

En la Villa de Madrid, a veintitrés de noviembre de dos mil once.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal del condenado Jokin, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional (Sección Primera) de fecha 14 de abril de 2011 en causa seguida contra Jokin y Ander, por delito de pertenencia a organización terrorista; estragos terroristas y depósito de sustancias explosivas con fines terroristas, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y el recurrente representado por el Procurador D. Javier Cuevas Rivas y defendido por el Letrado D. Atxarte Salvador Navarro. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 5, instruyó sumario 61/2009, contra Jokin y Ander y, una vez conclusas, las remitió a la Audiencia Nacional (Sección Primera) rollo de Sala 177/2009 que, con fecha 14 de abril de 2011, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

“Probado y así se declara:

Que el día 11 de mayo de 2009 sobre las 22.30 horas, se produjo una explosión en un repetidor de telefonía móvil de Mendibil en el término municipal de Arrazua-Ubarrundia (Álava), generando en el mismo daños que provocaron su destrucción parcial y su inutilización así como daños tasados en 5.148 € y llevado a cabo como protesta por la detención de los miembros de un talde de la organización terrorista ETA denominado Ahiur acaecido el día 18.4.09.

El mencionado repetidor se encontraba ubicado en una zona rústica en la localidad citada estando compuesto de una caseta y una torreta con diferentes antenas, rodeado todo el conjunto por una valla metálica perimetral, a la que se le había abierto un hueco, cortando dicha malla con unos alicates, para poder acceder al recinto vallado.

En dicha instalación repetidora se colocaron dos artefactos de tipo mixto (incendiario/explosivo compuesto cada uno de ellos por una bombona/cartucho de gas, un bote aerosol de gas y dos artefactos pirotécnicos, sujetado todo ello con cinta americana de color negro, contando con una mecha que se empalma a la de los artefactos pirotécnicos, obteniendo un efecto de retardo para permitir el alejamiento del lugar.

Uno de los artefactos fue colocado en el interior del cajón de mecanismos y otro en la parte inferior interna de la canaleta invertida de chapa que conduce el cableado hasta la torreta.

Dicho acto, fue realizado por el procesado Jokin, mediante la colocación de dos artefactos explosivos e incendiarios compuestos de bombona, cartucho de gas, bote de aerosol de gas y dos cohetes pirotécnicos, sujetos con cinta adhesiva y mecha.

En la entrada y registro judicialmente realizado en el domicilio de Jokin fueron intervenidos entre otros objetos unos alicates que coinciden en su zona de corte con la mella realizada en los hierros que formaban la valla de protección de la instalación repetidora y que hubieron de ser cortados para acceder a su interior.

El citado Jokin había adquirido en la mañana de dicho día cuatro bombonas de gas en el establecimiento comercial Forum de Vitoria, siéndole facilitado el resto de los elementos indicados que componían los artefactos por el también procesado Ander, que los había recibido en una bolsa de Iván que se encuentra huído en ignorado paradero.

El procesado Ander guardo la citada bolsa con dicho material en un camarote de su domicilio desde enero de 2008, con el encargo de guardarlos hasta que alguien se los pidiera, lo que realizó Jokin el día 11 de mayo de 2009 llegando Jokin al domicilio de Ander y entrevistándose con este en el portal accedieron al camarote cogiendo este último (sic) el contenido de la bolsa que era conocido por Ander, pero que desconocía las intenciones de Jokin ni el destino que le iba a dar a su mencionado contenido.

Tras la detención se procedió al registro del piso ocupado como vivienda por Jokin en la calle P. núm. 32, 6º de Vitoria, en el que se encontraron los siguientes efectos: Una cuartilla con las direcciones de las prisiones en las que se encuentran por su relación con el comando Ahiur de ETA Alex; Sergio; Igor, Asier; Iñiguez, Gorka, una fotografía junto a Raúl, un spray de gas, un cuadro con una persona encapuchada y un estuche con herramientas. En el domicilio de Vitoria, calle P., 8 5º C domicilio de sus padres, donde también reside tenía varias fotos con Asier y Raúl V., persona relacionada con la organización terrorista ETA; bridas de sujeción de color negro y rollo de papel de plata autoadhesivo, una pegatina de Segi, un pin de Eta; otra foto de encapuchado, cartas de presos de ETA y una agenda.

