

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

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por el Ministerio Fiscal y por las representaciones legales de la Acusación particular D^a M^a Estíbaliz y D. Alain y D. Ander, a los que se adhiere la Acusación popular Asociación de Víctimas del Terrorismo, y del procesado Gurutz, contra Sentencia núm. 48/11, de 7 de diciembre de 2011 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictada en el Rollo de Sala núm. 11/2008, dimanante del Sumario núm. 3/2003 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, seguido por delitos contra las personas, tenencia ilícita de armas con finalidad terrorista y pertenencia a banda armada, contra mencionado procesado; los 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 de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar; siendo partes: el Ministerio Fiscal, la Acusación particular D^a M^a Estíbaliz y D. Alain y D. Ander representada por el Procurador de los Tribunales D. Esteban Jabardo Margareto y defendida por el Letrado D. Rubén Múgica Heras, la Acusación Popular Asociación de Víctimas del Terrorismo representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Esperanza Álvaro Mateo y defendida por la Letrada D^a Carmen Ladrón de Guevara Pascual, y el procesado Gurutz representado por el Procurador de los Tribunales D. Javier J. Cuevas Rivas y defendido por el Letrado D. José María Elosúa.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 3 instruyó Sumario núm. 3/2003 por delitos contra las personas, tenencia ilícita de armas con finalidad terrorista y pertenencia a banda armada, contra Gurutz y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 7 de diciembre de 2011 dictó Sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: "Gurutz, mayor de edad condenado en sentencia de 3 de noviembre de 2005 dictada en el Juzgado de lo Penal núm. 2 de San Sebastián por delitos de atentado, lesiones, amenazas condicionales y daños cometido en 12 de marzo 2005, inmerso en el movimiento deliberación vasco de la izquierda abertzale, MLNV sin que conste acreditada su integración en la organización terrorista ETA y siguiendo instrucciones de la banda, ideó el plan para acabar con la vida del sargento de la policía municipal de Andoain, D. Joseba en ejecución del plan, sobre las 9.30 horas del sábado 8 de febrero de 2003, Gurutz accedió al bar Daytona, sito en la calle Agustín Leitza, de la localidad de Andoain, tomó asiento en un taburete de la barra, cerca de la puerta de entrada, donde pidió un café con leche, vistiendo al efecto ropas oscuras y un gorro en la cabeza, que tapaba parte de su rostro, y procedió a leer un periódico que había sobre la barra, haciendo uso de unas gafas correctoras.

Transcurridos varios minutos, en torno a las 9.53 horas, cuando solo quedaban en el mostrador dos clientes y la empleada del establecimiento, bajó del taburete y se dirigió hasta la mesa situada enfrente del mostrador donde se hallaba sentado leyendo el Sr. Joseba y, de pie enfrente de dicha persona, extrajo el arma de fuego que portaba

escondida y le disparó cuatro proyectiles, de arriba abajo, penetrando tres por la cabeza y el cuarto por el hombro izquierdo, que alcanzando zonas vitales de la víctima D. Joseba, causaron su fallecimiento el mismo día en el Hospital Nuestra Señora de Aránzazu de San Sebastián.

Los periódicos Gara, Deia y el Diario Vasco publicados el día 19 de marzo de 2003 recogieron el comunicado de ETA reivindicando el atentado.

Los proyectiles blindados localizados en el cuerpo de la víctima y en el bar fueron disparados mediante una pistola semiautomática, 9 mm. parabellum, de la marca HS o similar que no ha sido localizada.

D. Joseba estaba unido en matrimonio con D^a M^a Estíbaliz y eran padres de dos hijos, D. Alain y D. Ander P.A.”

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: “Absolviendo del delito de pertenencia a banda armada, debemos condenar y condenamos a Gurutz como autor responsable de un delito de asesinato terrorista sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de treinta años de prisión y, por un delito de tenencia ilícita de armas con finalidad terrorista a la pena de dos años de prisión, así como a la de inhabilitación absoluta durante este tiempo y diez años adicionales desde su puesta en libertad.

El límite máximo de la pena privativa de libertad para este condenado no excederá de treinta años, siéndole de abono el tiempo de privación de libertad, que se haya devengado en esta causa.

