

En la Villa de Madrid, a cuatro de julio de dos mil doce.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el núm. 10013/2011, interpuesto por la representación procesal de Aitor, contra la sentencia dictada el 17 de noviembre de 2011 por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, Sala Penal, en el Rollo de Sala núm. 24/2010, correspondiente al Procedimiento Sumario núm. 17/2010 del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de los de Madrid, que condenó al recurrente, como coautor responsable de un delito de estragos terroristas en grado de tentativa, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente D. Aitor, representado por el Procurador D. Javier Cuevas Rivas; habiendo intervenido el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

#### ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 4, incoó Procedimiento Sumario con el núm. 17/2010, en cuya causa la Sección 3ª de la Audiencia Nacional, Sala Penal, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 17/11/ 2011, que contenía el siguiente Fallo:

“1) Absolvemos a Arkaitz, Íñigo y Aitor del “delito de colocación de artefactos explosivos del art. 573 del CP” imputado por el Ministerio Fiscal como integrado en el concurso delictivo a que se refiere en su calificación acusatoria, con los demás pronunciamientos inherentes a tal absolucón.

2) Absolvemos a Íñigo del delito de estragos terroristas en grado comisivo de tentativa objeto de la calificación acusatoria con los demás pronunciamientos inherentes a tal absolucón, declarando de oficio el pago de las costas por él causadas, quedando en libertad por la presente causa, expidiéndose a tal efecto el mandamiento y comunicaciones pertinentes.

3) Condenamos a Arkaitz y Aitor en calidad de coautores responsables del delito de estragos terroristas en grado comisivo de tentativa, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, para cada uno de ellos, de ocho años de prisión, así como a la de inhabilitación absoluta por tiempo superior en ocho años al de duración de la referida pena de prisión, y al pago por mitad de las costas causadas.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a la representación procesal del condenado, con expresión de que aquélla es impugnabile en casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo”.

SEGUNDO.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes Hechos: “Se declara probado que en el año 2008 los tres acusados integraban un comando (sucesivamente denominado “Askatasun Haizea”, “Txikitze” y “Hegoa”) de la

organización terrorista ETA, organización que mediante la violencia sobre personas y cosas persigue la independencia del País Vasco, separándose de España. Para llevar a cabo sus acciones disponían de armas y de explosivos, que otros miembros de ETA les hacían llegar desde Francia y que luego ocultaban con el propósito de ejecutar ulteriores eventuales actos de violencia que -además del aquí enjuiciado- han sido objeto de otros procedimientos.

Sobre las 12:15 horas del día 31/enero/08 y en las inmediaciones de un camino próximo al caserío "M.-C.", a la altura del núm. ... de la calle E., término municipal de Getxo (Bizkaia), fue hallado por unos vecinos un barril de cerveza de la marca "Heineken", de 50 litros de capacidad, conteniendo -a falta de detonador y sistema de iniciación- una carga de 30 kgs. de masa explosiva (amonal), compuesta por nitrato de amonio (94,5 %), aluminio en polvo (4,5 %) y rastros de nitrometano (0,1 %), con una estructura de PVC para proteger una carga multiplicadora de 100 grs. de pentrita y con un cono de aluminio en la parte posterior para obtener un efecto de carga hueca, así como con un tubo de plástico elástico con carga de pentrita como cordón detonante.

Los mencionados componentes de la masa explosiva eran parte de los que, en cantidad total aproximada a los 370 kgs., habían sido proporcionados en Francia a los acusados por otros miembros de ETA y trasladados a España por los primeros y luego ocultados.

