

En la Villa de Madrid, a veinte de mayo de dos mil once.

En el recurso de casación por Infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la representación de Sendoa, Asier, Jon y Unai, contra la sentencia dictada por la Sección II de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por delitos de integración en organización terrorista, incendio terrorista y tenencia de aparatos y sustancias incendiarias y explosivos, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Vista y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por el Procurador Sr. Cuevas Rivas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 6, instruyó Sumario núm. 7/2009, seguido por delitos de integración en organización terrorista, incendio terrorista y tenencia de aparatos y sustancias incendiarias y explosivos, contra Sendoa, Unai, Jon y Asier, y una vez concluso lo remitió a la Sección II de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que con fecha 21 de julio de 2010 dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"Primero.- Los acusados Sendoa, Unai, Asier y Jon, el día 10 de febrero de 2008, sobre las 21,07 horas, actuando en el ámbito de la llamada lucha callejera o kale-borroka, (cuyos fines y objetivos son plenamente coincidentes con los de la banda armada de ETA, a la que complementan intentando con sus acciones amedrentar al conjunto de la sociedad vasca y alterar la paz pública del País Vasco), previamente concertados, ya que con antelación a perpetrar el ataque que se describirá, fueron vistos sobre las 20'15 horas, portando Sendoa y Asier unas bolsas en sus manos, y cubriendo sus rostros con capuchas y telas de color blanco para evitar su identificación, llevando todos ellos guantes cubriendo sus manos, acudieron hasta las inmediaciones de la sucursal bancaria del BBVA, sita en la calle San Vicente núm. 50 de Baracaldo, donde, tras depositar varias botellas conteniendo líquido inflamable en la entrada e interior del local, procedieron a arrojar contra el mismo un artefacto incendiario (vulgarmente denominado "cóctel molotov"), provocando que se prendiera fuego en la zona de acceso y cajero interior de la citada sucursal, produciéndose la calcinación de diversos elementos del mobiliario interior, así como el ennegrecimiento del cajero, del suelo y de las paredes del habitáculo, si bien el mismo se extinguió de forma rápida y por si mismo, sin que se produjera riesgo para la vida o integridad física. Aun así efectivos policiales, utilizaron extintores cuando llegaron al lugar, no llegando a deflagrar una de las garrafas que contenía líquido inflamable, situada sobre la encimera de uno de los cajeros automáticos.

La sucursal se encontraba situada en la planta baja de un inmueble de viviendas, de 7 alturas y 3 vecinos por planta, no existiendo separación ente el techo de la citada sucursal y el suelo de las viviendas de la primera planta, estando ocupados por sus moradores en el momento de suceder los hechos dos de los tres pisos de la primera

planta del inmueble, el cual se situaba en zona urbana y transitada, con vehículos estacionados en la calzada, separados de la fachada de la sucursal por una acera de dos metros de ancho. Como consecuencia de la acción, se produjeron daños tasados pericialmente en 35.559,37 euros.

Segundo.- Después de cometer la acción, los autores emprendieron la huída corriendo por la vía pública, siendo observados por una patrulla de la Ertzaintza que ejercía funciones de seguridad ciudadana por la zona), en concreto en la calle Elejalde, quienes procedieron a seguir la ruta tomada por los autores, al tiempo que eran informados por emisora de la acción de sabotaje llevada a cabo sobre la sucursal bancaria, dirigiéndose entonces hacia las calles El Rosario, El Cid y Don Tello, localizando en la calle El Cid s/n, a la altura del negocio-floristería "San Vicente", arrojada sobre el suelo junto a unos contenedores de basura, una zapatilla deportiva marca Nike de color azul y gris, y posteriormente, en la calle Don Tello, a la altura del núm. 11, en el interior de un contenedor de vidrio de sustancia de color oscuro, una tela blanca en forma de capucha con dos agujeros y otro trozo de tela blanca de forma alargada, junto con una bolsa de color rojo y otra de color blanco y franjas verdes. Tales efectos fueron arrojados por los autores a fin de desprenderse de los mismos, con la intención de evitar su posible identificación.

Tercero.- Que se procedió a la entrada y registro de las viviendas ocupadas por los acusados, así como sobre la lonja sita en la calle Apuko y el Gaztetxe "Makala", ambos en Baracaldo, ocupándose como principales evidencias las siguientes:

a) En el registro llevado a cabo en el domicilio familiar de Sendoa, sito en la calle B. núm. ...5 de Baracaldo, se ocuparon como evidencias más destacables las siguientes: diversa documentación y prendas con el anagrama de la organización terrorista SEGI, cuatro tiragomas de madera gran potencia y una bolsa con siete rodamientos de acero, una fotografía de un vehículo oficial y de un agente de la Ertzaintza, y 11 bonos de ayuda ("laguntza") de la organización terrorista SEGI de importes 5, 10 y 30 euros, destinados a pagar la fianza del preso Andeka (hermano de Sendoa); entre el material informático, destaca un DVD titulado "GAZTE KAIOLATIK AT! 4. alea 2006ko ABENDUA" ("Fuera de la jaula juvenil).

