

En la Villa de Madrid, a veintiséis de abril de dos mil doce.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuestos por Alberto, Alexander, y Andoni, contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, que les condenó por un delito de tenencia y colocación de artefacto explosivo, con fines terroristas y les absolvió del delito de pertenencia a organización terrorista, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Cuevas Rivas. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. seis de los de Madrid instruyó Sumario con el núm. 43/10, contra Alberto, Alexander, y Alberto, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha ocho de marzo de dos mil once, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: “Con motivo de la detención en Francia el día 25 de febrero de 2009 del miembro de la organización terrorista ETA, Alex, los acusados Alberto, mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia de 21 de noviembre de 2002 por delito de colaboración con banda armada, Alexander y Andoni, estos dos últimos también mayores de edad, pero sin antecedentes penales, en respuesta a la detención del primero, tras preparar un artefacto explosivo compuesto por un petardo pirotécnico comercializado por la empresa Astondoa Pirotecnia, modelo “seguridad núm. 5”, con aproximadamente 1,7 gramos de pólvora (perclorato potásico y polvo de aluminio), al que habían adherido cuatro sprays (desodorante modelo Solo Loewe, ambientador marca Oust, ambientador marca Brise, laca Amulfi), sujetos en torno al petardo mediante un precinto, decidieron colocarlo, sobre las 23.30 horas del día 26 de febrero de 2009, junto con un cigarrillo sin filtro como fuente de ignición, en el habitáculo de 8 metros cuadrados, donde se encuentra el cajero automático de la entidad Caja Laboral, sito en la planta de calle de la Avda. Madariaga núm. 49 del barrio de Deusto, en Bilbao, encargándose materialmente de la colocación Andoni, que llevaba oculta su cabeza con una funda de tela, al objeto de no ser identificado, y quien lo dejó preparado para que explotase, lo que no sucedió, por cuanto que la mecha no llegó a prender, pese al mecanismo de ignición preparado para que lo hiciera, cubriéndole en la acción Alberto y quedando a la espera Alexander, quien les había acercado en su vehículo hasta las proximidades con el artefacto dispuesto para su colocación.

El artefacto, del tipo de los que habitualmente se emplean en la Kale borroca, gracias a que no llegó a explotar, no ocasionó daños personales, pero, de haberlo hecho, hubiera supuesto un grave riesgo, cuando no un resultado lesivo, para las personas, caso de encontrarse alguna en ese momento en el cajero, al margen de los daños materiales al propio cajero.

Aún cuando la colocación del artefacto fue en respuesta a la detención del miembro de ETA indicado, y los acusados son afines a los movimientos más radicales y violentos de la izquierda abertzale, no ha quedado acreditado que ninguno de ellos esté integrado o pertenezca a la banda terrorista ETA/SEGI, no obstante lo cual, la acción que realizaron al colocar el artefacto explosivo, se enmarca en el contexto de las acciones violentas propias de la Kale borroka, características de la organización terrorista SEGI, poniendo los acusados la realización de su acción al servicio de la misma y como contribución a sus fines”.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: “Fallamos.- Que debemos absolver y absolvemos a Alberto, Alexander y Andoni, del delito de pertenencia a organización terrorista del que venían siendo acusados en las presentes actuaciones, declarando de oficio la mitad de las costas del presente juicio.

Y debemos condenar y condenamos a los referidos Alberto, Alexander y Andoni, como autores penalmente responsable de un delito de tenencia y colocación de artefacto explosivo, con fines terroristas, a la pena, para cada uno, de seis años de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena e inhabilitación absoluta por doce años y pago de la otra mitad de las costas, por partes iguales.

Se decreta el comiso de los efectos del delito intervenidos.

Para el cumplimiento de las penas, se abona a cada procesado el tiempo que ha padecido privación de libertad por la presente causa.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días a contar desde la última notificación”.

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por los procesados Alberto, Alexander, y Alberto, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose dichos recursos.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del procesado Alberto, se basó en los siguiente motivos de casación:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECriminal, en relación con el art. 24 de la CE.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal, por indebida aplicación del art. 573 del Código Penal, y por inaplicación indebida del art. 577 del Código, en relación con el art. 266 del mismo texto legal en grado de tentativa;

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal, por indebida aplicación del art. 573 del Código Penal, e inaplicación del art. 266 del mismo texto legal, al tratarse de un supuesto de tentativa inidónea.

En el recurso de casación interpuesto por la representación de Alexander, se basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la LECriminal, por error de hecho en la valoración de las pruebas basado en documentos obrantes en autos que evidencian error del Juzgador.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECriminal, en relación con el art. 24 de la CE, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del acusado.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal, por indebida aplicación del art. 573 e inaplicación del art. 577 en relación con el art. 266 del Código Penal en grado de tentativa.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal por indebida aplicación del art. 573 del Código Penal, e inaplicación del art. 266 del mismo texto legal, al tratarse de un supuesto de tentativa inidónea.

Y en el recurso de casación interpuesto por la representación de Andoni, se basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECriminal en relación con el art. 24 de la Constitución Española, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del acusado.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECriminal, en relación con el art. 24 de la CE, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del acusado.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal, por indebida aplicación del art. 577 del Código Penal e indebida inaplicación del art. 577 del mismo texto legal en relación con el art. 266 del Código.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto pidió la inadmisión de todos los motivos del recurso y subsidiariamente su desestimación; la Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiese.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Vista, se celebró la misma el día veintiocho de febrero de dos mil doce. Con asistencia de los Letrados recurrentes Sras.

