuento. Sin embargo, vuelve; a resultar extraño que una actuación tan humillante, como es que le obligaran a desnudarse, tampoco la relatara al forense, ni al juez de instrucción, como, por otra parte, resulta difícilmente compatible con ese mayor número de golpes que, en el Plenario, refiere haber recibido, que en el reconocimiento médico de la mañana del 31 de octubre, único que el acusado permite que le hagan, se diga que “no presenta lesiones en la superficie corporal” (sic).

Consideramos, pues, que esas discrepancias en el relato de los malos tratos que se dicen recibidos, sobre detalles que, en nuestra opinión, son importantes, no hacen creíble que, efectivamente, los recibiera.

Por lo demás, como circunstancias que vienen a corroborar que no existieron esos malos tratos, podemos añadir, por un lado, que, de haberlos habido, bien podría haberlos denunciado el acusado en el primer momento en que hubiera tenido oportunidad de hacerlo, mientras que, desde otro punto de vista, no parece compatible que se prestara bajo presión una declaración como la que prestó Ekaitz en la sede policial, cuando en ella hay un relato extenso en el que, al margen de revelar una excelente memoria para retener con tanta precisión las diferentes acciones que relata, si es que, efectivamente, la policía le obligó a que se las aprendiera todas, sucede, también, que a las preguntas que se le van formulando, en ocasiones responde afirmativamente y en otras negativamente, indicativo todo ello de un margen de libertad, del que no goza quien es forzado a decir lo que no quiere.

Junto a lo anterior, tenemos que Ekaitz, cuando declara ante el Juez de Instrucción, no se limita a ratificar sus declaraciones policiales, sino que relata puntualmente algunas de las acciones en que interviene, y, en concreto, en relación con la que aquí nos ocupa dice “que el día de Santo Tomás, el 21/12/2006 participó en la quema de un autobús en San Sebastián, y entonces pertenecía a Segi” (sic).

De que esta declaración fue prestada sin tipo alguno fie irregularidad no queda duda alguna; es más, ni siquiera ha sido cuestionada por la defensa, y como tampoco se nos indica qué condicionamiento haya podido recibir de otras anteriores que se dicen irregulares, entendemos que existiría una desconexión entre ellas que permite valorar el alcance autoincriminatorio que lleva consigo.

Así lo consideramos porque es una declaración que se realiza el día 2 de noviembre, y se hace ante un juez, alejada de ese contexto de presión que se dice padecido en dependencias policiales, que la realiza una persona de quien, en los diferentes informes forenses anteriores a esa declaración, se dice consciente, orientada en tiempo y espacio, lenguaje y discurso coherente y porte tranquilo, de manera que, si esto es así, estamos hablando de una persona lo suficientemente reflexiva como para, si, efectivamente, hubiera tenido algún problema en comisaría que le hiciera declarar en un sentido determinado, saber que, puesta a disposición judicial, alejado, por tanto, del anterior entorno policial, gozaba de una libertad de la que antes no hubiera gozado, con lo que, si, en ese contexto de libertad, no ya ratifica todo lo que había declarado ante la policía, sino que declara haber participado en un hecho que le incrimina, no hay razón para dudar de la credibilidad de tal autoincriminación.

Nos decantamos, pues, por dar valor a lo que Ekaitz declaró con anterioridad al acto del juicio oral; primerio, porque descartamos que las declaraciones prestadas ante la policía lo hubieran sido condicionadas por irregularidad alguna que supusiera vulneración de derechos fundamentales; segundo, no solo porque hubiera ratificado ante el Juez de Instrucción el reconocimiento de su participación en los hechos que antes hizo en sede policial, sino porque hay un expreso relato del hecho en que participa en la declaración judicial; y también, porque esa declaración policial no se limita a ser una manifestación rutinaria y mecánica, a modo de un formulario, sino que, siendo una declaración extensa, aporta elementos de corroboración, en sí misma, como cuando se le pregunta que cuál es el fin que se pretendía con la acción que nos ocupa, y responde “que cree recordar que fue como reivindicación a favor de

De J.C.” (sic), manifestación esta que conceptuamos como elemento corroborador no tanto porque haga referencia a este individuo, que sabido es que en aquellas fechas se había colocado en la huelga de hambre que tan notable repercusión mediática había levantado, sino porque eso que dice es lo que da una explicación puntual a la actuación que realiza, que antes de ello no se sabía cuál era, por más que se pudiera sospechar que se enmarcara en el contexto de acciones propias de “kale borroka”.

SEXTO.- Con lo que se ha expuesto en el razonamiento jurídico anterior, podemos dar por probada la participación del acusado de Ezaitz, y nos queda por examinar si existe suficiente prueba de cargo para emitir un pronunciamiento de condena contra Ion Imanol, Adur y Pello.

A) Comenzando por los dos primeros, vemos que la base acusatoria en su contra formulada se construye sobre la declaración policial, ratificada posteriormente ante el Juez de Instrucción, de Ekaitz. Se trata, por lo tanto, de la declaración de un coimputado, sobre cuyo tratamiento como prueba de cargo susceptible de enervar la presunción de inocencia nos remitimos a lo que más arriba se ha desarrollado. Ahora, baste recordar que a tal declaración, por sí sola, no la podemos dotar de valor probatorio de cargo, sino que deberá ir acompañada de algún elemento de corroboración, que la avale.

