

En la Villa de Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil doce.

En el recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por Ángel y Xavier, contra Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que condenó a Francisco Javier, Ángel y Xavier como autores criminalmente responsables de un delito de conspiración de asesinato terrorista y otro de estragos 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 deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Estando dichos recurrentes representados por el Procurador Sr. Cuevas Rivas. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. Cinco de la Audiencia Nacional instruyó Sumario con el número 2/04, contra Francisco Javier, Ángel y Xavier, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional (Sec. Cuarta de lo Penal) que, con fecha seis de marzo de dos mil doce, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

*“Y así expresamente se declara:*

*El acusado, Francisco Javier, -mayor de edad, ejecutoriamente condenado en Francia por la comisión de un delito de asociación de malhechores, en sentencia dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París de 26/07/2002,- miembro dirigente de la organización terrorista E.T.A., entre cuyos fines se encuentra la alteración de la paz pública mediante ataques contra la vida, integridad y patrimonio de las personas, ordenó y facilitó a los integrantes del comando “Bolqueta”, integrado, entre otros, por Óscar, condenado por estos hechos en sentencia de este mismo tribunal el 16/11/2004, confirmada por la del Tribunal Supremo de 13/10/2005, y Ángel, -mayor de edad y sin antecedentes penales en la fecha de los hechos, militante activo de la referida organización y ejecutoriamente condenado por sentencia de 06/03/2007 del Tribunal de Gran Instancia de París por asociación de malhechores,- el vehículo Renault 19, Chamade, con placas de matrícula inauténticas BI-...-BC, cargado con explosivos, con objeto de poner fin a la vida del concejal del PSOE de la localidad de Arboleda (Vizcaya), Sr. M.M., valiéndose para ello de la labor desempeñada por el tercero de los acusados, Xavier, -mayor de edad, miembro activo de la citada organización y condenado por asociación de malhechores por el Tribunal de Gran Instancia de París, en sentencia firme de 08/05/2005,- quien materialmente preparó y colocó en el maletero del citado turismo, 60 kilogramos de nitrato amónico del tipo conocido como explosivo gelatina o dinamita de goma, reforzado mediante 8 tramos de 60 cm, cada uno, de cordón detonante de 12 gr/metro, que salían de un tupperware con 600 gramos de explosivos base en el que se insertaban dos detonadores.*

*A los efectos de preparar la forma y modo de poner fin a la vida del referido concejal, Francisco Javier mantuvo con los miembros del comando "Bolueta", integrado en aquellas fechas por Óscar y Ángel, una serie de reuniones en el sur de Francia, en las que, de una parte, les ordenaba la realización de vigilancias y seguimientos tendentes a conocer el domicilio del citado, sus hábitos y lugares que frecuentaba y, de otra, se encargó de su formación en el manejo de armas y explosivos, y una vez preparados, les facilitó el indicado vehículo, Renault Chamade matrícula SS-...-AJ, sustraído a su propietaria, D<sup>a</sup> Pantzeska, en la noche del 5 al 6 de diciembre de 2000, en la localidad guipuzcoana de Deva, al que le fueron sustituidas sus placas por las BI-...-BC, y al que Xavier, colocó el artefacto explosivo en el maletero sabiendo que su destino era hacerlo explotar en un sitio público con objeto de causar daños irreparables a personas y destrozos a bienes, acordes con las finalidades pretendidas por los miembros de la referida organización.*

*Preparado el artefacto explosivo en el interior del vehículo sustraído, Xavier lo comunicó a los componentes del comando "Bolueta" para que fueran a recogerlo, dando como detalles de su identificación, la colocación sobre la bandeja trasera que cubre el maletero, de un periódico de "El Correo de Guipúzcoa" y una carpeta roja.*