Goirizelaia Orderika, Jauregi Lejona y Sr. Landa Fernández en nombre de quienes mantuvieron sus recursos informando. El Ministerio Fiscal impugnó todos los recursos remitiéndose a su escrito de instrucción.

SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 13 de marzo de 2012 se prorrogó el plazo para dictar sentencia por término de treinta días.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Alberto.

PRIMERO.- De los tres motivos que formula, el primero lo dedica a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE), por entender no debidamente acreditado el hecho delictivo y su autoría, todo ello a través del amplio cauce procesal previsto en el art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECriminal.

1. Sostiene en el motivo que la prueba de cargo existente no se ha obtenido con las garantías legales. La condena se asienta exclusivamente en su declaración policial, la declaración policial de otro acusado y dos elementos corroboradores, a saber, un ticket de compra de dos aerosoles y el ADN obtenido en unos guantes recogidos en el lugar de los hechos.

Al ser negadas las declaraciones policiales al declarar ante el Juez instructor y persistir en la negativa en el juicio oral, el testimonio no debe operar como prueba de cargo.

En el recurso nos dice textualmente que “..... es detenido el 20 de abril de 2010 y su declaración policial se lleva a cabo el día 22 de abril de 2010, a las 17,16 horas, como aparece la misma al folio 1682 de la causa”.

Añade que “en esa declaración reconoce los hechos objeto de acusación..... su participación y la de otras personas e incluso cuenta una forma de desarrollo de lo sucedido”.

También nos dice que “cuando llega a presencia judicial niega la declaración policial e indica dos cosas: que ha sido sometido a presiones, amenazas, malos tratos y que ese mal trato en general se ha llevado a cabo durante los interrogatorios a que ha sido sometido”.

A su vez sostiene que carece de valor la declaración del policía autónomo núm. ...240, instructor de las diligencias para ratificar la regularidad de la toma de declaración, porque no fue él el que la tomó personalmente.

Respecto a los dos elementos probatorios corroboradores: ticket de compra y ADN de los guantes, no resultan fiables, pues el ticket habla de dos aerosoles y en la declaración uno de los acusados dijo que compró uno, y otro tres, y respecto al ADN,

amén de figurar el suyo, también apareció otro perfil genético, el de un tercero, que pudo usar también los guantes.

SEGUNDO.- Al recurrente no le asiste razón, pues en autos medió prueba legítima suficiente para justificar la condena.

Al objeto de analizar la presente censura debemos acudir al juicio oral, para a través de sus probanzas, acreditar los datos objetivos y demás circunstancias contenidas en sus declaraciones policiales ante la imposibilidad de las mismas para crear prueba directa válida y legítima.

En este sentido hemos de señalar:

a) El acusado en el plenario (véase folios 341 y 342 del acta del juicio) reconoce la declaración evacuada ante la policía autónoma vasca, asegurando que ninguno de los policías en momento alguno le puso las manos encima. Reconoce igualmente las fotografías halladas en el registro de su casa, pertenecientes al domicilio de Rosa, importante dirigente política vasca y que atribuyó a su padre.

Afirmó que todas las incidencias de su detención y evacuación de testimonios las contó a los médicos forenses que sucesivamente y con cierta frecuencia le examinaban.

Acepta en tal declaración que había participado en la colocación del artefacto explosivo, pero tenía mucho miedo cuando lo declaró.

También implicó a Alex en los hechos. Igualmente recuerda a la Sala enjuiciadora de instancia que ante el juez negó lo declarado, debido a los malos tratos.

b) El tribunal de origen tales testimonios los correlaciona con la prueba pericial, practicada en el plenario por los tres forenses (Pedro, Mónica y Javier), los cuales declararon a través de videoconferencia desde la Audiencia de Vitoria. De ello resulta que el acusado, siguiendo indicaciones de la policía autónoma vasca, dirigidas al Juez Central de Instrucción, es objeto de reiterados y sucesivos informes forenses sobre su estado, y ningún dato se detecta que pueda obedecer a malos tratos.

c) Junto a los dictámenes forenses ratificados en juicio que apuntan a la plena regularidad de la declaración, se analiza por la doctora Mónica, el problema del insomnio padecido por el detenido atribuido a la existencia de la luz. La forense explica que la causa del insomnio era la situación de detención en que se encontraba lo que produce nerviosismo e impide conciliar el sueño. Además, la existencia de luz, aunque sea tenue, se impone en los calabozos por elementales medidas de seguridad.

d) También explica el Tribunal la advertencia o indicación que le hace la policía de una posible responsabilidad de su padre, si el propio hijo, que se mueve en ambientes próximos al terrorismo imputa a su padre la titularidad de la fotografía de la casa de la política vasca Rosa, lo que constituye una circunstancia que se halla dentro de un

comentario lógico, que es incapaz de provocar o impulsar una declaración autoincriminatoria falsa.

e) Si el recurrente sufrió presiones en esas declaraciones, pudo haber instado la citación de la letrada que le asistió, que podía dar razón de cualquier anomalía observada, a cuyo testimonio no ha acudido el impugnante.

TERCERO.- A la vista de tales garantías, el acreditamiento de lo declarado por el recurrente, en particular ciertos datos o circunstancias de su testimonio, son a su vez corroborados por otros elementos probatorios de indudable eficacia suasoria.