Vaya por delante que ni Imanol ni Adur, en las distintas ocasiones que han prestado declaración a lo largo de lo actuado han admitido su participación en los hechos de los que se les acusa. Ambos, la primera vez que son oídos, es tras ser detenidos cuando venían a ponerse a disposición de la Audiencia Nacional, prestando declaración ante el Juez de Instrucción (folio 396 o 654 el primero y 405 o 663 el segundo), en la que, expresamente, niegan haber participado en la quema del autobús el día de Santo Tomás, 21 de diciembre de 2006, en San Sebastián. A la vista de tal negación, y que el único elemento incriminatorio con que contaba el MF, solicita este que, por parte de la Comisaría General de Información, se realice un informe que aporte corroboraciones que apoyen la incriminación de ambos (folio 595, tomo II), que, una vez emitido, es incorporado a las actuaciones (folio 606).

Pues bien, examinado dicho informe, vemos que lo que él mismo aporta es un repaso de las diferentes declaraciones prestadas y reconocimientos fotográficos efectuados por los distintos acusados, y que las conclusiones a las que llega la policía tras valorar ese material, en lo que a la concreta

participación en los hechos que nos ocupa se refiere, se extraen, exclusivamente, de las declaraciones que va analizando. En realidad, más que un informe pericial al uso, el mismo es un documento en que se valora una prueba, si se prefiere unas diligencias, que está más acorde con el proceso de valoración de la prueba en el proceso penal, de competencia exclusiva del tribunal encargado del enjuiciamiento, razón por la que tenemos que decir que la declaración policial inculpativa de Ekaitz sobre Inmanol y Adur no nos vale como prueba de cargo, todo ello con independencia de la mayor o menor credibilidad que nos ofrezca. En este sentido, reproducimos el pasaje de la STS 68/2011, de 18 de octubre de 2011, donde se decía que “bien entendido que el contenido de la declaración policial podrá ser útil como instrumento de confrontación para contrastar la credibilidad de lo manifestado en el plenario, pero no para acreditar hecho alguno.

En resumen, pues, que no contando con prueba de cargo que desvirtúe la presunción de inocencia con la que se encuentran amparados Imanol y Adur, no es necesario entrar a analizar la prueba 'de descargo presentada por sus defensas, para emitir a favor de los mismos un pronunciamiento absolutorio.

B) En lo que se refiere a Pello M^a, la acusación se construye a partir de su declaración policial (folio 516 y ss, tomo II), donde explica su participación en la quema del autobús el día de Santo Tomás, 21 de diciembre de 2006, en San Sebastián.

Posteriormente, cuando es oído en declaración a presencia judicial (folio 316 y ss, tomo I), niega esa participación. Es cierto que en la misma declaración se le pregunta por la anterior, prestada en comisaría, y contesta “que se afirma y ratifica íntegramente en ella” (sic); pero, ante tal discrepancia, consideramos que hemos de optar por esa retractación, no tanto porque le sea favorable, que también, sino, fundamentalmente, porque supone introducir un dato específico y concreto, frente a lo más genérico y mecánico que suele ser una ratificación global de una declaración anterior.

A lo anterior conviene añadir que tampoco hay elemento alguno corroborador de la declaración policial, para argumentar lo cual nos remitimos y damos por reproducido lo dicho más arriba, cuando hemos negado que pueda valer lo que aportase el informe policial incorporado al folio 606 del tomo II.

A la luz de las circunstancias expuestas, resulta que solo contamos con la autoinculpación que hace de sí mismo Pello en sede policial, lo que es tanto como decir que no contamos con prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia con la que se ve amparado, de ahí que, sin necesidad de entrar a valorar la prueba de descargo presentada por su defensa, tengamos que emitir para él un pronunciamiento absolutorio.

SÉPTIMO.- En lo que se refiere al fondo del asunto, comenzaremos diciendo que, aun cuando las defensas de los acusados en sus conclusiones definitivas se limitaron a negar la participación de sus respectivos patrocinados en los hechos por los que se les acusaba, tal y como ya expusieron en la provisionales, sin embargo desarrollaron unos informes (en concreto la de Ekaitz y Ion Imanol, al que se adhirieron las otras dos), fundamentalmente desde el ámbito del derecho material, que se excedieron de lo que marcaba el contenido de esas previas conclusiones, contraviniendo con ello el art. 737 LECrim, que establece que “los informes de los defensores de las partes se acomodarán a las conclusiones que definitivamente hayan formulado”. Operar de esta manera implica indefensión para quien acusa, pese a lo cual no se prescindirá de lo que se informó, porque, aunque no se hubiera informado en los términos que se hizo, el Tribunal hubiera podido utilizar argumentos en la línea con los esgrimidos por las defensas para dictar la sentencia.

En lo referente a la calificación jurídica de los hechos, ya se avanzó en el primer fundamento de derecho las razones por las cuales no consideramos de aplicación el art. 574 CJP, sino que, en todo caso, serían subsumibles en el art. 577 CP, por lo que, a lo que entonces se dijo, nos remitimos.

En segundo lugar, diremos que no se puede prescindir de la calificación, como terrorista, de los hechos que estamos enjuiciando, y ello pese a la argumentación en contra esgrimida por la defensa, pues, siendo cierto que para alcanzar tal calificación no se ha de partir de presunciones contra reo, no es menos cierto que no es por eso por lo que se dice terrorista en el caso que nos ocupa, sino que contamos con un dato que consideramos relevante a tal efecto, como es la respuesta que da Ekaitz cuando se le pregunta por el fin que se pretendía con la acción que reconoce haber realizado, que, recordemos lo dicho más arriba, contesta diciendo “que cree recordar que fue como reivindicación a favor de De J.C.” (folio 556). Sobre la condición de terrorista de este individuo nada que objetar, por ser un hecho notorio, como también es

notoria la etapa que pasó en huelga de hambre en las fechas en que se producen los hechos, relacionada con la estancia en prisión en que por entonces se encontraba a consecuencia de su actividad terrorista.