Asimismo en el domicilio de Ander y en el registro de su domicilio sito en la calle P. 8 bajo C de Vitoria los siguientes efectos; Un álbum de fotos en las que aparece junto al otro coacusado y la persona que no está a disposición del Tribunal en este procedimiento; cartas remitidas al mismo por miembros de ETA; un cuadro de metacrilato con una pegatina de ETA, 4 metros de mecha de yesca -retardador-, dos artefactos pirotécnicos; cohetes voladores con cabeza detonante de plástico; tubo propulsor de cartón de la marca Valecea S.L. con número de referencia 90069951; dos artefactos pirotécnicos; cohetes voladores con cuerpo de cartón y recubrimiento en la zona detonante de la marca Valecea S.L. con número de referencia 90068951 y tres fragmentos de varillas de cohetes de pirotécnica con cinta adhesiva de papel.

Días después, el día 22 de mayo de 2009, una persona reivindicó la acción de sabotaje que no atribuyo expresamente a la organización ETA. la organización terrorista ETA mediante comunicado en el diario Gara.

Jokin, había sido condenado en sentencia de 8 de junio de 2009 a la pena de 2 años de prisión como autor de un delito de pertenencia a banda armada, por actividades ilícitas realizadas con anterioridad a la fecha del procesamiento, 21.10.2003, manteniéndose posteriormente a su detención apartado de la actividad de la organización terrorista, durante un tiempo, al menos hasta 2008, en que formaba grupo con el citado Iván.

Con fecha 13 de abril de 2010 el procesado Ander consignó la cantidad de 6.864 € para cubrir las responsabilidades civiles que pudieran imponérsele al mismo” (sic).

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

“Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a:

I.- A) Jokin, como autor de un delito ya definido de daños terroristas a la pena de tres años de prisión Con(sic) la accesoria de inhabilitación especial para el desempeño de cargo público por el tiempo de condena, con la accesoria de inhabilitación especial por tiempo de 9 años.

Asimismo y a este mismo procesado, en su calidad de autor responsable directo del delito de tenencia y depósito de componentes de artefactos explosivos ya definido a la pena de seis años de prisión.

Por aplicación de lo previsto en el art. 579 del Código Penal, procede la imposición de la pena accesoria de inhabilitación absoluta de 18 años.

B) A Ander, como autor de un delito ya definido de tenencia y depósito de componentes explosivos con la concurrencia de atenuante muy cualificada de resarcimiento del daño, y atenuante simple de confesión, a la pena de un año de prisión.

Dicha pena conlleva la accesoria de inhabilitación absoluta durante 7 años.

II.- Los procesados declarados autores de los delitos imputados deberán reparar solidariamente el daño causado por vía indemnizatoria, abonando a la titular del daño sufrido la cantidad de 5.148 €

La cantidad consignada por Ander en su momento, debe destinarse al pago de dicha responsabilidad, sin perjuicio de la solidaridad citada.

III.- Las costas se imponen a los responsables de los delitos conforme al art. 123 del Código Penal" (sic).

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

CUARTO.- La representación legal del recurrente Jokin, basa su recurso en los siguientes motivos de casación:

I a IV.- Infracción de precepto constitucional, en concreto por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ.

V.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del art. 568 del CP que tipifica el delito de tenencia de explosivos, debiendo quedar subsumido en el delito de daños con explosivos del art. 266.1 del CP.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 24 de agosto de 2011, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos 1º a 4º del recurso que, subsidiariamente impugnó, e interesó el apoyo parcial del 5º de los motivos.