*Llegado el día 22 de enero de 2001, en que Óscar y Ángel pretendían acabar con la vida del citado concejal, estacionando al efecto el vehículo cargado con explosivos por un lugar por él frecuentado, como quiera que la citada víctima no hiciera el mismo recorrido que en otras ocasiones, condujeron el vehículo hasta el Paseo del Puerto de Getxo con intención de estacionarlo frente a la entidad de seguros Bilbao, pero como no encontraran espacio para aparcarlo, lo trasladaron hasta el número 22 del citado Paseo, próximo a unas viviendas, donde lo estacionaron colocando el vehículo de forma que el artefacto explosivo inserto en el maletero se encontraba dirigido hacia las viviendas.*

*A las 20,15 horas del 22/01/2001, se recibió una llamada telefónica en el diario "Gara", en la que, en nombre de E.T.A., avisaba de la colocación de un Renault Chamade, de color gris, estacionado en el Paseo del Puerto de Neguri, Getxo, cargado con explosivos, que haría explosión en 15 minutos. Poco más tarde, se recibió otra llamada en la central de la Asociación de Ayuda en Carretera "DYA", facilitando la misma información.*

*El indicado turismo fue hallado por la Policía Autónoma Vasca a la altura del núm. 22 del citado Paseo, portando en su bandeja trasera un ejemplar del periódico "El correo de Guipúzcoa" de fecha 10/12/2000 y una carpeta de cartón de color roja, hallándose tanto en el periódico como en el explosivo, huellas de Xavier.*

*La carga explosiva fue desactivada sobre las 02,55 del 23 de enero de 2001.*

*Las llamadas de aviso se realizaron desde el teléfono con tarjeta prepago ...9.57 perteneciente a la compañía Movistar.*

*Tras la detención en Francia en el 2002, de Francisco Javier, se intervino en su poder su agenda personal, en la que figuran citas como el Comando "Bolueta", concretamente, los días 14 de enero, 19 de febrero y 1 de abril de 2001".*

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

*"Fallo.- Que debemos absolver y absolvemos a Francisco Javier, Ángel y Xavier del delito de pertenencia a organización terrorista por el que había sido acusados, al apreciarse la existencia de cosa juzgada.*

*Que debemos condenar y condenamos a Francisco Javier, Ángel y Xavier como autores criminalmente responsables de un delito de conspiración de asesinato terrorista y otro de estragos terroristas en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, para cada uno de los acusados, a las penas siguientes:*

*- Por el delito de conspiración de asesinato terrorista, 10 años de prisión, e inhabilitación absoluta durante 20 años.*

*- Por el delito de estragos terrorista en grado de tentativa, a la pena de 10 años de prisión, inhabilitación absoluta durante 20 años, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.*

*Igualmente se condena a los citados a la prohibición de residir en Bilbao durante 10 años después de la finalización de la pena privativa de libertad impuesta, todo ello, sin perjuicio del pago de las costas de forma proporcional del juicio.*

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

*Se acuerda el comiso de los efectos intervenidos.*

*A los efectos previstos en el art. 861 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se prorroga hasta la mitad de la pena impuesta la prisión provisional que afecta al acusado Ángel que figura como preso preventivo en este procedimiento.*

*Contra la presente resolución puede interponerse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo que deberá prepararse en el plazo de cinco días a partir de la última notificación".*

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por Ángel y Xavier, 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 los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Ángel.

Motivo primero.-Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 24.2 de la CE (presunción de inocencia).

Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Motivo tercero.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECriminal, por infracción del art. 16.2 del CP.

Motivo cuarto.- Por infracción de ley al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías, art. 24.2 y a la tutela efectiva y utilización de los medios de prueba pertinentes, art. 24.1 CE.

Motivos aducidos en nombre de Xavier.

Motivo primero.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECriminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 de la CE.

Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo de lo establecido en el art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a ser informado de la acusación y al principio acusatorio art. 24.2 de la CE.

Motivo tercero.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECriminal, por inaplicación del art. 16.2 del Código Penal.