OCTAVO.- Al tratar la defensa sobre la calificación jurídica, donde mayor atención ha dedicado ha sido en relación con los problemas concursales, y, para dar la respuesta que consideramos adecuada, se comenzará por la calificación de la que arranca el MF, bien entendido, reiteramos una vez más, que queda descartada la aplicación del art. 574 CP, y lo que se diga será pensando siempre en el art. 577 CP.

A) En cuanto al delito de daños, lo primero que hay que decir es que el MF, al elevar sus conclusiones a definitivas, mantuvo su calificación, invocando los artículos 263, 264.4 y 266.2 CP. Es evidente que tal calificación no fue adaptada a la reforma que experimenta el CP por LO 5/2010, donde el art. 264 queda reservado, exclusivamente, a los daños informáticos, pasando, en lo sustancial, lo que era el anterior art. 264 a ser el nuevo apdo. 2 del nuevo art. 263, manteniendo, no obstante, cada cual la penalidad que contemplaba antes de la reforma. De esta manera, quedan ubicados en un mismo artículo, aunque en dos apartados diferentes, lo que con anterioridad eran dos artículos, conservando cada uno su propia autonomía penológica.

Al ser esto así, la referencia que se hace en el escrito de acusación al núm. 4 del art. 264, habría que derivarla al núm. 4 del apdo. 2 de art. 263, lo cual ya plantea un primer problema, pues implica acudir a un precepto no invocado por la acusación, que puede llevar aparejada una pena más grave que si nos atenemos a la que resulta de aplicar el 266, en relación con el 263. Es cierto que esa mayor gravedad de pena no es notable, pues la agravación resulta solo de imponer la multa de doce a veinticuatro meses del art. 263 apdo. 2, que no contempla el art. 266; ello, a no ser que se hiciera una interpretación intrasistemática y correctora, con base en el principio de alternatividad, y se considerase que, en la medida que los daños cualificados son siempre más graves, y para ellos se establece también una pena de multa, dicha multa habría de conservarse en todo caso, entrase en relación con el art. 266, o no, pues, de no estarse a esta interpretación, 'se llegaría al contrasentido de que, lo que el legislador ha contemplado como una segunda agravación, terminara sancionado con una pena menos grave que la prevista para una primera agravación.

Sea como fuere, este problema lo podemos obviar en el caso concreto que nos ocupa, porque, aun entendiendo que cupiera derivar la cita que se hace en el escrito de acusación del art. 264.4 al art. 263.2 núm. 4, consideramos que la cualificación resultante del mismo no es de aplicación, por cuanto que la misma se refiere a daños “que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal”, que no se da en el caso de los que fueron dañados. En efecto, así lo consideramos, pues los daños que se ocasionan son sobre un autobús de la Compañía del Tranvía de San Sebastián, sobre cuya cualidad como entidad pública nada hay acreditado, a la vez que, por otra parte, ese concepto de dominio público con que se define el bien dañado optamos por entenderlo de una manera restrictiva, siguiendo con ello la línea marcada en la Sentencia de la Sección Primera de esta Sala de lo Penal, 76/10, de 30 de noviembre de 2010, de la que nos limitamos a traer la cita que es de aplicación a lo que aquí nos ocupa, de manera que, si no cabe dentro de tal concepto, habrá que considerar el bien como uno patrimonial y, por tanto, excluido de la agravación.

Dice la mencionada segundo fundamento jurídico lo siguiente: “No se considera de aplicación el art. 264-4 del Código Penal, que impone una agravación de la pena si los daños afectan a bienes de dominio o uso público o comunal. Como razona la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 28/2010 (sección 2ª) de cuatro de enero, conforme al Código Civil los bienes del Estado pueden ser de dominio público o de propiedad privada, considerándose entre los primeros los enunciados en los arts. 338 y 339 del Código y de propiedad privada los restantes.

Dicha calificación es de aplicación a los bienes de las provincias y de los pueblos que conforme al art. 343 se dividen en bienes de uso público y bienes patrimoniales y entre éstos deben situarse los contenedores pertenecientes a la Mancomunidad de Aguas, interpretación restrictiva conforme con la naturaleza sancionadora del precepto interpretado”.

B) Dicho lo anterior, partiremos de los daños comunes del art. 263, que, al ser cometidos mediante incendio, hay que poner en relación con el art. 266, reiterando que estamos hablando de esos artículos tal como quedaron tras la reforma operada en el CP por LO 5/2010, por ser más favorable al reo.

No descartamos que este efecto favorable al reo sea producto de un descuido del legislador, que ha traído consigo dicha reforma, desde el momento que el art. 266 está contemplando una pena de prisión de uno a tres años para

cualquier modalidad de daños del art. 263, ya sean los básicos de su apdo. 1, ya sean los cualificados de su apdo. 2, cuando se causan mediante incendio, pues ello no deja de encerrar una antinomia, si se compara con los daños cualificados del apdo. 2 del art. 263, que, sin ser ocasionados mediante incendio, tienen prevista la misma pena de prisión de uno a tres años y, además, una multa de doce a veinticuatro meses, esto es más grave; como también si se compara con que los daños informáticos, introducidos tras la reforma en el art. 264, que en su modalidad básica llevan aparejada una pena menor (de seis meses a dos años de prisión), sin embargo, si este entra en aplicación en relación con el art. 266, lleva aparejada una pena mayor (de tres a cinco años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses), que la que corresponde a los daños materiales cualificados del apdo. 2 del nuevo art. 263, tanto los no ocasionados mediante incendio (de un año a tres “de prisión y multa de doce a veinticuatro meses), como los que se ocasionen mediante él (de uno a tres años de prisión, por el juego del art. 266). Desde luego, no parece que, por muy ambiciosa que haya querido ser la reforma, fuera la voluntad del legislador sancionar más gravemente los daños informáticos que los comunes, en todos los casos y sin distinciones.