Se le impone, una vez alcanzada la libertad, la prohibición de aproximarse a menos de 50 km. de las personas y bienes de la viuda y de los dos hijos de la víctima así como de comunicarse con estas personas por cualquier medio y de privación el derecho de residir en San Sebastián, lugar de residencia de los perjudicados por tiempo de diez años.

En concepto de responsabilidad civil deberá indemnizar a M^a Estíbaliz en 400.000 euros, a D. Alain P.A. y D. Ander P.A. respectivamente, en la cantidad de 200.000 euros, más intereses legales de todo ello.

Le son impuestas 2/3 partes de las costas procesales incluidas las causadas por las acusaciones declarando de oficio el resto.”

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 el Ministerio Fiscal y por las representaciones legales del procesado Gurutz y de la Acusación particular D^a M^a Estíbaliz y D. Alain y D. Ander, 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 el Ministerio Fiscal se basó en el siguiente motivo de casación:

Único.- Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim por inaplicación indebida de los arts. 515.2 y 516.2 (delito de pertenencia a organización o grupo terrorista) del C. penal, según redacción vigente a la fecha de los hechos, que se corresponden con el actual artículo 571.2 del C. penal, según redacción dada por LO 5/10, de 22 de junio.

El recurso de casación formulado por la Acusación particular D^a M^a Estíbaliz, D. Alain y D. Ander, se basó en el siguiente motivo de casación:

Único.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por indebida inaplicación de los arts. 515.2 y 516.2 del C. penal vigente al tiempo de los hechos, que se corresponde con el art. 571.2 del C. penal modificado por la LO 5/2010, de 22 de junio (delito de pertenencia a banda armada).

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Gurutz se basó en los siguientes motivos de casación:

1º.- Se formula este motivo al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y del derecho a la presunción de inocencia establecidos 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 de inocencia.

2º.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 de la CE.

3º.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 de la CE.

4º.- Se formula ese motivo al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías, con interdicción de la arbitrariedad, garantizados por el art. 24 de la CE, y sin que se hayan valorado en forma lógica, coherente, racional y no arbitraria las pruebas de las que dispuso la Sala de instancia.

5º.- Se formula este motivo al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ por vulneración de derechos fundamentales, por infracción del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad, garantizados por el art. 24 de la CE y sin que se hayan valorado en forma lógica, coherente, racional y no arbitraria las pruebas de las que dispuso la Sala de instancia.

QUINTO.- La Asociación de Víctimas del Terrorismo por escrito de fecha 2 de marzo de 2012 se adhiere al recurso del Ministerio Fiscal y de la Acusación particular, e impugna el recurso formulado por el procesado.

SEXTO.- El Ministerio fiscal por sendos informes de fechas 29 de marzo y de 12 de abril, respectivamente, impugna el recurso del procesado, interesa la admisión del de la acusación particular y se da por instruido del escrito de adhesión presentado por la Asociación de Víctimas del Terrorismo.

SÉPTIMO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista, cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para la Vista se celebró la misma el día 27 de junio de 2012, con la asistencia de los Letrados D. José María Elosúa Sánchez, D. Rubén Múgica Heras, D^a María Carmen Ladrón de Guevara, y del Letrado del procesado (no menciona el nombre el acta del juicio) y del Ministerio Fiscal que informó y se ratificó en sus escritos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, condenó a Gurutz como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato terrorista y otro delito de tenencia ilícita de armas, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, absolviéndole de otro de pertenencia a banda armada, frente a cuya resolución judicial ha interpuesto este recurso de casación el aludido acusado en la instancia, junto a otro recurso también interpuesto por Ministerio Fiscal, acusación particular y popular, recursos que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

Recurso de Gurutz.

SEGUNDO.- El primer motivo de su recurso, formalizado como todos los que ha planteado este recurrente, por vulneración constitucional, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la violación de un proceso con todas las garantías, que se proclama en el art. 24.2 de la Constitución española.

En este reproche casacional trata de combatir la legalidad probatoria de la prueba genética de comparación de perfiles, denominada prueba de ADN, bajo la perspectiva

de la rotura de la cadena de custodia de las huellas dubitadas, que fueron obtenidas de una taza de café (evidencia 1.2), que se incautó policialmente en el lugar del crimen, el bar sito en Andoain, lugar en que se acabó con la vida del Sargento de la Policía Municipal, Joseba, en torno a las diez de la mañana del sábado día 8 de febrero de 2003, hecho éste reivindicado un mes y pico más tarde, concretamente el día 19 de marzo de 2003, a través de un comunicado de la banda terrorista ETA, que recogieron los periódicos de tal fecha.