Tal artilugio, de gran potencial destructivo, había sido confeccionado por el acusado Arkaitz y otro individuo -a quien no afecta la presente resolución-, con la mencionada parte del material a tal efecto transportado desde Francia, en un piso sito en la localidad de Ezcaray y situado en el lugar precitado del municipio de Getxo -en que fue descubierto- por dicho Arkaitz y Aitor, junto con otro individuo no enjuiciado, con la finalidad de ser transportado por ellos dos días después a las inmediaciones del Real Club Marítimo de Getxo y ser manipulado en una última fase para colocar los instrumentos de detonación y conseguir allí su explosión, lo que no pudo ser ejecutado al ser hallado el barril de referencia, como queda dicho."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, por la representación legal del procesado Aitor, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal de Aitor, (pues a Arkaitz se le tuvo por desistido por auto de 17-1-2012), se basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Se formula este motivo al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ, y 852 LECr, por vulneración del derecho fundamental a la integridad física, en relación con el

art. 15 CE, y en relación el art. 24 CE y con el derecho a guardar silencio, no declarando contra uno mismo.

Segundo.- El motivo se ampara en lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ, y 852 LECr, entendiéndose infringido el derecho a la presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 de la CE.

Tercero.- Se formula este motivo al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr, por infracción de ley, y del art. 16.2 CP.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto interesó la inadmisión y, en su defecto la desestimación del mismo; la Sala admitió el mismo a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de la vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista, se llevó a cabo la misma, el día 7-6-2012, con la asistencia del Ministerio Fiscal y de la Defensa del acusado recurrente, quienes alegaron lo que a su derecho convino; celebrada la cual, la Sala comenzó a deliberar, y en el curso de cuyo acto se decidió suspender el mismo hasta que se celebrara un Pleno no jurisdiccional de la Sala en relación con alguna de las cuestiones debatidas, con interrupción del plazo para dictar sentencia a que se refiere el art. 899 LECr. Ello no obstante, teniendo en cuenta la situación de prisión del recurrente, se resolvió reanudar la deliberación en 28-6-2012, sin esperar la citada convocatoria, lo que así se efectuó, concluyendo con el resultado que a continuación se expresa.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como primer motivo se plantea, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ, y 852 LECr, la vulneración del derecho fundamental a la integridad física, en relación con el art. 15 CE, y en relación el art. 24 CE y con el derecho a guardar silencio, no declarando contra uno mismo.

1. Alega el recurrente que ha quedado acreditado que el mismo, durante el periodo de detención en las dependencias de la Guardia Civil en la Comandancia de Tres Cantos, tal y como el mismo manifestó, ha sido sometido a malos tratos y torturas para violentar su voluntad y obtener datos que luego han servido de base para construir su imputación, obteniendo además, por ese medio, vulnerando su derecho a la integridad física y a guardar silencio, pruebas nulas conforme al art. 11 LOPJ. El Juzgado instructor en 21-7-2008, dictó auto -fº 222- ordenando su reconocimiento forense cada 8 horas, sin que lo fuera desde la 11´50 hasta las 22 horas del mismo día 25-7-08; y la grabación en todo momento de los detenidos; lo que no se ha cumplido, pues no está grabado todo el periodo de detención, ni todos los lugares, constanding más de 26 salidas, de la celda, estando sólo 13 diligencias documentadas. Y que, si no dijo nada a los forenses, fue por el miedo que tenía y la presión de que fue objeto; habiendo informado la médica Sra. T. que lo encontró muy nervioso, alterado y cabizbajo, lo que es compatible con lo que el Sr. Aitor refirió. Y señala también el recurrente que las

cervicalgias y otros dolores pueden ser posturales, pero no como indicó el médico forense, sino consecuencia de lo aquél explicó y los actos de violencia que sobre él se ejercieron.

2. La sala de instancia salió al paso de la alegación en su fundamento jurídico segundo, destacando “la ausencia en autos de todo dato mínimamente acreditativo de malos tratos de clase alguna sobre dichos detenidos, siendo a tal respecto plenamente asumibles los informes emitidos en cada caso por el médico forense, que no objetivaron patologías determinadas por la recepción de dichos pretendidos malos tratos y únicamente las ordinarias padecidas previamente por alguno de los entonces examinados, bien entendido que los informes médico-forenses no son opinables, toda vez que su caracterización procesal viene determinada por la esencial posición que dichos facultativos ostentan en cuanto asistentes técnicos de los órganos jurisdiccionales en el campo propio de su disciplina profesional, es decir, de la patología forense. (Cfr. Arts. 479 de la LOPJ y 343 y ss. de la LECrim, y Reglamento Orgánico de 1996).