Entre éstos son de señalar:

a) En las imágenes tomadas del cajero aparece un individuo colocando el artefacto con una capucha y que coincide con uno de los que junto a él, según tal declaración policial aceptada en el plenario, intervino en la colocación del mismo.

b) Por la prueba pericial genética se constata que el ADN de Alberto aparece en unos guantes que fueron encontrados en un contenedor próximo al cajero de autos.

c) El funcionario policial ...109, ratificando en juicio el atestado, relataba cómo, tanto los guantes como las capuchas o mangas de camiseta con agujeros se encuentran en diferentes contenedores próximos al lugar de los hechos según indicaciones del acusado, respecto a cuyo extremo el recurrente no dio explicación alguna.

d) Sobre los sprays en su día comprados, el transcurso de un año desde su adquisición, puede debilitar la memoria sobre el número de los adquiridos, pero el documento confirma que fueron dos. No existe ningún favorecimiento policial para que ambos acusados (Alberto y Andoni) declararan lo mismo. Se compraron dos sprays sin perjuicio de otro origen de los dos restantes. Coincide la marca con los ocupados, sin olvidar que la obtención del ticket se produjo a consecuencia de las indicaciones de Alberto.

e) El instructor de las diligencias, testimonió en el plenario (véanse folios 349 y ss. del acta del juicio) acerca de las comprobaciones realizadas sobre el testimonio de Alberto, primero que declaró e implicó a los otros dos acusados.

En tal sentido testifica que acudió a la tienda que le indicó Alberto, al lado del bar Choki, de Deusto, donde se vende el tipo de productos que se incorporaron al artefacto explosivo. El ticket de compra es de las 19,30 horas y los hechos ocurrieron dos horas después (23,30), coinciden las marcas de los sprays utilizados y los del ticket. Los que se utilizaron se acreditan por la pieza de convicción incautada y por los testimonios que en el plenario evacuaron los policías que la ocuparon, los cuales ratificaron los informes y actuaciones.

El instructor confirma la referencia que se hace por los acusados de todo lo utilizado para cubrirse y evitar pruebas con los efectos ocupados en la investigación (folio 351 del acta de juicio). Explicaron en su día al instructor, cómo compran una camiseta, cortan las mangas y hacen unos agujeros a modo de capucha y eso es exactamente lo hallado (dos mangas de camiseta con dos agujeros).

Igualmente se confirma según el instructor policial la existencia de ADN del acusado en los guantes de lana y en una de las camisetas.

También se confirma, aunque no afecta directamente a este caso, el dato ofrecido por Alberto acerca de la quema de un autobús en Bilbao el año 2000, en un barrio concreto, en el que participaron 7 personas, que concuerda con la declaración del conductor del autobús. La relación que puede existir lo fue porque en aquel atestado figura una muestra indubitada del ADN de Alberto.

f) Se ha dicho por el recurrente que en una de las prendas (guantes de látex) no existe confusión con las muestras, pero en otra prenda se obtienen perfiles genéticos de mezcla.

El perfil genético de Alberto (véase fol. 365 del acta del juicio) es compatible con esa mezcla. Es decir que “probablemente hay otra persona que ha contribuido con su ADN a esta muestra, pero lo ha hecho de una cantidad tan baja que no se observa, y debido a la técnica es imposible discernir esos perfiles que están por debajo del umbral”. Ello nos indica que pudieron existir trazas atribuidas a otra persona, difíciles de distinguir, pero ello no enturbiaba las claramente atribuidas a Alberto.

El motivo ha de rechazarse.

SEGUNDO.- En el correlativo ordinal, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal, se alega aplicación indebida del art. 573 del Código Penal e inaplicación del art. 577 en relación al 266 del mismo cuerpo legal.

1. En delitos de terrorismo el Código Penal contempla la actuación de quienes cometen delitos relacionados con la tenencia y depósito de sustancias explosivas, incendiarias o inflamables desde dos posiciones distintas: la de aquéllos que son miembros, colaboran o actúan al servicio de las bandas armadas y la de aquéllos que cometen los mismos delitos con la finalidad de subvertir el orden constitucional o la paz social.

La sentencia excluye el delito de pertenencia a banda armada, y a pesar de ello opta por aplicar el art. 573 del Código Penal, en vez del art. 577, dedicado al denominado “terrorismo individual”. La diferencia radica en los sujetos que pueden cometer uno y otro delito.

A su vez el recurrente considera que para la determinación de la condición de sujeto activo no se pueden utilizar antecedentes cancelados como indicios de su colaboración

con banda armada y mucho menos como indicios de actividad delictiva en relación a un delito concreto.

2. La Audiencia razona la exclusión de la pertenencia a banda armada (ETA-SEGI), entendiendo que existe una zona o espacio en que es posible que, sin estar integrados en una organización terrorista, se pueda actuar con la misma orientación, colaborando con la misma.

La Audiencia por un lado toma en consideración que la colocación del artefacto explosivo constituyó la respuesta a la detención de Alex, miembro de ETA, y los acusados eran “afines a los movimientos más radicales y violentos de la izquierda abertzale” y que la acción que realizaron al colocar el artefacto explosivo “se enmarca en el contexto de las acciones violentas propias de la Kale borroka, características de la organización terrorista SEGI, “poniendo los acusados la realización de su acción al servicio de la misma y como contribución a sus fines” (hechos probados).