SEXTO.- Por providencia de fecha 3 de noviembre de 2011 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró el día 22 de noviembre de 2011 a las 10³⁰ horas la Vista del art. 893 bis a) de la LECrim, con la asistencia del Letrado del recurrente D. Atxarte Salvador Navarro en defensa de Jokin, que informó sobre los motivos del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, con fecha 14 de abril de 2011, en el sumario 61/2009, instruido por el Juzgado Central de instrucción núm. 5, condenó a Jokin, como autor de un delito de daños terroristas, a la pena de 3 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para cargo o empleo público, y por un delito de tenencia y depósito de componentes de artefactos explosivos a la pena de 6 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta de 18 años.

Contra esta resolución el recurrente formaliza cinco motivos. Los cuatro primeros, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denunciando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, lo que autoriza su tratamiento conjunto. El quinto, invoca un error de derecho en la calificación del factum, al amparo del art. 849.1 de la LECrim.

SEGUNDO.- A juicio de la defensa, la sentencia recurrida ha quebrantado el derecho a la presunción de inocencia, reconocido a todo imputado en el art. 24.2 de la CE. Esa vulneración se habría producido por distintas razones, cada una de las cuales anima un motivo diferenciado.

El primero de ellos, al considerar probado que las dos bombonas de gas y los dos botes de aerosol que conformaban los dos artefactos que hicieron explosión en el repetidor de Mendibil el día 11 de mayo de 2009, fueron los adquiridos por Jokin el mismo día de los hechos. Esta afirmación -se razona- ha sido construida a partir de un testimonio de referencia al que no debería haberse acudido, al no constar la concurrencia de los elementos que autorizan la excepcional admisión de ese tipo de testigos. Además, está en abierta contradicción con lo manifestado por las testigos Jaione, Lezuri y Sara, que explicaron en el plenario el destino de esas bombonas, que fueron depositadas en el lugar en el que se había previsto celebrar una cena popular cuatro días después.

El segundo de los motivos, al entender que la condena del recurrente se ha basado de modo preferente en el testimonio de un coimputado -Ánder- que no ha sido corroborado por otros elementos de cargo. Sus declaraciones, además, han sido cambiantes y carentes de toda coherencia lógica. Sus respuestas en el plenario, contradichas por otros elementos objetivos, eran la mejor muestra de que sólo le movía el deseo de no ingresar en prisión, ofreciendo así una versión inculpativa de Jokin que tiene un móvil espurio.

El motivo tercero sirve también de vehículo para reivindicar el derecho a la presunción de inocencia, ahora desde la perspectiva de la insuficiencia probatoria de un informe pericial referido a los alicates con los que fue cortada la valla que protegía el repetidor.

El motivo cuarto reacciona frente a lo que considera una condena por un delito de tenencia de explosivos sin verdadera prueba de cargo, conclusión a la que habría de llegarse a partir de lo razonado en los tres motivos precedentes.

Ninguno de los motivos es viable.

TERCERO.- Conviene hacer una precisión inicial íntimamente relacionada con la metodología que anima el recurso. Y es que, sin cuestionar el esmerado nivel técnico de las alegaciones de la defensa, resulta evidente que la creación de cuatro bloques temáticos, descomponiendo la unidad impugnativa que late en todos ellos, encierra una estrategia que aparta el sentido de la impugnación de lo que esta Sala ha venido reiterando de forma insistente en relación con la prueba indiciaria.

En efecto, en el desarrollo del motivo se procede a un examen individualizado de esos indicios tomados en consideración por el Tribunal de instancia. Sin embargo, ya hemos dicho en otros precedentes -cfr. SSTS 593/2009, 8 de junio y 527/2009, 27 de mayo- que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. El grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 de la CE, no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes.

