

En la Villa de Madrid, a doce de diciembre de dos mil once.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, de fecha 3 de mayo de 2011. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes los acusados Cabdiweli y Raagegese representados por la Procuradora Sra. Cano Ochoa, y las acusaciones particulares Gaizka y Francisco, representados por la Procurador Sra. Alarcón Martínez, y Andoni y José Víctor, representados por el procurador Sr. Calleja García. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 1 instruyó sumario 97/09, por delitos de asociación ilícita, detención ilegal, robo con violencia, y contra la integridad moral contra Cabdiweli y Raagegesey, y lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal cuya Sección Cuarta dictó sentencia en fecha 3 de mayo de 2011 con los siguientes hechos probados: "Y así expresamente se declara que,

Primero.- Sobre las 7 horas del 2 de octubre de 2.009, cuando el atunero congelador "Alakrana",- inscrito en el Censo de Buques de Pesca Marítima del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, en el que se relacionan los buques de bandera española que pueden ejercer la actividad pesquera, con número de censo 26.547, matriculado en Bermeo (Vizcaya), siendo su armador la mercantil Echebaster Fleet SL.,- se encontraba faenando en alta mar, en concreto, en el punto geográfico 00°12'S, 045°38'E, equivalente a una distancia de 120 millas náuticas de la costa de Somalia, en el océano Índico -punto incluido en el área de operaciones definida por la Unión Europea para la operación ATALANTA de lucha contra la piratería-, fue abordado por unas 12 personas con armas de fuego, en concreto, ametralladoras, bazokas y rifles rusos de marca Kalasnikov, que se acercaron a la embarcación en dos esquifes, con la intención de secuestrar a la tripulación, como medio de obtener un rescate por su liberación.

Apercibido de lo que sucedía y antes de que los asaltantes tomaran el control del pesquero, su patrón, Ricardo, realizó una llamada de auxilio, captada por la fragata Canarias, en la que comunicó haber sido asaltados por piratas; momento a partir del que la referida fragata, guardando la distancia de seguridad que estimaron sus mandos oportuna, estuvieron al tanto de lo que podía suceder.

Segundo.- Una vez con los asaltantes a bordo, el que hacía las funciones de jefe, llamado "Elias" (o Ilyas, en la terminología somalí), conminó al patrón a cortar las redes que acababan de ser echadas, con intención de que el pesquero pudiera navegar, sin embargo, éste último le trató de explicar que, dado su enorme tamaño, se tardaría menos en recogerlas, respuesta que motivó que el patrón recibiera una serie de culatazos con su rifle; finalmente, convencido Elias, ordenó al patrón reunir la tripulación que, aún dormía, en el puente.

A medida que los 36 tripulantes acudieron al puente, eran amenazados por los asaltantes tanto con gestos indicativos de cortarles el cuello, como con sus armas de fuego, a tumbarse en el suelo, boca abajo, para evitar ser vistos.

Tercero.- Controlada la embarcación y sus tripulantes, Elias y el resto de asaltantes, conminaron con sus armas al capitán y al patrón a entregarles cuantos objetos de valor y

dinero hubiera en la caja fuerte del barco, apropiándose de los 50.000 euros que, aproximadamente, había en su interior.

Del mismo modo, conminaron a la tripulación a entregarles sus pertenencias; a tal fin, cada uno de ellos, acompañados del capitán y de uno o dos de los asaltantes, provistos de sus armas, se dirigieron a sus respectivos camarotes, haciendo entrega de sus efectos, tales como su dinero, ordenadores, móviles, radios o ropa.

Cuarto.- Registrado el pesquero en evitación de posibles problemas de seguridad derivados de la existencia de armas, recogidas las redes, y requisado el dinero de la embarcación y las pertenencias de la tripulación, les obligaron a subir los dos esquifes a bordo utilizando las grúas del pesquero -operación en la que resultó dañado uno de sus motores- y traer los colchones de sus camarotes al comedor con objeto de mantener a la tripulación controlada durante los primeros días.

Quinto.- Efectuado lo anterior, los asaltantes obligaron, rifle en mano, al patrón y al capitán a dirigir el pesquero hasta el lugar donde se encontraba un esquife de mayor tamaño, provisto con grandes cantidades de combustible y en el que se encontraban los acusados Raagegese y Cabdullahi, mayores de edad y sin antecedentes penales, quienes, una vez en el pesquero con sus correspondientes armas, ordenaron remolcar su embarcación, realizando con los demás labores de vigilancia de la tripulación en el comedor o en la cocina, durante el tiempo que permanecieron a bordo.

En la noche del 3 de octubre de 2.009, los citados acusados, Raagegese y Cabdullahi, abandonaron el pesquero y regresaron a su embarcación a la que trasladaron varios de los efectos y dinero sustraído por sus compañeros.

Sexto.- Conocido el secuestro del pesquero por los servicios de vigilancia del Centro de Operaciones, vigilancia y Acción Marítima (COVAM) -del que formaba parte la fragata Canarias,- ésta detectó, a través del radar, que uno de los esquifes se alejaba del pesquero, lo que determinó su localización a través del helicóptero de la fragata, y el posterior desembarco de algunos marineros en dos lanchas que, guiadas por las señales luminosas del helicóptero, llegaron a pocos metros del esquife efectuando unas ráfagas de fuego que motivaron la detención del esquife y la puesta en pie de sus dos ocupantes, que más tarde volvieron a ocultarse entre unas mantas, circunstancia que determinó a los miembros de las dos lanchas a ordenar su entrega, en inglés y francés, que al no ser atendidas, dieron lugar al lanzamiento de algunos disparos al aire, y a que la lancha de asalto se acercara al esquife para abordarlo, momento en el que sus ocupantes observaron que uno de los acusados se puso de pie, haciendo un movimiento sospechoso con una mano, que determinó dos nuevos disparos alcanzando uno de ellos, en la parte torácica, a Raagegese, abordando finalmente el esquife y procediendo al traslado de los acusados a la fragata, donde el lesionado fue atendido médicamente, y donde ambos permanecieron custodiados hasta su desembarco en Yibuti y posterior traslado en un avión del Ejército del Aire español a la Base Aérea de Torrejón de Ardoz, donde aterrizó en la madrugada del 13 de octubre de 2.009, y desde donde el referido lesionado fue trasladado al Hospital Gregorio Marañón.

El esquife, que no poseía ningún arte de pesca, iba provisto de 16 bidones de combustible, ropa de aspecto occidental, 6 móviles, de los que, uno de ellos, el de marca Sigmatel, modelo N82Y, era de uso de uno de los detenidos, una navaja de Albacete y 2400 dólares, propiedad de los tripulantes y 76 billetes de moneda somalí, propiedad de los detenidos.

Séptimo.- Transcurridos los primeros días, los tripulantes regresaron desde el comedor donde habían permanecido a sus camarotes de donde sólo salían a las horas de las comidas y en las contadas ocasiones en que se les permitía ir al baño, sin que tal cambio supusiera una mayor tranquilidad y posibilidad de conciliar el sueño, no sólo porque los asaltantes abrían continuamente los camarotes, sino porque en sus continuas idas y venidas por los pasillos realizaban frecuentes disparos y el ruido propio y continuo de cargar sus armas, impidiendo cualquier posibilidad de descansar.

Octavo.- Fue precisamente una vez que los tripulantes habían regresado a sus camarotes cuando se incrementó su desazón y un palpable riesgo de perder su vida.

En efecto, tras conocer los secuestradores a través de la BBC de la radio del barco, -que emitía dos horas diarias en somalí-, la noticia de la detención de los acusados y su posterior traslado a España, aumentaron las formas de intimidación hacia la tripulación, que en esas fechas ignoraban que el esquite de los acusados había sido aprehendido y sus ocupantes detenidos.

Entre estas, les obligaron a abandonar sus camarotes y a reunirse en el puente donde debían tumbarse boca abajo y en tal situación, estando todos ellos apelotonados y tratando inútilmente de protegerse, empezaron a disparar por encima de sus cabezas, ráfagas con rifles, metralletas montadas en sus trípodes y bazokas, burlándose y haciendo mofa del pánico que mostraban sus caras, y de la propia descomposición que experimentaban sus organismos, mientras les amenazaban diciéndoles que si los acusados no venían, no serían soltados -(no come, no go)- añadiendo que algunos de ellos serían entregados a las familias de los acusados para que hicieran lo que quisieran con ellos en tanto no fueran entregados.

Con esa misma intención de aumentar el miedo y el desasosiego a la tripulación, les conminaron a llamar a sus familias no sólo para informarles, de viva voz, de la desesperada situación en la que se encontraban, sino para hacerles saber que si los acusados no eran entregados o no se cumplían las condiciones que los secuestradores exigían, serían entregados a las familias de los acusados para que hicieran lo que quisieran.

Las citadas llamadas no podían rebasar los 3 minutos, pues en otro caso, el secuestrador que permanecía al lado del tripulante mientras realizaba la llamada ponía su arma en la sien en señal de que podía ser disparada.

Cuando le llegó el turno al patrón, en vez de comunicar con su familia, llamó, en un descuido de sus captores, a la fragata Canarias para preguntarles si la noticia de la detención de los dos acusados había salido publicada, y tras recibir una respuesta afirmativa, lamentó profundamente y con un enojo la difusión de la noticia pensando que no saldrían con vida.

Para dar más verosimilitud al peligro de perder sus vidas, los secuestradores, tal como ya habían amenazado, escogieron a tres miembros de la tripulación con la intención de llevarlos a tierra para entregarlos a las familias de los acusados e hicieran con ellos lo que quisieran, embarcándolos a tal efecto en uno de sus esquifes con el que se dirigieron hacia la costa, regresando subrepticamente al pesquero con objeto de que su presencia no fuera advertida por el resto de la tripulación y ocultándoles hasta la finalización del secuestro en un camarote.

Tras los episodios de las llamadas a las familias, del simulacro de fusilamiento y del alejamiento de tres tripulantes en uno de los esquifes, la tripulación regresó a sus camarotes

donde seguía siendo continuamente atemorizada por las continuas entradas intempestivas de los secuestradores con sus armas.

Al panorama anterior se unían otros detalles relatados por una gran mayoría de los tripulantes, como era el que muchas tardes los secuestradores consumieran diversos tipos de hierbas, lo que disminuía el control de sus facultades, surgiendo frecuentes discusiones y peleas entre ellos, quienes además de malgastar el agua, hacían sus necesidades junto a los camarotes.

En estas condiciones, Elias ordenó poner rumbo hacia las costas de Somalia hasta llegar a un fondeadero situado a una ó dos millas de la costa y en el que se encontraban unos 20 barcos secuestrados, entre ellos, el llamado "Ariadna", al que los asaltantes obligaron al patrón y al capitán a dar combustible y cuya tripulación, entre la que se encontraban dos mujeres y un bebé, presentaba evidentes síntomas de desnutrición y agotamiento, haciéndoles entrega, además del combustible, de comida, agua y medicinas.

Noveno.- Durante el tiempo que duró el secuestro del "Alakrana" acudía con frecuencia al pesquero un tal "Yama", -llamado por la tripulación el "negociador"-, que, de una parte, y con anuencia de Elias, transmitía a la tripulación las oportunas órdenes a través del capitán Iker, hablando entre ambos en inglés; de otra daba órdenes a los secuestradores poniendo al efecto diversas notas en sitios de paso para una mayor organización, establecía turnos de relevo entre unos y otros poniendo un poco de orden, y de otra, mantenía frecuentes contactos telefónicos con el representante legal de la empresa armadora, Kepa, para negociar las condiciones del rescate y al que le exigió, para la devolución del pesquero y de la tripulación, 10 millones de dólares y la entrega de los dos acusados.

Como quiera que el citado no pudiera hacer frente al referido importe, ni tampoco estuviera a su alcance la entrega de los acusados, el curso de las posteriores negociaciones con el tal "Yama" las realizó un tal "Pepe", con el que se inició un trato telefónico frecuente sobre las condiciones del rescate, quien, como su antecesor, le hizo ver la imposibilidad de entrega de los acusados al estar detenidos a disposición de la justicia española; de modo que las negociaciones se centraron en el aspecto económico.

Llegados a un acuerdo sobre la cantidad inicialmente exigida por "Yama", el 17 de noviembre de 2.009, acudieron al pesquero, que seguía en el fondeadero a escasa distancia de la costa, unos 30 ó 40 secuestradores además de los 20 que solían estar en la embarcación diariamente, a la espera de la recepción de la cantidad negociada, que fue arrojada, desde una avioneta, en el interior de dos cilindros que cayeron al mar junto al pesquero y que inmediatamente fueron recogidos por los asaltantes quienes, acto seguido, empezaron a abandonar el pesquero.

A partir de entonces se acercaron al pesquero, con intención de protegerlo y evitar un nuevo apresamiento dos helicópteros de la fragata Canarias y esta última hasta las proximidades de las islas Seychelles.

Como consecuencia de los 47 días en que los 36 miembros de la tripulación estuvieron secuestrados, todos ellos padecieron, en mayor o menor medida, una situación de stress que les ha venido afectando a conciliar el sueño durante lapsos diversos de tiempo, según la propia reacción de cada uno, desapareciendo paulatinamente en la mayoría de los casos; además y como ya se ha indicado, han sido privados de las cantidades de dinero que cada uno de ellos guardaban y de pertenencias tales como ordenadores, radios y ropa.