El tribunal de origen excluye la colaboración con banda terrorista (ETA o SEGI), acudiendo a determinados datos objetivos de constancia en autos y entre los que cabe mencionar:

a) Informe policial obrante en autos (fol. 1425 y ss. del Tomo I), ratificado en el plenario por los agentes que lo confeccionaron y por el instructor de las diligencias, en el que se recoge un listado de antecedentes.

b) El acusado ha admitido su correspondencia y amistad con personas que han estado en prisión por circunstancias similares a las suyas.

c) Relación que mantiene con familiares de estas personas.

d) El oficio remitido por la policía francesa, obrante en autos (prueba documental: art. 726 L.E.Cr.) y confirmación en el plenario por el instructor de las diligencias, que justifica -y ello no ha sido cuestionado por nadie- que la actuación del recurrente y sus consortes delictivos se inscribía como reacción a la “detención del miembro de ETA Alex”, que tuvo lugar el 25 de febrero de 2009, el día anterior a la colocación del artefacto.

3. No obstante, como bien apunta el Ministerio Fiscal, en más de una ocasión cuando el legislador describe las actividades terroristas punibles, en su afán de evitar que quede fuera del ámbito de la punición alguna conducta merecedora de reproche penal, amplía quizás en exceso los tipos delictivos provocando más de una vez un concurso de normas, en nuestro caso del art. 573 y el 577 ambos del Código Penal.

Los datos que tiene en cuenta la Audiencia Nacional pueden resultar atendibles para la delimitación de esa línea subjetiva que diferencia ambos tipos penales (art. 573 y 577 del Código Penal), pero a juicio de esta Sala de casación, con la garantía del principio de legalidad y presunción de inocencia, la referencia es insuficiente para calificar una

conducta delictiva que: o bien se comete desde dentro de la organización terrorista o desde fuera de ella.

Es obvio, porque a esta conclusión ha llegado el Tribunal de origen, que el acusado no pertenece a ETA, SEGI u otro grupo o banda armada o terrorista, ni tampoco el día de autos obró al servicio de ellos, esto es, por encargo, mandato o delegación de alguno de esos grupos, células, taldes, comandos o en general individuos adscritos a estas organizaciones que despliegan actividades terroristas. Los hechos probados dicen que los acusados ponen la realización de su acción al servicio de la banda terrorista. Pero ello no significa actuar al servicio de ellos.

Igualmente nos dicen los hechos probados que la conducta tenía por objeto “contribuir a sus fines”. Pero tampoco esta expresión permite incardinar la conducta enjuiciada como de “colaboración con banda armada”. En primer lugar porque no está incluida entre las descritas en el art. 576.2 del Código Penal, ni tampoco en la cláusula general de “cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda, mediación económica o de otro género...”, ante la ausencia o indeterminación de la otra parte con la que colabora, ya que conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua “colaborar” es trabajar con otra y otras personas en la realización de una obra o contribución con otros al logro de algún fin, y no ha podido acreditarse la existencia y menos la identidad concreta de esos otros con los que se realiza la presunta colaboración.

4. Acreditado que la conducta enjuiciada no se realizó desde dentro de una organización o grupo terrorista o en conexión directa con ellos o sus miembros, resulta más adecuado, como parece apuntarlo el Ministerio Fiscal, que la expresión del factum “contribución a sus fines” se ajusta más a la obtención o consecución “por libre” de los objetivos criminales de la banda o grupo terrorista, a que se refiere el art. 577: “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”.

El Fiscal que apunta esta posibilidad de aplicación alternativa, termina por excluirla porque resultaría más gravoso para el recurrente, ya que ante la hipótesis de relacionar el art. 577 con diversos tipos delictivos, el art. 8 del Código Penal (principio de alternatividad) impone que, además de quedar excluida la aplicación propugnada del art. 266 del Código Penal (daños) la subsunción en el delito de incendio (351 del C.P) o la más acorde al hecho cometido (568 C.P.) relativa al depósito o tenencia de sustancias explosivas, inflamables o incendiarias, que serían las más adecuadas conforme al principio de alternatividad, empeorarían la situación del acusado.

Sin embargo esta Sala de casación no lo entiende así. Para el caso de calificar el delito como tentativa de incendio, a la vista del nivel ejecutivo del hecho (art. 62 del Código Penal) y la escasa posibilidad de provocar el incendio, en ausencia de material combustible, la pena de la denominada por un sector doctrinal “tentativa inacabada” daría lugar a la rebaja en dos grados de la prevista en el art. 351. Todo ello presumiendo también que se posean datos (nos movemos en el terreno de las hipótesis) de que en el incendio hubiera existido peligro para la vida o integridad física

de las personas. La pena procedente siempre a nivel teórico sería la de dos años y seis meses a cinco años.

No obstante la calificación más grave y adecuada, conforme al art. 8 del Código Penal que resuelve el concurso de normas, sería la aplicación del art. 568 del Código Penal. El Fiscal afirma que la pena sería superior a la que se impuso, fijándose en la mayor de las previstas en el precepto citado, que se impone a los promotores u organizadores del depósito o de la tenencia de las sustancias explosivas, que oscilaría de seis a ocho años.

No obstante, a la vista de que a la detención del etarra en Francia, siguió la preparación y colocación del explosivo que se produjo al día siguiente, es obvio que los acusados debieron acudir a un tercero para proveerse de la pólvora, que sí podría calificarse de promotor u organizador del depósito, o bien adquirir la pólvora en un establecimiento comercial simultáneamente con los sprays, lo que les coloca en la situación de meros cooperadores de dicha tenencia, depósito o posesión de la pólvora.