También hemos señalado de forma reiterada que la impugnación casacional basada en el quebranto del derecho a la presunción de inocencia, no nos sitúa en el trance de optar por cada una de las alternativas probatorias que se ofrece a nuestra consideración. Como hemos afirmado en numerosos precedentes y aun cuando ello implique recordar una obviedad, nuestro papel como órgano de casación no consiste en seleccionar cuál de las versiones sobre el hecho objeto del proceso resulta más atractiva, la que ofrece la defensa del recurrente o la que ha proclamado el Tribunal a quo. Tampoco podemos desplazar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba, (SSTS 790/2009, 8 de julio, 593/2009, 8 de junio y 277/2009, 13 de abril).

El verdadero control constitucional del derecho a la presunción de inocencia sólo alcanza, en aplicación de la doctrina constitucional sentada, entre otras, en la STC 104/2011, 20 de junio, a controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. Igualmente se ha destacado que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito puede ser indiciaria, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano. En cuanto al control de la solidez de la inferencia hemos señalado que pueda llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia -siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él-, como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, debiendo excluirse la razonabilidad de la inferencia cuando ésta tenga un carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado (por todas, STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 5).

Dicho lo anterior, la Sala ya anticipa que no detecta ni la insuficiencia de pruebas que denuncia el recurrente, ni una valoración irrazonable, ajena a las exigencias asociadas al canon constitucional derivado del derecho a la presunción de inocencia, tal y como lo proclama el art. 24.2 de la CE y ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala.

En efecto, la sentencia cuestionada atribuye al acusado la colocación en el repetidor de telefonía móvil de Mendibil, en el término municipal de Arrazua-Ubarrundia, en la provincia de Álava, de dos artefactos de tipo mixto (incendiario-explosivo), compuesto cada uno de ellos por

una bombona-cartucho y un bote de aerosol de gas, así como dos artefactos pirotécnicos, utilizando para ello una mecha que se empalmaba a la de los dos artefactos pirotécnicos. Uno fue instalado en el interior del cajón de mecanismos y el otro en la parte interna de la canaleta invertida de chapa que conduce el cableado hasta la torreta. Ese acto de sabotaje, que generó daños que ascendieron a la cantidad de 5.184 euros y que fue reivindicado en el periódico Gara, fue ejecutado por el acusado con el fin de llevar a cabo una protesta por la detención de los miembros de un talde de la organización terrorista ETA, hecho acaecido el día 18 de abril de 2009.

La formulación del juicio de autoría la obtiene la Audiencia Nacional a partir de la prueba practicada en el plenario, exteriorizando en el FJ 2 de la sentencia recurrida el itinerario lógico que ha llevado a ese desenlace.

a) La adquisición por parte de Jokin de cuatro bombonas de gas en el establecimiento Forum de Victoria -más allá de las matizaciones que la defensa quiera introducir al alcance del reconocimiento de los hechos-, ha sido acreditada a partir de las cámaras de vídeo de seguridad de ese establecimiento, así como del ticket de compra, constando la hora de su presencia.

b) Su proximidad a los miembros del comando Ahiur de ETA, cuya detención estaba en la causa determinante del acto de sabotaje, la obtiene la Audiencia Nacional a partir de las propias declaraciones del recurrente, en las que admite que "...conoce a Iván como miembro de su cuadrilla, a la que asimismo pertenece el coimputado Ander, y que igualmente conocía a Alex y Sergio, dos personas que habían sido detenidas días antes de los hechos como miembros del comando Ahiur de la banda terrorista ETA, habiendo organizado una cena para cuatro días después de los hechos (...) a fin de recaudar fondos para estos dos últimos en prisión".

c) La declaración del coimputado Ander sirve también de elemento de cargo sobre el que construir la autoría del recurrente. Aquél afirmó que en el mes de enero de 2008 había recibido una bolsa con petardos y una mecha de parte de Iván -uno de los miembros del comando que acababa de ser desarticulado-, para que la guardara hasta el momento en que le fuera requerida. También recibió del ahora recurrente petardos y una carcasa con el fin de que se los custodiara, precisando que en el mes de mayo de 2009, Jokin le pidió la bolsa, viéndose a la hora de comer, entregándole parte de su contenido y guardando el resto.