El Juzgado Instructor en los Autos de 22 de julio de 2008, folio 222 y ss. cuando se decreta la incomunicación, acuerda que el Médico Forense reconozca a los detenidos, debiendo informar sobre su estado, y también que el detenido pueda ser examinado por médico de su elección, si así lo solicita, en unión con el médico forense adscrito al Juzgado, quien girará visitas cada 8 horas máximo y siempre que fuere necesario.

Hemos de considerar los informes facultativos forenses prestados ante el Instructor tras los reconocimientos realizados a los acusados durante su periodo de detención incomunicada, así como los informes prestados por los médicos designados por las familias de los detenidos o por sus abogados, que han comparecido igualmente en el plenario como peritos.”

Y sigue precisando el tribunal “a quo” que: “Aitor, fue reconocido por el Médico Forense los días, que a continuación se indican, con el siguiente resultado destacable:

- 22 de julio, 20,30 h., ya en Madrid: manifiesta que no ha sufrido violencia durante la detención y que no presenta lesiones. Refiere cervicalgia, y tras la exploración se aprecia ligera contractura de la musculatura para-cervical derecha.

- 23 de julio, 1,28 h.: manifiesta que no ha recibido violencia.

- 23 de julio, 8,57 h.: manifiesta que no ha recibido violencia. Refiere cervicalgia, y tras la exploración se aprecia ligera contractura de la musculatura para-cervical derecha.

- 23 de julio, 16,32 h.: manifiesta que no ha recibido violencia y que ha cedido la cervicalgia.

- 23 de julio, 23,40 h. (con asistencia de médico de confianza): manifiesta que no ha recibido violencia. Refiere dolor en región dorso lumbar. Tras la exploración manifiesta dolor a la palpación sin que se evidencie la existencia de contracturas a ese nivel.

- 24 de julio 12,13 h. (con asistencia de médico de confianza): manifiesta que no ha recibido violencia, ni presenta lesiones. Refiere sensación nauseosa, y que persiste dolor dorso lumbar. En la exploración se aprecia ligera contractura.

- 24 de julio, 17,13 h. (con asistencia de médico de confianza): manifiesta que no ha recibido violencia ni presenta lesiones. Que ha vomitado.

- 25 de julio, 00,11 h., (con asistencia de médico de confianza): manifiesta que no ha recibido violencia y no ha vuelto a vomitar.

Se intenta sin éxito 25 de julio a las 11,50; 16,30 h.; 22 h.

- 26 de julio, 14,26 h., en la Audiencia Nacional: manifiesta que no ha recibido violencia y que no presenta lesiones.”

Y tras esta detenida relación, el tribunal a quo explica que: “Aunque hubo ocasiones en que algunos reconocimientos no pudieron practicarse por no estar a la sazón el detenido en las dependencias de la Guardia Civil, ello se debió a la necesidad de práctica de diligencias en el exterior, previamente comunicadas al Instructor y por él autorizadas, lo que significa que no cabe hablar de voluntad de incumplir mandato judicial alguno por parte de los agentes de la Guardia Civil.

En cuanto a la pericial médica a cargo de los facultativos designados por la familia de los entonces detenidos, Drs. Sra. T. y Sr. U., quienes acompañaron al Médico Forense en algunas visitas, la Sala advierte que “en sus informes no se objetivan lesiones que discrepen del contenido de los informes forenses que se han consignado, aunque en sus conclusiones establecen que la existencia de contracturas concuerdan con los malos tratos que se denuncian, y que pueden ser debidas a los golpes de baja intensidad y a las posturas forzadas que relatan los acusados.”