4. Ejemplar, diciembre 2006") en el que, en nombre de SEGI, se señalan como objetivos potenciales de la "kale borroka" a diversos partidos políticos, entidades bancarias, inmobiliarias y empresas de la construcción, figurando el siguiente audio relativo a estas instituciones: "estos son los que deben sentir el odio de la juventud, y los que deben oír nuestra voz"; asimismo, destaca entre los documentos incautados uno titulado "Drogaren Fenomenoaren Hausnarketa; Ekarpén Gazte Eta Independentista; Laburpen Egokitua" ("Reflexión sobre el fenómeno de la droga; una aportación joven e independentista. Resumen adecuado", sin constar la fecha del mismo, el cual consta de tres folios, que se corresponderían a un manual editado por SEGI en el año 2002 y titulado "Drogaren Fenomenoaren Hausnarketa, Ekarpén Gazte Eta Independentista", título coincidente con el encabezamiento de los folios,

conteniendo en el folio no numerado una referencia expresa a SEGI y otra a "S", inicial del citado organismo.

b) En el registro practicado en el domicilio de Unai, sito en la calle O. núm. ...2, de Baracaldo, como principales evidencias fueron localizadas las siguientes: una bombona de camping gas dentro de una funda roja, y dos camisetas con el anagrama de la organización terrorista SEGI; y como documentos de más relevancia, se ocuparon 26 folios firmados por SEGI en los que se llama a los jóvenes a la lucha en la calle; un folio y un DVD con el título ambos de "Marco democrático" en euskera y castellano, con instrucciones para su difusión; varios folios manuscritos e impresos conteniendo directrices y protocolos respecto a la organización, distribución de funciones y atribuciones en materia de actividades relacionadas con el entorno de grupos radicales violentos y Batasuna en la comarca de Euzkerraldea, junto con un calendario de los meses de enero, febrero y marzo de 2005 en el que figuran señaladas las fechas de las movilizaciones; una revista titulada "Astintzen Gazte Herria", correspondiente al año 2005, tratándose de una publicación de la organización terrorista SEGI.

c) En el registro practicado en el domicilio en el que residían Jon y Asier, sito en la calle M. núm. ...7, piso ... de Baracaldo, se localizan como principales evidencias la siguientes: pegatinas y fotocopias de pasquines de la organización terrorista SEGI, con las inscripciones "Borrokan Antolakuntzan" (Organizados en lucha) e "Independentzia eta sozialismoa" (Independencia y socialismo), un cuadro con el anagrama de la organización terrorista ETA y otro cuadro de barro firmado por Askatasuna, un forro polar, una camiseta y un cartel, todos con el anagrama de SEGI, dos botes de spray de pintura, una caja de guantes de látex y dos guantes de látex sueltos, y diversos videos y CDs de contenido relacionado con la ideología, prácticas de lucha y discurso defendidos por las diferentes organizaciones englobadas dentro del denominado MVLN.

d) En el registro del domicilio de los padres de Asier, sito en la c/ V. núm. ..., se ocupan 3 CDs, evidencias 7.1, 7.2 y 7.3, destacando el contenido de la carpeta Gazte Martxa que contiene gran cantidad de fotos de los cuatro procesados, participando en una marcha juvenil con exhibición de anagramas de la organización terrorista SEGI.

e) En el denominado "Gaztetxe Makala" como la lonja de la calle Apuko, lugares de reunión habitual frecuentados por los imputados, tanto para la preparación de la comisión de actos violentos como para el almacenamiento del material utilizado en los mismos, se hallaron: En el interior de Gaztetxe sito en la calle Errekatxu núm. 5 de Baracaldo se localizan 4 botellas de líquido de olor fétido, 11 huevos rellenos de pintura, 5 guantes de látex, una caja de cartón con aerosoles de pintura de varios colores y carteles de SEGI.- En el interior de la lonja sita en la calle Apuko núm. 1 de Baracaldo se localizan como principales efectos empleados habitualmente en acciones de violencia callejera o kale borroka los siguientes: varias chaquetas y sudaderas con capucha, guantes de látex, tubos de pvc, cadenas y candados, tubos de spray, así como 3 artículos de pirotécnica (del tipo "Trueno de Mecha", identificados como "Petardo de seguridad núm. 5 "fabricados por Pirotécnia Astondoa) y una garrafa

conteniendo 2,9 litros de líquido transparente de color verde azulado, fácilmente inflamable, tratándose de un tipo de gasolina; además, en el mismo local se halla diverso material documental, tales como camisetas con el anagrama de la organización, y con la inscripción "jota fuego" con dibujo de una persona con capucha y un "cóctel molotov" en la mano; por último, como material informático de relevancia se localiza un DVD titulado "Gazte Kaiolatik at! Bildu Erabaki Independentzia Irabazi 2007ko Iraila" ("Joven sal de la jaula! Unir, decidir, ganar la independencia. septiembre de 2007"), y un DVD titulado "Gazte Martxa Apirilak 6 7 8-2007 Untzaga-Laudio" ("Marcha joven 6 7 8 de abril-2007 Untzaga-Llodio"), en el cual, entre los minutos 09:36 y 09:39, se ve al imputado Sendoa participando en una marcha organizada por la ilegalizada organización terrorista SEGI para los días 6, 7 y 8 de abril de 2007, con inicio en Untzaga y final en Llodio". (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a los acusados Sendoa, Unai, Asier y Jon como autores criminalmente responsables de un delito de incendio terrorista en grado de tentativa ya definido, a la pena de siete años, seis meses y un día de prisión, y a la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de trece años, seis meses y un día, así como al pago de costas.- Debemos absolver y absolvemos a los acusados Sendoa, Unai, Asier y Jon, de los delitos de integración en organización terrorista y otro de tenencia de aparatos y sustancias incendiarias y explosivas.- En concepto de responsabilidad civil indemnizará, a al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. en la cantidad de 35.559, 37 autos, por los daños causados.- Estas cantidades deberán ser incrementadas anualmente conforme a los tipos de interés fijados por el Banco de España.- Para el cumplimiento de la prisión se le abonará el tiempo que hubiera estado privado de libertad por esta causa, si no se le hubiera sido abonado ya en otra u otras causas". (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Sendoa, Asier, Jon y Unai, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de los recurrentes formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Primero: Al amparo del art. 5.4 LOPJ.

Segundo: Al amparo del art. 849.1 de la LECriminal.