Hemos dicho que es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de lo que se ha denominado “la mismidad de la prueba” (STS 1190/2009, de 3 diciembre). A tal respecto, se ha dicho también por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que se tiñe de valor jurídico, con el fin de identificar plenamente el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge en el lugar del delito hasta el momento final en que se estudia, y en su caso, se destruye.

La cuestión que ahora plantea el recurrente, fue resuelta acertadamente por la Sala sentenciadora de instancia, en el cuarto de sus fundamentos jurídicos, ya que, una vez que se atendió a la víctima por los servicios sanitarios, se estableció el oportuno control de seguridad policial, cerrando la escena del crimen a extraños, y fueron los funcionarios encargados de practicar la inspección ocular (policías ...656 y ...657), quienes advirtieron la presencia de tal evidencia, que fue custodiada por el ...699, llevándola aquéllos hasta dependencias policiales, hasta que el lunes -el atentado, como hemos dicho, había sido perpetrado el sábado-, se entregó en la Sección de Genética del Departamento Policial de la Policía Autónoma Vasca -Ertzaintza-, a efectos de verificar las pertinentes operaciones y dictámenes periciales al efecto. Que la taza fue utilizada por el autor de los disparos, ha dado cumplida respuesta la testifical del testigo protegido ...648, y que la cadena de custodia no se rompió en ningún momento, fue un hecho asegurado por todos los policías que intervinieron en el plenario.

Con respecto a los perfiles indubitados del procesado, aparte de que no se han cuestionado en el recurso, se obtuvieron de dos botellas de agua, una de ellas la dejó abandonada en la barra del bar Iñaki, en la localidad de Irán, cuya legalidad de la ocupación es expresivo nuestro Acuerdo Plenario de 31 de enero de 2006, y la otra botella de agua se obtuvo en el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional. Ésta última fue preservada igualmente como fuente de prueba, conforme a las explicaciones ofrecidas por los agentes policiales ...324, ...419 y ...187. Todos los precintos se encontraban cerrados, y se guardó en una dependencia por el funcionario ...418, lo que fue averado también por el ...419. En este sentido, la STS 685/2010, de 7 julio, considera acreditada la falta de ruptura de tal cadena por las declaraciones testificales y por el informe pericial de la toma de muestras que permitió la obtención de la huella genética, lo que no implicó desviación alguna en la cadena de custodia, evitándose en todo caso la contaminación, así como asegurando la relación entre el

sospechoso y la evidencia, con entrega al superior jerárquico que a su vez remitió las muestras a los laboratorios de genética forense.

En dicho Acuerdo de esta Sala Casacional, se autorizaba a que “la Policía Judicial pued(a) recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”. Esta idea ha sido ratificada por numerosos precedentes, de los que las SSTS 1190/2009, 3 de diciembre, 701/2006, 27 de junio, 949/2006 4 de octubre y 1267/2006, 20 de diciembre, resultan solamente algunas muestras significativas; tesis que es plenamente congruente con el art. 126 de la CE, que impone a la policía judicial la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, esto es, le atribuye la práctica de los actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y de su autoría. Y precisamente para la efectividad de este cometido está facultada para la recogida de efectos, instrumentos o pruebas que acrediten su perpetración, como expresamente se recoge en el art. 282 de la LECrim, que faculta a la Policía Judicial para “... recoger los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial”.

En consecuencia, no existe ningún elemento probatorio para dudar de la corrección de la cadena de custodia, en tanto que todos los funcionarios policiales aseveraron que se preservaron todas las condiciones para garantizar la identidad de la prueba (“mismidad”, en palabras de esta Sala Casacional).

El motivo no puede ser estimado.

TERCERO.- Los motivos segundo a quinto, formalizados por vulneración de la presunción constitucional de inocencia, tratan de impugnar la validez y consistencia de la prueba de cargo, que estuvo constituida en el caso enjuiciado por el resultado de la prueba de ADN, practicada por Laboratorio Policial, perteneciente a la policía científica, a la que también hay que añadir la prueba del mismo rango científico, ofrecida por la defensa.