Y concluye la sala de instancia citando “la mención de lo resuelto en el Auto dictado el 8/Oct./10 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Arkaitz frente a la resolución del Juzgado de Instrucción núm. Tres de Bilbao desestimando la pretensión de reforma del Auto de 3/Junio/10 que acordó el sobreseimiento de las actuaciones originadas en la denuncia presentada por dicho Arkaitz”. “Y que tal resolución expresa la relevancia de los informes forenses diarios sobre que no constatan la existencia de lesión alguna compatible con los golpes alegados sino al contrario, describen que el detenido no presentaba lesiones, ni huellas de violencia, estaba consciente y bien orientado, lo cual es incompatible con las lesiones alegadas tanto físicas como psíquicas, por lo que no se hace preciso una nueva exploración por el médico forense”.

Y por su parte, el Auto de 19/Nov./10 dictado por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid, desestimando un recurso de apelación formulado por la representación de A. Aitor en marco procesal similar al referido, tras la denuncia formulada por dicho acusado cuatro meses después de su detención -lo que ya en un principio, se dice en el Auto, "permite inferir que no tiene la espontaneidad propia de quien ha sufrido hechos tan graves"-, concluye en la inexistencia de los malos tratos denunciados.

Todo ello, -concluye la sala de instancia- "sin perjuicio de considerar la inexistencia de protestas o quejas al respecto por parte de los letrados asistentes a las declaraciones, la negativa -obviamente voluntaria- a declarar en dependencias policiales sobre determinados extremos por parte de alguno de los acusados."

Siendo suficientemente explícitos los jueces a quibus en su rechazo al alegato del ahora recurrente, con razones que han de compartirse, el motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.-El motivo correlativo se ampara en el derecho a la presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 de la CE, al entender que no se han presentado pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías constitucionales para destruir la presunción.

1. Se alega, en primer lugar, que el tribunal de instancia ha tenido en cuenta diferentes elementos de prueba que entienden los recurrentes que no podían ser valorados por aquél, por consistir en una actividad probatoria lesiva de derechos fundamentales, tales como las declaraciones policiales del Sr. Arkaitz y del recurrente. En segundo lugar, que aun dando valor a las declaraciones prestadas ante la Guardia Civil, no se explica cómo ha llegado la sala a la conclusión de la parte del relato de hechos donde recoge que el recurrente transportó y situó el barril en un lugar, en concreto, en el que fue descubierto, y lo hizo junto a Arkaitz y otro individuo, cuando no consta que eso lo declarara, ni tampoco Arkaitz, ni Iñigo.(fº 274, 66 del Atestado, 259; 51 del Atestado; 281, 73 del Atestado).Y tampoco se explica de dónde se saca que el barril iba a ser colocado en el real Club Marítimo de Getxo, lo que no es más que una declaración del recurrente en un atestado policial, sin ratificar a presencia judicial, ni corroborar, y sin concretar fecha, forma ni participación.

2. Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SSTs. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado

por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Por su parte el Tribunal Constitucional, en su STC 80/91, de 15 de enero (haciendo referencia a otras sentencias suyas, como las 80/86, 82/88, 201/89, 217/89 y 161/90, entre otras muchas), con relación a un supuesto en el que los recurrentes prestaron declaración inicialmente en dependencias policiales, reconociendo su participación en los hechos enjuiciados, participación que no obstante negaron con posterioridad ante el Juez instructor y en el acto del juicio, afirmando que las primeras declaraciones habían sido obtenidas bajo tortura, señaló que: “la existencia en sí de tales declaraciones no es cuestionable; trasladándose la cuestión a la delimitación de su naturaleza y eficacia probatoria”. Y que “el examen de esta última materia exige una inicial mención a lo que constituye doctrina esencial de este Tribunal acerca del derecho fundamental que se invoca como vulnerado, de la que importa destacar ahora dos nociones fundamentales, como son, de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 CE, y, de otro, que si bien únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales o sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que las mismas sean reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción “.