Tercero y cuarto: Al amparo del art. 849.1 de la LECriminal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, lo impugnó; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la votación el día 23 de marzo de 2011. Teniendo en cuenta la complejidad del tema, con fecha 6 de abril de 2011 se dictó Auto de prórroga del término para dictar sentencia por treinta días hábiles.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia 53/2010 de la Sección II de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2010, condenó a Asier, Sendoa, Unai y Jon, como autores de un delito de incendio terrorista en tentativa a la pena, a cada uno de ellos, de siete años, seis meses y un día de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de trece años, seis meses y un día con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que sobre las 21'07 horas del día 10 de febrero de 2008, los cuatro condenados recurrentes, ya citados, actuando conjuntamente y en el marco de una acción de terrorismo urbano o Kale borroka, cubriendo sus rostros y manos se personaron en la sucursal de BBVA sita en el núm. 50 de la c/ S. Vicente, de Barakaldo, donde tras depositar varias botellas conteniendo líquido inflamable en la entrada y en el interior del local, procedieron a arrojar un artefacto incendiario -cóctel molotov- produciéndose fuego en la zona de acceso al cajero, con calcinación de varios elementos del mobiliario interior así como el ennegrecimiento de las paredes del habitáculo, si bien el incendio se extinguió de forma rápida y por sí mismo, sin que se produjera riesgo para la vida o integridad física. La sucursal se encontraba en una lonja de un inmueble de 7 alturas con tres viviendas por planta, no existiendo separación entre el techo de la sucursal y el suelo de las viviendas, que estaban ocupadas por sus moradores en el momento de la ocurrencia de los hechos.

Los daños ascendieron a 35.559'37 euros.

Tras cometer la acción, huyeron por la vía pública siendo observados por una patrulla de la Ertzaintza que ejercía funciones de seguridad ciudadana por la calle Elejalde por la que vieron a los jóvenes, y al ser informados por la emisora del acto realizado, se dirigieron en la dirección de ellos por las calles El Rosario, El Cid y D. Tello, localizando en este trayecto de la forma descrita en el factum unas zapatillas, una tela blanca en forma de capucha con dos agujeros, otro lazo de tela blanca alargada, una bolsa de color rojo y otra blanca con franjas verdes, efectos todos arrojados por los recurrentes, quienes, previamente al hecho enjuiciado habían sido vistos, los cuatro sobre las 20'15 horas llevando unas bolsas en las manos, cuando salían de una lonja.

Se ha formalizado un único recurso de casación, común para los cuatro condenados que lo desarrollan a través de cuatro motivos, a cuyo estudio pasamos seguidamente.

SEGUNDO.- El primer motivo, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías y todo ello en relación a la valoración de la prueba indiciaria que es la que

ha permitido a la Sala de instancia alcanzar el juicio de certeza sobre la participación en concepto de autores de los cuatro recurrentes en los hechos imputados.

Antes de dar respuesta, a las cuestiones que suscita el motivo, tenemos que recordar la doctrina de la Sala sobre el ámbito del control casacional en relación al derecho a la presunción de inocencia, y, enlazado con ello, el ámbito de dicho control cuando la prueba de cargo está constituida por prueba indiciaria. En relación al derecho a la presunción de inocencia, esta Sala debe efectuar un triple examen:

a) En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, intermediación e igualdad que definen la actividad del Plenario.

b) En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

c) En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora, no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado es no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso, extra processum, la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de junio de 2001 ó 28 de enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 548/2007, 1065/2009, 1333/2009, 104/2010, 259/2010 de 18 de marzo, 557/2010 de 8 de junio, 854/2010 de 29 de septiembre, 1071/2010 de 3 de noviembre y 365/2011 de 20 de abril, entre otras-.

No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión. Por ello, queda fuera,

extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar.

Para concluir, y en palabras del Tribunal Constitucional -últimamente en la STC 68/2010-: "...no le corresponde revisar (al T.C.) la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Juzgados y Tribunal ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117-3º de la C.E., sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta....".

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -SSTS de 10 de junio de 2002, 3 de julio de 2002, 1 de diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de junio, entre otras-, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria. Por lo que se refiere a la prueba indiciaria hay que recordar que dicha prueba no es subsidiaria, ni más débil o insegura que la prueba directa. Con la STS 33/2005 de 19 de enero se puede decir que "...La prueba indiciaria no es prueba más insegura ni subsidiaria. Es la única prueba disponible -prueba necesaria- para acreditar hechos internos de la mayor importancia, como la prueba del dolo en su doble acepción de prueba del conocimiento y prueba de la intención. Es finalmente una prueba al menos tan garantista como la prueba directa y probablemente más por el plus de motivación que exige.... que actúa en realidad como un plus de garantía que permite un mejor control del razonamiento del Tribunal a quo...". Y es que el debate entre prueba directa o indirecta/indiciaria es un falso debate porque la prueba indirecta o indiciaria en nada afecta a la calidad de la fuente de prueba, sino que se relaciona exclusivamente con la forma en que los elementos probatorios de cargo ingresan en el proceso.

La prueba directa, entendiendo por tal la prueba personal lo es porque alguien vio y percibió lo que ocurrió y lo cuenta al Juez. La prueba indirecta se vertebra en la suma enlazada y no desvirtuada de una serie de datos -datos base-, que a través de ellos permiten al Juez arribar al hecho-consecuencia a través de un explícito juicio de inferencia fundado en un razonamiento lógico-inductivo en el que la solidez de los indicios avalan la solidez de la conclusión, siempre en los términos propios de la certeza judicial y que se pueden condensar en la fórmula "sacramental" que emplea el TEDH de "...certeza más allá de toda duda razonable....". SSTEDH de 18 de enero 1978, 27 de junio 2000, 10 de abril 2001, 8 de abril 2004. De nuestro Tribunal Constitucional se pueden citar las SSTC 31/81, 45/97, 81/98, 85/99, 135/2003,

263/2005 ó 117/2007, y, finalmente de esta Sala Casacional las SSTS (entre las más recientes) 893/2007, 2/2009, 43/2009, 226/2009; 400/2009; 418/2009; 104/2010; 395/2010; 557/2010 ó 694/2010.