En concreto, y acerca de la situación médica, constan acreditados ciertos datos que se exponen a continuación, así como varios de los efectos sustraídos:

- Gaizka, padeció durante su detención un cólico nefrítico que precisó un primer tratamiento médico consistente en la administración de buscapina que le fue suministrada por el equipo médico de la fragata Canarias, y posterior tratamiento urológico en tierra. Posteriormente ha presentado una situación de stress con duración hasta diciembre de 2.010, que también ha sido apreciado en su esposa e hija.

Al citado le fueron sustraídos los siguientes efectos: un móvil Sony Ericsson W 380I; un ordenador Toshiba A 200 y maletín de la misma marca; dos juegos de ordenador; 6 pantalones cortos de trabajo; 6 camisetas de manga corta de trabajo; 6 pantalones cortos y otras 6 camisetas de manga corta y unas chanclas para la ducha.

- Francisco, también padeció una situación de stress hasta diciembre de 2.010, le fueron sustraídos: 500 euros; 600 rupias; una maleta grande marca "Samsonite"; un móvil, un reloj; toda la ropa de calle y de trabajo; efectos de aseo; cepillo de dientes eléctrico; auriculares y micrófono del PC ratón de ordenador; zapatos de seguridad; un par de zapatos marca Art; cartera con documentación y fotos familiares; dos pares de deportivas Adidas y otras de chanclas de la misma marca y dos pares de sandalias.

- Víctor, jefe de máquinas, se encuentra de baja como consecuencia de la situación de stress sufrida.

- Antonio, que ejercía de electricista, padeció una situación de insomnio durante unos cuantos meses que ha cesado en la actualidad.

- Secundino, panguero, padeció durante un tiempo ansiedad que le impidió dormir, si bien la referida situación ha cesado en la actualidad.

- El marinero y espivotero Pablo estuvo en tratamiento durante 6 meses, empezando después a trabajar en tierra.

- El capitán Iker, después de un periodo de stress reanudó su actividad profesional, habiendo navegado en el mismo barco.

- El engrasador, José Carlos, estuvo en tratamiento como consecuencia de no poder dormir, si bien ya se encuentra recuperado.

- Pedro, engrasador, estuvo en tratamiento, pero ha vuelto a desempeñar su función en el mismo barco.

- Joaquín, marinero, padeció frecuentes pesadillas durante los primeros meses, que van remitiendo.

- El oficial de máquinas José Manuel, manifestó no tener secuelas en la actualidad.

- El cocinero Ángel M^a, manifestó no padecer ya secuelas.

- El ayudante de cocina José Luis, manifestó no padecer secuelas y haberse embarcado nuevamente.

- El contraamaestre José Antonio, manifestó no haber padecido secuelas.

- El patrón, Ricardo, manifestó no haber padecido secuelas".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Cabdiweli y a Raagegese, como autores criminalmente responsables de los delitos que a continuación se dirán, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas siguientes:

1º.- Por la comisión de un delito de asociación ilícita, la pena, para cada uno de ellos, de dos años de prisión y multa de doce meses a razón de 6 euros diarios.

2º.- Por la comisión de 36 delitos de detención ilegal, 36 penas de 11 años de prisión, para cada uno de los acusados.

3º.- Por la comisión de un delito de robo con violencia, la pena, para cada uno de los acusados, de 5 años de prisión.

4º.- Por la comisión de los 36 delitos contra la integridad moral, 36 penas de un año de prisión, para cada uno de los citados.

En materia de costas, se imponen a los acusados, el pago por mitad de las causadas, incluyendo expresamente las de las dos acusaciones particulares.

Igualmente debemos absolver y absolvemos a los citados acusados de los siguientes delitos imputados por las acusaciones particulares:

1º.- 36 delitos de terrorismo.

2º.- Un delito de pertenencia a banda armada.

3º.- Un delito de lesiones.

4º.- Un delito de torturas.

En materia de responsabilidad civil, se condena conjunta y solidariamente a los acusados al abono, a cada tripulante, de las cantidades siguientes: por el dinero y efectos apropiados, 2.500 euros y por los daños morales, 100.000 euros.

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

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por la Procuradora Sra. Cano Ochoa en nombre y representación de Cabdiweli y Raagegese; la Procuradora Sra. Alarcón Martínez en nombre y representación de Gaixka y Francisco; y el Procurador Sr. Calleja García en nombre y representación de Andoni y José Víctor, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las

certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) Cabdiweli y Raageggesey:

Primero.- Por infracción de Ley del Art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación de los artículos de índole sustantivo, retroactividad de la norma más favorable.

Segundo.- Por infracción de Ley del art. 849.2 LECrim. por haberse producido error en la apreciación de la prueba derivado de documentos auténticos obrantes en la causa y no controvertidos, tutela Judicial efectiva.

B) Gaizka y Francisco:

Primero.- Por infracción de Ley del núm. 2 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al incurrir la sentencia en error en la apreciación de la prueba, según resulta de la documentación obrante en autos, al no dar por probada el juzgador la nomenclatura, fines y estructura del grupo armado que atacó y secuestro el pesquero "ALAKRANA", del que los condenados son miembros así como su colaboración con la organización terrorista Shaabad.

Segundo.- Por infracción de Ley del núm. 2 del art. 849 de la L.E.Crim. al incurrir la sentencia en error en la apreciación de la prueba, al dar por probadas el juzgador en su integridad las lesiones sufridas.

Tercero.- Por infracción de Ley del núm. 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 515.2, en relación al artículo 516.2, ambos del Código Penal y la doctrina que los interpreta.

Cuarto.- Por infracción de Ley del núm. 1 del art. 849 de la L.E.Crim., por inaplicación del artículo 572 del C.P. y la doctrina que lo interpreta.

Quinto.- Por infracción de Ley del núm. 1 del art. 849 de la L.E.Crim. por inaplicación del art. 576 del C.P. y la doctrina que lo interpreta.

Sexto.- Por infracción de Ley del núm. 1 del art. 849 de la L.E.Crim., por inaplicación del artículo 147 del C.P. y la doctrina que lo interpreta.

Séptimo.- Por infracción de Ley del art. 849 de la L.E.Crim. por infracción del artículo 2.2 del C.P. y la doctrina que lo interpreta.

Octavo.- Por infracción de Ley del art. núm. 1 del art. 849 de la L.E.Crim. por infracción de los artículos 109 a 115 del C.P. y la doctrina que lo interpreta.

Noveno.- Por quebrantamiento de forma del núm. 1, segundo inciso, de art. 851 de la L.E.Crim., por resultar manifiesta contradicción en el relato fáctico de la sentencia.

Décimo.- Por quebrantamiento de forma del núm. 3 del art. 851 de la L.E.Crim. y por infracción de precepto constitucional (art. 24 CE) con base procesal en el art. 5.4 de la L.O.P.J.

C) Andoni y José Víctor:

Primero.- Por error en la apreciación de la prueba al amparo del núm. 2 del art. 849 de la L.E.Crim.

Segundo.- Se funda en el núm. 1 del art. 849 de la L.E.Crim. al haberse infringido los artículos 516-2 y 515-2 del Código Penal, por falta de aplicación.

Tercero.- Se funda en el núm. 1 del art. 849 de la L.E.Crim. por haberse infringido los art. 572-2º del C.P., por falta de aplicación.

Cuarto.- Se funda en el núm. 1 del art. 849 de la L.E.Crim., al haberse infringido los art. 109, 110, 111, 113 y 115 del C.P., por falta de aplicación.

Quinto.- Por quebrantamiento de forma al amparo del párrafo tercero del art. 851 de la L.E.Crim., al no haber procedido la sentencia a resolver sobre la indemnización.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 30 de noviembre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- La Sección Cuarta de la Audiencia Nacional condenó, en sentencia dictada el 3 de mayo de 2011, a Cabdiweli y a Raageggesey, como autores responsables de los siguientes delitos:

1º Un delito de asociación ilícita, a la pena, para cada uno de ellos, de dos años de prisión y multa de doce meses a razón de 6 euros diarios.

2º Por la comisión de 36 delitos de detención ilegal, a 36 penas de 11 años de prisión, para cada uno de los acusados.

3º Un delito de robo con violencia, a la pena, para cada uno de los acusados, de 5 años de prisión.

4º Por la comisión de los 36 delitos contra la integridad moral, 36 penas de un año de prisión para cada uno de los acusados. En materia de costas, se impone a los acusados el pago por mitad de las causadas, incluyendo expresamente las de las dos acusaciones particulares.

De otra parte, la Audiencia absolvió a los dos acusados de 36 delitos de terrorismo; de un delito de pertenencia a banda armada; de un delito de lesiones; y de un delito de torturas, delitos imputados por las acusaciones particulares.

En materia de responsabilidad civil, se condenó conjunta y solidariamente a los acusados al abono, a cada tripulante, de las cantidades siguientes: por el dinero y efectos apropiados, 2.500 euros; y por los daños morales, 100.000 euros.

La sentencia fue recurrida en casación por la defensa de los dos acusados y también por las dos acusaciones particulares.

A) Recurso de Cabdiweli y Raageggesey.

Primero. Razones de orden metodológico y sistemático en el ámbito procesal y de claridad en la exposición nos llevan a reordenar los motivos del recurso a los efectos de su examen en esta instancia. De modo que se comenzará por el segundo motivo, que se refiere al apartado probatorio de la sentencia, y se examinará después el primero, que atañe a las cuestiones de derecho penal sustantivo que suscita la defensa.

1. Centrados, pues, en el motivo segundo, invoca la parte recurrente, con cita del art. 849.2 de la LECr., la existencia de error en la apreciación de la prueba derivado de documentos auténticos obrantes en la causa y no controvertidos, citando también la vulneración de la tutela judicial efectiva.

El argumento en que se sustenta el motivo no es la existencia de documentos que acrediten el error probatorio, sino, curiosamente, en que no se han traído a la causa los documentos relativos a las conversaciones entre los representantes del Gobierno español y los secuestradores del barco atunero Alakrana, documentos que han sido clasificados como secretos y que no han sido desclasificados para que operaran probatoriamente en la causa. De la argumentación de la parte se desprende con meridiana claridad que el motivo ha sido mal planteado, toda vez que no existe documento alguno en la causa que acredite el error en la apreciación de la prueba, sino que lo que sucede, a tenor de las alegaciones de la defensa, es que han sido denegados como prueba ciertos documentos que se hallaban clasificados como secretos y cuya desclasificación interesó la parte en su momento, sin que se accediera a realizar los trámites para ello por no considerarse necesaria ni relevante la prueba documental solicitada. Siendo así, no cabe duda de que el cauce procesal adecuado para impugnar la decisión del Tribunal de instancia era el previsto en el art. 850.1 de la LECr., esto es, el quebrantamiento de forma consistente en la denegación de alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente.

2. Con respecto al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa tiene establecida el Tribunal Constitucional una consolidada y reiterada doctrina (SSTC 165/2004, de 4-10; 77/2007, de 16-4; y 208/2007, de 24-9), en la que se afirma, entre otros argumentos, que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, práctica, valoración, etc.) causa por sí misma indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa, de modo que, de haberse practicado la prueba omitida o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta. Además, la parte recurrente debe justificar la indefensión sufrida. Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus

pretensiones; sólo en tal caso (comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado) podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo pide amparo.

Esta Sala de Casación ha señalado también una serie de requisitos formales y materiales para que este motivo pueda prosperar (SSTS 784/2008, de 14-11; y 5/2009, de 8-1), destacando entre los últimos aquel en que se exige que la prueba sea relevante, de modo que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (SSTS núm. 1591/2001, de 10-12 y 976/2002, de 24-5); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión (STS 1289/1999, de 5-3); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

3. La traslación de los criterios jurisprudenciales que se acaban de exponer al caso concreto constata la inviabilidad del motivo. En primer lugar porque la parte no acredita la necesidad de la prueba documental que postula ni tampoco la indefensión que le genera su denegación. En el escrito de recurso solo se hace una mera referencia a la hipótesis especulativa de que en el curso de las negociaciones mantenidas entre la representación española y los secuestradores pudiera haber aflorado el dato de que los dos recurrentes no tenían nada que ver con la organización del secuestro ni tampoco con los sujetos que lo llevaron a cabo. No se afirma por tanto que tales documentos constituirían una prueba evidenciadora de que los acusados intervinieron en los hechos debido a que fueron amenazados o coaccionados para ello, que es la versión que sostiene la parte recurrente; sino que, ignorando todo lo relativo a tales negociaciones y a quiénes las llevaron a cabo y qué sujetos salieron a colación en el curso de las mismas, la defensa se limita a especular con la posibilidad remota de que casualmente conste algún dato objetivo que excluya la responsabilidad de los dos acusados. Frente a ello obran en la causa los elementos incriminatorios de prueba consistentes en que los secuestradores acudieron en el pesquero hasta donde se hallaba el esquite de los acusados, los remolcaron y después los subieron a bordo.

Una vez dentro del barco atunero, ambos acusados actuaron como unos protagonistas más del secuestro, desempeñando el esquite que pilotaban la función de embarcación nodriza, según se desprende de los bidones de combustible que transportaba en su interior. La concluyente prueba testifical que obra en la causa y que se cita en la sentencia acredita la conducta activa que desarrollaron ambos acusados en la primera parte del secuestro, prácticamente hasta que fueron detenidos. Su protagonismo pilotando un tercer barco con funciones de embarcación nodriza; su subida al buque atunero secuestrado; su estancia en este como unos secuestradores más; su intento de huida cuando fueron sorprendidos por los buques de la Armada Española abandonando el lugar; y su enfrentamiento con los marinos de guerra españoles cuando estos se disponían a detenerlos, son datos más que suficientes para evidenciar la coautoría de ambos inculpados, tal como se pormenoriza y fundamenta en la sentencia recurrida. De hecho, los propios acusados admitieron la certeza de los actos que se les imputan de colaboración en el secuestro, alegando como argumento exculpativo la versión inverosímil, por lo extravagante e inusitada que se muestra, de que habían sido coaccionados y amenazados para cooperar con los secuestradores. La innecesariedad e irrelevancia de la documentación clasificada para operar como prueba de descargo con unos fines meramente hipotéticos y conjeturales justifica plenamente la negativa del Tribunal de instancia.