El recurrente ataca la subsunción del art. 573 del Código Penal, e inaplicación del art. 577 y del 266 del Código Penal, aunque esta Sala estima aplicable, como postula el recurrente, el art. 577 en relación al 568, ambos del Código Penal. Y ello es así porque el delito de tenencia o posesión de sustancias explosivas, inflamables o incendiarias para cometer un delito de terrorismo, no constituye un tipo delictivo de resultado, sino que su propia ubicación sistemática permite calificarlo de delito de peligro, sin precisar resultado alguno. El delito se consuma por la mera tenencia o posesión de las sustancias dichas con propósitos ilícitos.

El motivo se estima parcialmente.

TERCERO.- En el siguiente motivo, con sede procesal en el art. 849.1 de la LECriminal se considera indebidamente aplicado el art. 573, e inaplicación del 266, ambos del Código Penal, por tratarse de un supuesto de tentativa inidónea.

El análisis de esta queja carece de sentido al excluir la Sala la aplicación de tal precepto y, en su lugar subsumir los hechos en el art. 577 del Código Penal.

Por todo ello el motivo quedaría sin contenido y por tanto deberá rechazarse.

Recurso de Alexander.

CUARTO.- En el primer motivo, que residencia en el art. 849.2 de la LECriminal, aduce error de hecho en la apreciación de la prueba, derivada de la existencia de documentos en la causa que así lo demuestran.

1. Sostiene el recurrente que es imposible que el coche que utilizó en los hechos (perteneciente a una empresa de su padre) fuera el empleado en la comisión del delito,

porque en la fecha de los mismos se encontraba en un taller para peritación y valoración (26 de febrero de 2009).

Para acreditar ese extremo acude a los documentos emitidos por las compañías de seguros en los expedientes tramitados en los días precedentes a los hechos delictivos

Considera importante el documento en el que consta que el coche habría sido provisionalmente peritado por la compañía Thalay el día 26 de febrero de 2009, en el que se hace constar que el vehículo en esa fecha está en el taller Leioa Berri Auto SC, de la Avenida Iparagirre de Leioa (Vizcaya).

A ello debe unirse el contenido del certificado del Director de Post Venta Leioa Wagen (con domicilio en la Avda. Iparagirre 90 de Leioa), en el que hacía constar que el coche del acusado entró en el taller el día 16 de febrero y que fue retirado durante un periodo de tiempo que no se puede precisar por el informante porque no se llevaba a cabo la peritación de los daños por la compañía aseguradora.

2. La Sala de instancia dio respuesta a esta cuestión excluyendo cualquier error apreciativo tendente a modificar los hechos que se declaran probados. Los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Sala para estimar un motivo de tal naturaleza imponen entre otros condicionantes que el hipotético error no se acredite con documentos que entren en contradicción con otras pruebas válidas y legítimas que ha tenido en consideración el Tribunal sentenciador.

La Audiencia Nacional tuvo en cuenta, como expone en la página 20 y 21 de la sentencia, pruebas contundentes que demostraban lo contrario de lo que pretenden acreditar con los documentos de peritación y valoración de las compañías aseguradoras, en cuanto con las mismas se podría justificar la posibilidad de circulación del vehículo o de hallarse en el lugar de los hechos en el momento de cometerse. Entre éstas citamos:

a) No se discute que pudiera declararse siniestro total del vehículo, pero ello fue debido a la antigüedad del mismo y a su bajo valor venal, lo que no impide que pudiera ser utilizado para circular con él.

b) Al folio 1997 (Tomo II) aparece incorporado un avance de peritación por los daños del vehículo, y al describirse las piezas dañadas y la parte del vehículo afectada, permite conocer, según experiencia del propio Tribunal de instancia, que tales daños no impiden que circule el vehículo.

c) Las imágenes que refleja la fotografía del vehículo (folio 2094, tomo VI) conducen a la misma conclusión.

d) En la prueba testifical el testigo J.L.A.L de la empresa Leioa Wagen S.A., responsable de uno de los talleres a donde fue llevado el vehículo para reparar, tanto

ante la policía como en juicio oral afirmó que, cuando el vehículo lo llevaron a su taller, circulaba por sí mismo y fue el acusado el que llevó el coche.

e) El recurrente en el apartado quinto del motivo que se analiza reconoce que al folio 115 del Rollo de Sala aparece un documento emitido por la empresa Leioa Wagen en el que consta el siguiente particular: “con fecha 16 de febrero de 2009”. “Que durante el período de tiempo que esta parte no puede determinar con exactitud el vehículo fue retirado por su propietario debido a que la Cía. Aseguradora del mismo, Mutua General de Seguros, no llevaba a cabo la correspondiente peritación de daños. Posteriormente y tras entrar nuevamente en el taller, fue peritado por la citada aseguradora...”.

3. Si con tales datos, apreciados por el Tribunal acreditativos de que el coche era apto para circular y pudo estar perfectamente en el lugar de los hechos, sería suficiente para descalificar la coartada, no es ocioso mencionar un dato más de enorme importancia que el Ministerio público aporta en esta instancia procesal, y es que en el recurso formulado se detecta una añagaza o confusión, que en su legítimo derecho de defensa trata de articular en este motivo el recurrente.