En síntesis, la doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la prueba indiciaria puede sintetizarse, con las SSTC 85/99 de 10 de marzo de la Sala I, y 28 de enero de 2002 de la Sala II, reiterada en otras muchas posteriores en las siguientes bases:

- a) Los indicios deben aparecer plenamente probados en virtud de prueba obtenida con todas las garantías y de cuyo resultado se desprenda inequívocamente la certeza del indicio.
- b) Entre los indicios probados y el hecho que se quiere acreditar debe existir un enlace preciso y directo de acuerdo con las reglas de la lógica.
- c) Debe expresarse el razonamiento que condujo al Tribunal sentenciador a tener como probado que el hecho delictivo y la intervención de la persona concernida han ocurrido.

Por ello la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con la prueba indiciaria existirá cuando los indicios no estén suficientemente acreditados, o estén desvirtuados por otros de signo contrario, cuando el juicio de inferencia entre los indicios y el hecho a acreditar adolezca de falta de concordancia con las reglas del criterio humano, o en otros términos, sea irrazonable ya sea por falta de lógica o de coherencia por tratarse de inferencias muy abiertas o imprecisas que no conduzcan naturalmente al hecho a acreditar, ahora bien, el control a efectuar debe de versar sobre la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción de instancia, sin entrar a examinar otras posibles inferencias por quien solicita el amparo. Debe, pues, examinarse el control externo del razonamiento de la inferencia obtenida y conclusión alcanzada, sin ponderar la posibilidad de otras inferencias distintas.

Desde la doctrina expuesta, verificamos que los recurrentes cuestionan la solidez de las pruebas indiciarias tenidas en cuenta por el Tribunal sentenciador, por estimar que no conducen directamente a justificar su intervención en los hechos de los que se les ha estimado autores.

Se dice que los perfiles de ADN encontrados en las prendas que fueron recogidas por la Ertzaintza, prendas que fueron arrojadas por los presuntos autores de la explosión, contienen perfiles genéticos de seis personas distintas, incluidas dos de los recurrentes y que los ertzainas citados en la sentencia, vieron correr solo a dos personas y que lo recogido fueron dos telas blancas y cuatro guantes de látex, lo que sugiere la intervención de cuatro personas, y, por otra parte, en uno de los trozos de tela utilizada como capucha -evidencia 13- hay perfiles de dos de los recurrentes, Asier y Sendoa, pero es evidente que los dos, simultáneamente, no pudieron utilizar dicha prenda. En definitiva se cuestiona en el motivo que el resultado de la prueba de ADN de las prendas analizadas conduzca directa y exclusivamente a la conclusión de que los cuatro recurrentes participaron en los hechos enjuiciados, y, además, presentaron una

prueba de descargo consistente en fotos y testificales que los sitúan en Bilbao en los carnavales que se celebraban, a la sazón, en dicha Villa.

Por su parte la sentencia sometida razona su decisión en base a las pruebas de ADN en los términos siguientes contenidos en el f.jdco. primero, folios 12 a 16.

1- Tras la acción terrorista los autores, huyeron a pie y dos de ellos fueron observados - sin identificarlos- por una patrulla de la Ertzaintza compuesta por los agentes 57260 y 57261, que a la sazón, estaban por allí y que decidieron seguirles, momento en que por la emisora recibieron la noticia de la explosión.

2- Poco después, en la c/ Cid y en la c/ Tello recogieron dos trozos de tela blanca con dos agujeros y dos bolsas todo ello presuntamente arrojado por las personas que corrían, que ni fueron localizadas ni alcanzadas.

3- Que también encontraron a otras dos personas que corrían con sudaderas negras y capuchas blancas y que tras perder el rastro de ellos, se encontraron en un contenedor cuatro guantes de látex, una prenda blanca y un par de bolsas.

4- Que todas estas prendas, observando los protocolos de custodia, fueron analizadas encontrándose los ADN dubitados.

5- Que posteriormente, y de la manera explicada en la sentencia, se obtuvieron muestras indubitadas de los cuatro recurrentes -págs. 15-.

6- Que el estudio comparativo entre las muestras dubitadas e indubitadas acreditó coincidencias en los ADN dubitados con los indubitados de los cuatro recurrentes.

7- Que efectivamente en las evidencias analizadas, se encontraron también ADN de otras personas por lo que tales prendas pudieron ser utilizadas en algún momento por otras personas.

8- Que en concreto en el trozo de tela blanca ocupado en el interior de un contenedor, se registraron perfiles genéticos de Asier y Sendoa.

9- Que en otro trozo de tela en forma de capucha se encontró el perfil genético de Jon Villanueva.

10- Que en uno de los guantes de látex ocupado en dicho lugar se encontró el perfil genético de Unai.

Otros datos tenidos en cuenta por la sentencia se refieren a la declaración del agente policial 68.403 que visionó los videos en donde se ve la entrada y salida de una lonja y declaró que antes de la quema del cajero, vio que los cuatro recurrentes salían de dicha lonja con bolsas en las manos -folio 450, Acta del Plenario, Tomo III Rollo de la Audiencia-. En idéntico sentido declaró el agente 57864, que vio en el video que salían

los cuatro recurrentes, de dos en dos, y que previamente habían entrado en la lonja llevando llaves -folio 460-. Ambos manifestaron que no tienen duda de que las cuatro personas que salieron eran los cuatro recurrentes.

La cronología de los hechos tal y como se relata en el factum contiene estas dos referencias:

a) Sobre las 20'15 horas Sendoa y Asier salen de la lonja, sin que se concrete en el relato si los otros dos salen antes o después.

b) La quema del cajero fue a las 21'07 horas.