La prueba de perfil genético (ADN), por su incuestionable fiabilidad, está siendo cada vez más utilizada en la investigación delictiva. La STS 501/2005, de 19 abril, proclama que la prueba pericial de ADN es de resultados espectaculares en los tiempos actuales en cuanto al importante problema de la determinación de la autoría en muchos procesos penales. Consiste, lo mismo que otras pruebas de semejante naturaleza y finalidad (dictámenes caligráficos o sobre huellas dactilares), en la comparación entre una muestra dubitada -aquella que en principio no se sabe a qué sujeto pertenece- y otra indubitada -obtenida de la persona sospechosa, o de un banco de datos-, de manera que si ambas coinciden en sus marcadores genéticos, este medio probatorio puede servir al objeto de acreditación del juicio de autoría con plenas garantías, aunque tal prueba, como cualesquiera otras, han de haber sido obtenidas y aportadas al proceso con todas garantías exigidas por la Constitución y nuestras Leyes procesales.

El ácido desoxirribonucleico (ADN), componente químico del núcleo celular, se ha convertido en un instrumento esencial de las técnicas que la moderna medicina forense utiliza para la investigación de delitos por parte de las autoridades judiciales y policiales.

En la STS 308/1995, de 24 febrero, ya se decía que: "... la teoría y la práctica reconocen valor tanto a las pruebas "determinantes", es decir a las que excluyen toda duda posible, como a las "de probabilidad", pues aunque no tengan el mismo carácter absoluto, mediante la adición de otras pruebas coadyuvantes pueden compensar su valor probatorio y excluir completamente las dudas de los jueces".

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, reformada por LO 15/2003, introdujo los arts. 326 y 363 para dar cobertura a esta clase de prueba. A lo que hay que añadir la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Esta Ley sigue los postulados de la STS 949/2006, de 4 octubre, que ya había advertido que en la investigación policial, se han de ceñir los análisis a desvelar el ADN no codificante con exclusivos fines identificadores, a diferencia de los análisis realizados en el ámbito de la medicina con objetivos investigadores o terapéuticos.

En el caso enjuiciado, el resultado que arroja tal prueba es que entre las dos botellas hay coincidencia de los 16 marcadores más el gen de la amelogenina -constituyendo así este perfil como indubitado del recurrente-, y que si lo comparamos con el dubitado, el impregnado en la taza de café en cuestión, que utilizó el autor de los disparos el día del atentado, coinciden 7 marcadores y el de la amelogenina, determinante del sexo, en este caso el de un varón. Esta prueba concluyó que la probabilidad de concordancia de que una persona elegida al azar presentara esas características genéticas, en la población española, es de una entre 11.4 millones, y la pericial presentada por la defensa, que cuestionó el marcador de la amelogenina, al incrementar al doble las posibilidades, dictaminó que el índice de concurrencia sería una persona por cada 5.68 millones, de entre la población masculina española.

Partiendo de ambos datos, hemos de considerar también que los índices de probabilidades se reducen considerablemente cuando los comparamos con personas del entorno violento de ETA, pues al fin y al cabo, esta organización reivindicó el atentado, lo que sitúa al autor en sus proximidades, si tenemos en cuenta los factores que analiza el Tribunal sentenciador, que dibujan al recurrente como una persona próxima a su entorno. Tal operación conduce a la certeza, en términos estadísticos, y también en parámetros de enervación de la presunción constitucional de inocencia, que es el único aspecto que aquí nos interesa. Recuérdese que en esta instancia casacional no pueden volverse a valorar las pruebas de cargo.

Ha de tomarse en consideración que los marcadores hallados en la taza no fueron totales, pero sí fueron suficientes para establecer las comparaciones estadísticas de este tipo de prueba científica, que como en el caso de las huellas dactilares, ofrecen el contorno procesal de una prueba indirecta, en tanto que sitúan al sospechoso en la

escena del crimen. Las probabilidades antedichas, uno de cada cuatro españoles responden a tal secuencia genética, es decir, uno de entre 11.4 millones, e incluso con la pericial de la defensa, uno por cada 5.68 millones, arrojan un enorme valor identificativo, máxime cuando es un hecho acreditado mediante prueba testifical que el autor de los disparos fue un varón.