A juicio de la defensa, esa declaración no puede calificarse como "coherente y única". Sin embargo, el Tribunal a quo, aun constatando la divergencia entre la versión de los hechos ofrecida por el coimputado y la que sostiene el recurrente, opta por aceptar como probado ese encuentro. Para ello se basa en la declaración del policía autonómico vasco núm. 69436, quien reconoció haber observado ese encuentro el día 11 de mayo, sobre la hora de comer, a las 14,00 horas, en el portal de la casa de los padres del coimputado.

d) La declaración de los agentes que participaron en la recogida de muestras o evidencias y el dictamen pericial ofrecido por los miembros de la policía autonómica vasca, sirve a la Audiencia Nacional para destacar elementos indiciarios y corroboradores que apuntan en la misma dirección. Así, de la prueba pericial se desprende que parte del material explosivo utilizado para destrozarse el repetidor de telefonía móvil era coincidente con el adquirido por Jokin en el centro comercial cuyas cámaras grabaron su estancia. Del mismo modo, los sprays de gas eran similares al hallado en el domicilio del recurrente con ocasión del registro autorizado

judicialmente y, a su vez, se trata de artefactos pirotécnicos y mecha similares a los que le fueron entregados por Ander.

Los Jueces de instancia atribuyen el valor de “prueba de cargo plena” a la coincidencia entre los alicates hallados en la entrada y registro del domicilio de Jokin y los cortes producidos en la valla metálica que circundaba el repetidor y que precisó cortar para acceder a su interior.

e) La prueba de descargo es valorada por el Tribunal a quo. Destaca las contradicciones en el testimonio de Lezuri G., compañera de Jokin, tanto referidas a la titularidad de los alicates que sirvieron para acceder al repetidor, como al supuesto encuentro durante el mediodía del 11 de mayo de 2009, hecho que está en abierta contradicción con el testimonio de Ander y con la vigilancia del lugar, tal y como se hace constar en el atestado.

En la misma línea, valora el testimonio de Jaionena y Sara, pues su testimonio se refiere a cuatro días después de los hechos, lapso de tiempo que resta eficacia a su testimonio.

En definitiva, no ha existido la insuficiencia probatoria que el recurrente atribuye a la sentencia cuestionada. Tampoco se advierte el quebranto de los principios estructurales de contradicción y defensa que han de filtrar la obtención de las pruebas. No estamos en presencia de una condena hecha valer a partir de un testimonio de referencia, tal y como argumenta el recurrente. Tampoco puede argüirse que la condena de Jokin no tiene más respaldo probatorio que la declaración de un coimputado no corroborada por otros elementos de cargo. Basta analizar la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida para descartar esa idea. El hecho de que no se haya revelado ningún perfil genético, ni huellas dactilares en el material custodiado en el camarote de la calle P. núm. 8 de Vitoria, no aporta, desde luego, un elemento que neutralice la coherencia de los juicios de inferencia formulados por la Audiencia. Jokin no era el encargado de la custodia de esos materiales. Los rasgos identificadores, de existir, deberían haber sido buscado en el material explosivo del que se valió el recurrente para la explosión, no en aquellos que quedaron bajo la vigilancia y protección de Ander. Del mismo modo, la ausencia de llamadas telefónicas o sms entre Jokin y el coimputado, puede explicarse, no ya por la falta de contacto entre ellos -hecho negado por el Ander y por los agentes que ejercían labores de seguimiento-, sino por la adopción de elementales cautelas que desaconsejan la utilización de comunicaciones telefónicas que pueden estar siendo objeto de investigación.

Por cuanto antecede, los motivos primero a cuarto han de ser desestimados (art. 885.1 y 2 LECrim).

CUARTO.- El quinto de los motivos se formaliza al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denunciando error de derecho por aplicación indebida del art. 568 del CP. Entiende la defensa que la condena de Jokin como autor de un delito de tenencia de explosivos por la confección y transporte de los dos explosivos que fueron colocados en el repetidor de la telefonía móvil de Mendibil, debió haber quedado subsumido en el delito de daños con explosivos del art. 266.1 del CP. Ambos delitos -se razona- se encuentran directamente vinculados por una misma acción, a saber, la colocación de dos artefactos explosivos.