Existe un tercer dato temporal desplazado indebidamente en la motivación y que debe ser integrado en el factum. Nos referimos al f.jdco. tercero, apartado 2º, folio 16 de la sentencia, donde se dice que el agente 68.403 visionó los videos donde se ve la entrada y salida de la lonja de los acusados y en el mismo se observó que salían unos 17 minutos antes de la quema del cajero automático. Ciertamente pueden observarse unos desajustes temporales si comparamos este dato de los 17 minutos de salida anteriores a la quema del cajero (que en el factum se sitúa a las 21'07 horas) con la hora de salida de Asier y Sendoa de la lonja -20'15- pero en todo caso hay que convenir que son desajustes mínimos de escasos minutos y no relevantes, a juicio de la Sala, en relación a los hechos enjuiciados. A la vista del inventario probatorio expuesto, el Tribunal sentenciador estimó acreditada la intervención de los cuatro recurrentes en los hechos enjuiciados rechazando la alternativa ofrecida por los recurrentes y a lo que se refiere el motivo de que estaban en los carnavales de Bilbao, en los siguientes términos: "...La prueba testifical propuesta por las defensas no es incompatible con la aseveración anterior, puesto que nada impide que una vez realizado el acto... estuvieran en los carnavales, tal cual acreditan las fotografías aportadas. Estas fotografías prueban su presencia en los carnavales, pero no las horas concretas, y en este sentido llama la atención como a ninguno de los testigos, se les preguntó por las horas en las que los acusados se encontraban con ellos....".

CUARTO.- De acuerdo con la doctrina expuesta, en el primero de los fundamentos, debemos verificar el control externo de la inferencia que en base al conjunto de datos indiciarios le permitieron al Tribunal sentenciador arribar a la condena de los cuatro recurrentes y justificarla.

Dos reflexiones iniciales:

a) Toda persona entra inocente en el juicio oral, y es en base a la prueba practicada en el mismo, salvo los supuestos de pruebas preconstituida, que puede decaer aquel derecho.

b) El sistema de derecho penal propio de una sociedad democrática, se vertebra alrededor del hecho concreto imputado, se está ante el derecho penal del hecho, y no ante el derecho penal de autor, y esto se dice porque como obra en los autos,

existieron informaciones y grabaciones policiales de los cuatro recurrentes con anterioridad a los hechos enjuiciados como se acredita en el atestado policial -véase folios 80 a 91- a los que se les supone en clave policial integrantes de un "talde Y" y responsables de la gran parte de acciones de kale borroca de la Margen Izquierda -folio 207-. Esta sospecha no puede proyectarse sobre los hechos en concreto enjuiciados debilitando o facilitando la prueba, sino que la autoría -también en delitos de terrorismo- debe aparecer acreditada en concreto, y más allá de cualquier duda razonable.

En relación a los cuatro recurrentes, Jon, Unai, Sendoa y Asier se cuenta con los siguientes indicios:

a) También fueron vistos salir de la lonja, los cuatro, llevando bolsas, no existiendo dudas sobre la identidad de los cuatro, por los agentes que les vieron y que acudieron al Plenario.

b) La quema del cajero fue a las 21'07 horas, unos minutos después de que hubieran salido de la lonja los cuatro recurrentes.

c) Instantes después del incendio del cajero, una patrulla de la Ertzaintza vio a dos jóvenes que corrían y después otros dos, siguiéndoles en el coche policial en la dirección que tomaron, pero los perdieron, oyeron por radio la noticia del incendio y recogen las evidencias citadas y que habían sido tiradas por aquéllos.

d) Del examen de las prendas se han obtenido unos restos biológicos ADN totalmente coincidentes con los indubitados también referidos en la sentencia. En concreto en la evidencia once, trozo de tela blanca con dos agujeros encontrada en la calle Tello, se identificó un perfil genético coincidente con el indubitado de Jon Villanueva, y en un guante de látex hallado en el mismo lugar, se encontró un perfil genético coincidente con el indubitado de Unai. También se encontró en un trozo de tela blanca perfiles genéticos de Sendoa y Asier.

En esta situación, el control casacional efectuado sobre la inferencia a la que arribó el Tribunal de instancia, sustentado por los datos indiciarios expuestos lleva a la conclusión de una total coincidencia con las conclusiones de la sentencia sometida al presente control casacional. Se dice también que se encontraron perfiles genéticos de otras personas en esas prendas, pero es lo cierto que en ella sí se encontraban los de los recurrentes, recurrentes que habían sido vistos saliendo de la lonja unos cuarenta minutos antes de la quema del cajero -según la cronología del factum-, y asimismo fueron vistos por la patrulla policial dos jóvenes corriendo, y detrás otros dos. Que las prendas pudieron ser utilizadas por otras personas en otros momentos, es obvio, pero la cuestión es si en relación al hecho enjuiciado Jon y Unai participaron en la quema del cajero, y al respecto de la valoración enlazada de que:

a) Fueron vistos saliendo con bolsas de la lonja poco antes de la quema del cajero.

b) Que poco después de la quema del cajero se recogieron esas evidencias dejadas momentos antes por las personas vistas por los agentes en que se encontraron sus perfiles genéticos, se llega sin dificultad al hecho consecuencia de que ellos dos formaban parte del grupo de cuatro que intervino en los hechos.

En relación a Sendoa y Asier, es cierto que existe un dato diferencial: solo se encontró en las evidencias recogidas por los agentes policiales, del perfil de ambos en un trozo de tela blanca recogido.

La defensa trata de introducir una duda sobre la intervención de ambos en los hechos enjuiciados porque ambos no pudieron simultáneamente utilizar el trozo de tela.

La consistencia y entidad de esta objeción queda muy debilitada si se integra en el resto de datos acreditados:

1- La policía ve salir a los cuatro recurrentes de la lonja de la c/Apuko minutos antes de producirse la quema del cajero, y los ven salir con bolsas en las manos.

2- En la quema del cajero intervinieron cuatro personas como se acredita con los videos de seguridad.