Debemos convenir en que la valoración de este tipo de pruebas es libre, como el resto del acervo probatorio con que cuente el Tribunal sentenciador, si bien tiene un alto valor convictivo en función de su fiabilidad. Participa, como ya lo hemos dicho, de la naturaleza de prueba indirecta, pues no acredita por sí misma el juicio de autoría, pero de su resultado se infieren datos sustanciales para el esclarecimiento de la participación del acusado, ya que acreditan la plena identificación del mismo en el lugar de los hechos de forma indubitada, o su directa relación con el objeto del proceso, lo que constituye un punto sustancial de partida para la valoración del resto del patrimonio probatorio.

Así, la Audiencia contrasta, para afinar más tan tremenda probabilidad estadística, el entorno en el que se movía el recurrente. La franja de edad, elimina automáticamente a los niños y a los ancianos, lo que cierra más aun el cupo de exclusiones y confiere certeza al juicio de autoría. El Tribunal sentenciador razona, cuando analiza las declaraciones de los tres testigos presenciales -la camarera y dos clientes-, la coincidencia de la edad del recurrente con el sospechoso medio encapuchado, y realiza algunas referencias a sus declaraciones, que únicamente desde la intermediación judicial pueden ser apreciadas, sin que el detalle de las gafas sea absolutamente excluyente, pues bien pudo tratarse de una maniobra de disimulación para evitar una posterior identificación.

En tal apartado, la sentencia recurrida nos ofrece un estudiado detalle de lo que ocurrió el día del atentado, basado en prueba de cargo, directa, presenciada por los jueces "a quibus". Los demás elementos que le sirven a la combatida para situar al recurrente en tal entorno, inducen a tomar en consideración las propias apreciaciones de la Audiencia. La existencia de fotografías de presos de ETA en su propio domicilio, indica una proximidad al menos ideológica con tal movimiento terrorista, junto a un CD de música abertzale -esto en menor medida, ciertamente-. Su actitud de quebrantamiento de las normas sociales, enfrentándose a las fuerzas del orden, por lo que fue sancionado por delitos de atentado, lesiones, amenazas condicionales y daños, delitos por los que fue condenado en su día, es igualmente otro dato, que nada impide su valoración a los efectos indicados, y poco importa si la condena fue aceptada o impuesta, ya que mediante el instrumento de la conformidad la asumió voluntariamente.

El dinero que le fue ocupado procedente de campañas de ayuda a los presos de ETA, aspecto éste que le vincula a movimientos radicales, tampoco es un hecho baladí, sino que puede tener significación a los efectos de cerrar aun más el círculo de la identificación mediante ADN. Que pudiera conocer el escenario del crimen, por haber vivido muy cerca de Andoaín (su abuela era de tal localidad), tampoco puede tratarse

de un elemento que haya de juzgarse “disparatado”, en términos de racionalidad, como hace la Sala sentenciadora de instancia. Mucho se ha hablado de un exhaustivo conocimiento de los caminos de la huida, pero este debate le juzgamos intrascendente, en tanto que no sabemos cómo se verificó la misma, y bien pudo haber sido a pie o en automóvil, u otro medio de transporte, sin que este dato aporte o deje de aportar nada, como tampoco que el café se pidiera en euskera o en castellano.

La prueba indiciaria no puede descomponerse en las varias evidencias en que descansa, sino que aparece como un todo que debe ser estudiado en su integridad, ya que indicio a indicio pudieran no ser significativos, pero apreciados en su conjunto, aparecen como sólida prueba de aquello que pretende acreditar. Éste es el verdadero significado de la prueba indirecta o circunstancial.

El 363, párrafo 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, posibilita legalmente el modo de obtener muestras del sospechoso, respetando los principios de proporcionalidad y razonabilidad; a tal efecto, dispone: “Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”. En el caso, el sospechoso se negó a la práctica de tal prueba, si bien su letrado defensor ha admitido la muestra obtenida de las botellas de agua, a las que anteriormente nos hemos referido, como perfil o cadena de ADN indubitada.

En suma, existe prueba de cargo, valorada en términos de racionalidad, y más allá no se extiende nuestro control cuando de la presunción de inocencia se trata. Esta Sala Casacional no puede sustituir la inferencia de la instancia por la suya propia, si la primera es razonable, como así se constata en virtud de lo que acabamos de exponer.

En consecuencia, este reproche casacional no puede ser estimado.

Recurso del Ministerio Fiscal y la acusación particular al que se ha adherido la popular.