En realidad -nos dice el Fiscal- es que hay dos talleres con nombres muy parecidos en la Avenida Iparragirre de Leioa (Vizcaya). Uno es el de Audi (Leioa Wagen), sito en el número 90 de la citada avenida y con un número de teléfono que consta al folio 113 del rollo. El otro está situado en el número 94 de la misma avenida Iparagirre (Leioa Berri Auto), que es donde el acusado había llevado el coche y donde fue reconocido por el perito de Thalai el día 25 de febrero de 2009. Ese taller, consultada por el Ministerio Fiscal la página web de internet, <http://www.renaultleioa.es/> es un taller de Renault, y tiene un número de teléfono diferente al de Audi (ver folio 2097), que confirma la existencia de dos talleres. Es decir, que los documentos señalados por el recurrente acreditan que el coche fue sacado del taller de Renault (un taller vecino al anterior), donde fue examinado en esa fecha por el perito de la compañía Thalai (folio 2097). Esta clarificación del Fiscal ha podido ser refutada por la parte recurrente tanto al contestar por escrito el informe del Fiscal, como en la vista oral de este recurso. La única observación que hizo es que el taller era el mismo y por una calle tenía un número (Audi) y por la calle de atrás tenía otra salida (Seat, Volkswagen), cuando el taller era de la Renault y es patente, público y notorio que ambos se encuentran en números diferentes de la misma calle (véanse art. 4 y 281-4 L.E.Civil)

De tales razonamientos se excluye cualquier error del Tribunal sentenciador, pues el coche funcionaba bien, podía ser trasladado de un lugar a otro sin mayores complicaciones y el acusado lo movía a su conveniencia, y desde luego el día 26 de febrero de 2006 el coche no estuvo en el taller de Audi, como pretende sostener.

El motivo ha de declinar.

QUINTO.- En el segundo de los motivos articulados, al amparo del art. 852 de la LECriminal alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución Española).

1. Sobre esta queja argumenta que su declaración policial no puede ser tenida en cuenta como prueba de cargo al ser negado expresamente su contenido a presencia judicial y en la vista oral.

Su valor, en tanto forma parte del atestado policial es el de mera denuncia, amén de que no comparecieron en su condición de testigos los policías que intervinieron en la declaración de tal imputado, acudiendo al juicio el instructor o coordinador de la investigación que no tuvo intervención directa en la evacuación del testimonio policial del recurrente.

Otro de los argumentos exculpatorios es que la Ertzaintza quería que coincidieran las declaraciones de uno y otro, forzándolas para conseguirlo. Existe una particular contradicción entre la declaración de Alexander y Alberto, respecto al número de aerosoles adquiridos. El ticket que hace referencia a ellos no fue ocupado a ninguno de los acusados, por lo que no puede deducirse quien realizó la compra.

Pero lo definitivo es lo alegado en el motivo anterior y es que el día de los hechos no pudo hallarse su coche allí.

2. Esta Sala entiende que en el proceso existían pruebas de cargo suficientes, que justificaban el tenor de la sentencia condenatoria.

Entre estas podemos citar:

a) El testimonio del acusado evacuado en el plenario (véanse páginas 343 y ss. del acta del juicio oral). De él se puede entresacar lo siguiente:

1) Reconoce que el coche Audi A-3 matrícula BI-9967-CJ, pertenecía a la empresa de su padre y era él quien lo usaba.

2) Circulando con él tuvo un accidente al alcanzarle por la parte trasera un autobús, accidente que tuvo lugar el 10 de febrero de 2009.

3) Si sacó del taller el coche el 5 de marzo, no pudo emplearlo el 26 de febrero, fecha en que se colocó el artefacto en el cajero automático de la entidad crediticia.

4) Él accedió a declarar lo que consta en el atestado policial para que lo trasladaran a Madrid, porque luego demostraría ante el juez que el coche no pudo estar en el lugar de los hechos el 26 de febrero (fol. 244 del acta del juicio oral).

5) Al folio 345 del acta del juicio oral confirma que en la declaración ante la policía autónoma vasca se reconoció culpable.

6) Que los interrogatorios ante la fuerza policial se hicieron con mucho calor y mediaron amenazas.

b) Tal testimonio a la hora de ser valorado por el tribunal de instancia, permitió alcanzar el firme y fundado convencimiento de que la excusa aducida era una coartada falsa. Las razones fueron las siguientes:

1) La ausencia de amenazas u otras condiciones que le impulsaran a declarar en los términos que lo hizo. Sobre tal extremo la Audiencia tuvo en cuenta los abundantes informes forenses, ratificados en juicio, que controlaban el desarrollo de su estancia en dependencias policiales. Su letrado nada hizo constar en acta, ni tampoco fue llamado a testificar en el juicio oral, cuando nada se oponía a ello. Ningún vestigio o efecto posterior a tales declaraciones se advirtió en el declarante que pudiera sugerir que había sido sometido a amenazas o malos tratos.

2) La cantidad de aerosoles adquiridos (uno o tres), cuando en realidad fueron dos, lo explica la Sala de origen. En cualquier caso fue la declaración de los acusados la que determinó que la policía localizara el lugar de adquisición, justificando que un joven adquirió el mismo día de los hechos dos aerosoles de la marca de los que fueron intervenidos. Así pues, la afirmación de que la policía pretendía modificar por la fuerza los testimonios de los detenidos no se compadece con la libertad que necesariamente debieron tener al afirmar uno de ellos que la adquisición fue de un aerosol y el otro dijo que tres. Documentalmente se ha acreditado que fueron dos.