3- Instantes después de la quema la patrulla policial que estaba de servicio observó a los jóvenes corriendo, seguidos de otros dos en circunstancias que les infunden sospechas, deciden tomar la dirección de ellos, por la radio reciben la noticia de la quema del cajero, y recogen las evidencias ya citadas, con los datos identificatorios expresados existiendo perfiles de ADN de ambos, lo que permite afirmar que uno de ellos utilizó esa noche el guante y en relación al otro, su presencia se impone por la valoración enlazada del resto de datos ya que fueron los recurrentes los que salieron minutos antes de la lonja, hecho indubitado y acreditado por la testifical de los ertzainas, y lo hacían con bolsas, fueron cuatro los que intervinieron en la quema y cuatro las personas que vieron correr los agentes, correspondiendo a ellos las prendas arrojadas en las que se encontraron los perfiles genéticos. La hipótesis de que Sendoa y/o Asier no intervinieron, y hubieran sido sustituidos por otras dos personas es claramente inverosímil dada la escasa secuencia temporal sin fracturas en las que ocurren los hechos. Todavía se pueden añadir datos corroboradores en relación a la incuestionable intervención de Asier y Sendoa. Se encuentran también en el factum de la sentencia y hacen referencia al resultado de los registros domiciliarios y a los efectos encontrados en ellos, así como al dato, altamente significativo de que Jon y Asier compartían el mismo domicilio. Tal conclusión, aparece en este control casacional como objetiva y cerrada, tanto desde el punto de vista del canon de la lógica como el de la suficiencia.

Desde el canon de la lógica o cohesión del razonamiento porque los datos indiciarios sobre los que se construyó el juicio de inferencia conducen lógicamente a esa conclusión sin saltos, de manera lógica y normal, dada la corta cronología de los hechos, sin fracturas.

Desde el canon de la suficiencia o calidad excluyente porque la conclusión en si misma considerada no es débil o abierta, ni permite otras muchas hipótesis, sino que la fuerza de los hechos analizados lleva a la conclusión de la autoría de los dos recurrentes, y esta conclusión alcanza, en nuestra opinión, el canon de "certeza más allá de toda duda razonable" que como se sabe es el canon exigible para cualquier sentencia condenatoria según reiterada jurisprudencia, tanto del TEDH, Tribunal Constitucional y de esta Sala. Del TEDH, citamos las sentencias de 18 de enero de 1978, 20 de julio de 2000, 10 de abril de 2001 y 8 de abril de 2004.

Del Tribunal Constitucional, citamos las SSTC 31/8; 45/97; 81/88; 135/2003; 187/2003; 263/2005 ó 117/2007.

De esta Sala, SSTS 501/2006; 959/2009; 1043/2009; 1121/2009; 336/2010; 557/2010; 679/2010 ó 652/2010, entre las más recientes.

En conclusión, en la medida que el control casacional en relación a los juicios de inferencias que hubiera alcanzado el Tribunal sentenciador, se concreta en el control de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria con el relato fáctico que de él resulta, y verificada, por lo expuesto, tal razonabilidad procede concluir nuestro examen. Procede la desestimación del motivo.

QUINTO.- El motivo segundo, por la vía del error iuris del art. 849-1 LECriminal denuncia como infringido el art. 571 del Cpenal. Dicho tipo penal citado describe a los que perteneciendo a banda armada cometan el delito de incendio del art. 346 Cpenal. El análisis de los tipos establecidos en los arts. 571 y 577 Cpenal pone de relieve que ambos tienen en común que se trata de acciones violentas realizadas con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Sin embargo, se diferencia porque el art. 571 recoge un tipo más grave que requiere a nivel subjetivo que el sujeto activo sea integrante, actúe al servicio o colabore con una banda armada, es decir, que mantenga una relación estable y más o menos permanente con una organización terrorista. A nivel objetivo es necesario que los delitos que cometan constituyan los delitos de estragos o incendios tipificados en los arts. 346 y 351 Cpenal. Esta colaboración ha sido delimitada por la doctrina y jurisprudencia como la vinculación o contribución con la estrategia de la banda, organizaciones o grupos terroristas señalando que es necesario que exceda de la mera participación ocasional, excepcional o puntual para ese acto delictivo, o dicho de otra manera que no se agote a colaboración en ese acto.

Por el contrario el art. 577 Cpenal, exige que el sujeto activo no sea integrante de banda armada, organización o grupo terrorista, ni actúe al servicio de la organización ni colabore con ellos, es decir, que no mantenga vinculación con la misma hasta el punto que se ha dicho que contempla la conducta del "terrorista individual", a pesar de que lo habitual es que actúen en grupo de tres o más personas, pero es necesario que el sujeto actúe con finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la

paz pública. En definitiva en comunión con la patógena ideología terrorista se actúa de manera ocasional en concretos actos delictivos.

El art. 577 Cpenal fue modificado por la L.O. 7/2000 de 22 de diciembre y supuso una ampliación de su ámbito de aplicación incluyendo los daños y tenencia de explosivo, con la finalidad de hacer frente al fenómeno conocido del terrorismo urbano o la violencia callejera como destaca la Exposición de Motivos de la reforma.

El Tribunal a quo en el caso analizado afirma que existe un concurso de normas entre el delito de incendio terrorista del art. 571 Cpenal y un delito de daños terroristas del art. 577 en relación con el art. 263 y 266 todos ellos del Cpenal a resolver conforme al principio de especialidad establecido en el art. 8 Cpenal, a favor del art. 571 Cpenal dado "el claro fin terrorista existente en el delito de incendio ocasionado".

Tal razonamiento ni es admisible ni coherente con la propia argumentación de la sentencia que rechazó la aplicación del delito de integración, pertenencia o colaboración con banda armada -f.jdco. primero, apartado 3, folios 17 y siguientes-.

Es evidente que, como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, todo el modus operandi, material empleado, grado de organización -que ni se concreta, ni se describe, e incluso objetivo dañado, responde a no dudar a lo que se llama en euskera Kale borroka (lo que expresamente se cita en los hechos probados) y todo ello responde a una colaboración excepcional de quien no integrado en banda armada, ejecuta actos en comunión con los fines de la banda. Este cuadro nos reenvía inequívocamente al art. 577 Cpenal, que precisamente, como se ha dicho, surgió para tipificar estos actos de terrorismo urbano de quien no está integrado ni forma parte de la banda, y todo ello desde un riguroso respeto a los hechos probados que, como se sabe, constituyen el presupuesto de admisibilidad del cauce casacional. Procede la estimación del motivo.