CUARTO.- En un único motivo de contenido casacional, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se interesa la aplicación de los arts. 515.2 y 516.2, según la redacción vigente en la fecha de los hechos, que se corresponde con el actual artículo 571.2 del Código Penal, tras la modificación operada por la LO 5/2010, de 22 de junio. Se reclama en consecuencia la condena del recurrente por el acusado delito de pertenencia a organización o grupo terrorista.

Es decir, el debate gira en torno a la participación activa en la organización o grupo terrorista, o en el hecho de formar parte de dicho entramado. La organización ETA es incuestionablemente una organización terrorista.

Sobre tal participación activa del recurrente, es evidente que no existen elementos en los hechos probados de la sentencia recurrida para deducir tal incardinación punible, es más, se niega categóricamente dicho extremo, y el Ministerio Fiscal, junto al resto de las acusaciones, lo predicán de que Gurutz es miembro de tal organización, de elementos indiciarios que se encuentran salpicados en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

La resultancia fáctica de la sentencia recurrida nos dice que tal procesado está “inmerso en el movimiento de liberación vasco de la izquierda abertzale, M.L.N.V., sin que conste acreditada su integración en la organización terrorista ETA”.

La Sentencia del TEDH, en el asunto Lacadena Calero c. España, de fecha 22 de noviembre de 2011 (asunto 23002/07), por la que se condena a España, como consecuencia de la decisión de este Tribunal Supremo de revocar una sentencia absolutoria, aun avalada desde el plano de su legalidad constitucional, por el Tribunal Constitucional, mediante STC 328/2006, de 20 de noviembre, ha supuesto una inflexión en materia afectante a la revisión de fallos absolutorios, máxime en materias como ésta, en donde en el factum se declara precisamente la negación de los elementos del tipo que las acusaciones pretenden aplicar. No se trata, pues, de una diferente subsunción jurídica a la de la instancia, a base de una interpretación divergente de la resultancia fáctica de la recurrida, sino en sustituir un aserto fáctico por el contrario, en perjuicio del reo, y sin posibilidad de intermediación judicial. En este sentido, el Tribunal Constitucional, desde la STC 167/2002, ha creado un sólido cuerpo de doctrina en dicho aspecto revisorio, en lo que respecta al segundo grado jurisdiccional, o recurso de apelación. Y para ello ha declarado la infracción de dos derechos fundamentales: unas veces, la vulneración del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías, ora, la conculcación del derecho de defensa.

Como ha dicho el TEDH, no es lo mismo la revisión de los hechos, que la exclusiva interpretación de las normas jurídicas en cuestión (asunto Ekbatani contra Suecia 26 de mayo 1988, § 31, Serie A, núm. 134 y los juicios sobre el tema con respecto a España, a saber: Igual Coll, núm. 37496/04, 10 de marzo de 2009, Marcos Barrios núm. 17122/07, 21 de septiembre de 2010 y núm. 15256/07, García Hernández, 16 de noviembre de 2010). Es por ello que la Corte ya había declarado con anterioridad, que cuando un tribunal de apelación se constituye para hacer frente a una cuestión de hecho y de derecho, el estudio de toda la cuestión de la culpabilidad o inocencia, no puede, para lograr la imparcialidad del juicio, decidir estas cuestiones sin una evaluación directa de las pruebas presentadas en persona por el acusado, que afirma que él no cometió el acto considerado delito (v. San Dondarini Marín, núm. 50545/99, § 27, 6 de julio de 2004, Ekbatani c. Suecia, § 32, 26 de mayo de 1988, Serie A N° 134, Constantinescu contra Rumania, § 55, 27 de junio de 2000, Igual Coll, Marcos Barrios García y Hernández), de modo que la revisión de la culpabilidad del acusado debe conducir a una completa nueva audiencia de las partes interesadas.

En el mismo sentido, citamos las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: la STC 184/2009, de 7 de octubre, y la STC 142/2011, de 26 de septiembre. El Tribunal

matiza en esta última sentencia, la diferencia del supuesto que trata con el que se contempla en la STC 45/2001, de 11 de abril, toda vez que en ésta, después de recordar que cuando se dirimen cuestiones de hecho que afecten a la inocencia o culpabilidad del acusado ha de dársele la oportunidad de que exponga su versión personal de los hechos en la segunda instancia, señala que no se requiere tal audiencia del acusado cuando se debate en apelación una cuestión estrictamente jurídica, cual era la sustitución de un concurso de normas por un concurso de delitos. Véase igualmente la STC 154/2011. Y por esta razón, en la STEDH de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España, se consideró inexistente la vulneración del art. 6.1 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en la medida en que “los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados.” (§ 36).