En consecuencia con lo que hasta el momento se ha argumentado, tenemos que la quema del autobús constituye un delito de daños del art. 263.1, en relación con el 266, con la específica agravación de ser terroristas, que conlleva la aplicación del art. 577, por las razones que más arriba han quedado expuestas.

C) Asimismo, consideramos que en los hechos que se han declarado probados se describe un delito de desórdenes públicos, que será del art. 557 CP, aunque sin posible derivación al art. 577. La razón de ello se encuentra en la propia dicción de este último artículo, que no deja de ser una modalidad agravada de otros delitos que va relacionando en su texto, y que, por lo tanto, para que entre en juego precisa como requisito previo que se haya cometido alguno de esos delitos que enumera antes, entre los cuales no se encuentra el de desórdenes públicos.

Por lo demás, la razón para acudir a la calificación jurídica de desórdenes públicos se encuentra tanto en el incendio causado al autobús, como en que, además, esa quema se produce en el curso de una algarada callejera provocada por un grupo de unas veinte personas, que perturba la tranquilidad ciudadana, a lo que hay que añadir que no solo se prende fuego al autobús, sino que, previamente, se obliga a su conductor a que lo atraviese en la

calzada para obstaculizar la circulación. Consideramos, pues, que los anteriores datos permiten hablar de esa alteración de la paz pública con la que se define el delito tipificado en el art. 557 CP.

D) Entrando a tratar la relación concursal existente entre el delito de daños y el de desórdenes públicos, descartamos que la misma sea la propia de un concurso de leyes, siguiendo en este punto el informe en juicio de la defensa, en línea, por lo demás, con la STS 865/2011, de 20 de julio, la cual, para diferenciar el concurso de normas, por contraposición al de delitos, dice que “como es sabido, el concurso de leyes o de normas se aplica cuando uno o varios hechos pueden insertarse en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, ya que es suficiente por sí solo para comprender o abarcar todo el desvalor del hecho o de los hechos que concurren en el caso concreto. De modo que si se penaran los dos tipos delictivos se incurriría en un bis in ídem, vedado por el principio de legalidad y por el art. 25 de la CE. En cambio, se está ante un concurso de delitos, ya sea en su modalidad real o ideal, cuando se precisa aplicar dos o más tipos penales para penar debidamente todo el desvalor de la conducta integrante de uno o varios actos del acusado”.

Además, siguiendo también a esta sentencia, tras referirse al inciso final colocado en el art. 557, (“sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder con respecto a otros preceptos de este Código”), concluye que “lo cual significa ‘.y ello es relevante- que si el delito de daños aparece especificado en otro precepto del Código puede operar en concurso de delitos con el delito contra el orden público”.

En cualquier caso, atendiendo a la autonomía existente entre los diferentes bienes jurídicos afectados por la conducta del acusado, tendremos que decir que son dos los delitos, los cuales, efectivamente, entran en concurso, siendo el paso siguiente determinar si ese concurso es el real o el ideal.

Se habla de concurso real de delitos cuando varios hechos dan lugar a varios delitos, mientras que con el concurso ideal nos referimos al supuesto en que un solo hecho da lugar a dos o más delitos, entendido en el sentido de que nos referimos a cada hecho como unidad típica, esto es, que infringe una disposición penal o encaja en una descripción típica con todos sus elementos.

Entre el delito de daños y el de desórdenes públicos es cierto que existen zonas comunes a ambos, pero ya hemos dicho que los bienes jurídicos que cada uno protege son distintos; en los daños, el patrimonio, y, si son terroristas, además, el orden constitucional y la paz pública, mientras que en los desórdenes públicos del art. 557, la paz pública, si bien esta entendida con diferente significado que cuando se hable de delito terrorista, siendo ello lo que lleva aparejado que nos encontremos ante bienes jurídicos distintos, que, además, no se deben considerar homogéneos, ni que se encuentren en una relación de progresión entre sí.

La STS 865/2011, de 20 de julio, que venimos citando, hace una serie de consideraciones sobre este particular, con referencia a otras sentencias de la propia Sala Segunda y del Tribunal Constitucional, para terminar diciendo: "Por consiguiente, debe distinguirse el concepto de paz pública, aplicable en los tipos penales de terrorismo y el concepto más restringido de seguridad pública o de orden público de la calle que ha de operar en el tipo común de desórdenes públicos. De modo que si bien los arts. 557 y 577 del C. Penal pueden generar cierto equívoco al hacer referencia al mismo fin atentar contra la paz pública, lo cierto es que el significado de tal sintagma tiene distinto alcance en un caso y en el otro.

Ha de interpretarse, pues, que el ánimo de alterar "gravemente" la paz pública que exige el art. 577 le otorga" a este concepto un alcance político-social que trasciende ostensiblemente la mera alteración incidental del orden público (art. 557), generando una atmósfera social de temor y desasosiego que afecta de manera general a un número indiferenciado de ciudadanos y pone en peligro la convivencia democrática y el normal desenvolvimiento de las instituciones.

Y es que ha de entenderse que el delito de terrorismo siempre ha de tener, en mayor o menor medida, cierta connotación o significado político que no puede quedar volatilizado mediante una interpretación restrictiva de la expresión siempre equívoca de "la paz pública".

Desde otro punto de vista, hay que tener en cuenta que el delito de desórdenes públicos es un delito de los llamados 'de convergencia, con un sujeto activo plural, cuya consecuencia puede ser que un individuo que resulte condenado por -su participación en él, sin embargo no lo sea por alguno de los concretos delitos que en su curso se perpetren, de ahí la autonomía existente entre ambos y la regla concursal de su inciso final antes citada.