Así lo entendió la Audiencia después de que el Centro Nacional de Inteligencia (CNI) le indicara que no era posible legalmente informar sobre lo solicitado por el Juzgado debido a que la materia había sido clasificada por el Consejo de Ministros (folio 839). Pues cuando dictó el auto de 14 de diciembre de 2010 (folio 769 del Rollo) resolviendo sobre la admisión de pruebas, se remitió al criterio mantenido por el Tribunal Supremo en torno a la desclasificación de los documentos en causas penales, e hizo hincapié como argumento de fondo en la “nula trascendencia” que para este proceso en concreto tenía la documentación clasificada, dado que el tipo penal del secuestro se articula sobre la base de exigir una condición y no sobre la de su cumplimiento efectivo.

En las tres sentencias dictadas el 4 de abril de 1997 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal, con motivo de la solicitud de desclasificación de algunos documentos del CESID declarados secretos y que se solicitaban como prueba en las causas penales por asesinato que se tramitaban en la Audiencia Nacional por el fallecimiento en circunstancias sospechosas de algunos miembros de comandos terroristas de la organización ETA, se argumentó por el Pleno de la Sala Tercera de este Tribunal que para desclasificar unos documentos declarados secretos ha de ponderarse el equilibrio constitucional entre la obligación de garantizar la seguridad del Estado y el derecho a la tutela judicial efectiva de los sujetos interesados en la documentación. Y también se afirma en esas resoluciones que debe entenderse que, en principio, el juicio sobre la relevancia de los documentos como medios adecuados e idóneos para la investigación sumarial es una competencia exclusiva del Juez de Instrucción, aunque sometida al régimen de “exposición razonada” fundada en el art. 187 de la LECr.

Pues bien, en el presente caso, a diferencia de lo que sucedió con las tres causas penales examinadas en las sentencias de la Sala Tercera del TS de 4 de abril de 1997, ni la Audiencia consideró relevantes las pruebas documentales interesadas por la defensa, ni tampoco esta ha acreditado en sus escritos, según ya se ha anticipado, la necesidad y trascendencia en este proceso de los documentos clasificados; de suerte que no consta en modo alguno acreditado que su no aportación conlleve un menoscabo real y efectivo para el ejercicio del derecho de defensa de los acusados. Y lo mismo debe replicarse y por iguales razones sobre la negativa de que comparecieran a deponer como testigos en la vista oral del juicio la ministra de Defensa, el exministro de Asuntos Exteriores y el embajador de España en Kenia. El objeto de esta prueba testifical serían también las negociaciones entre las autoridades españolas y los secuestradores o los intermediarios que estos habían designado para poner fin al secuestro de los tripulantes del atunero ALAKRANA previo pago de una suma de dinero. Pero como el cumplimiento de esa condición no constituye uno de los requisitos integrantes del tipo penal de secuestro que se le aplicó a los acusados, y tampoco se prevé que tales testimonios fueran relevantes para el ejercicio del derecho de defensa, la denegación de la prueba se ajusta a derecho y no vulnera ni el derecho a la tutela judicial efectiva ni tampoco el de defensa, en contra de lo que se alega por la parte recurrente sin razones que lo fundamenten. El motivo, en consecuencia, deviene inasumible.

4. Dentro del mismo motivo segundo dedica la defensa solo tres líneas de su escrito a afirmar simplemente que los tribunales españoles carecen de competencia para enjuiciar esta causa, sin aportar argumento alguno que sirva de base para apoyar su rotundo aserto. El Tribunal de instancia ya había resuelto la cuestión competencial en el auto dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 2 de noviembre de 2.009 (folio 363 y ss.), y también, con posterioridad, con motivo de resolver como artículo de previo pronunciamiento sobre el mismo extremo mediante el auto de 9 de diciembre de 2.010 (folios 758 y ss del Rollo de Sala).

En esta resolución se argumentó que la jurisdicción española sobre los hechos viene determinada por la dicción del párrafo 1º del artículo 23 de la LOPJ., que atribuye a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos bien en territorio español o bien a bordo de buques o aeronaves españoles, dejando a salvo lo que dispongan los tratados internacionales de los que España sea parte. Y con respecto a los tratados en vigor suscritos por España, la Audiencia se apoyó en el Convenio para la Represión de actos ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, de 10 de marzo de 1.988, con entrada en vigor el 1 de marzo de 1.992; en el artículo 105 de la Convención sobre el Derecho del Mar; y, por último, ya dentro del marco de la Unión Europea, en la Acción Común 2008/851 PESC del Consejo, de 10 de noviembre de 2.008, relativa a la Operación militar para contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y de robo a mano armada frente a las costas de Somalia, adoptada en apoyo y bajo cobertura de las resoluciones 1814, 1816 y 1838 (2008), del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (artículo 12). Frente a esta motivación del Tribunal sentenciador no aporta alegación alguna la defensa de los acusados, que se limita a afirmar que en su día ya cuestionó la competencia de los tribunales españoles para conocer de los hechos perseguidos en este proceso. No concurriendo pues argumento alguno que contradiga la decisión y los razonamientos de la Audiencia, y estimándose que la respuesta de la Sala de instancia se ajusta a derecho, se considera zanjado el debate y el submotivo por lo tanto se desestima.

Segundo.- 1. En el motivo primero la defensa de los acusados denuncia, por la vía del art. 849.1 de la LECr., la vulneración de la norma que contempla el nuevo tipo penal de piratería, por resultar más favorable para los acusados que los preceptos aplicados. Y cita al respecto los artículos que amparan la retroactividad penal cuando resulta más favorable al reo (art. 9.3, 24 y 25 de la CE). La pretensión de la parte recurrente de que se le aplique el art. 616 ter del C. Penal, establecido en la reforma por LO 5/2010, de 22 de junio, solo puede entenderse como un error de la defensa, toda vez que en modo alguno le resulta favorable la aplicación de tal precepto. La nueva norma dice así: “El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años.

En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos”.

Por consiguiente, al aplicarle a los acusados el nuevo precepto serían castigados, además de por los delitos por los que ya lo han sido en la sentencia recurrida, por un delito a mayores de piratería que conlleva una pena de 10 a 15 años de prisión, pena que habría de sumarse a los 439 años de prisión que se les impuso a ambos acusados como coautores de los delitos de secuestro de 36 personas, atentado contra la integridad moral contra el mismo número de víctimas, asociación ilícita y robo con violencia e intimidación. La única explicación que tiene la petición de la parte -puesto que su alegación se muestra ayuna de todo argumento- es que interprete que el nuevo tipo penal de piratería absorbe los delitos ejecutados contra los bienes personales de las víctimas; de modo que el castigo del primero con una pena de prisión de diez a quince años embebería o desplazaría la imposición de los 439 años de prisión correspondientes a los delitos que fueron objeto de condena en la instancia. Se trata, obviamente, de una interpretación inasumible, toda vez que el delito de piratería entraría en concurso real con los restantes delitos contra bienes individuales de las víctimas, tal como se refleja en el segundo párrafo del nuevo precepto, cuando advierte que “la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos”.

El nuevo tipo penal de piratería es un delito contra la comunidad internacional mediante el que se protege la seguridad del tráfico marítimo y aéreo, bien jurídico supraindividual distinto de los bienes individuales que se tutelan en los tipos penales por los que han sido condenados los recurrentes en la sentencia de instancia. Dado lo cual, es patente de que en el caso de que se asumiera la tesis de la defensa el acusado no solo resultaría penado por los delitos que ahora se cuestionan sino también por otro de nueva implantación en la última reforma del texto punitivo. De ahí que la tesis de la defensa resulte inacogible.

2. Dentro del mismo motivo primero y por el mismo cauce de la infracción de ley cuestiona también la defensa la coautoría de los dos recurrentes con respecto a los tipos penales que son objeto de condena. Y para ello acude a dos argumentos. El primero lo centra en reiterar su versión fáctica de que no colaboraron voluntariamente con los restantes autores del abordaje del barco sino que lo hicieron forzados o amenazados por el grupo a que estos pertenecen. Esta Sala tiene declarado de forma insistente y reiterada que el cauce procesal de la infracción de Ley (art. 849.1 LECr.) impone que se respeten en su integridad los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, de modo que cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento de los hechos desencadena la inadmisión del motivo (art. 884.3 de LECr.) y en trámite de sentencia su desestimación (SSTS 283/2002, de 12-2; 892/2007, de 29-10; 373/2008, de 24-6; 89/2008, de 11-2; y 114/2009, de 11-2).

En el caso enjuiciado la incoherencia de la parte recurrente resulta ostensible, dado que en el propio motivo de impugnación incide en que se limita a respetar los hechos probados por ser consciente de cuál es la vía procesal elegida y la naturaleza del recurso interpuesto. Pese a lo cual, se aparta del "factum" de la sentencia recurrida y vuelve a insistir en su versión de que los dos acusados actuaron amenazados. Todavía se aporta un segundo argumento impugnativo, centrado, esta vez sí, en la infracción de ley consistente en afirmar que del relato fáctico de la sentencia no se desprende que los acusados fueran auténticos coautores de los delitos por los que han sido condenados. La lectura de los hechos que protagonizaron los dos acusados es suficiente para desvirtuar la tesis exculpatoria de la defensa. En efecto, en el apartado quinto de los hechos probados se afirma que "Efectuado lo anterior, los asaltantes obligaron, rifle en mano, al patrón y al capitán a dirigir el pesquero hasta el lugar donde se encontraba un esquiife de mayor tamaño, provisto con grandes cantidades de combustible y en el que se encontraban los acusados Cabdiweli y a Raageggesey, quienes, una vez en el pesquero con sus correspondientes armas, ordenaron remolcar su embarcación, realizando con los demás labores de vigilancia de la tripulación en el comedor o en la cocina, durante el tiempo que permanecieron a bordo. En la noche del 3 de octubre de 2.009, los citados acusados, Ernesto y Santos, abandonaron el pesquero y regresaron a su embarcación a la que trasladaron varios de los efectos y dinero sustraído por sus compañeros".

Y en el apartado siguiente del "factum" se describe cómo fueron perseguidos los dos acusados por una fragata de la Marina Española, hasta que finalmente consiguieron abordar su esquiife, momento en que incluso hubo un tiroteo debido a la oposición que hicieron, como consecuencia del cual resultó herido el acusado Raageggesey. Por consiguiente, sí estaban integrados ambos acusados en el grupo o asociación ilícita de los restantes coautores y sí intervinieron con actos concretos en el abordaje del barco ALAKRANA, en el secuestro de los tripulantes y en el apoderamiento de los bienes personales de la tripulación, parte de los cuales, según se ha reseñado, se los llevaron los propios acusados en el esquiife-nodrizza en que abandonaron el barco atunero. Por lo tanto actuaron en todo momento en connivencia con los restantes secuestradores y cometieron también actos directos subsumibles en los tipos penales de asociación ilícita, secuestro y robo con violencia e intimidación, de los que han de

ser considerados autores. Y si bien es verdad que, una vez que fueron detenidos, ya no pudieron proseguir interviniendo en el secuestro, su integración en la asociación delictiva y su intervención en la planificación, en la preparación y en la ejecución de la primera parte del secuestro les atribuye la condición de partícipes -cooperadores necesarios del tipo agravado- en la conducta relativa al secuestro durante los días sucesivos que ejecutaron los coautores no enjuiciados, toda vez que lo planificado, acordado y preparado era secuestrar a los tripulantes del barco durante el tiempo preciso para obtener el pago del rescate que se había fijado como objetivo de toda la actuación delictiva. Por lo tanto, sí contribuyeron con su conducta a que pudiera ejecutarse el secuestro y a obtener el objetivo del rescate que se fijaron. Ahora bien, aunque los hechos que se declaran probados permiten subsumir la conducta de los dos acusados, tal como se acaba de señalar, en los tipos penales de asociación ilícita, secuestro y robo con violencia o intimidación, no puede afirmarse lo mismo con respecto a los 36 delitos contra la integridad moral, previstos en el art. 173.1 del texto punitivo, según se argumentará a continuación, delitos que, por cierto, no les fueron imputados por el Ministerio Fiscal en el juicio celebrado en la instancia.

3. En efecto, en el "factum" de la sentencia recurrida se afirma lo siguiente con respecto a los actos relativos a los delitos contra la integridad moral: "Fue precisamente una vez que los tripulantes habían regresado a sus camarotes cuando se incrementó su desazón y un palpable riesgo de perder su vida.

En efecto, tras conocer los secuestradores a través de la BBC de la radio del barco, -que emitía dos horas diarias en somalí-, la noticia de la detención de los acusados y su posterior traslado a España, aumentaron las formas de intimidación hacia la tripulación, que en esas fechas ignoraban (sic) que el esquiife de los acusados había sido aprehendido y sus ocupantes detenidos.