Esta Sala Casacional también se ha pronunciado ya al respecto. En la STS 1217/2011, de 11 de noviembre, se insiste en que se veda la contingencia de que el órgano de apelación condene a quien ha sido absuelto en la instancia, o que agrave su situación si fue condenado, si para ello establece un nuevo relato de hechos probados que tiene su origen en la apreciación de pruebas cuya práctica exige la intermediación del órgano judicial sentenciador, esto es, el examen directo y por sí mismo de las partes, de los testigos o de los peritos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción. No obstante, también este Tribunal Supremo ha reiterado que la naturaleza de otras pruebas, singularmente la documental, permite su valoración en fase de recurso sin que sea precisa la reproducción del debate oral, por lo que la condena por el Tribunal superior basada en tal medio de prueba, sin celebración de la vista pública, no infringiría aquel derecho.

Y en la STS 1223/2011, de 18 de noviembre, se vuelve a insistir en las graves dificultades que se presentan en este caso, a tenor de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos, para poder examinar a través del recurso de casación la impugnación de la sentencia de instancia, al haber resultado ésta absolutoria y haber tenido no poca relevancia en la convicción probatoria de la Audiencia, la práctica de algunas pruebas personales.

En el caso enjuiciado, la Audiencia analiza la cuestión de la pertenencia a banda armada en su fundamento jurídico tercero, afirmando que se encuentra “huérfana de prueba (...) la acusación por delito de pertenencia a organización terrorista” y que “no hay datos que permitan ubicarlo en un comando, talde o cualquier otra agrupación”.

Ciertamente se analizan las declaraciones sumariales de Aitzibel, que pudieran apuntar en esa dirección, pero tal prueba no se sometió a debate en el juicio oral, mediante su oportuna citación, y esta falta ha de ser achacable a las acusaciones, sin que sus declaraciones puedan ser valorables. Con todo, no es la falta de pruebas o de indicios incriminatorios lo que nos han de llevar a la desestimación del motivo, sino estrictas razones de técnica casacional, a las que anteriormente nos hemos referido. Es evidente que concurrían indicios muy expresivos, como la utilización del arma en otro

atentado de ETA, o la propia reivindicación por la banda del asesinato de Joseba, junto a las declaraciones ya expresadas, que pudieron ser introducidas en el plenario, en su caso, por la vía del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este sentido, no podemos dejar de comprender la postura de las acusaciones ante tales elementos indiciarios, pero por la vía estricta de la infracción de ley del art. 849-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no pueden modificarse en perjuicio de reo los hechos probados, en tanto que niegan el sustento fáctico de lo que las acusaciones postulan, debiendo ser acatados y respetados, como ordena el art. 884-3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y acaso incurren también en vicio sentencial de contradicción, aspecto éste igualmente no combatido.

Concluimos señalando que, de todos modos, estos resortes únicamente se apuntan como línea de interpretación hermenéutica, pues a este Tribunal Supremo solamente le compete resolver sobre aquellos extremos que le son sometidos a su consideración casacional.

En consecuencia, y por estrictas razones de técnica casacional, el motivo ha de ser desestimado.

Costas procesales.

QUINTO.- Al proceder la desestimación de ambos recursos, se está en el caso de condenar en costas procesales a cada una de las partes por sus respectivos recursos, excepto al Ministerio Fiscal, conforme a lo dispuesto en el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL y por las representaciones legales de la Acusación particular D^a M^a Estíbaliz y D. Alain y D. Ander, a los que se adhiere la Acusación popular Asociación de Víctimas del Terrorismo, y del procesado Gurutz, contra Sentencia núm. 48/11, de 7 de diciembre de 2011 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por cada uno de sus respectivos recursos excepto las del Ministerio Fiscal que son declaradas de oficio, y a la Acusación Particular a la pérdida del depósito legal que en su día constituyó.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos legales oportunos, 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. Carlos Granados Pérez.- Julián Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Alberto Jorge Barreiro.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Julián Sánchez Melgar, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.