Motivo cuarto.- Por infracción de ley al amparo de lo establecido en el art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías, art. 24.2 y a la tutela efectiva sin que se produzca indefensión, y a la utilización de los medios de prueba, art. 24.1 de la CE.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos por los recurrentes, interesando la inadmisión del recurso y subsidiariamente su desestimación; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Vista se celebró la misma el día veinticinco de septiembre de dos mil doce. Con la asistencia del Letrado recurrente D. Alfonso Zenón Castro en nombre de D. Ángel y Xavier quien mantuvo los recursos informando. El Ministerio Fiscal impugnó los recursos remitiéndose a su escrito de instrucción.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I. Recurso de Xavier.

PRIMERO.- El primero de los motivos niega que los hechos atribuidos al recurrente integran una participación en el delito de asesinato terrorista en grado de conspiración de los arts. 572, 139 y 579.1 del Código Penal por el que ha sido condenado. Entiende el recurrente que no hay base suficiente para achacarle al dolo referido al resultado de muerte que se buscaba. El recurrente -se arguye- se limitó a preparar el coche bomba. No sabía qué fin se le iba a dar, por lo que no se le puede hacer responder del propósito de quienes recogieron el vehículo así dispuesto.

Esa forma de razonar ofende el sentido común. Pocas veces aparece con mayor claridad un supuesto encajable en el dolo eventual dada la indudable indiferencia que hay que afirmar en el recurrente en relación al uso que fuese a darse al coche. La equiparación que se hace entre la acción del recurrente y la venta de un arma es muy desafortunada. Quien está integrado en una organización criminal como es ETA y recibe el encargo de preparar un coche con un fuerte explosivo que habrá de poner a disposición de los componentes de un "comando" de la referida banda, necesariamente tiene que representarse que se pretende situar el coche en un lugar público; y que es más que probable que se busque no solo causar daños y destrozos a bienes, sino también la muerte de personas. No es necesario ningún razonamiento adicional para sostener que se actuó, al menos, con indiferencia frente a esos posibles resultados. Para la concurrencia de dolo no hace falta ni tener certeza absoluta de la finalidad (basta con aceptarla como probable y asumirla: no es defendible una alegación dirigida a demostrar que de haber sabido que esa era la finalidad no hubiese efectuado la labor encomendada); ni conocer los detalles o datos concretos de la acción que se pretendía ejecutar. Desde luego que la idoneidad de la contribución prestada por el recurrente para servir a ese fin de acabar con la vida de una persona, no escapa a nadie.

El motivo es inacogible.

SEGUNDO.- Se denuncia en un segundo motivo amparado en el art. 852 LECrim la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, y a ser informado de la acusación y como corolario, del principio acusatorio (art.24 de la Constitución), que derivaría de la incongruencia entre los hechos que la sentencia da como probados y los que eran objeto de acusación por parte del Ministerio Público. Si en su relato el Fiscal hablaba de este recurrente como miembro del comando que se dirigió con los otros componentes a situar el vehículo, en la sentencia se le asigna solo la actividad de preparación del coche bomba. Además, en discordancia con lo sostenido con la acusación, no se habla de un aviso a la policía sino al diario Gara y a una Asociación.

En otro orden de cosas, aunque bajo igual alegato, se resalta la contradicción con lo que se declaró probado en una anterior sentencia recaída también en esta causa en la que, según se dice, se atribuye la entrega del coche no a este recurrente sino a Francisco Javier.

Más allá de que algunas de las alegaciones no sean exactas, el motivo, también por razones de fondo, está condenado a sucumbir.

En un primer nivel es pertinente puntualizar que algunas de las divergencias que se señalan son solo aparentes. Así, la sentencia por la que se condenaba a Óscar refería que el coche fue proporcionado por Francisco Javier inicialmente, lo que concuerda con los hechos que da como probados la sentencia que ahora es objeto de impugnación. Aquello es compatible con la afirmación complementaria de que este recurrente se encargó de preparar el vehículo con el explosivo para ponerlo después a disposición de los dos condenados como ejecutores del plan previsto.