Entre estas, les obligaron a abandonar sus camarotes y a reunirse en el puente donde debían tumbarse boca abajo y en tal situación, estando todos ellos apelonados y tratando inútilmente de protegerse, empezaron a disparar por encima de sus cabezas ráfagas con rifles, metralletas montadas en sus trípodes y bazokas, burlándose y haciendo mofa del pánico que mostraban sus caras, y de la propia descomposición que experimentaban sus organismos, mientras les amenazaban diciéndoles que si los acusados no venían, no serían soltados -(no come, no go)- añadiendo que algunos de ellos serían entregados a las familias de los acusados para que hicieran lo que quisieran con ellos en tanto no fueran entregados.

Con esa misma intención de aumentar el miedo y el desasosiego a la tripulación, les conminaron a llamar a sus familias no sólo para informarles, de viva voz, de la desesperada situación en la que se encontraban, sino para hacerles saber que si los acusados no eran entregados o no se cumplían las condiciones que los secuestradores exigían, serían entregados a las familias de los acusados para que hicieran lo que quisieran.

Las citadas llamadas no podían rebasar los 3 minutos, pues en otro caso, el secuestrador que permanecía al lado del tripulante mientras realizaba la llamada ponía su arma en la sien en señal de que podía ser disparada.

Cuando le llegó el turno al patrón, en vez de comunicar con su familia, llamó, en un descuido de sus captores, a la fragata Canarias para preguntarles si la noticia de la detención de los dos acusados había salido publicada, y tras recibir una respuesta afirmativa, lamentó profundamente y con un enojo la difusión de la noticia pensando que no saldrían con vida.

Para dar más verosimilitud al peligro de perder sus vidas, los secuestradores, tal como ya habían amenazado, escogieron a tres miembros de la tripulación con la intención de llevarlos a tierra para entregarlos a las familias de los acusados e hicieran (sic) con ellos lo que quisieran, embarcándolos a tal efecto en uno de sus esquifes con el que se dirigieron hacia la costa, regresando subrepticamente al pesquero con objeto de que su presencia no fuera advertida por el resto de la tripulación y ocultándoles hasta la finalización del secuestro en un camarote.

Tras los episodios de las llamadas a las familias, del simulacro de fusilamiento y del alejamiento de tres tripulantes en uno de los esquifes, la tripulación regresó a sus camarotes donde seguía siendo continuamente atemorizada por las continuas entradas intempestivas de los secuestradores con sus armas.

Y en lo que respecta a la subsunción de estos hechos en el tipo penal del art. 173, se argumenta jurídicamente en la sentencia (fundamento cuarto, folios 39 y 40) que “los hechos descritos revisten los caracteres de 36 delitos contra la integridad moral del artículo 173, y ello por dos razones: en primer lugar, porque el delito de detención ilegal no requiere para su consumación ni la existencia de torturas ni de trato degradante de la víctima, de forma que si estos actos existen, habrá una nueva figura delictiva que se acumule a la anterior y no cabe duda de que los episodios ya expuestos como:

1º El denominado por los tripulantes "simulacro de fusilamiento colectivo".

2º O el que acto seguido, tres tripulantes se alejaron en uno de los esquifes para ser entregados, supuestamente, a las familias de los acusados para hacer de ellos lo que quisieran.

3º La obligación de llamar a sus familiares para despedirse de ellos.

4º El impedir ducharse, lavarse o cambiarse de ropa.

5º El mofarse y burlarse del miedo o aspecto que presentaban, les convierte en autores de esa figura delictiva. En segundo lugar, por el mismo fundamento que en el supuesto anterior, esto es, el mutuo acuerdo, en su condición de elemento subjetivo de la coautoría, (artículo 28 del Código Penal) les convierte en autores haciendo responder, a cada partícipe, no sólo de los concretos actos realizados materialmente por él, sino también de los realizados por los demás en pro del objetivo común. De tal modo, que incluso aunque los acusados ya no estaban en el atunero, aunque materialmente no dispararan por encima de las cabezas de los tripulantes, aunque no se burlaron (sic) ni se rieran de ellos por el pánico que veían en sus caras, el objetivo común que les unía, les convierte en autores penales de lo que materialmente realizaban el resto de los secuestradores”.

Esta argumentación del Tribunal de instancia no se puede compartir. En primer lugar, porque, tal como se describe en el relato de hechos probados, los actos realmente degradantes y vejatorios contra la tripulación se desencadenaron a partir de que los secuestradores que permanecían en el barco se enteraron a través de la radio de que los dos acusados habían sido detenidos por los marinos de la fragata española “Canarias”. Fue entonces, según se dice en el “factum” de la sentencia, cuando comenzaron a ejecutar los simulacros de fusilamientos, a aparentar que estaban entregando a algunos de los secuestrados a las familias de los secuestradores detenidos con el fin de que se vengaran y a obligar a los secuestrados a llamar por teléfono a España con el fin de presionar a sus familiares para que exigieran la liberación

de los dos secuestradores detenidos, ya que de no liberarlos peligraba la vida de las víctimas del secuestro. En la STS núm. 258/2007, de 19 de julio, se argumenta que: "En la doctrina reciente es discutido si el dolo del partícipe, especialmente del cooperador, debe ser referido sólo a la prestación de ayuda o si además se debe extender a las circunstancias del hecho principal. Sin embargo, la opinión dominante mantiene el último punto de vista, es decir, el de la doble referencia del dolo, el llamado "doble dolo", de caracteres paralelos al requerido para la inducción. Consecuentemente, el dolo del partícipe, como lo viene sosteniendo nuestra jurisprudencia, requiere el conocimiento de la propia acción y, además, de las circunstancias esenciales del hecho principal que ejecuta el autor, en el que colabora.

Dicho con otras palabras: el partícipe debe haber tenido una representación mental del contenido esencial de la dirección del ataque que emprenderá el autor. No se requiere, por el contrario, conocimiento de las particularidades del hecho principal, tales como dónde, cuándo, contra quién, etc. será ejecutado el hecho, aunque éstas pueden ser relevantes, en algún caso, para determinar la posible existencia de un exceso por el que el partícipe no está obligado a responder".

Y en la sentencia 503/2008, de 17 de julio, se afirma que "la doctrina y la jurisprudencia han exigido en el cooperador un doble dolo. Debe abarcar, de un lado, el hecho que realiza o que va a realizar el autor, cuyo propósito debe conocer en sus aspectos esenciales, y de otro, que su aportación supone una colaboración, lo que implica que el cooperador ha de conocer la finalidad con la que aquella va a ser utilizada por el autor, siendo consciente de que con ella se facilita de alguna forma relevante la ejecución de aquel hecho, al menos mínimamente determinado. Se ha admitido que, en este sentido, es bastante el dolo eventual, de forma que no es preciso que el cooperador oriente su conducta de modo directo a la facilitación del hecho del autor principal cuyo propósito de ejecución conoce".

Y en esa misma sentencia 503/2008 se argumenta que "cuando se trata de un cooperador, el dolo eventual deberá manifestarse en el conocimiento, de un lado, de la probable intención del autor principal, y además, de otro lado, en el de las probables consecuencias de su aportación respecto a la ejecución por el autor principal de un hecho mínimamente determinado. Es esta identificación del hecho del autor, directamente relacionada con la aportación del cooperador, lo que permite considerar que se trata de peligro concreto. Por lo tanto, el cooperador debe conocer que existe el peligro concreto de realización del tipo por parte del autor principal, y que su aportación significa un incremento de tal riesgo. La importancia de su aportación, reflejada en el nivel de incremento del riesgo, determinará la imputación como cooperador necesario o, en un estrato inferior, como cómplice. La existencia de dolo eventual respecto de la acción del autor principal y de su resultado, depende en gran medida de las circunstancias fácticas en las que se produce o se enmarca la aportación del cooperador, entre ellas, de una cierta inmediatez temporal entre ambas. Aumentarán las posibilidades de apreciar dolo eventual en proporción inversa a las opciones fácticas derivadas directamente de la aportación, en función de su propia naturaleza y de aquellas circunstancias".

Pues bien, al descender al caso concreto, resulta importante resaltar que la detención de los dos acusados fue un incidente no previsto por los secuestradores que surgió como un hecho nuevo que exacerbó los ánimos de estos y derivó en una conducta sin duda degradante y vejatoria para con los marineros secuestrados. Este comportamiento revanchista, vindicativo y coactivo por parte de los secuestradores que permanecían en el barco no puede atribuirse a los dos acusados que ya estaban detenidos en ese momento, pues se trató de una conducta que se inició cuatro o cinco días después del abordaje del barco, como reacción a la detención de

sus compañeros y que no había sido planificada ni preparada con ocasión de convenir o acordar el abordaje y el secuestro de la tripulación. Tal como ya se ha advertido anteriormente, una vez acreditada la planificación del secuestro y su alargamiento en el tiempo hasta que se consiguiera el correspondiente rescate, no puede cuestionarse la participación de los dos acusados como cooperadores necesarios en la agravación punitiva del secuestro debido a su extensión durante 47 días, toda vez que figuraba necesariamente dentro del plan delictivo que la detención de los tripulantes del barco pesquero se dilatara en el tiempo hasta conseguir el rescate.

Por lo cual, concurre en los dos acusados el doble dolo del cooperador necesario sobre el subtipo agravado de secuestro aunque los recurrentes no intervinieran en el secuestro a partir del tercer día en que ya fueron detenidos. En cambio, no puede decirse lo mismo de una incidencia como la acaecida con motivo de la detención de los acusados y de la reacción ante ello de los secuestradores. No cabe, por tanto, atribuir la coautoría de los dos acusados en estos actos decididos ex novo y relativos a un comportamiento atentatorio contra la integridad moral de las víctimas, mediante los cuales los secuestradores pretendían hacer frente a la contingencia surgida de repente en el curso de la ejecución de la actividad planificada. No resulta factible, en consecuencia, asumir el argumento de la Sala de instancia cuando afirma que “incluso aunque los acusados ya no estaban en el atunero, aunque materialmente no dispararan por encima de las cabezas de los tripulantes, aunque no se burlaron ni se rieran de ellos por el pánico que veían en sus caras, el objetivo común que les unía, les convierte en autores penales de lo que materialmente realizaban el resto de los secuestradores”. Pues no consta probado que lo planificado fuera vejar y degradar con actos graves a las personas secuestradas con el objetivo de obtener el rescate. Ello se ejecutó no para conseguir el fin de lucro previsto y planificado en la operación del abordaje y secuestro del barco, sino con el objetivo de que fueran liberados los dos secuestradores detenidos por la fragata española.

Partiendo de la doctrina de esta Sala de que actúa con dolo eventual quien sabe que con su conducta crea un peligro concreto de realización del tipo más allá del riesgo permitido y a pesar de ello la ejecuta, demuestra aceptación o, cuando menos, indiferencia acerca del resultado, no puede afirmarse que los dos acusados cuando planificaron el secuestro y materializaron parte de su ejecución conocieran que estaban generando un peligro concreto para la integridad moral de las víctimas, ni tampoco que asumieran que estas fueran sometidas a un trato degradante que entrañaba un plus cualitativo sobre las conminaciones y vejaciones que resultan inherentes al propio acto del secuestro. Fueron actos ajenos a la conducta proyectada y que en modo alguno eran necesarios, connaturales o inherentes a la acción del secuestro, sino que surgieron de improviso ante una contingencia con la que, en principio, no contaban los secuestradores. Por lo cual, se comparte el criterio seguido por la acusación pública de no imputar en la instancia a los dos acusados los 36 delitos contra la integridad moral por los que fueron finalmente condenados a instancia de una de las acusaciones particulares. Se estima, pues, parcialmente este segundo motivo con las consecuencias que se especificarán en la segunda sentencia con respecto a la exclusión de la condena por los delitos contra la integridad moral, declarándose de oficio las costas ocasionadas con su impugnación (art. 901 de la LECr.).

B) Recurso de Gaizka y Francisco.

Tercero.- 1. En el motivo primero denuncian los recurrentes, por la vía del núm. 2 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la existencia de error en la apreciación de la prueba, según resultaría de la documentación obrante en la causa, al no dar por probada el juzgador la nomenclatura, los fines y la estructura del grupo armado que atacó y secuestró el pesquero

ALAKRANA, del que los condenados son miembros así como su colaboración con la organización terrorista SHABAAB. Argumenta al respecto la parte recurrente que los perjudicados fueron secuestrados por el grupo "BURCA BADEED", integrado dentro de los "Marines Somalíes", grupo con organización militar jerarquizada, con alrededor de 20 años de actividad. También se alega que ese grupo persigue crear gran alarma social para así compeler a los gobiernos y empresas armadoras al pago de dinero, consiguiendo de esa forma el control de las aguas del Océano Índico. Igualmente especifica que el grupo que secuestró al barco atunero ALAKRANA, del que forman parte los dos acusados, colabora con la organización terrorista SHABAAB. Estos datos acreditarían que se está ante un grupo que persigue alterar la paz pública y la subversión del orden constitucional.