Ello no obstante, el mismo Tribunal Constitucional en su STC 68/2010, de 18 de octubre, en sus FFJJ 5 a 7, analizando la validez como prueba de cargo de la declaración inculpativa prestada en sede policial por una coimputada, de cuyo testimonio se retractó posteriormente ante el Juez de Instrucción, negándose a declarar en el acto del juicio, efectúa las siguientes consideraciones:

“a) No está de más recordar que, como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 1/2006, de 16 de enero, FJ 4; 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3). Ahora bien, junto a ello, también hemos reiterado “que esa idea no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatarse en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción” (SSTC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; 1/2006, FJ 4; 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 b)).

En este sentido, ya desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra doctrina ha admitido, también expresamente, que dicha regla general permite determinadas excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción. En concreto, hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos que hemos clasificado como:

a) Materiales- que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral-.

b) Subjetivos- la necesaria intervención del Juez de Instrucción-.

c) Objetivos -que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo-.

d) Formales- la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECr., o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral- (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4; 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 c)).

Como recuerda la citada STC 345/2006, FJ 3, en aplicación de esta doctrina hemos admitido expresamente en anteriores pronunciamientos “la legitimidad constitucional de las previsiones legales recogidas en los artículos 714 y 730 LECr., siempre que “el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 7), pues de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECr), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECr), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción” (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10, y 187/2003, de 27 de septiembre, FJ 4)”.

De esta forma se posibilita que el contenido de la diligencia se someta a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral. En este contexto, “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH, siempre que exista



una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51). Como el Tribunal Europeo ha declarado... (Sentencia de 27 de febrero de 2001, caso Lucà, § 40), “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario” (STC 344/2006, FJ 4 d)).

b) No obstante, la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial. Al respecto, ya en la STC 31/1981 afirmamos que “dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECr” (FJ 4), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4; 79/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 22/2000, de 14 de febrero, FJ 5; 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2).

Ello no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción (SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 2 b); 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2 b); 33/2000, FJ 5; 188/2002, FJ 2). Pero tal excepción, referida a supuestos susceptibles de configurarse como prueba preconstituida por referirse a datos objetivos e irrepetibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial.

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

derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo” (STC 51/1995, FJ 2).

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

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

Sexto.- De lo anterior podemos concluir, entonces, que la declaración prestada ante la policía por la persona coimputada no podía incorporarse válidamente al acervo probatorio mediante su lectura en el acto del juicio como erróneamente entendieron los órganos judiciales. Procede, en consecuencia, declarar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al haberse tomado en cuenta para fundar la condena un testimonio prestado ante la policía que no reunía en este caso los requisitos de validez exigibles constitucionalmente. Esa conclusión nos exime, por lo demás, de analizar si dicho testimonio de la persona coimputada ha sido o no debidamente corroborado por otros datos objetivos y, en concreto, si a tales efectos podía ser válido el testimonio de referencia de los agentes policiales. En efecto, la recurrente denuncia que la corroboración de la citada declaración, exigida por la doctrina constitucional para dotar de validez como prueba de cargo al testimonio del coimputado, se obtiene a partir del testimonio de referencia de los agentes policiales que testificaron en el acto del juicio sobre lo que oyeron afirmar a otros policías.

Y como se ha dejado constancia en los antecedentes, en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia de instancia se afirma que la convicción del Tribunal sentenciador se ha obtenido no sólo por la declaración de la coimputada, “sino que también se ha basado en la corroboración que de la misma han proporcionado los agentes de la policía que asistieron al acto del juicio”. En la medida en que dicho testimonio es

utilizado en el razonamiento explicitado por los órganos judiciales como elemento de corroboración del testimonio de la coimputada cuya invalidez acaba de declararse, la suficiencia o insuficiencia de tal corroboración resulta ya irrelevante en este proceso, una vez se ha declarado la falta de validez como prueba de cargo de la declaración a corroborar.