Por último, la circunstancia de que en el delito de desórdenes públicos se contemplen los daños como uno de sus medios comisivos, no debe implicar que esos daños se consideren que es el mismo hecho típico que da lugar a dos delitos, el de daños, máxime si son terroristas, y el de desórdenes públicos, porque desde el plano subjetivo no cubren la misma finalidad, como resulta del diferente sentido; y alcance que se ha de dar a ese fin de atentar a la paz pública del que se ha hablado más arriba.

Con todo, si esta última consideración no se compartiere, hay que tener en cuenta que en los hechos declarados probados se ha descrito no solo la quema del autobús, sino que, previamente a ello, se obligó a su conductor a que lo atravesara en la calzada, cortando de esta forma la circulación, de manera que, al ser esto así, incluso desde el plano objetivo se puede decir que hay dos hechos típicos diferenciados, la quema del autobús, con la que quedaría definido el delito de daños, y, con anterioridad, haber cruzado el autobús, obstaculizando la vía pública, que por sí solo permitiría acudir a los desórdenes públicos.

NOVENO.- Los hechos que hemos declarado probados, una vez hechos los razonamientos que se han expuesto en el fundamento de derecho anterior, son constitutivos de un delito de daños terroristas, previsto y penado en los arts. 263 y 266 apdo. 1, en relación con el art. 577 CP, y un delito de desórdenes públicos del art. 557 CP, de los que es responsable, en concepto de autor, el acusado Ekaitz, tal como resulta de la prueba practicada, en los términos que ha quedado analizada en los fundamentos de derecho precedentes.

Procede, sin embargo, absolver libremente de los referidos delitos a los también acusados Pello, Ion Imanol y Adur, al no haber dado por probada su participación en los hechos que los definen.

DÉCIMO.- Es de apreciar la circunstancia agravante de disfraz, 2ª del art. 22 CP, como consecuencia de que el acusado realizó los hechos que dan lugar a su condena con el rostro cubierto, de manera que no fue posible reconocerle, logrando con ello asegurar su impunidad. Concurren con ello, pues, los requisitos que una reiterada jurisprudencia viene exigiendo para la apreciación de esta circunstancia agravante.

UNDÉCIMO.- Como consecuencia de haber estimado que los delitos de daños terroristas y desórdenes públicos entran en concurso real, han de ser penados por separado.

Al concurrir, por otra parte, una circunstancia agravante, como es la de disfraz, la pena mínima imponible por el delito de daños terroristas, resultante de los arts. 263 y 266.1, en relación con el 577, y con el 66 regla 3ª CP, es la de dos años seis meses y un día de prisión, mientras que por el delito de desórdenes públicos, la mínima que resulta del art. 557, en relación con el art. 66 regla 3a es la de un año, nueve meses y un día de prisión, siendo en estos mínimos en los que quedan individualizadas dichas penas.

En cuanto a las penas de inhabilitación solicitadas, se estará a lo dispuesto en el art. 54 CP, que establece que “las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo”. Ello significa dos cosas: una, que las penas de inhabilitación son penas accesorias, lo que ocurrirá cuando no vienen señaladas expresamente para el delito de que se trate, pero haya que imponerlas en aplicación de las reglas generales de los artículos 55 y 56 CP; y la otra, que pueden venir contempladas como penas principales, lo que ocurrirá cuando se encuentren recogidas de manera expresa para aquellos delitos en los que el legislador haya pensado específicamente.

Consecuencia de lo anterior es que la genérica inhabilitación accesoria de la pena de prisión deberá ceder ante una pena de inhabilitación que venga establecida como pena principal, hasta el punto de tener que prescindir de la primera, porque así lo impondrían principios como el de especialidad, conforme al cual la ley especial ha de primar ante la general, y el “non bis in idem”, que impide una doble sanción en una misma circunstancia, que es lo que ocurriría, si, junto a la inhabilitación genérica, se impusiese también la específica, propia del delito en cuestión.

Así las cosas, de la misma manera que para el delito de desórdenes públicos habrá que imponer, además de la pena de prisión que hemos indicado más arriba, la genérica de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, en aplicación del art. 56 CP, en cambio, para el delito de daños terroristas no procede la imposición de pena genérica alguna de inhabilitación

especial, sino solo la de inhabilitación absoluta, que, en concreto, prevé el artículo 579.2 CP, por cuanto la misma está concebida expresamente, como pena principal, para los delitos de terrorismo.

Por último, en relación con las penas, decir que no se impondrá la de prohibición de acudir al lugar de comisión del delito, que, con invocación de los artículos 48 y 57 CP, ha sido solicitada, y ello porque, entre los delitos que, conforme al último de los artículos citados, permiten la imposición de la referida pena, no se menciona el de desórdenes públicos, y, si bien es cierto que entre ellos se encuentran los delitos contra el patrimonio, como lo es el delito de daños, no estimamos que los que aquí nos ocupan, vulgarmente catalogados dentro de lo que se conoce como terrorismo de baja intensidad, merezcan dicha pena accesoria, entre otras razones, porque, como criterio para su imposición, indica el propio art. 57 la gravedad de los hechos, y no se puede considerar que sea un hecho grave el que ha dado lugar a un delito de daños, que va a ser castigado, como se hará en la presente sentencia, con una pena que no llega a los tres años de prisión, pena que, conforme al art. 33.3 CP es una pena menos grave.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que los daños de los que estamos hablando se han ocasionado mediante incendio, supondría un contrasentido que se impusiera dicha pena, si se tiene en cuenta que ni los delitos de incendios (Cap. II, Tít. XVII), ni el título en el que se incluyen estos, que es el de los delitos contra la seguridad colectiva (Tít. XVII), se encuentran en la relación de delitos del art. 57 CP.