Para avalar su hipótesis fáctica acusatoria cita la parte recurrente varios documentos a los efectos del art. 849.2 de la LECr. En primer lugar, el informe emitido por el Consejo de Seguridad de la ONU S/2010/1991. En ese documento se afirma que la principal zona de ataques de los piratas se ha desplazado, a partir de octubre de 2009, desde el Golfo de Adén hacia el Océano Índico. También se señala a "Afweyne" como uno de los fundadores de la red de piratería de Somalia Central y se le atribuye la intervención, con la ayuda de su hijo, en el secuestro de varios buques en la zona. En el informe se concreta -y ello es subrayado por los recurrentes- que "el Grupo de Supervisión cree que los milicianos de Afweyne participaron en el secuestro de los siguientes buques...". Y cita entre ellos el Playa de Bakio, secuestrado el 20 de abril de 2008. A partir de esos datos alegan los recurrentes que de ello "se desprende" que el grupo que secuestró el barco ALAKRANA y a sus tripulantes tiene como cabecilla a Afweyne y estaba comandado por su hijo Abdiqaadir. Señala el recurso como segundo documento el informe del Consejo de Seguridad de la ONU S/2006/229. En él se hace una reseña sobre el grupo de los "Marines Somalíes", su estructura, organización y campo de operaciones, con base en Haradhere. De ello también colige la parte recurrente que fueron sus integrantes los secuestradores del barco ALAKRANA.

Como tercer documento incriminatorio cita el atestado policial de la Comisaría General de Información, de fecha 23 de marzo de 2010, en el que se atribuye al grupo denominado BURCAD BADEED el secuestro del barco ALAKRANA, matizando que "pudiera estar integrado en otro más amplio conocido como Marines Somalíes". El cuarto documento que señalan los impugnantes es el Documento de Trabajo núm. 10/2009 del Real Instituto Elcano, en el que se recogen datos similares a los reseñados en los documentos anteriores sobre "Los Marines Somalíes", su estructura jerárquica, organización, mandos, financiación, campo de operaciones y actividades a que se dedica. Se cita como quinto documento el contenido de algunos párrafos de las conversaciones telefónicas mantenidas por los dos acusados desde el Centro Penitenciario, de cuyo contexto infiere la parte que los asaltantes del barco pretendían generar el pánico en la población. Después hace referencia esta acusación particular a la alarma e inseguridad que se está generando por los piratas somalíes en el tráfico marítimo de la zona, dado que por las aguas del Océano Índico transitan al año unos 30.000 buques. Y también enfatiza algunos datos aportados por el Grupo de Supervisión de la ONU sobre el tráfico de armas en el entorno de Somalia.

2. Como es sabido, esta Sala viene exigiendo (SSTS de 1653/2002, de 14-10; 892/2008, de 26-12; 89/2009, de 5-2; y 148/2009, de 11-2) para que prospere el motivo de casación centrado en el error de hecho (art. 849.2 LECr.), que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente o autosuficiente poder

demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida.

La aplicación de los criterios jurisprudenciales precedentes no permite acoger como probado que los dos acusados estuvieran integrados en un grupo terrorista. Los informes que se destacan en el escrito de recurso se refieren a la situación social, política y económica de Somalia y al control de la zona por grupos armados que viven del pillaje en las aguas del Océano Índico, y más en concreto en las zonas marítimas próximas a aquel país. Sin embargo, no puede admitirse que estemos ante documentos que por sí mismos tengan poder demostrativo o virtualidad evidenciadora de que el grupo que secuestró el barco ALAKRANA pertenezca a la organización terrorista SHABAAB. Se trata realmente de informes en los que se exponen datos relevantes y muy ilustrativos para conocer el estado real y los riesgos que afectan al tráfico marítimo en esa parte del mundo, pero datos que se centran en describir los problemas que permiten hablar de un lugar conflictivo y que aportan una visión macroscópica sobre las circunstancias de toda índole que concurren en la zona marítima donde se produjo el secuestro. Sin embargo, los documentos citados no permiten conocer ni concretar las circunstancias individuales o singulares de las personas que ejecutaron el secuestro y su vinculación concreta con un grupo que persiga algo más que el lucro económico valiéndose del abordaje de barcos, del secuestro y de la extorsión de los tripulantes de los buques que transitan por la zona. Para corroborar lo afirmado es suficiente con destacar algunas de las expresiones que constan en los informes que se citan como documentos determinantes del error en la apreciación de la prueba.

Y así, tal como ya se anticipó, en el primer documento citado se afirma que el Grupo de Supervisión de la ONU “cree” que los milicianos de Afweyne participaron en el secuestro de los siguientes buques... Y en el documento tercero que citan los recurrentes se dice que el grupo que secuestró el barco ALAKRANA “pudiera estar integrado en otro más amplio conocido como Marines Somalíes”. Pues bien, es claro que con meras “creencias” o con expresiones formuladas en el modo verbal de subjuntivo -“pudiera estar integrado”- no es factible, dado su carácter meramente especulativo o hipotético, alcanzar el grado de certeza exigible en el ámbito del proceso penal para declarar como probado un hecho. No cabe operar con meras especulaciones o conjeturas y a partir de ellas colegir, tal como argumentan los recurrentes, que los secuestradores se integraban en un grupo o en una organización terrorista. Máxime si sopesamos que los objetivos o los fines de los autores del secuestro, que pretenden vivir de actos de pillaje incardinables en el concepto de piratería, no tienen por qué coincidir necesariamente con los fines políticos o político-sociales propios de un grupo terrorista. Y así lo constata el argumento incuestionable -ya no fáctico sino normativo- de que los actos de piratería y los de terrorismo pertenecen a dos tipos delictivos autónomos que aparecen ubicados en dos títulos distintos del texto penal.

Y otro tanto puede decirse de la referencia que se hace en otro motivo del recurso (el quinto) cuando se hace alusión a que el testigo Chris manifestó en el juicio que era “un hecho notorio en África” que la banda armada a que pertenecen los acusados coopera con la organización terrorista SHABAAB. Y es que aquí no solo se está ante la generalización que acompaña a todo hecho notorio como referencia indeterminada, abierta e inespecífica, sin un soporte empírico concreto, sino que la extensión de la notoriedad se amplía nada menos que a todo el continente africano. En consecuencia, se rechaza la acreditación probatoria que postula la

defensa sobre la pertenencia o integración de los dos acusados en un grupo terrorista concreto o su colaboración con entidades de esa índole, como la denominada BHABAAD. Con lo cual, se justifica que en la sentencia de instancia no se declarara probado en el “factum” la pertenencia o la colaboración de los acusados con una organización terrorista. Mucho menos justificado se considera, en cambio, que no se expresaran en la resolución de la Audiencia las razones por las que no se acogían como ciertas las imputaciones fácticas de las acusaciones particulares sobre el extremo en cuestión, omisión que ha tenido que ser solventada en esta instancia. El motivo resulta por tanto inviable.

Cuarto. En el segundo motivo se invoca, con cita del art. 849.2 de la LECr., la existencia de error en la apreciación de la prueba según la documentación obrante en el proceso, al no acogerse como probadas en su integridad las lesiones sufridas por los recurrentes y sus familias, a pesar de que en los informes médicos aparecen acreditados los resultados lesivos. La parte recurrente señala al respecto el informe médico forense obrante en el folio 961 de la causa, en el que se afirma que el recurrente Gaizka “se encuentra estabilizado de las lesiones sufridas, ha invertido en la estabilización de las mismas 110 días, precisando asistencia y control médico durante este periodo y estando incapacitado para el normal desarrollo de su vida laboral y habitual. Queda como secuela un síndrome de estrés postraumático, que por el momento le incapacita para el trabajo habitual en las condiciones en que lo venía desarrollando y precisa a medio-largo plazo tratamiento y control psiquiátrico y psicológico”. También cita la parte recurrente el informe médico forense de 10 de enero de 2011, emitido durante el plenario, en el que se afirma que “a consecuencia del secuestro el referido Gaizka sufrió trastornos psíquicos con síntomas de angustia, ansiedad y depresión.

Ha precisado para su curación tratamiento médico (ansiolíticos y antidepresivos), así como psicoterapia. Ha invertido en su curación 388 días, permaneciendo en situación de baja laboral la mitad de los mismos. Le queda como secuela un trastorno por estrés postraumático crónico”. Con respecto a la esposa de Gaizka, María Ángeles, refiere la parte como documento probatorio el informe médico emitido el 4 de enero de 2010 por el Servicio Vasco de Salud y firmado por la médico psiquiatra Beatriz, aportado a la causa durante el plenario, documento en el que se expresa que “acude por primera vez a nuestro centro en diciembre de 2009 alegando malestar emocional, sentimientos de tristeza, rabia, impotencia, labilidad emocional, nerviosismo, ... en relación al estrés que supuso el secuestro de su marido mientras trabajaba, durante 47 días. A ello se sumó (sic) las muertes anteriores de dos familiares (padre y hermano) con dificultad para elaborar los duelos dados los acontecimientos inmediatamente posteriores. A lo largo de este tiempo, la clínica ansioso-depresiva se ha mantenido oscilando en su intensidad en función de las condiciones asociadas a posteriori con el hecho traumático sufrido por el marido, así como rasgos caracteriales intrínsecos, con escasa respuesta a los distintos ajustes farmacológicos realizados tanto con antidepresivos como con ansiolíticos. JC: trastorno adaptivo mixto”.

Y en lo que se refiere a la hija del matrimonio de Gaizka con María Ángeles, llamada Alaia, se señalan a efectos del error probatorio dos documentos: un informe médico emitido el 9 de noviembre de 2010 por el Servicio de Asistencia a las víctimas del terrorismo contratado por el Gobierno Vasco, firmado por la psicóloga Amaia Pasaban, que fue aportado en el curso del plenario; y otro informe médico emitido el 3 de noviembre de 2010 por el Servicio Vasco de Salud, Centro de Salud Mental de Baracaldo, y firmado por el médico psiquiatra José Manuel Bragado, que ha sido aportado a la causa también en el juicio oral. En el primer informe se expone que la paciente recibió atención psicológica de manera puntual con motivo del secuestro de su padre en el atunero ALAKRANA, presentando una sintomatología ansioso-

depresiva que le impidió la asistencia regular a las clases en su centro escolar, por lo que no le fue posible aprobar el curso 2009-2010. Y en el segundo se dice que Alaia, de 15 años de edad, tiene historia abierta en este servicio desde el mes de diciembre de 2009, fecha en que pide consulta aquejada de un síndrome de estrés postraumático con abundancia de síntomas ansioso-depresivos y de reexperimentación, que a lo largo de estos diez meses han requerido de una psicoterapia individual de apoyo y tratamiento farmacológico de los que ha evolucionado de forma moderadamente satisfactoria. El origen ha sido el secuestro del padre. Dicho trastorno le ha producido la interrupción del desarrollo normal de sus actividades cotidianas, de modo que en situación de absentismo escolar no le fue posible aprobar el curso 2009-2010, en contra de lo que ha sido un buen desarrollo curricular hasta ese momento.

Por último, y en lo que atañe al recurrente Francisco, señala la parte como documento acreditativo del error el informe forense de fecha 10 de marzo de 2010, que obra en el folio 959 del sumario. En él se dice, como en el ya reseñado de Gaizca, que Francisco “se encuentra estabilizado de las lesiones sufridas, ha invertido en la estabilización de las mismas 110 días, precisando asistencia y control médico durante este periodo y estando incapacitado para el normal desarrollo de su vida laboral y habitual. Queda como secuela un síndrome de estrés postraumático, que por el momento le incapacita para el trabajo habitual en las condiciones en que lo venía desarrollando y precisa a medio-largo plazo tratamiento y control psiquiátrico y psicológico”.

La acusación particular se queja en su escrito de impugnación de que el Tribunal de instancia no haya recogido en los hechos de la sentencia esos daños psíquicos, omisión que repercutiría tanto en la calificación jurídica del delito de lesiones como en el capítulo de la responsabilidad civil derivada de esa infracción penal. La queja de la parte recurrente no se ajusta, sin embargo, a las exigencias procesales que impone el principio acusatorio en el proceso penal. Conclusión a la que se llega tras examinar el escrito de acusación de la parte recurrente, habida cuenta que en ningún apartado de los hechos imputados, a pesar de su notable extensión, se hace referencia a ese resultado lesivo de naturaleza psíquica en el que se basa el recurrente para postular una condena por el delito de lesiones y la consiguiente responsabilidad civil. Algunos de los dictámenes médicos que cita la parte constan ya en el sumario (folios 959 y 961) y otros han sido aportados en la vista oral del juicio. Sin embargo, ni en el escrito de calificación provisional ni tampoco en el momento de elevar la calificación a definitiva se concretan esos padecimientos psíquicos que subraya la acusación particular en su escrito de recurso. En las conclusiones definitivas solo se dice que los tripulantes del barco y sus familias han sufrido daño psicológico y daño moral, matizando que está todavía pendiente de evaluación, ya que muchos todavía se encuentran en tratamiento y en situación de incapacidad laboral por padecer estrés postraumático.

El escrito de recurso no concuerda, pues, con lo afirmado en el de calificación, dado que los diferentes informes médicos que se citan y explicitan con su contenido revelan que el daño psíquico sí se haya evaluado. De hecho, la parte solicita ahora que se transcriban esos daños psíquicos que figuran en los dictámenes médicos en la sentencia recurrida, única forma de poder subsumir la conducta en el delito de lesiones que también postula. Lo que sucede es que en su calificación definitiva no recogió esos datos periciales que ahora pretende que añada este Tribunal de Casación. Por consiguiente, en contra de lo que sostiene en su recurso, la Sala de instancia no ha incurrido en una infracción procesal al no recoger esos datos en la sentencia, pues no habían sido imputados como hechos incriminatorios concretos en el escrito de calificación de la acusación particular. Omisión que no resulta solventable en esta alzada,

habida cuenta que no es factible que ahora incluyamos en el “factum” de la sentencia las imputaciones que realiza “ex novo” la acusación particular a través de su recurso de casación.