3) El hecho de que por razones de fuerza mayor no comparecieron a juicio los policías que materializaron la declaración, no impidió que acudiera al plenario el instructor de las diligencias que pudo confirmar las indicaciones sobre el lugar de compra de los aerosoles y demás datos ofrecidos por el detenido (véase acta del juicio oral, folios 349 a 354).

4) La experiencia del foro nos dice que constituye un *modus operandi*, prácticamente invariable, que en los procesos penales las personas incardinadas en ámbitos próximos al terrorismo y los propios terroristas, a una primera declaración sincera ante la policía le sigue otra judicial en la que se denuncian malos tratos y torturas imaginarias, sufridos en la anterior.

3. Reforzando todo lo alegado en el motivo anterior y como desmantelamiento de la coartada aducida, la Sala de origen contó con el testimonio del instructor del atestado evacuado en el plenario (acta del juicio oral, pág. 353), que refuerza la plena funcionalidad del vehículo Audi-3. Usando de la documentación intervenida nos dice:

a) Que no hay dato alguno de que el vehículo fuera trasladado al taller en grúa.

b) Hablando con las personas que hacen la peritación le dicen que allí no lo arreglan, en particular, hay una declaración del dueño de unas carrocerías a donde se llevó el vehículo a primeros de marzo, afirmando que podía circular perfectamente y después tuvieron que llevarlo al desguace en grúa no por imposibilidad mecánica sino porque se había quedado sin batería.

c) Confirma en el juicio oral que el coche tiene varias peritaciones, la primera en Leioa Wagen, la segunda en una concesionaria del VW, producida el día anterior a los hechos (25 de febrero), y la tercera en otro concesionario. Practicadas las pertinentes gestiones no fue habido ningún tipo de documentación que hiciera pensar que entre los archivos de los concesionarios hubieran hecho alguna reparación, condición indispensable para acceder al garaje. En definitiva, los peritajes son de 18 de febrero, 25 de febrero y 5 de marzo y entre el 25 de febrero y 5 de marzo no se encuentra documentación alguna que acredite donde se hallaba el vehículo.

4. En conclusión, si la declaración policial en los términos en que la hizo fue porque luego no tendría inconveniente en acreditar ante el juez que su coche no pudo estar en el lugar de los hechos (declaración del plenario), el fracaso de la coartada o demostración de lo contrario constituye un elemento probatorio que el tribunal de origen valoró oportunamente.

Por todo ello el motivo debe decaer.

SEXTO.- Los motivos tercero y cuarto de este recurso, articulados por la vía procesal del art. 849.1 de la LOPJ plantean las mismas objeciones y con los mismos argumentos que el anterior recurrente, en los motivos segundo y tercero respectivamente, es decir la aplicación del art. 577 en relación al 266 del Código Penal en grado de tentativa, y en su defecto la aplicación del 573 del Código Penal, en relación al 266, del mismo cuerpo legal por tentativa inidónea, por lo que debemos remitirnos a lo ya dicho, sirviendo aquellas motivaciones jurídicas para estimar parcialmente el motivo tercero y rechazar el cuarto.

Recurso de Andoni.

SÉPTIMO.- El primer motivo lo formaliza por infracción de precepto constitucional con base procesal en el art. 852 de la LECriminal, al haber infringido el derecho que tiene todo acusado a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución Española).

1. La sentencia le condena como autor de un delito de tenencia y colocación de artefacto explosivo del art. 573 del Código Penal, y la prueba de cargo se asienta en el resultado de una pericia biológica (informe pericial) en el que se concluye que el perfil genético obtenido en un cepillo de dientes incautado en su domicilio es coincidente con el perfil obtenido a partir de la capucha o manga de camiseta. No obstante los agentes de la Ertzaintza, autores del informe, declararon en el juicio oral que la muestra obtenida en el cepillo de dientes no era indubitada.

Argumenta que en la capucha, además del perfil genético del acusado se detecta el de otra persona, lo que indica que otra persona también ha estado en contacto con la capucha.

2. Los argumentos aducidos carecen de eficacia suasoria. En primer término la existencia de un ADN, perteneciente a otra persona, lo es en relación a la identificación de Alberto y no del recurrente. La sentencia explica las razones existentes para concluir que la coincidencia entre el ADN de la capucha y el cepillo de dientes, hace que el recurrente sea el autor de la colocación del artefacto: como refuerzo probatorio ha de manifestarse que el informe de genética se refiere también a la coincidencia del perfil de ADN de la capucha, con una máquina de afeitar, y un protector bucal de boxeo, objetos hallados en el registro practicado en la vivienda de Andoni.

Las coincidencias son contundentes. Así, se encuentra una capucha en un contenedor de basura próximo al lugar de los hechos (folio 1541), como dijo en su declaración Alberto, lugar al que Andoni arrojó esa prenda una vez colocado el explosivo. El mismo Alberto dijo que la capucha la llevaba el recurrente, y es en ella donde se hallaban los restos genéticos, que precisamente coinciden con los hallados en el cepillo de dientes verde (instrumento de uso personalizado), que según los agentes que practicaron el registro en su casa encontraron (testimonio de los agentes en el plenario: acta de juicio oral, pág. 360).