DUODÉCIMO.- En materia de responsabilidades civiles, no procede hacer pronunciamiento indemnizatorio, pues, según se ha hecho constar en los hechos probados, y, en relación con los desperfectos habidos en el autobús, la Compañía del Tranvía de San Sebastián ha renunciado a cuantas acciones civiles y penales pudieran corresponderle (folio 250). Es cierto que esa renuncia es consecuencia de haber sido abonados por el Consorcio de Compensación de Seguros, pero ni la indemnización ha sido solicitada para este organismo, y el hecho de que no se fije indemnización a su favor en la presente sentencia, no significa que se le niegue el derecho que le pudiera corresponder para, en otra vía, ejercitar las acciones que considere que le corresponden. En lo concerniente a los daños en el cajero del Banco Guipuzcoano, tampoco cabe pronunciamiento indemnizatorio, al no haber quedado acreditado que ninguno de los acusados tuviera intervención en la quema que los causó.

En atención a lo expuesto.

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Ekaitz, en quien concurre la circunstancia agravante de disfraz, como autor penalmente responsable de:

A) Un delito de daños terroristas, anteriormente definido, a las penas de prisión de dos años, seis meses y un día, y -de inhabilitación absoluta de ocho años, seis meses y un día.

B) Un delito de desórdenes públicos, también definido con anterioridad, a la pena de un año, nueve meses y un día de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena.

Asimismo, le condenamos al pago de una cuarta parte de las costas del presente juicio.

Y debemos absolver y absolvemos libremente a Pello, Ion Imanol y Adur de los referidos delitos de daños terroristas y desórdenes públicos de los que venían siendo acusados en las presentes actuaciones, declarando de oficio las tres cuartas partes de las costas.

Notifíquese esta Sentencia a los acusados, a sus representaciones procesales y al Ministerio Fiscal, con indicación de que contra la misma cabe interponer recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo dentro de los cinco días siguientes a su última notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgado, lo acordamos, mandamos y firmamos.
Fernando García Nicolás.- Ángel Hurtado Adrián.- José Ricardo de Prada Solaesa.

VOTO PARTICULAR

Voto Particular del Magistrado José Ricardo de Prada Solaesa, en relación con la sentencia dictada por la sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional fechada 6 febrero 2012, en el rollo de Sala 13/2010 del procedimiento abreviado 339/06, procedente del Juzgado Central de Instrucción núm. 6.

PRIMERO.- Mi discrepancia respecto de la sentencia dictada por la mayoría de la Sala se refiere tanto a los hechos probados, valoración de las pruebas y calificación jurídica que ha sido tenida en cuenta para la condena de Ekaitz.

SEGUNDO.- En el relato de hechos probados se afirma, que los que se imputan al acusado Ekaitz se insertan en la actividad de la "Kale Borroka", que realizan individuos radicales que se sienten afines con los objetivos de la banda terrorista ETA.

Discrepo de esta apreciación, en cuanto que estimo no se asienta en ninguna actividad probatoria válidamente realizada en el acto del juicio. No considero que sea prueba suficiente, en los términos que veremos después, la afirmación, que en el curso de su interrogatorio policial, efectuó Ekaitz, en el sentido de que, preguntado sobre este específico hecho, afirmó que creía recordar que fue como reivindicación a favor de de J.C.

Desde el punto de vista indiciarlo, como indicio único de la motivación tenida por los autores para el hecho, resulta a mi juicio insuficiente. Tampoco constituye un hecho notorio o evidente que quede exento de la necesidad de ser probado. La mera consideración o etiquetaje del episodio, desde el punto de vista sociológico o mediático, como hechos de la "Kale Borroka", sin otros elementos de prueba o de análisis complementario, no es suficiente para concluir, con importante trascendencia jurídica, tal como se hace en la sentencia, que están inmediatamente vinculados con los objetivos penalmente ilícitos de la organización terrorista ETA, circunstancia de la que deriva la sentencia el carácter terrorista de los hechos.

TERCERO.- Respecto del análisis probatorio, en la sentencia de la mayoría no se hace ninguna referencia valorativa a la circunstancia expuesta al inicio del juicio por la defensa del acusado referida a la desestimación por parte del juzgado instructor de la solicitud que le fue cursada de que se pusiera en práctica por el juzgado el llamado “protocolo de detención incomunicada”, que siguen varios de los Juzgados Centrales de Instrucción como medio de control judicial imprescindible ante situaciones de derogación extraordinaria de los derechos de las personas privadas de libertad en la investigación de hechos cometidos por bandas armadas o de terrorismo.

Resulta cierto que, no obstante la no aplicación a la situación de incomunicación del referido protocolo, por sí sola no ha de implicar necesariamente la pérdida de cualquier valor que eventualmente pudieran tener las declaraciones realizadas por el encausado ante la policía, pero sí estimo constituye una circunstancia que necesariamente debe ser tomada en cuenta, con razonamientos expresos por parte del Tribunal, en el momento de la valoración de estas declaraciones, especialmente en situaciones en las que el encausado afirma, con cierto grado de verosimilitud, haber sido objeto de algún tipo de mal trato condicionante de su actitud, y que sus declaraciones, tanto la policial, como la posterior judicial, estarían ambas insertas en un contexto de coacción policial y afectadas por la misma o semejante situación de presión y falta de libre determinación de su voluntad, la primera de forma directa, y la segunda al no estar causalmente desconectada de la anterior, y realizarse en el mismo contexto, sin solución de continuidad, de privación de libertad, de incomunicación e imposibilidad de recibir asesoramiento legal por parte de un abogado de su confianza.