Séptimo- Como reiteradamente hemos afirmado, la valoración de pruebas sin garantías implicará también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en la medida en que la eliminación de las pruebas irregularmente valoradas deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado. Esto sucederá, por supuesto, cuando la prueba eliminada sea la única tomada en cuenta por la resolución impugnada, pero también cuando, a partir de su propia motivación, se constate que dicha prueba era esencial para llegar a la conclusión fáctica incriminatoria, de modo que con su exclusión la inferencia de dicha conclusión devenga ilógica o no concluyente a partir de los presupuestos de la propia Sentencia (SSTC 105/2005, de 9 de mayo, FJ 1; 185/2005, de 4 de julio, FJ 2; 126/2007, de 21 de mayo, FJ 4; 207/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; 28/2008, de 11 de febrero, FJ 2; 103/2009, de 28 de abril, FJ 2; 173/2009, de 9 de julio, FJ 3, entre otras muchas)”.

Por el contrario, si existen otras pruebas de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 9; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 15; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 8; 12/2002, de 28 de enero, FJ 5; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 8; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 7). Nos corresponde, por tanto, analizar, en primer lugar, si existen otras pruebas de cargo válidamente practicadas. Y, constatada la existencia de esas otras pruebas, hemos de decidir si a partir del análisis de las resoluciones judiciales, se puede concluir o no que la condena se ha fundado en esas otras pruebas de cargo válidas, pues del resultado de este análisis dependerá el contenido de nuestro fallo. En efecto, si existieran otras pruebas válidas de cargo, pero éstas requirieran una nueva valoración por parte de la Sala sentenciadora, procedería acordar la retroacción de actuaciones al momento anterior a dictar Sentencia, para que fueran los órganos judiciales quienes las realizaran, pues a este Tribunal no le compete valorar pruebas (por todas, SSTC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 14; 40/2004, de 22 de marzo, FJ 7).

Por el contrario, si del examen de la Sentencia condenatoria pudiera llegarse a la conclusión de que las pruebas cuya nulidad hemos apreciado no resultan indispensables ni determinantes para el fallo de culpabilidad, sino que, por el contrario, éste puede seguir asentándose en el resto de la prueba practicada válidamente conforme al razonamiento contenido en las resoluciones judiciales, por haber llevado a cabo una “valoración y fundamentación probatoria expresa de cada uno de los medios de prueba, motivando su contenido incriminatorio”, no procedería acordar la retroacción de actuaciones (por todas, SSTC 12/2002, de 28 de enero, FJ 5; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 9). En el presente caso, de la lectura de las resoluciones impugnadas

se desprende que los órganos judiciales han contado con otros elementos de prueba además del testimonio de la coimputada ante la policía, tales como el resultado de las intervenciones telefónicas -cuya licitud y validez constitucional como prueba hemos avalado-, las declaraciones testificales de los policías actuantes, la detención de la persona coimputada a la que se ocupó la droga y la incautación de un teléfono móvil intervenido judicialmente desde el que, según afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial, se realizó una llamada telefónica por la recurrente de amparo dirigida a que una tercera persona recogiera la droga ocupada a la coimputada.

Ahora bien, dado que tales elementos no se valoraron autónomamente por las Sentencias recurridas no le corresponde a este Tribunal determinar su alcance. En consecuencia, no constituyendo la declaración de la coimputada prueba única, ni resultando posible valorar, desde nuestra limitada perspectiva de enjuiciamiento, la entidad probatoria de los restantes elementos de prueba, procede otorgar el amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y ordenar la retroacción de actuaciones al momento anterior al dictado de la Sentencia de la Audiencia Provincial, para que sea dicho órgano judicial quien valore las pruebas restantes, con exclusión de la que hemos declarado lesiva del citado derecho fundamental.”