Sobre los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la defensa, en relación con el principio acusatorio en el ámbito de los juicios penales, argumenta el Tribunal Constitucional en su sentencia 347/2006, de 11 de diciembre, al tratar la cuestión concreta de las imputaciones fácticas, que “el Juzgador está vinculado a los términos de la acusación con un doble condicionamiento, fáctico y jurídico (STC 228/2002, de 9 de diciembre). Desde la primera de las perspectivas -matiza el Tribunal Constitucional- la congruencia exige que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, sea utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal, siempre y cuando se trate de una variación sustancial, pues el Juzgador conserva un relativo margen de autonomía para fijar los hechos probados de conformidad con el resultado de los medios de prueba incluyendo aspectos circunstanciales siempre que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal (SSTC 10/1988, de 1 de febrero; 225/1997, de 15 de diciembre; 302/2000, de 11 de diciembre; y la ya citada 228/2002).

La inclusión de los resultados lesivos de índole psíquico en el “factum” de la sentencia de instancia que pretende la parte recurrente vulneraría por tanto el principio acusatorio, puesto que, a tenor de lo expuesto, tales datos concretos que aparecen documentados en las pericias no figuran recogidos en el escrito de acusación, a pesar de que cuando esta se formuló de forma definitiva ya constaban en la causa, según explica la propia acusación particular. En consonancia con lo que antecede, el motivo resulta inacogible.

QUINTO.- El motivo tercero lo destinan los recurrentes, bajo la cobertura del art. 849.1 de la LECr., a impugnar la inaplicación del art. 515.2 del C. Penal, en relación con el art. 516.2 (redacción anterior a la reforma del C. Penal por LO 5/2010). Se alega que concurre el delito de pertenencia a banda armada, pese a lo cual los acusados no han sido condenados por esa infracción.

La hipótesis fáctica de que parte la acusación particular ya ha sido tratada y desechada en el fundamento tercero. Allí se refirió que, según la acusación particular, los tripulantes del barco ALAKRANA fueron secuestrados por el grupo “BURCA BADEED”, integrado dentro de los “Marines Somalíes”, grupo con organización militar jerarquizada, con alrededor de 20 años de actividad. Y también alegaron que ese grupo persigue crear gran alarma social para así compeler a los gobiernos y empresas armadoras al pago de dinero. Consiguen de esa forma el control de las aguas del Océano Índico, colaborando con la organización terrorista SHABAAB. Estos datos acreditarían, según la tesis del recurso, que se está ante un grupo que persigue alterar la paz pública y la subversión del orden constitucional. En el referido fundamento tercero se argumentó y rechazó, en el ámbito probatorio, la versión que postula la defensa sobre la pertenencia o integración de los dos acusados en un grupo terrorista o su colaboración con entidades de esa índole, como la denominada BHABAAD. Tal rechazo constituye razón suficiente para no acoger este motivo tercero y también para desestimar, al carecer de una base fáctica subsumible en las correspondientes calificaciones jurídicas, los motivos por infracción de ley que figuran con los ordinales cuarto, quinto y séptimo, relativos a las imputaciones delictivas por atentado terrorista, colaboración con organización terrorista y también de pertenencia a banda armada.

Alega también la parte recurrente en orden a su tesis de que se está ante un grupo terrorista y una organización de esa índole que los dos acusados y sus compañeros formaban un grupo armado, según quedó acreditado por la prueba testifical. Y a ello le añaden que generan inseguridad en la zona donde actúan, y en concreto que ponen en grave riesgo la vida, la seguridad y los intereses de un sector de la población española, integrado por los marinos mercantes, sus familias, los armadores y los barcos pesqueros. Tan es así, se afirma en el recurso, que la comunidad internacional ha tenido que organizar una misión naval conjunta para defender los bienes personales y materiales de distintos países cuyos barcos transitan por esa zona del Océano Indico. Y se señala al respecto que no sólo ha sido abordado y secuestrado el barco ALAKRANA, sino también el PLAYA DE BAKIO y el ARIADNA. Por todo lo cual, se considera que los acusados alteraron gravemente la paz pública, menoscabando así uno de los bienes jurídicos que tutela el delito de terrorismo. Respondiendo a este argumento inculpativo contrario al criterio mantenido por la sentencia recurrida e incluso por la acusación pública en la instancia, conviene subrayar de nuevo que no se ha evidenciado probatoriamente que los dos acusados y el grupo que secuestró el barco ALAKRANA estuvieran integrados en una organización terrorista ni la constituyeran ellos mismos, ni tampoco que colaboraran con la conocida como BHAKAAB.

Y tampoco se ha probado que los dos acusados intervinieran en el secuestro de los barcos españoles PLAYA DE BAKIO y ARIADNA. Y en lo que concierne a que con su conducta alteraron gravemente la paz pública incurriendo así en uno de los comportamientos incardinables en el delito de terrorismo, conviene advertir que el hecho de generar una alarma social o una situación de inseguridad por una determinada conducta delictiva cometida por un grupo armado no permite ya colegir que se está ante una acción terrorista o ante un grupo terrorista. Ello requeriría cuando menos una acción sistemática o reiterada y una actividad que generara una alarma social importante en ámbitos amplios de la población, tal como se subraya en la sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre, que distingue entre los grupos armados y los grupos terroristas propiamente dichos. En la sentencia de esta Sala 2/2009, de 2 de enero, con ocasión de dirimir también la condena por un delito de secuestro terrorista (art. 572 del C. Penal), se afirma que para apreciar los tipos penales relativos al terrorismo han de concurrir tres notas:

- a) Se trata de una conducta colectiva o plural de personas integradas en grupos o bandas armadas.
- b) Como elemento subjetivo del injusto, que es el verdadero elemento diferenciador de otras actuaciones delictivas, debe ser patente el ánimo tendencial de alterar gravemente la paz pública o subvertir el orden constitucional, sin que sea preciso ni que lo consigan ni tan siquiera que exista lesión a estos bienes, bastando el mero riesgo. Por la paz pública no debe entenderse el orden público en la calle, sino el ataque al ejercicio de los derechos de las personas, el respeto a su dignidad y a los derechos que son inviolables, así como el normal desenvolvimiento de las instituciones.
- c) Como elemento objetivo se requiere la comisión de los concretos hechos delictivos que animados por esa finalidad citada quedan calificados como delitos de terrorismo, y que en el caso de autos se calificaron como secuestro terrorista.

Por lo tanto, se afirma en la referida sentencia, “el concepto de terrorismo en nuestra legislación no es ni puede ser omnicompreensivo. Por mucho que en los hechos probados se califique al grupo que ejecutó los hechos como de grupo terrorista, lo que se narra es un

secuestro de personas para pedir un rescate. Nada se dice ni se sugiere que con ello se pretendiese atentar el orden político ni que se intentase alterar la paz pública entendido como normal ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de las instituciones, sino que lo pretendido era obtener un botín”.

En el caso ahora enjuiciado no consta que los dos acusados hayan intervenido en acciones reiteradas y sistemáticas encaminadas a generar el terror ni tampoco se ha probado que estuvieran integrados en una organización de esa índole. Y si bien es cierto que las familias de los marinos mercantes que trabajan en la zona se hallan lógicamente afectadas, alarmadas y atemorizadas por los actos de piratería que se perpetran con cierta asiduidad en la zona del Océano Índico en que se ejecutaron los hechos sometidos a juicio, ello no quiere decir que se haya subvertido el orden constitucional ni tampoco que se haya alterado la paz pública en un grado que permita hablar de una conducta terrorista en la intervención de los dos acusados en el acto de abordaje con fines meramente crematísticos o lucrativos. Una interpretación tan amplia del concepto de terrorismo conllevaría la conversión de cualquier acto de piratería en un delito de terrorismo, aunque la conducta de los autores careciera de cualquier connotación o proyección política y tampoco tuviera el objetivo o las miras de alterar gravemente la paz social de un país ni atacar el normal desenvolvimiento de las instituciones.

Se desestiman por tanto los motivos tercero, cuarto, quinto y séptimo del recurso.

SEXTO.- En el motivo sexto se denuncia, por el cauce del art. 849.1 de la LECr., la inaplicación del art. 147 del C. Penal, al absolver a los acusados del delito de lesiones a pesar de concurrir, según la parte recurrente, los elementos del tipo penal.

La desestimación del motivo segundo del recurso, y por lo tanto la exclusión en la descripción fáctica de la sentencia de los resultados lesivos que postula la parte recurrente, determina la inaplicación del delito de lesiones que postula la parte. Es cierto que, aunque se ha rechazado la ampliación del resultado lesivo en los términos que reivindica la acusación particular, sí se recogen en el “factum” algunos resultados lesivos con respecto a los recurrentes. En concreto se afirma en la sentencia que “Gaizka padeció durante su detención un cólico nefrítico que precisó un primer tratamiento médico consistente en la administración de buscapina que le fue suministrada por el equipo médico de la fragata Canarias y tratamiento urológico en tierra. Posteriormente ha presentado una situación de estrés con duración hasta diciembre de 2010, que también ha sido apreciado en su esposa e hija. Y Francisco también padeció una situación de estrés hasta diciembre de 2.010. Ahora bien, la constancia en la sentencia de esos datos relativos a las consecuencias psíquicas de la acción del secuestro no quiere decir que se cuente con un resultado de entidad suficiente para poder apreciar el delito de lesiones.

En efecto, la jurisprudencia de esta Sala viene entendiendo que en los supuestos en que concurran menoscabos psíquicos que pudieran considerarse “normales” en el ámbito de la agresión perpetrada, esos resultados han de quedar embebidos en el delito principal declarado probado, siendo preciso para alcanzar una subsunción autónoma en el delito de lesiones, apreciable según las reglas del concurso ideal, que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia natural o inherente al delito principal ajeno al de lesiones (secuestros, agresiones sexuales, terrorismo, amenazas y robo con intimidación, entre otros). Será, necesariamente, la prueba pericial la que deba determinar si la conturbación psíquica que se padece a consecuencia de la acción delictiva nuclear excede del resultado típico habitual o natural del correspondiente delito de agresión o, si por el contrario, la conturbación psíquica, por la intensidad del resultado o las

especiales circunstancias concurrentes, determina un menoscabo de la salud mental que puede ser tenido como autónomo y por lo tanto subsumible en el delito de lesiones psíquicas (ver en esta dirección las SSTS 1080/2003, de 16 de julio; 590/2004, de 6-5; 1360/2005, de 9-11; 506/2008, de 17-7; 629/2008, de 10-10; y 1017/2011, de 6-10).

Pues bien, en el caso contemplado es claro que los padecimientos psíquicos que se reseñan en la sentencia recurrida -estrés postraumático-son los propios que acompañan a un secuestro de 47 días. Por lo tanto, no se considera que concurra un menoscabo del bien jurídico -la salud mental de las víctimas- con una entidad o gravedad suficiente para punir autónomamente la conducta de los acusados como un delito de lesiones.

Se desestima, pues, el motivo.

SÉPTIMO.- En el motivo octavo se invoca la infracción de ley (art. 849.1) consistente en la falta de aplicación de los arts. 109 a 115 del C. Penal, alegando que se ha omitido la condena de los acusados a indemnizar a los recurrentes todos los perjuicios derivados de la conducta delictiva. Y en concreto, se solicita que se indemnice a los impugnantes y a sus familiares por los daños psíquicos sufridos, en una cuantía que, según se interesó en el escrito de calificación, habrá de determinarse en ejecución de sentencia. Les asiste parcialmente la razón en este punto a los perjudicados, toda vez que solicitaron una indemnización por el menoscabo de su salud psíquica cuya cuantía se determinaría en ejecución de sentencia, y, sin embargo, nada se les responde al respecto en la sentencia impugnada. Para dirimir la cuestión suscitada ha de partirse del "factum" de la sentencia recurrida, y en él se afirma que los dos recurrentes han presentado una "situación" de estrés con duración hasta diciembre de 2.010, "situación" que también ha sido apreciada en su esposa e hija. Deberán, por consiguiente, determinarse en ejecución de sentencia (art. 115 del C. Penal) los perjuicios derivados de tal padecimiento psíquico concreto, que ha sido admitido por la Audiencia, y procederse a su indemnización por parte de los dos acusados.

Se estima, pues, parcialmente este motivo de impugnación.

OCTAVO.- En el motivo noveno se denuncia el quebrantamiento de forma previsto en el art. 851.1 de la LECr., por concurrir una manifiesta contradicción en la narración fáctica de la sentencia, pues, a pesar de darse por ciertas las lesiones de los recurrentes, no se condena por un delito de lesiones a los acusados. El motivo es claro que no puede prosperar dado que, en contra de lo que se dice en el recurso, la contradicción que se denuncia no se ubica en el apartado de los hechos probados, sino que en todo caso, tal como se desprende del propio contenido del escrito de la parte, concurriría entre los hechos probados y la fundamentación jurídica de la sentencia, supuesto que resulta ajeno al precepto procesal en que se apoya el recurso. De todas formas, la cuestión de fondo ya ha sido resuelta en el fundamento sexto de esta sentencia. El motivo por tanto resulta inatendible.

NOVENO.- Por último, en el motivo décimo reprocha la parte recurrente a la sentencia de instancia el quebrantamiento de forma que regula el art. 851.3 de la LECr.: no haber resuelto todos los extremos que fueron objeto de petición por la acusación particular, pues se omitió la respuesta a la pretensión relativa a la responsabilidad civil correspondiente a los daños personales irrogados a los recurrentes y a sus familias. El motivo ya ha sido resuelto en sentido parcialmente estimatorio en el fundamento séptimo de esta resolución, al que nos remitimos con el fin de evitar reiteraciones innecesarias. Así las cosas, y en consonancia con lo razonado en los fundamentos precedentes, se estima parcialmente el recurso de casación de esta

acusación particular, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia (art. 901 de la LECr.).