El Ministerio Fiscal apoya el motivo interesando su estimación parcial. A su juicio, es cierto que nos encontramos ante un concurso de normas, pero su solución no la ofrece la relación de consunción, de forma que el delito de tenencia de explosivos quede absorbido por el de daños, sino la relación de alternatividad. De acuerdo con esta idea, la aplicación del art. 8.4 del CP obligaría a imponer la pena correspondiente a la infracción más grave, en este caso, la fijada

para el delito de tenencia de explosivos, de suerte que el recurrente debería ser castigado con arreglo a los arts. 568 y 577 del CP. También discrepa el Fiscal de la aplicación por la Audiencia Nacional de la modalidad agravada prevista en el art. 568 del CP para los promotores u organizadores, al entender que no existe en el factum apoyo para esa calificación de los hechos.

El motivo tiene que ser parcialmente estimado.

Los problemas asociados al concurso de normas y, de modo singular, a la relación de alternatividad, se multiplican cuando los preceptos penales se suceden en su vigencia sin apenas tiempo para su consolidación aplicativa. La convergencia de distintos preceptos para la calificación de un mismo hecho delictivo no deja de ser la expresión de un fracaso de técnica legislativa. En el presente caso, la relación concursal se ha suscitado entre los arts. 266.1, 568 y 577 del CP. Pero podía haberse enriquecido con la posibilidad de aplicación del art. 560 del CP, en el que se castiga con la pena de prisión de 1 a 5 años a "los que causaren daños que interrumpan, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones". Sin embargo, las exigencias inherentes al principio acusatorio impidieron a la Audiencia Nacional calificar los hechos conforme a este último precepto.

La relación entre el delito de tenencia de explosivos y el delito de daños no puede explicarse, siempre y en todo caso, a partir de un fenómeno de progresión delictiva, como reivindica la defensa. Esta solución conduciría a la paradójica consecuencia de privilegiar al delincuente que no se limitara a custodiar los explosivos sino que, además, los utilizara con un fin destructivo. El desvalor de la conducta descrita en el art. 266.1 del CP no agota el riesgo inherente a la previa tenencia de explosivos, sancionada en el art. 568 del CP. Además, no toda relación entre el delito de riesgo y el delito de daños ha de ser resuelta conforme a un criterio de progresión delictiva en la que el delito de resultado desplaza la aplicación del delito de riesgo. De hecho, nuestro sistema penal no olvida en algunos supuestos la fijación de una específica regla concursal que impide ese contraproducente efecto (cfr. art. 382 CP).

Pese a todo, no faltarán casos en los que el delito de tenencia de explosivos del art. 568 del CP no llegará a adquirir autonomía típica, siendo consumido por el delito de resultado de daños mediante explosivos del art. 266.1 del CP. Serán supuestos en los que la detención de los explosivos sea inmediatamente anterior a su utilización para provocar el efecto de destrucción. Y es que son imaginables casos en los que el riesgo derivado de la posesión de los explosivos sólo adquiera un significado efímero, fugaz, preordenado -y por tanto, absorbido- por la finalidad principal de ocasionar el destrozo.

El rechazo de la relación de consunción propugnada por la defensa no significa, sin embargo, la aceptación de la relación de alternatividad sugerida por el Ministerio Fiscal. No estamos ante un supuesto de duplicidad en la valoración de una misma conducta o, cuando menos, de constatación de una zona común en la que los comportamientos delictivos satisfacen ambas hipótesis típicas, conflicto normativo que sí habría de ser resuelto mediante la imposición de la pena correspondiente al delito más grave (art. 8.4 CP). Por más flexibilidad que quiera atribuirse a esa fórmula de cobertura o solución de cierre para resolver los problemas concursales no encajables en los tres primeros apartados del art. 8 del CP, no resulta fácil detectar una relación de alternatividad entre el delito de daños y el de tenencia de explosivos. La porción de injusto abarcada por ambos preceptos no es coincidente y, por tanto, no es posible optar por el precepto más grave como fórmula jurídica para la solución de lo que no es un verdadero conflicto normativo.