Por lo demás, el apartamiento de la sentencia de los hechos objeto de acusación lo es en aspectos o secundarios y de detalle que no tienen relevancia jurídico penal (a quién se da el aviso, v.gr.); o en cuestiones que suponen no haber dado como probada alguna de las imputaciones fácticas del Ministerio Fiscal (acompañar en el vehículo a los dos procesados a los que se atribuyó esa labor) pero sí las previas (la preparación del coche con los explosivos que se atribuía genéricamente a todos los acusados en el escrito de calificación del fiscal). No hay un cambio de los hechos objeto de acusación para introducir otros no alegados. Tan solo se aprecia supresión de algunos de ellos (presencia del recurrente en el intento de atentado), subsistiendo otros que también se imputaban y que bastan para determinar la calificación (preparación del vehículo que se atribuye solo a este recurrente y no a los coimputados). No puede hablarse seriamente de violación del derecho a conocer la acusación o de encontrarse sorpresivamente en la sentencia con unos hechos de los que no pudo defenderse por ignorar que se acusaba por ellos.

El Tribunal está facultado para, a la vista de su propia valoración de la prueba practicada, introducir variaciones o alteraciones en el relato factual propuesto por el Fiscal, así como añadir elementos fácticos que resulten beneficiosos para el acusado o suprimir otros perjudiciales; o partir de un relato del hecho distinto del verificado por la acusación, variando algunas circunstancias o modalidades. Lo necesario es que se respete el hecho en su esencialidad, que no se altere su identidad básica, que no se introduzcan por el Juzgador hechos (en el sentido de conductas relevantes penalmente) distintos de los aportados por la acusación. Lo que ha de respetar el Tribunal es la esencialidad de los hechos, sin que haya de ajustarse miméticamente a cada uno de los detalles de la narración presentada por el fiscal. Rechazando que exista prueba del acompañamiento por parte de este recurrente a los otros co-acusados que se desplazaron con el vehículo, se dejan subsistentes otros hechos (preparación del explosivo) que también se incluían en el relato acusatorio del Fiscal (vid. *mutatis mutandi* STC 174/2001, de 26 de julio).

TERCERO.- También como *error iuris* (art. 849.1) se denuncia la inaplicación del art. 16.2 que contempla el desistimiento como causa de exclusión de la punibilidad.

Está proclamada jurisprudencialmente por razones de estricto rigor la extensión de la eficacia del desistimiento a los casos de resoluciones manifestadas como es la conspiración (STS 1574/1998, de 16 de diciembre). Pero no puede hablarse aquí de un desistimiento voluntario como exige el art. 16 del CP. Por tal y sin adentrarnos ahora en diferencias y sutilezas dogmáticas que no tienen repercusión en este caso, hay que

entender el que se percibe como irrazonable desde la perspectiva del autor. Si se abandona el propósito criminal por causas ajenas a la propia voluntad (no se desarrolla la acción como se esperaba; se ha perdido de vista a la víctima; la entrada en el domicilio prevista por el ladrón resulta imposible por el blindaje), no estamos ante un desistimiento voluntario. No hay una motivación autónoma, o según otra concepción, una decisión de “retornar a la legalidad” (concepción normativa), que permitan calificar de “voluntario” el desistimiento.

En cuanto al proyectado asesinato el desistimiento -que por otra parte no sería aplicable a éste recurrente ajeno al mismo: el desistimiento es una causa de exclusión de la punibilidad personalísima (art. 16.3 del CP)- fue consecuencia de algo no previsto ni querido por los acusados. La víctima que se habían fijado como objetivo y con cuya vida querían acabar realizó un trayecto distinto que desbarató los planes iniciales.