Los datos y coincidencias son harto significativos y decisivos en orden a tener por suficiente la prueba de cargo que le implicaba directamente en los hechos enjuiciados.

Por otro lado el instructor de las diligencias explica las fases del proceso de investigación para alcanzar tales conclusiones, lo que elimina cualquier duda sobre la cadena de custodia.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- En el siguiente motivo, también por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución Española), que canaliza vía arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECriminal entiende que, aún en el caso hipotético de admitirse la correspondencia entre el ADN del cepillo de dientes ocupado en el domicilio del acusado y la capucha hallada en el contenedor próximo al lugar de los hechos no resultaría, por ese solo dato, acreditada la comisión del delito.

1. El impugnante argumenta que la única conclusión aceptable es que la coincidencia entre el ADN del cepillo de dientes y la capucha sólo acreditaría que la persona que se cepillaba los dientes en la casa del acusado estuvo en contacto con la capucha que se encontró junto a los guantes que usó quien cometió el delito.

2. Sin embargo la Audiencia completa ese dato incriminatorio, con otros asimismo de cargo, entre los que podemos señalar:

a) Alberto, en su declaración en el plenario por remisión a la policial, identifica al recurrente como el autor material del hecho y sólo entonces se procede a verificar su ADN, pues el ADN del acusado estaba en la capucha no porque fuera usando capuchas para su trabajo y las tirara después en los contenedores de Bilbao. Alberto

confesó que Andoni utilizó la capucha para colocar el explosivo y la arrojó a continuación con los demás efectos que disimulaban su identidad al contenedor existente próximo a los hechos (declaración del instructor de las diligencias policiales en el juicio oral: pág. 353 y ss del acta).

b) El encapuchamiento y la colocación del artefacto aparece en el fotograma obrante al folio 29 de las actuaciones, en el que se observa cómo una persona encapuchada con la prenda después hallada coloca el explosivo, que insistimos identifica Alberto.

c) Al acusado le propone el juez instructor una prueba de ADN, no consintiendo en ello (folios 1971 y 1972, Tomo VI), circunstancia determinante y concluyente, pues si pone en entredicho que el ADN del cepillo de dientes, coincidente con el de la capucha no le corresponde, una prueba tan poco agresiva como extraerle un poco de saliva, hubiera esclarecido el hecho sin el menor género de duda. El dato es definitivo a efectos probatorios.

El motivo, por ende, debe decaer.

NOVENO.- En el tercero y último motivo a través del art. 849.1 de la LECriminal, por indebida aplicación del art. 573, e inaplicación del 577 en relación al 266, todos del Código Penal.

El motivo, coincide en su planteamiento y argumentos con el mismo aducido por los otros recurrentes, por lo que debemos remitirnos a lo allí dicho estimándolo parcialmente.

DÉCIMO.- La estimación parcial de alguna de las cuestiones articuladas por los recurrentes hace que las costas del recurso se declaren de oficio, de conformidad al art. 901 de la LECriminal.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Alberto, contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, que condenó a él y otros dos más por un delito de tenencia y colocación de artefacto explosivo, con fines terroristas y les absolvió del delito de pertenencia a organización terrorista, por estimación parcial del motivo segundo, desestimando el resto de los motivos alegados por el recurrente, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia, declarando de oficio las costas de su recurso.

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Alexander, contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas por estimación del motivo tercero de su recurso, desestimando el resto de motivos alegados por el recurrente, declarando de oficio las costas de su recurso.

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Andoni, contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas por estimación del motivo tercero de su recurso, desestimando el resto de motivos alegados por el recurrente, declarando de oficio las costas de su recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- José Ramón Soriano Soriano.- Manuel Marchena Gómez.- Diego Ramos Gancedo.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de abril de dos mil doce.

En el Sumario instruido por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional instruyó Sumario con el número 43/10, y fallado posteriormente por la Audiencia Nacional, Sección Segunda, contra Alberto, Alexander, y Alberto, teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la sentencia revocada y anulada dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, con fecha ocho de marzo de dos mil once, incluso su relato de hechos probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal en los concretos extremos relacionados con los motivos que se estiman.

SEGUNDO.- Resultando aplicable conforme a la Sentencia rescindente el art. 577, en relación al 568 ambos del Código Penal, este último en el inciso segundo, que prevé una pena de tres a cinco años, debe acotarse el marco penológico básico (mitad superior, por imperativo del 577), quedando establecido dentro del recorrido que va de cuatro años y un día a cinco años.

Esta Sala entiende proporcionada la imposición de la pena mínima, a la vista de la escasa gravedad de los hechos (art. 66.6 del Código Penal), en particular, por las pocas posibilidades de que el artefacto explosivo produjera los efectos esperados, dado el sistema de ignición utilizado. El artilugio toscamente confeccionado difícilmente podría explotar, aunque no puede negarse que constituía un peligro frente a potenciales usuarios del cajero bancario.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Alberto, Alexander, y Andoni, como autores responsables de un delito consumado de tenencia y colocación de artefacto explosivo con fines terroristas (art. 577, en relación al 568 del Código Penal), sin la concurrencia de circunstancias genéricas de la responsabilidad criminal a la pena de cuatro años y un día de prisión, con las accesorias y demás pronunciamientos contenidos en la recurrida que deben mantenerse.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- José Ramón Soriano Soriano.- Manuel Marchena Gómez.- Diego Ramos Gancedo.

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