Por otro lado, por su excepcionalidad, es exigible del juzgado instructor una cuidadosa y reforzada motivación de la medida y de las garantías en que esta debe quedar envuelta, incluida además su procedencia, en razón de las propias características de los hechos que se imputan a los sospechosos detenidos, habida cuenta que, dependiendo de la calificación jurídica que finalmente tengan los hechos, con independencia de cual fuere la de la acusación, o la esgrimida por la policía durante la investigación o la detención, puede llegar a producirse casos de falta de base legal y legitimidad jurídica para la utilización de la prórroga de incomunicación de la detención, al no tratarse de verdaderos hechos terroristas, y quedar fuera por tanto de la previsión contenida en el artículo 55.2 de la CE.

En cualquier caso, todas las anteriores circunstancias podrían resultar relevantes y tener efectos jurídicos determinantes de la falta de validez de dichas declaraciones, o cuando menos repercutir negativamente en la valoración de su credibilidad o libertad en su emisión. Sin embargo, no han sido objeto de tratamiento específico en la sentencia.

CUARTO.- Igualmente, mi discrepancia se extiende a la calificación jurídica que en la sentencia se realiza de los hechos por los que se condena a Ekaitz, por entender, que no se ajusta a derecho, la tipificación de una misma única conducta, a la vez, como delitos de daños terroristas del artículo 577, en relación con los artículos 263 y 266.1 del código penal, y un delito de desórdenes públicos del artículo 557 del código penal, en una relación de concurso real, produciéndose a mi juicio un tratamiento punitivo desorbitado, con una duplicidad de condenas por una única misma conducta.

QUINTO.- Estimo que el adecuado tratamiento del caso hubiera sido considerar que los hechos no entran dentro del ámbito de artículo 577 del código penal, por no ser posible atribuirles la consideración de terroristas, por tratarse únicamente desórdenes públicos del artículo 557.1 del CP. De otra forma, en caso de considerar que el desorden fue de tal entidad y características que confieren a los hechos el carácter de terrorista y los incardina en el artículo 577 del CP, estimar que lo que se produce en ese caso es un concurso de normas y no de delitos, a resolver de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 8 del código penal, atendiendo al criterio de especialidad, establecido en su párrafo primero.

SEXTO.- La sentencia de la mayoría de la Sala parte del previo de considerar terroristas los hechos, descartando, -dice- hacer presunciones contra reo, utilizando como base para ello, la declaración policial de Ekaitz, cuando se le pregunta sobre los hechos y manifiesta que creía recordar que se habían producido como reivindicación a favor de de J.C. A partir de ahí, razona -siguiendo la secuencia lógica de la sentencia-, que nos encontramos con un delito de daños del artículo 566. 1 en relación con el artículo 563, y, asimismo, con un delito de desórdenes públicos, del artículo 557 del código penal, aunque con imposible derivación al artículo 577 del código penal, entendiéndose que este último no deja de ser una modalidad agravada de otros delitos que van relacionados en el propio texto del artículo y que, por tanto, para que entre en juego, precisa el requisito previo de que se hayan cometido alguno de los delitos enumerados en dicho artículo, entre los que no se encuentra el de

desórdenes públicos, y sin embargo si se da una situación de desórdenes públicos que debe ser castigada.

Rechaza igualmente la sentencia de la mayoría de la Sala, la existencia de una relación concurso de normas o leyes, y se decanta por una de delitos, estimando que se trata de un concurso real. Ambos tipos penales protegen bienes jurídicos distintos, y en el caso de los daños connotados de terrorismo, además del patrimonio se protege el orden constitucional y la paz pública, mientras que en los desórdenes públicos únicamente la paz pública, pero entendiendo ésta con diferente significado, por lo que viene a considerar que se trata en definitiva de bienes jurídicos diferentes, ni tan siquiera homogéneos.

SÉPTIMO.- Desde mi perspectiva, y no planteo a este respecto discrepancia con la sentencia de la mayoría, los hechos claramente integran un delito de desórdenes públicos, en cuanto que cumplen los elementos típico-penales previstos en el artículo 557. 1 del código penal. Los daños, junto con otros, serían los medios comisivos para llegar a la situación de desorden perturbador a la paz pública, únicamente que estos, por sí mismos ya producen un resultado lesivo para otros bienes jurídicos, en concreto el patrimonio de terceras personas, y el legislador ha querido que en estos casos los distintos delitos se penen por separado (artículo 557. 1 in fine del CP).

El debate es, pues, si toda la antijuricidad del hecho queda abarcada por el juego de los indicado precepto penales (desordenes públicos y daños) p debe acudirse también a otro (terrorismo del art. 577 del CP mediante daños), y en ese caso, si este último absorbe la totalidad de la antijuricidad de la conducta y agota las posibilidades punitivas del hecho -concurso de normas-, o de no ser así si se produce un concurso, no de normas o leyes, sino de delitos.

En la construcción lógica de la sentencia, los hechos serían terroristas porque entiende la mayoría de la Sala que esta circunstancia queda probada a través de la declaración policial de Ekaitz de IBERO, en los términos antes expuestos.

Respecto de esta afirmación, es el momento de referirse, no sólo lo antes dicho en relación con la valoración que ha de merecer la declaración meramente policial del encausado, no específicamente ratificada judicialmente a este

respecto, sino que el propio Ekaitz, no hace una afirmación categórica, se limita a decir que cree que fue en reivindicación de de J.C.

Pero es que, aparte de la falta de fiabilidad y contundencia de la prueba, estimo que existen razones fuertes, jurídicas e interpretativas de los hechos, para descartar el carácter terrorista de los mismos.

Por mi parte, estimo que la mera actuación más o menos violenta de un grupo de personas, que no consta que estuviesen particularmente organizados, actuando en lo que vulgarmente se entiende como una “algarada callejera”, causante de daños y otros actos de desorden público, alterando la paz pública, en reivindicación de la libertad de una persona que se encuentra privada de libertad, en huelga de hambre, por mucho que esta pueda ser o haber sido integrante de la organización terrorista ETA, no permite la calificación automática, como de terrorista, del hecho.