En lo que atañe al delito de estragos tampoco puede aceptarse la argumentación en la que se deslizan datos de hecho (como la retirada de las pilas) en abierta contradicción con los hechos probados y la valoración probatoria que hace la Sala de instancia y por tanto de forma prohibida por el art. 884.4 LECrim. Hay que hacerse aquí eco del razonamiento que al respecto se vierte en la sentencia atacada en casación en su fundamento de derecho séptimo: “...*lejos de desistir, la citada pareja (dos de los procesados), sigue en su afán de atentar contra cualquier otro bien jurídico designado como tal por la banda a la que pertenecen y tratan de estacionarlo junto a una sucursal de seguros, y cuando allí tampoco encuentran sitio para aparcar, tampoco desisten, sino que lo sitúan en un sitio todavía más peligroso y cercano a los propósitos de la banda, unas viviendas colocando el vehículo de forma que el explosivo esté más cercano a las viviendas, con lo que según el informe pericial los daños de la explosión afectarían a un radio de acción de entre 50 y 100 metros, y solo entonces, deciden avisar al diario Gara y a DYA de la colocación de una bomba en el interior de un vehículo dispuesto a explotar en 15 minutos.*”

*Tampoco puede considerarse que el hecho de avisar de la colocación del artefacto constituya la base de ese desistimiento, porque, visto desde otra perspectiva, lo que se daba a entender con tal llamada, habida cuenta del escaso margen de tiempo que anunciaban en su comunicado era que la explosión sería inminente, sin margen de actuación, ideada para causar el mayor número de víctimas posibles, entre cuyos candidatos primeros se incluían los ocupantes de las viviendas y quienes acuden al lugar a desactivarlo, tal como ha ocurrido en otras ocasiones”.*

Tras esas consideraciones la Audiencia Nacional descarta expresamente que pueda considerarse probado que el anterior enjuiciado quitase las pilas del temporizador. El informe prestado por los agentes de la Policía Autónoma Vasca sirve al Tribunal a quo para estimar acreditado que fueron precisamente ellos quienes lo desactivaron, sin que exista constancia alguna de que se hubiese procedido ya a la desconexión.

Esta cuestión fue ya planteada en el recurso de casación formulado contra la anterior sentencia siendo resuelto por esta Sala en la sentencia 1232/2005 de 25 de octubre

con los siguientes razonamientos: *“Para situarnos ante la primera cuestión (desistimiento en la tentativa), es necesario analizar cuidadosamente todas las secuencias del hecho probado que han de servir de base para examinar la calificación realizada por la sentencia recurrida.*

*El acusado tomó la decisión, libre y voluntaria, de llevar a cabo a acción terrorista cargando un automóvil con 60 Kilos de explosivos, con el objeto de hacerlo detonar, en un primer momento, contra una persona y al no estar localizable, contra la sucursal de una compañía de seguros.*

*El relato fáctico declara taxativamente que, en ejecución de este último propósito, dirigieron el vehículo hacia el edificio. No realizaron el acto porque estaba ocupado el estacionamiento decidiendo dejarlo ante un bloque de viviendas, avisando posteriormente a la Policía Municipal para desactivarlo.*

*2.- El desistimiento positivo desactiva el inicial propósito criminal convirtiendo el hecho en impune por la no exigencia de responsabilidad criminal, como prima al comportamiento del acusado. Para llegar a esta conclusión se exige que, de forma inequívoca, demuestre su voluntad de desistimiento, bien abandonando la ejecución ya iniciada o bien impidiendo la producción del resultado.*

*La valoración de estas circunstancias, que llevaría a la exención de la responsabilidad criminal, debe realizarse en función de la naturaleza del hecho delictivo y de la estructura de la acción. Valorando estos factores se podrá decir, con mayor o menor precisión, si ha habido actos voluntarios, efectivos y decididos encaminados a evitar que se produzca el resultado. Los actos tienen que ser tan claros y eficaces que por su propia naturaleza hubieran hecho prácticamente imposible, el resultado dañoso.*

*3.- No podemos olvidar que la actuación se interrumpió por razones absolutamente ajenas a la voluntad del recurrente. El desistimiento se debió a que no existía aparcamiento cercano que permitiera conseguir los objetivos. Ante esta circunstancia y no por abandono, desiste el autor de sus propósitos iniciales. La decisión de deshacerse de un coche que representaba también un peligro potencial para su propia integridad física, no fue total ya que lo aparcó frente a unas viviendas en lugar de llevarlo, por ejemplo, a un lugar o descampado donde los riesgos para personas y cosas fuera mínimo.*

*El hecho de haber avisado a la Policía Municipal para que lo desactivasen no sólo no impedía la comisión del hecho, sino que aumentaba el riesgo, de los habitantes de las viviendas y de los propios agentes encargados de la desactivación”.*

El motivo no puede prosperar.