La Sala entiende que en el hecho probado se describen dos conductas diferenciadas que animan un verdadero concurso de delitos. De una parte, Jokin era conocedor de que el coimputado Ander custodiaba en su domicilio, desde meses atrás, elementos y artefactos de potencialidad destructiva que iban a ser utilizados con posterioridad para la comisión de hechos delictivos. Con él contactó cuando necesitó los dispositivos con los que atentar contra la torre de telecomunicaciones. De hecho, según se precisa en el FJ 2º, apartado a), el recurrente entregó a Ander "...unas carcasas de petardos para que los guardara" y en el mes de mayo de 2009 se la pidió "...entregándole parte de su contenido y guardando el resto". Por tanto, desde el mes de enero de 2008 hasta mayo de 2009, el acusado era conocedor de quién, dónde y para qué se custodiaban los artefactos explosivos. Además, entregó a Ander los elementos destinados a atentar contra la paz pública y la propiedad ajena. Creó con ello una situación de peligro que es castigada en los arts. 568 y 577 del CP. Pero, además, el día 11 de mayo de 2009 destruyó el repetidor de telefonía móvil ubicado en Mendibil, en el término municipal de Arrazua-Ubarrundía, adosando a su base dos artefactos explosivos e incendiarios compuestos de bombona, cartucho de gas, bote de aerosol y dos cohetes pirotécnicos sujetos con cinta adhesiva y una mecha. Con ello colmó la conducta descrita en el art. 266.1 del CP.

En consecuencia, la Sala entiende que los hechos no deberían ser sancionados conforme a un concurso aparente de normas, sino en atención a las reglas propias del concurso de delitos. Estaríamos en presencia de un concurso medial (art. 77.1 CP), en la medida en que el factum dibuja, en el caso de Jokin, una conducta -el acopio de explosivos- concebida como medio y, por tanto, funcionalmente subordinada a provocar la explosión del repetidor de telefonía móvil.

No comparte la Sala -frente al criterio de la Audiencia Nacional- la consideración del recurrente como promotor u organizador del depósito de explosivos. Ni en el hecho probado se describe, ni en la fundamentación jurídica se justifica, en qué habría consistido la relevante aportación de Jokin al depósito de explosivos y sustancias inflamables que custodiaba el coimputado Ander.

Por cuanto antecede, el marco punitivo en el que hemos de movernos se sitúa entre 3 y 5 años de prisión, que en aplicación de los arts. 77.1 y 577 del CP, nos conduce a la pena de 4 años y 8 meses que, por otra parte, representa el tope máximo sugerido por el Ministerio Fiscal.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser estimado, con las consecuencias penológicas que se precisan en nuestra segunda sentencia.

QUINTO.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación promovido por la representación legal de Jokin, contra la sentencia de fecha 14 de abril de 2011, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, en causa seguida contra el mismo por los delitos de daños y depósito de sustancias explosivas con fines terroristas, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

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

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Francisco Monterde Ferrer.- Manuel Marchena Gómez.- Alberto Jorge Barreiro.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de noviembre de dos mil once.

Por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, en el procedimiento ordinario núm. 61/2009, tramitado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, se dictó sentencia de fecha 14 de abril de 2011, que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, se hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el FJ 4º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación parcial del quinto de los motivos entablados.

FALLO

Se dejan sin efecto las penas de prisión impuestas por el tribunal de instancia a Jokin y se condena a éste, como autor de un delito de tenencia de explosivos con fines terroristas, en concurso ideal con un delito de daños terroristas, a la pena de 4 años y 8 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Francisco Monterde Ferrer.- Manuel Marchena Gómez.- Alberto Jorge Barreiro.

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