C) Recurso de Andoni y José Víctor.

DÉCIMO.- Estos recurrentes objetan en el primer motivo, al amparo del art. 849.2º de la LECr., la existencia de error en la apreciación de la prueba, error que centran en dos puntos concretos: el resultado lesivo que consta en los informes médicos, en primer lugar; y como segundo punto refieren la falta de constancia en la sentencia de la situación del tráfico marítimo en el Océano Índico y en el golfo de Adén y su repercusión en el ámbito económico y comercial. Con respecto al primer extremo, tiene razón la parte cuando alega que en los folios 958 y 960 de la causa figuran dos informes médico-forenses en los que se especifica que los impugnantes sufrieron determinadas lesiones. En efecto, en el folio 958 del sumario refiere el médico forense, con fecha 10 de marzo de 2010, que Andoni se encuentra estabilizado de las lesiones sufridas. Invirtió en la estabilización 110 días, durante los que necesitó asistencia y control médico y estuvo incapacitado para el normal desarrollo de su vida laboral y habitual. Le queda como secuela un síndrome de estrés postraumático y por el momento se encuentra incapacitado para su trabajo habitual, precisando a medio-largo plazo tratamiento y control psiquiátrico y psicológico.

Y en el folio 960 del sumario, la misma médico forense informa, también con fecha de 10 de marzo de 2010, en términos similares con respecto a Víctor. Afirma que se encuentra estabilizado de las lesiones sufridas. Invirtió en la estabilización 110 días, durante los que necesitó asistencia y control médico, con ingreso de dos días en la enfermería de la fragata Canarias. Estuvo incapacitado para el normal desarrollo de su vida laboral y habitual durante los 110 días. Le queda como secuela un síndrome de estrés postraumático y un cuadro de depresión reactiva que le incapacitan para el desarrollo de su trabajo habitual y de su vida social. Precisará a medio-largo plazo control y asistencia psiquiátrica y psicológica.

Sin embargo, la lectura de su escrito de calificación revela que la omisión de la sentencia se muestra coherente con la laguna que se aprecia en el escrito de acusación de la parte sobre el resultado lesivo cuya transcripción ahora reclama. En efecto, y tal como ya se argumentó con respecto a los otros acusadores particulares (ver fundamento cuarto de esta sentencia), tampoco en este caso figura ninguna referencia en la narración de hechos del escrito de calificación de la parte, a pesar de su notable extensión, a ese resultado lesivo de naturaleza psíquica en el que se basa la parte recurrente para postular una indemnización en concepto de responsabilidad civil. Esta acusación particular no plasmó, pues, en su calificación definitiva esos datos fácticos periciales que ahora pretende que añada este Tribunal de Casación. Por consiguiente, tampoco en este caso incurrió la Sala de instancia en una infracción procesal al no recoger esos datos en la sentencia, dado que no habían sido imputados como hechos incriminatorios en el escrito de calificación de la acusación particular. Esta omisión, tal como ya dijimos en su momento, no resulta solventable en esta alzada, ya que no es factible que ahora incluyamos en el "factum" de la sentencia las imputaciones que realiza "ex novo" la acusación particular a través de su recurso de casación. Ello supondría reabrir la fase de calificación delictiva con el fin de corregir errores u omisiones de la parte en la instancia, opción que, evidentemente, resulta inviable.

Y en lo que se refiere a la falta de referencia en el "factum" de la sentencia a los distintos grupos que ejecutan acciones de piratería en la zona marítima del Océano Índico en que se perpetraron los hechos, nos remitimos a lo argumentado en el tercer fundamento de esta

sentencia. Pues, no constando probatoriamente que los acusados estuvieran integrados en alguno de ellos, resulta coherente que la Sala de instancia no reseñara tal pertenencia ni tampoco que describiera en la sentencia cuáles eran esos grupos u organizaciones armadas ni los daños y perjuicios que estaban generando en ese espacio marítimo, al no resultar tales datos imprescindibles para dirimir la causa. Lo único que se conseguiría con su inclusión sería, pues, dispersión y turbiedad en la redacción de la premisa fáctica. En consonancia con lo que antecede, el motivo no puede prosperar.

UNDÉCIMO.- 1. En el motivo segundo, valiéndose del cauce del art. 849.1 de la LECr., se invoca la vulneración de los arts. 515.2 y 516.2 del C. Penal, según la redacción anterior a la reforma del texto punitivo por LO 5/2010, de 22 de junio. La tesis de la parte recurrente se centra en afirmar que no estamos ante un delito de asociación ilícita del art. 515.1º del C. Penal, sino ante un delito de pertenencia a banda armada o grupo terrorista, por lo que debieron aplicarse los dos primeros preceptos citados. La cuestión ya ha sido suscitada por la otra acusación particular recurrente y resuelta en los fundamentos de derecho tercero y quinto de esta resolución, a cuyo contenido nos remitimos evitando así repeticiones argumentales. Sin embargo, la parte recurrente añade como argumento específico que debió aplicarse directamente la Decisión Marco del Consejo Europeo de 13 de junio de 2002 sobre Terrorismo (2002/475/JAI), en cuyo art. 1 se consideran actos terroristas los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de: intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional. Y entre otros actos terroristas se citan en el mismo precepto los siguientes:

c) Secuestro o toma de rehenes.

e) Apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías. Según los perjudicados, el Tribunal de instancia debió aplicar tales normas y subsumir en consecuencia la conducta de los acusados en los tipos penales de terrorismo que se especifican en este motivo y en el siguiente del recurso.

2. El principio de legalidad penal impone desde la perspectiva de la garantía penal, según la doctrina, la exigencia de una ley previa, es decir, anterior a la comisión de la conducta delictiva, con el fin de proteger la seguridad jurídica; de una ley escrita que tenga rango de ley emanada del Poder Legislativo como representación del pueblo (aspecto formal o legalidad en sentido lato, que ha de contemplarse como un mandato dirigido al juez); y de ley estricta, esto es, con la precisión necesaria para que se cumpla el mandato de determinación y de taxatividad de las conductas punibles y de las penas que conllevan (aspecto material de la legalidad penal entendida por tanto como legalidad en sentido estricto, que ha de entenderse como mandato dirigido al legislador). A ello también se añade, en el marco de la estricta legalidad y desde la perspectiva de la legitimación jurídica material y no solo formal de las normas, la sujeción sustancial de la ley penal a la norma constitucional.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1994, de 24 de febrero, se argumenta sobre el principio de legalidad penal que “en la garantía material de la Ley penal, en efecto, existe una estrecha asociación entre los principios de legalidad y tipicidad de la Ley penal y los de libertad

y seguridad jurídica (arts. 17.1 y 9.3 C.E.), principios estos que son esenciales al Estado de Derecho (STC 219/1989), pues si las normas sancionadoras han de ser no sólo *lex scripta* y *lex praevia* sino también *lex stricta* y *lex certa*, según ha establecido una reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 133/1987, 127/1990, 89/1993 y 111/1993, entre otras), esta última exigencia, que deriva del art. 25.1 C.E., impone al legislador el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos (STC 62/1982). Mandato de taxatividad en la descripción de los tipos penales que obliga al legislador a llevar a cabo una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutiva de delito, que cumpla las exigencias del principio de seguridad jurídica (STC 133/1987), y, de este modo, permita predecir, con un grado suficiente de certeza, las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa” (STC 116/1993, con cita de las SSTC 42/1987, 219/1989 y 93/1992).

3. Pues bien, la pretensión de la parte recurrente de que se complementen los tipos penales del terrorismo con las normas de la Decisión Marco del Consejo Europeo de 13 de junio de 2002 sobre Terrorismo (2002/475/JAI) y que se subsuma, con base en ella, la conducta de los acusados en el delito de terrorismo no se ajusta a las exigencias del principio de legalidad penal. En primer lugar, porque el sistema normativo de la Unión Europea presenta una especial complejidad y unas connotaciones muy peculiares en el campo de las fuentes del derecho; de modo que no cabe hablar en sentido estricto de un sistema de fuentes de derecho ni de una jerarquía normativa, sino más bien de un sistema de normas y de actos jurídicos. Ello resulta aplicable a las Decisiones Marco, de las que no puede afirmarse que cumplimenten las exigencias de la legitimidad parlamentaria que requiere toda norma penal por su relevante y gravosa repercusión en los derechos fundamentales de los ciudadanos. En segundo lugar, y ya desde una visión material del principio de legalidad penal, tampoco resulta compatible el contenido normativo de una Decisión Marco con las exigencias de determinación y taxatividad que ha de cumplimentar una norma penal. Las decisiones marco se utilizan para aproximar las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros, vinculan a estos en cuanto a los resultados que deben alcanzarse y dejan a las instancias nacionales la decisión sobre la forma y los instrumentos necesarios para alcanzarlos.

Así las cosas, las exigencias de certeza, determinación y taxatividad de las normas penales requieren, por lo tanto, que las disposiciones de una Decisión Marco de la Unión Europea sean transpuestas a los textos legales que integran el derecho penal interno del Estado miembro, única forma de que obliguen directamente al ciudadano y de que este pueda ajustar su conducta a los mandatos de unas normas que afectan de forma muy directa y gravosa a sus derechos fundamentales.

Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha mostrado contraria a la aplicación directa de las normas comunitarias en el ámbito jurisdiccional penal de los Estados miembros. Y así, en la sentencia del TJUE de 8 de octubre de 1987 (asunto 80/186), con motivo de resolver varias cuestiones prejudiciales suscitadas por un órgano judicial de Arnhem (Holanda), declaró que el juez de un Estado miembro, al aplicar su legislación nacional, está obligado a interpretarla a la luz del texto y del fin de la directiva, para alcanzar el resultado contemplado por el párrafo 3 del art. 189 del Tratado. Pero una directiva - prosigue diciendo el TJUE- no puede por sí sola y con independencia de una ley interna promulgada para su aplicación, determinar o agravar la responsabilidad penal de quienes la contravengan. El TJUE resolvió, en sentencia de 12 de diciembre de 1996 (asuntos acumulados C-74-95 y C-129/95) una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial de Turín (Italia), argumentando en su apartado 23 que, según reiterada jurisprudencia (véase, por

ejemplo, la sentencia de 26 de septiembre de 1996, Arcano, C-168/95, Rec. p. 1-4705, apartado 36), una Directiva no puede, por sí misma, crear obligaciones para un particular y, por consiguiente, una disposición de una Directiva no puede invocarse como tal frente a dicha persona.

Es verdad -añade la referida resolución en el apartado 24- que el órgano jurisdiccional nacional está obligado, al aplicar su Derecho interno, a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado al que ésta se refiere y a atenerse, de esta forma, al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado. Sin embargo, esta obligación del Juez nacional de tener presente el contenido de una Directiva cuando interpreta las correspondientes normas de su Derecho nacional tiene límites, en particular, cuando tal interpretación tenga por efecto determinar o agravar, basándose en la Directiva y con independencia de una ley adoptada para su ejecución, la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones (véase, en particular, la sentencia de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, apartado 13).

Por último, en su apartado 25, afirma la referida sentencia de 12 de diciembre de 1996 que “En lo que atañe, más concretamente, a un caso como el del litigio principal, relativo al alcance de la responsabilidad penal derivada de una ley promulgada especialmente en ejecución de una Directiva, debe precisarse que el principio que prohíbe aplicar la ley penal de manera extensiva en perjuicio del inculcado, principio que es corolario del principio de legalidad de los delitos y de las penas y, en general, del principio de seguridad jurídica, se opone a que se incoen actuaciones penales por una conducta cuyo carácter reprehensible no resulte claramente de la Ley. Este principio, que forma parte de los principios generales del Derecho en que se basan las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, ha sido consagrado asimismo en diferentes Tratados internacionales y, en particular, en el artículo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (véanse, en particular, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 25 de mayo de 1993, Kokkinakis, y de 22 de noviembre de 1995, S. W. /Reino Unido y C. R. /Reino Unido).

En el mismo sentido de restricción del derecho comunitario se ha pronunciado el TJUE cuando trató el tema en relación con las normas contenidas en los Reglamentos comunitarios, los cuales no requieren, como es sabido, de normas de implementación para que operen en el derecho interno. En efecto, en la sentencia de 7 de enero de 2004 (asunto C-60/02) se trataba de aplicar los artículos 2 y 11 del Reglamento (CE) núm. 3295/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, por el que se establecen determinadas medidas relativas a la introducción en la Comunidad y a la exportación y reexportación fuera de la Comunidad de mercancías que vulneran determinados derechos de propiedad intelectual, medidas que en la versión modificada por el Reglamento eran aplicables a las mercancías en tránsito que son retenidas provisionalmente en un Estado miembro por sus autoridades aduaneras. En el caso, que se suscitó a partir de una cuestión prejudicial formulada por un Tribunal austriaco, se analiza la cuestión relativa a si está obligado el derecho interno y en qué medida a establecer sanciones, y en su caso penales, para castigar las infracciones al derecho comunitario. La cuestión se planteó por parte de algunas marcas notablemente conocidas (Rolex, Lacoste, Tommy) que pretendían que se considerara delictivo en Austria no solo la comercialización de productos falsificados, sino también el simple tránsito de los productos por su territorio.