3. En el supuesto que nos ocupa, la sentencia de instancia, en su fundamento de derecho segundo, destaca la relevancia de las declaraciones prestadas por los acusados Arkaitz y Aitor en sede policial, concluyendo que “las declaraciones policiales afirman la veracidad de las declaraciones allí prestadas y el desvalor de sus ulteriores retractaciones (ante el Juez de Instrucción y en el Juicio Oral), por lo que la Sala considera probado, en fin, que los acusados Arkaitz y Aitor, actuando conjunta y acordadamente en calidad de miembros de la organización terrorista ETA y, tras haberse efectuado el transporte desde Francia de material adecuado a la fabricación de artefactos explosivos y destinado parte del mismo a la confección por Arkaitz de uno de gran potencia destructiva, mantuvieron ambos acusados desde la ocultación de aquél la plena y permanente disponibilidad del mismo con el propósito -que se quedó en tal- de situarlo y explosionarlo en el Club Marítimo de Getxo.”

En consecuencia, no mencionando la sentencia recurrida otras pruebas de cargo válidas e independientes (ningún análisis o valoración realiza la sentencia de croquis aludidos por los acusados en sus declaraciones ante el Juez Instructor), se constata que la prueba inadmisibles e inhábiles según la doctrina del TC, y que, por tanto ha de ser ignorada (ex art. 53.2 y 123.1 CE, y 5.1 y 7.1 y 2 LOPJ), es la única tomada en cuenta por la resolución impugnada, y también que, a partir de su propia motivación, dicha prueba era esencial para llegar a la conclusión fáctica incriminatoria, de modo que con su exclusión la inferencia de dicha conclusión deviene ilógica o no concluyente a partir de los presupuestos de la propia Sentencia. Ello implicará, en los términos señalados por el TC, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en la medida en que la eliminación de la prueba irregularmente valorada, deja sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del recurrente.

Por todo ello, el motivo ha de ser estimado, sin que haya lugar a entrar en el estudio del motivo residual formulado por infracción de ley.

TERCERO.- La estimación, aún parcial, del recurso del coacusado, condenado y recurrente Sr. Aitor, aprovechará en lo que le fuere favorable al coacusado, condenado y no recurrente Sr. Arkaitz, siempre que se encuentre en la misma situación y le sean aplicables los motivos alegados, lo que así se constata, conforme a las previsiones del art. 903 LECr.

CUARTO.- Al estimarse parcialmente el recurso de casación, se declaran de oficio las costas procesales causadas, conforme a lo previsto en el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar en parte, al recurso de casación, formulado por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación del acusado Aitor, contra la sentencia dictada el día 17 de noviembre de 2011, por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, en la causa seguida contra el mismo, por delito de estragos terroristas en grado de tentativa.

Declaramos de oficio las costas causadas. Comuníquese esta resolución, y la que a continuación se dictará, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Julián Sánchez Melgar.- Francisco Monterde Ferrer.- Luciano Varela Castro.- Manuel Marchena Gómez.- Alberto Jorge Barreiro.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de julio de dos mil doce.

En la causa instruida por el Juzgado Central de Instrucción núm. 4, Sumario 17/10, y seguida ante la Audiencia Nacional, Sala Penal, Sección Tercera, por delito de estragos terroristas, contra el acusado Aitor, en situación de prisión provisional por esta causa, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 17 de noviembre de 2011, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, hace constar lo siguiente:

## ANTECEDENTES

ÚNICO.- Los descritos en la sentencia impugnada, únicamente en cuanto no se opongan a los de la presente.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los de la primera sentencia de esta Sala, en cuanto no se opongan a los de la presente.

En su virtud, de acuerdo con lo expresado en los motivos segundo y tercero de la sentencia rescindente, procede absolver al recurrente Aitor del delito de estragos terroristas en grado de tentativa, por el que fue condenado, e igualmente al no recurrente Arkaitz, por aplicación del art.903 LECr. con todos los pronunciamientos favorables.

#### FALLO

Fallamos: Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Aitor y Arkaitz del delito de estragos terroristas en grado de tentativa, por el que fueron condenados como autores, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, con todos los pronunciamientos favorables.

Se dejan sin efecto cuantas obligaciones trabas y embargos se hubieren constituido en esta causa y en sus piezas o ramos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Julián Sánchez Melgar.- Francisco Monterde Ferrer.- Luciano Varela Castro.- Manuel Marchena Gómez.- Alberto Jorge Barreiro.

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