SEXTO.- Abordamos conjuntamente los motivos tercero y cuarto.

El motivo tercero, por el mismo cauce que el anterior del error iuris, denuncia como indebida la aplicación del art. 351 Cpenal. Se alega que desde el respeto a los hechos probados, los hechos no pueden ser calificados como constitutivos de un delito de incendio terrorista. El motivo cuarto, solicita la aplicación del tipo privilegiado del art. 351 párrafo segundo a sancionar con la pena correspondiente al delito de daños.

En la argumentación, se dice que el incendio duró seis segundos y que se apagó por sí mismo por falta de oxígeno en la combustión, y que el propio video de los hechos así lo acredita, y de ello se deriva que no existió riesgo para la vida e integridad de las personas.

Hay que recordar que la calificación jurídica de los hechos en la sentencia sometida al presente control casacional fue la de estimar los hechos constitutivos de un delito de incendio del art. 351 Cpenal, en grado de tentativa, delito de incendio que tenía una motivación terrorista y por ello aplicó también el art. 571 Cpenal sancionando los

hechos con la pena de siete años, seis meses y un día de prisión para cada uno de los recurrentes.

La acción del delito de incendio, del art. 351 Cpenal, como se recuerda en la STS 338/2010 de 16 de abril, reiterada en la STS 432/2010 consiste en prender fuego a una cosa no destinada a arder, comportando su potencial propagación la creación de un peligro o riesgo cierto para la vida o integridad física de las personas, según la descripción contenida en el delito aplicado. Desde el punto de vista subjetivo, se exige el propósito de hacer arder la cosa o lugar de que se trate y la conciencia del peligro para la vida o integridad física de las personas, teniendo en cuenta el riesgo de propagación. Y debemos tener en cuenta, como recuerda la STS 969/2004 de 29 de julio, en relación con el elemento objetivo, que es irrelevante la entidad real que el fuego pueda alcanzar, siendo lo esencial el peligro potencial, la propagación, generado por la acción de prender fuego, y desde el punto de vista subjetivo, el dolo no comprende la voluntad de causar daños personales siendo suficiente la intención del agente de provocar el incendio y la conciencia del peligro no obstante lo cual continúa con su acción (STS 381/2001, de 13 de marzo).

La intención del agente en este delito ha de abarcar solo el hecho mismo de provocar el incendio, no el peligro resultante para las personas, aunque éste debe ser conocido por él, al menos a título de dolo eventual (SSTS 142/97 de 5 de febrero, 2201/2001 de 6 de marzo de 2002 y 724/2003 de 14 de mayo). La jurisprudencia ha tratado este delito como de peligro concreto (STS de 18 de febrero de 2003), o de naturaleza abstracta (STS 786/2003, de 29 de mayo), y ha considerado que el peligro para la vida e integridad física de las personas desencadenado por el fuego, a que se refiere el art. 351 Cpenal no es el necesario y concreto (exigido en cambio para el delito de estragos en el art. 346 Cpenal), sino el potencial o abstracto (SSTS 2201/2001 de 6 de marzo, 1263/2003 de 7 de octubre), o incluso se ha referido a él (STS de 7 de octubre de 2003), como a medio camino entre el peligro concreto y el abstracto (delito de aptitud), pues configura un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico, que a partir del Cpenal de 1995, dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, ya no lo es el patrimonio sino la seguridad general y solo incidentalmente la propiedad (SSTS 1284/1998 de 3 de octubre, 1457/1999 de 2 de noviembre y 1208/2000 de 7 de julio).

En cualquier caso, lo que exige el precepto es que la acción incendiaria comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas, pero no que ponga en peligro real dichos bienes personales, y menos aún que sea necesario identificar a los sujetos pasivos de la acción, bastando por ello el riesgo de propagación y como consecuencia, la existencia de peligro para la vida o integridad física de las personas. Precisamente por ello se trata de un delito de consumación anticipada, pues se produce cuando se aplica el medio incendiario al objeto que se trata de incendiar con posibilidad de propagación, siendo por ello indiferente su mayor o menor duración y el daño efectivamente causado.

Ahora bien, en dicho artículo, se introdujo en la L.O. 7/2000 de 22 de diciembre un segundo párrafo que constituye una figura privilegiada del delito de incendio según el cual: "...Cuando no concurra tal peligro para la vida o integridad física de las personas, los hechos se castigarán como daños previstos en el art. 266 de este Código....".

El origen de este párrafo se encuentra en la conveniencia de articular un tipo penal respetuoso con el principio de proporcionalidad que permitiera a los Tribunales disponer de un mecanismo que limitase la exasperación penal del art. 577 Cpenal que también fue modificado en dicha Ley y todo ello en clara referencia a lo que se ha dado en llamar "terrorismo urbano".

Este nuevo tipo privilegiado se vertebra por dos notas: a) No debe concurrir riesgo para la vida o la integridad de las personas físicas. Esta nota negativa constituye el núcleo definidor de este tipo.

b) La respuesta penal se deriva a las previsiones punitivas del art. 266 (daños), es decir se trata de un delito de incendio que por la ausencia de riesgo a la vida de las personas sanciona como delito de daños -es decir, un delito contra el patrimonio-, que si se produce en el ámbito del terrorismo urbano, supondrá la aplicación también del art. 577 Cpenal, con la exasperación penal correspondiente, pero consiguiéndose una respuesta punitiva más proporcionada a la real gravedad de los hechos, y sobre todo más justa en relación a los bienes jurídicos puestos en peligro. Este tipo penal tiene una substantividad propia y que por tanto no es una suerte de tentativa del tipo básico - STS 338/2010 de 16 de abril-, sino un tipo autónomo que se vertebra alrededor de la nota de ausencia de riesgo o peligro para un tercero, con independencia que existan moradores en la vivienda o edificio afectado. Desde la doctrina expuesta debemos analizar el relato probado a cuyo respeto nos debemos dado el cauce casacional para verificar si la calificación del Tribunal de instancia es o no correcta.