Parto del principio de los desórdenes públicos, la reivindicación política, u otros, de carácter político-social, comprendidas las de signo contrario a la Constitución, e incluso, coincidente políticamente, aunque exclusivamente en cuanto a los fines políticos remotos, con los de un grupo terrorista, y no por ello extenderse inmediatamente la calificación, por contagio, de terroristas de los hechos, a no ser, claro está, que acontezcan situaciones complementarias, como que se traten de hechos claramente insertos dentro de la actividad o estrategia del grupo terrorista, en este caso ETA, circunstancia que, como se viene diciendo, no se estima haya quedado suficientemente probada en el caso.

La determinación o consideración como terrorista de un concreto hecho debe, a mi juicio, fundamentarse en otras razones, criterios o parámetros. La definición de lo que es actuación terrorista que se extrae de nuestra regulación penal sustantiva -el art. 577 CP, cuando se prescinde del elemento estructural u organizativo-, puesta en relación con las normas internacionales, europeas y universales en la materia, se construye, como punto de partida, sobre un hecho delictivo base, en si mismo relevante, por ser de suficiente intensidad objetiva y de características idóneas para alterar por si mismo gravemente la paz pública, buscándose esa finalidad, o la alternativa, y ha de entenderse en este caso con suficiente aptitud objetiva, para subvertir el orden constitucional, tomado este concepto en sentido fuerte, de ataque a los elementos basilares fundamentales de la convivencia democrática de nuestra sociedad, y no simplemente de

negación o discrepancia de concretos aspectos de la Constitución, perfectamente abarcables por el derecho a la ideología o la disidencia política.

La causación de desordenes públicos mediante la realización de daños materiales de cierta intensidad, con intención clara de protesta y llamada de atención, sin puesta en peligro expresamente buscada de la vida o integridad física de las personas, si bien con los elementos de coacción implícitos en este tipo de conducta, con la finalidad de reivindicar la libertad de una persona y protestar por la situación de prisión en la que permanece, que estiman injusta, si no excede de determinada cota o umbral de verdadera puesta en peligro - grave y cualificada- de la paz pública, o conlleva una actitud y aptitud seria, cierta y buscada, de subversión del orden constitucional, en el sentido fuerte indicado, no pueden entenderse integrados dentro del concepto de actuación o de delito terrorista, que ha de venir caracterizado por su gravedad y carácter perturbador extremo y destructivo de las bases de la convivencia social democrática, circunstancias únicas que a mi juicio justifican el tratamiento penal, procesal y de régimen de garantías extraordinario, e incluso de cooperación judicial reforzada entre Estados, que se establece no solo en nuestro sistema, sino también en otros en el contexto internacional.

La indeterminación y falta de fijezas jurídicas de los términos que se utilizan por el legislador en la definición de terrorismo analizada, obligan a especial precaución por parte del intérprete y a llevar a cabo una interpretación rigurosa y proporcionada de los mismos, sin que sea admisible la manipulación, instrumentalización o interpretación "ad hoc" del concepto, como tampoco a deslizar o correr las líneas interpretativas hasta llegar a introducir el concepto de lo terrorista en espacios propios de la controversia, protesta, disidencia política o social, incluso violenta, es decir con algún grado de violencia, pero sin que esta alcance determinada cota de gravedad objetiva, especialmente, atendiendo en el análisis al grado de lesividad potencial, de los medios delictivos utilizados para la causación del desorden.

En las sociedades democráticas actuales, en un contexto mundial globalizado, la línea divisoria entre lo que es y no terrorista, no solo desde el punto de vista sociopolítico, sino especialmente desde el jurídico, aun asumiendo las dificultades para ello, debe quedar en lo posible perfectamente marcada, desde un punto de vista neutral, al margen de razones o consideraciones políticas más o menos oportunistas o de coyuntura. El concepto de terrorismo, lo que es verdaderamente terrorismo debe, y ha de responder a un nivel de gravedad objetiva suficiente que justifique y haga proporcionado el tratamiento penal y

procesal y de restricción de derechos fundamentales extraordinarios. Lo contrario constituiría un atajo jurídico inadmisibles, que ningún estado de derecho que se precie de serlo puede asumir.

Esta es una exigencia que se deriva no solo de normas constitucionales internas -art.55.2 de la C.E- sino también y especialmente internacionales, ya través de los múltiples instrumentos y mecanismos existentes en la materia, específicos de terrorismo, cooperación entre Estados en la materia y también de protección de los derechos humanos, y que son los que se encuentran en mejor posición a la hora de fijar de una manera neutral y con valor universal, los estándares y límites de lo que en los sistemas locales internos debe ser tenido legitimante por terrorista.

OCTAVO.- En mi calificación jurídica de los hechos descarto por las indicadas razones la aplicabilidad del artículo 577 del CP, aunque debo de indicar que en el caso de se llegara a considerar aplicable este precepto penal en razón de las características del desorden público, éste sería un elemento integrante-configurador del propio tipo penal, situación por la que claramente no entró en la consideración del juzgador introducirlo en el elenco de delitos a que se refiere el precepto como susceptibles de ser tenidos por terroristas. La disfunción punitiva que se produce como consecuencia de la heterogénea técnica legislativa utilizada para la punición de los delitos terroristas respecto de otros, no puede ser resuelto ni autoriza de ninguna manera a acudir al concurso de delitos, entre el artículo 577 y 557.1 del CP, sino en todo caso, y desde mi punto de vista, muy dudosamente, al no producirse verdadero concurso, al de normas, resolviéndose en ese caso en favor del precepto penal den mayor pena (artículo 8-4 del CP).

Dado a dieciséis de febrero de dos mil doce.