Esta pretensión obligaría al juez interno, según las empresas afectadas, a efectuar una interpretación extensiva o analógica del precepto penal aplicable para dar cumplida efectividad a las disposiciones comunitarias sobre protección de marcas. Pues bien, el TJUE estimó que la

obligación de interpretación conforme del Derecho nacional, a la luz del tenor literal y de la finalidad del Derecho comunitario, con objeto de alcanzar el resultado que este prescribe, no puede, por sí sola y con independencia de una ley adoptada por un Estado miembro, crear o agravar la responsabilidad penal de quien incumple las disposiciones de dicho Reglamento. De esta forma consideró que el Reglamento Comunitario no podía operar extendiendo analógicamente la interpretación del tipo penal del derecho interno (Austria) con el fin de aplicarlo a un supuesto de mercancía en tránsito, que no era castigado en la legislación nacional y sí estaba prohibido en cambio por la norma comunitaria.

Se aplicó, pues, a un Reglamento la misma doctrina de las directivas, a pesar de que, como es conocido, los Reglamentos tienen unas características muy distintas: obligatoriedad en todos sus elementos y además operan directamente en todos los Estados miembros, de forma que no precisan de ninguna medida intermediadora del Estado miembro para producir efectos.

mayor relevancia y repercusión todavía ha tenido en el ámbito judicial europeo la sentencia de 16 de junio de 2005 del TJUE, caso conocido como "María Pupino" (asunto C-105/2003), en el que además se trataba de aplicar una Decisión Marco en un proceso penal italiano. Los hechos consistieron en que a María Pupino, profesora de un colegio de primaria, se le imputaba la comisión de varios delitos de "abuso de medidas disciplinarias" y "lesiones agravadas", tipificados por la legislación penal italiana. Las víctimas de su conducta presuntamente delictiva eran menores de edad, todos ellos alumnos de María Pupino. La cuestión prejudicial surgió en la fase de instrucción con motivo de la aplicabilidad de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Se trataba de dilucidar si los menores de edad podían declarar mediante un incidente de prueba anticipada en la fase de instrucción en unas condiciones especiales y fuera del juicio oral, supuesto que en la legislación italiana solo se permitía para los delitos contra la libertad sexual, por lo que se pretendía ampliar ese supuesto con base en la referida Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo. Aunque la sentencia se refiere a una cuestión de índole procesal, su doctrina tiene repercusión en el ámbito material penal. Es más, la sentencia contiene referencias expresas sobre el derecho penal sustantivo.

Sintetizando la doctrina del referido caso, debe destacarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea argumentó (apartados 43 a 47 de la sentencia) que "el principio de interpretación conforme se impone respecto de las decisiones marco adoptadas en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea. Cuando aplica el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la decisión marco y de esta forma atenerse al artículo 34 UE, apartado 2, letra b).

Sin embargo -prosigue diciendo la sentencia-, es preciso señalar que la obligación del juez nacional de tener presente el contenido de una decisión marco cuando interpreta las correspondientes normas de su Derecho nacional tiene sus límites en los principios generales del Derecho y, en particular, en los de seguridad jurídica y no retroactividad. Dichos principios se oponen, concretamente, a que la referida obligación pueda tener por efecto determinar o agravar, basándose en la decisión marco y con independencia de una ley adoptada para la ejecución de ésta, la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones (véase, respecto de las directivas comunitarias, en particular, las sentencias antes citada, apartado 24, y de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-3565, apartado 74).

No obstante, procede destacar que las disposiciones objeto de la presente petición de decisión prejudicial no se refieren al alcance de la responsabilidad penal del interesado, sino al desarrollo del procedimiento y a las formas de practicar la prueba.

La obligación del juez nacional de tener presente el contenido de una decisión marco en la interpretación de las correspondientes normas de su Derecho nacional cesa cuando este no puede ser objeto de una aplicación que lleve a un resultado compatible con el que pretende alcanzar dicha decisión marco. En otros términos, el principio de interpretación conforme no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional. Sin embargo, dicho principio requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración, en su caso, todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la decisión marco”.

De los párrafos precedentes de la sentencia del TJUE han de resaltarse varias conclusiones. En primer lugar, que marca distintos niveles de exigencias en la aplicación e interpretación de las normas con arreglo a los principios generales del derecho y, en particular, de la seguridad jurídica y la no retroactividad cuando se trata de normas de derecho sustantivo y de derecho procesal penal. En ambos casos da prioridad al derecho nacional cuando la norma comunitaria aboca a una interpretación contra legem del derecho interno de los Estados. Sin embargo, cuando se trata de derecho penal sustantivo da un paso más y afirma de forma contundente que los principios generales del derecho se oponen, concretamente, a que la obligación la obligación del juez nacional de tener presente el contenido de una decisión marco pueda tener por efecto determinar o agravar, basándose en la decisión marco y con independencia de una ley adoptada para la ejecución de ésta, la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones. Puede por tanto afirmarse que el principio de legalidad penal impide que una norma de derecho comunitario (reglamentos, directivas y decisiones-marco) tipifique conductas delictivas que no aparezcan específicamente previstas en el ordenamiento jurídico interno con arreglo a las exigencias y las garantías que establece nuestro texto constitucional. A lo sumo cabría interpretar la norma penal interna con arreglo a la normativa comunitaria siempre que esta pueda entenderse comprendida en el sentido literal posible de la ley penal española.

4. Trasladando estos criterios hermenéuticos al caso enjuiciado, es claro que no cabe acoger la pretensión de la parte recurrente de que se aplique la Decisión Marco del Consejo Europeo de 13 de junio de 2002 sobre Terrorismo (2002/475/JAI) interpretándola en el sentido de que, a través de su texto, deban calificarse como delitos de terrorismo en nuestro ordenamiento jurídico los actos de piratería (en concreto en los casos de secuestro o toma de rehenes y de apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías), aunque no se den los supuestos específicos que requiere el C. Penal: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

5. En el mismo sentido y con iguales argumentos hemos de pronunciarnos sobre la pretensión de apreciar el tipo penal del terrorismo acudiendo al contenido de tratados o convenios internacionales. Cita al respecto la parte recurrente la Convención Internacional de 17 de diciembre de 1979 contra la toma de rehenes aprobada en Nueva York, y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación de Terrorismo, formalizado en la misma ciudad el 9 de diciembre de 1999. En lo que atañe a la Convención contra la toma de rehenes, se argumenta en el recurso que en el preámbulo de la misma se considera la toma de rehenes como un supuesto de terrorismo. Se refiere en concreto al último párrafo, que dice que “existe una necesidad urgente de fomentar la cooperación internacional entre los Estados con miras a

elaborar y adoptar medidas eficaces para la prevención, el enjuiciamiento y el castigo de todos los actos de toma de rehenes como manifestaciones del terrorismo internacional”.

Pues bien, en contra de lo que se alega por la parte recurrente, un preámbulo de una Convención no puede convertirse en una norma tipificadora de una conducta punible, máxime cuando ni siquiera se recoge en ella un concepto de terrorismo. En el referido párrafo se hace referencia a los actos de “toma de rehenes como manifestaciones del terrorismo internacional”, pero no se especifica cuándo la toma de un rehén es manifestación del terrorismo internacional. Para ello se precisaría concretar el concepto de terrorismo y además cuándo la toma de rehenes se ejecuta dentro de ese ámbito. Y la Convención no lo dice. Pero es más, aunque lo dijera habría que sopesar si su dicción suponía una interpretación del concepto de terrorismo insertable en la redacción del correspondiente precepto del C. Penal español, pues de no ser así y en caso de acudir a una interpretación analógica del texto penal sustantivo se estaría también vulnerando el principio de legalidad. Por consiguiente, tanto por razones formales, al imponer una norma penal a través del preámbulo de una Convención, como materiales, al crearse un supuesto típico que no aparece específicamente determinado y previsto en el C. Penal interno, no cabe acoger la tesis de la parte recurrente. Y en lo concerniente al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación de Terrorismo lo cita la parte por la remisión específica que contiene a la Convención anterior, por lo que concurre la misma razón de fondo para rechazar la argumentación jurídica de los recurrentes.

6. Los argumentos precedentes son aplicables, obviamente, a la impugnación contenida en el motivo siguiente del recurso (motivo tercero), en que se postula la aplicación del art. 572.2º del C. Penal (redacción anterior a la LO 5/2010), interesando por tanto que se subsuma la conducta del secuestro en el tipo específico de terrorismo que se contempla en ese precepto, pretensión que, a tenor de lo razonado ha de desestimarse.

No pueden, por consiguiente, acogerse los motivos segundo y tercero del recurso.

DUOCÉCIMO.- En el motivo cuarto denuncian los recurrentes, por la vía del art. 849.1 de la LECr., la infracción de los arts. 109 a 115 del C. Penal debido a su inaplicación. Alega la defensa que interesó en su escrito de calificación que se le indemnizara por los días de baja y por las secuelas psíquicas con una cantidad que se determinaría en ejecución de sentencia, dado que la indemnización concedida se ha circunscrito a los perjuicios materiales derivados de los objetos sustraídos y a los daños de índole moral. La pretensión ha de ser resuelta en el mismo sentido que lo fue la formulada sobre la misma materia por la otra acusación particular recurrente. En este caso, por tanto, ha de atenderse también a lo que se ha plasmado en la sentencia recurrida sobre los daños psíquicos que padecieron los recurrentes. Pues bien, en el folio 15 de la resolución de la Audiencia se afirma que el recurrente Víctor “se encuentra de baja como consecuencia de la situación de estrés sufrida”. De lo que se deriva que ha padecido un estado psíquico de esa índole y que lo seguía sufriendo cuando se dictó la sentencia, dado que se dice que todavía se halla de baja. Como solicitó que se le indemnizara por ese concepto y nada se responde sobre el particular en la sentencia recurrida, a pesar de que sí consta en el “factum” el dato del estado de estrés que le impide todavía trabajar, procede que se determine en ejecución de sentencia qué perjuicios se le generaron por ello y que se le indemnice en la suma correspondiente. Y en lo que atañe al recurrente Andoni, habida cuenta que en la sentencia se afirma que todos los secuestrados sufrieron un estado de estrés que les repercutió en la conciliación del sueño durante lapsos diversos de tiempo, desapareciendo paulatinamente en la mayoría de los casos, procede que se le indemnice por los perjuicios derivados de ese estado.

Deberán, por consiguiente, determinarse en ejecución de sentencia (art. 115 del C. Penal) los perjuicios derivados de tal padecimiento psíquico de ambos recurrentes y procederse a su indemnización por parte de los dos acusados. Al resolver este motivo de impugnación queda también resuelto el motivo quinto, en virtud de lo que se acaba de argumentar y también de lo que se razonó en el fundamento séptimo. Se estiman, pues, parcialmente los motivos cuarto y quinto en los términos que se acaban de exponer. Ello comporta la estimación parcial de este recurso, con declaración de oficio de las costas devengadas en esta instancia (art. 901 de la LECr.).

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación de Cabdiweli y de Raageggesey contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de fecha 3 de mayo de 2011, que condenó a los referidos recurrentes como autores de un delito de asociación ilícita, 36 delitos de secuestro, un delito de robo con violencia y 36 delitos contra la integridad moral, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, sentencia que queda así parcialmente anulada, con declaración de oficio de las costas causadas en el presente recurso.

De otra parte, estimamos parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación de Gaizka y Francisco contra la referida sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, y también el recurso interpuesto por la representación de Andoni y José Víctor contra la misma resolución, que queda así parcialmente anulada, con declaración de oficio de las costas devengadas en esta instancia por ambos recursos.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, Sala de lo Penal con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Francisco Monterde Ferrer.- Luciano Varela Castro.- Alberto Jorge Barreiro.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de diciembre de dos mil once.

En la causa sumario núm. 97/09, del Juzgado Central de instrucción número 1, seguida por un delitos de asociación ilícita, detención ilegal, robo con violencia y contra la integridad moral, la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta dictó sentencia en fecha 3 de mayo de 2011, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En virtud de lo argumentado en la sentencia de casación, procede anular la condena de los dos acusados como autores de los 36 delitos contra la integridad moral, de modo que se deja sin efecto la pena de 36 años de prisión que se le impuso a cada uno de ellos por los referidos delitos. Con lo cual, el total de 439 años de prisión que se les impuso a cada uno queda reducido a 403 años de prisión. De otra parte, los dos acusados indemnizarán a los recurrentes Gaizka, Francisco, Andony y José Víctor por los perjuicios irrogados a ellos y a los familiares que constan en la sentencia recurrida debido al estado de estrés padecido con motivo del secuestro, determinándose la cuantía de la indemnización en ejecución de sentencia.

FALLO

Absolvemos a los recurrentes Cabdiweli y Raageggesey de los 36 delitos contra la integridad moral y se mantiene la condena por un delito de asociación ilícita, 36 delitos de secuestro y un delito de robo con violencia e intimidación, y también se mantiene la condena en costas de la instancia excepto las derivadas de los delitos por los que ahora son absueltos. Condenamos a los acusados a que indemnicen a los recurrentes Gaizka, Francisco, Andony y José Víctor por los perjuicios irrogados a ellos y a los familiares que constan en la sentencia recurrida derivados del estado de estrés padecido con motivo del secuestro, determinándose la cuantía de la indemnización en ejecución de sentencia.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Francisco Monterde Ferrer.- Luciano Varela Castro.- Alberto Jorge Barreiro.

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