Se nos dice en el relato histórico: "...Procedieron a arrojar contra el mismo (el habitáculo del cajero) un artefacto incendiario.....produciéndose la calcinación de diversos elementos del mobiliario interior, así como el ennegrecimiento del cajero, del suelo y de las paredes, si bien el mismo se extinguió de forma rápida y por sí mismo, sin que se produjera riesgo para la vida o integridad física...." (el subrayado es nuestro).

Es obvio que con esta descripción que constituye el juicio de certeza al que llegó el Tribunal de instancia se está excluyendo la aplicación del art. 351 Cpenal, tipo básico, pues elemento del tipo es el riesgo, ya abstracto, concreto o mixto como se ha dicho, el riesgo debe existir y partiendo de su existencia, y solo entonces podrá hablarse de tentativa si no se consuman todos los actos ejecutivos. En la medida que el Tribunal sentenciador excluyó claramente la nota del riesgo a las personas, no pueden los hechos ser objeto de la calificación que efectuó -delito del 351 en grado de tentativa-, y sí por el contrario, se está en presencia del tipo privilegiado del párrafo 2º que se vertebra sobre la inexistencia de riesgo para las personas, y que no es, como se ha dicho una especie de forma atenuada del incendio del párrafo 1º sino un tipo autónomo.

Existe jurisprudencia de esta Sala en relación a este tipo que se ha aplicado en supuestos en los que se acreditó la inexistencia de riesgo para la vida o integridad de personas.

Aquí consta con claridad en los hechos probados su exclusión, por más que se utilizase un cóctel molotov en zona urbana, pues es un dato de experiencia que no toda combustión origina per se un riesgo de la naturaleza que exige el tipo penal del incendio básico.

En tal sentido, SSTS 1132/2005 de 7 de octubre; 977/2006 de 11 de octubre; 1021/2007 de 3 de diciembre; 639/2008 de 20 de octubre y 276/2006. En consecuencia, procede la estimación de ambos motivos, debiéndose calificar los hechos como constitutivos de un delito de incendios del art. 351 Cpenal, párrafo segundo, a sancionar con la pena prevista para el delito de daños del art. 266 Cpenal, y todo ello con aplicación del art. 577 Cpenal, lo que se efectuará en la segunda sentencia.

Procede la estimación de ambos motivos.

SÉPTIMO.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede declarar de oficio las costas del recurso. dada la estimación parcial del mismo en los dos aspectos estudiados.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación formalizado por la representación de Sendoa, Asier, Jon y Unai, contra la sentencia dictada por la Sección II de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 21 de julio de 2010, la que casamos y anulamos parcialmente siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes, y póngase en conocimiento de la Sección II de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Francisco Monterde Ferrer.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Siro Francisco García Pérez.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de mayo de dos mil once.

En la causa instruida por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6, Sumario núm. 7/09, seguida por delitos de integración en organización terrorista, incendio terrorista y tenencia de aparatos y sustancias incendiarias y explosivos, contra Sendoa, nacido el 22 de febrero de 1981, en Santurtzi (Vizcaya), hijo de José Ramón y María Pilar, en situación de libertad por esta causa, de la que estuvo privado desde su detención el 6 de mayo de 2008 hasta el 30 de abril de 2010; contra Unai, nacido el 1 de julio de 1985, en Baracaldo (Vizcaya), hijo de José Ignacio y María del Mar, en situación de libertad por esta causa, de la que estuvo privado desde su detención el 6 de mayo de 2008 hasta el 30 de abril de 2010; contra Jon, nacido el 19 de abril de 1984 en Baracaldo (Vizcaya), hijo de Pedro María y María Angeles, en situación de libertad por esta causa, de la que estuvo privado desde su detención el 1 de julio de 2008 hasta el 30 de abril de 2010 y contra Asier, nacido el 21 de septiembre de 1980 en Baracaldo (Vizcaya), hijo de Francisco Javier e Inmaculada, en situación de libertad por esta causa, de la que estuvo privado desde su detención el 1 de julio de 2008 hasta el 30 de abril de 2010; se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, se hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan los de la sentencia recurrida incluidos los hechos probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por los razonamientos incluidos en el f.jdco. sexto de la sentencia casacional, los hechos enjuiciados deben ser calificados como constitutivos de un delito del art. 351 párrafo 2º en relación con el art. 266 Cpenal y con el art. 577 Cpenal -delito de incendio terrorista a sancionar como delito de daños terroristas, de los que son autores los cuatro recurrentes, Jon, Unai, Sendoa y Asier.

El art. 266 Cpenal establece una pena situada entre uno a tres años de prisión al que provocase daños mediante incendio o provocando expresiones o utilizando otro medio de similar potencia o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas. Por lo razonado en la sentencia casacional, aquí se causaron daños mediante incendio sin riesgo para tercero.

Dicha pena de uno a tres años, debiera ser impuesta en la mitad superior al tratarse de daños de naturaleza terrorista y por tanto con aplicación del art. 577 Cpenal que exige la imposición de la pena en su mitad superior, dicha mitad superior está situada entre dos años y un día hasta tres años de prisión. Dentro de este ámbito punitivo les individualizamos la pena en dos años y un día de prisión.

FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Jon, Unai, Sendoa y Asier como autores de un delito de incendio terrorista, sin riesgo para las personas a la pena de dos años y un día de prisión.

Mantenemos el resto de los pronunciamientos de la sentencia casacional no afectados por la presente resolución.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Francisco Monterde Ferrer.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Siro Francisco García Pérez.

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