CUARTO.- El cuarto motivo de este recurrente discurre también por la senda del art. 852 LECrim abordando un tema procesal: se habría vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, así como a utilizar los medios de



prueba pertinentes como consecuencia de las decisiones de la Sala de instancia que rechazaron el escrito de calificación de la defensa y con ello las pruebas interesadas por considerarlas extemporáneamente propuestas.

Cuando se le dio traslado para calificar, la defensa solicitó la suspensión del plazo para instruirse de unas diligencias que había propuesto como prueba anticipada el Ministerio Fiscal. La solicitud fue desestimada mediante providencia de fecha 5 de diciembre de 2011. Se ordenaba seguir adelante el procedimiento prescindiendo del escrito de la defensa aplicando de forma analógica lo previsto en el art. 784.2 para el procedimiento abreviado, lo que a juicio del recurrente no sería factible.

Al ser notificado tal proveído, la defensa interpuso recurso de súplica, presentando al mismo tiempo escrito de conclusiones en el que se proponían ciertos medios de prueba. El Auto de señalamiento y admisión de pruebas se había dictado ya un día antes. Las pruebas de la defensa por tanto no se admitieron. Tales decisiones de la Sala habrían causado indefensión. La oportunidad ofrecida por la Audiencia a la defensa de presentar esas pruebas al inicio de las sesiones del juicio oral al modo del procedimiento abreviado no subsanaría la irregularidad. Se aduce que la defensa carecía de facultades para obtener los testimonios obrantes en otras causas penales.

La sentencia en el primero de sus fundamentos de derecho realiza un pormenorizado relato de esas vicisitudes, detallando la cronología de los sucesivos actos procesales y señalando los correspondientes folios del rollo de Sala donde está documentado cada uno de ellos. La ralentización que había sufrido la causa como consecuencia de la tramitación de un artículo de previo pronunciamiento y la situación de prisión preventiva sin duda influyeron en la lógica celeridad que la Audiencia quiso imprimir a las actuaciones que estaban pendientes para proceder cuanto antes al inicio de las sesiones del juicio oral (art. 528 de la LECrim.).

El Fiscal había formulado sus conclusiones el 21 de diciembre de 2010. Las defensas promovieron como artículo de previo pronunciamiento la “excepción” de cosa juzgada el 27 de diciembre. La necesidad de reclamar de la justicia francesa las resoluciones alegadas y de traducirlas posteriormente provocó que hasta noviembre de 2011 no pudiese celebrarse la vista del incidente. Desestimada la cuestión, el 23 de noviembre se requirió a las defensas para que formularan su escrito de conclusiones. No es ocioso hacer notar que conocían desde casi un año antes la calificación del Fiscal: en eso incide la Audiencia. La providencia fue notificada el día 28 de noviembre. El plazo legal para formular la calificación se ajustaba a lo establecido en el art. 679 de la LECrim que reduce los genéricos cinco días a tres cuando se ha planteado un artículo de previo pronunciamiento. El dos de diciembre se presentó el escrito de las defensas pidiendo la suspensión del plazo para analizar la prueba solicitada con el carácter de anticipada por el Ministerio Fiscal. El plazo había expirado, aunque el escrito estaba presentado en tiempo en contra de lo que considera la Audiencia, a la vista del art. 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda de 24 de enero de 2003). Se denegó la petición el día 5 de diciembre por providencia y se continuó el trámite recayendo el auto de admisión de pruebas y

señalamiento del juicio oral fechado el 7 de diciembre. El 9 de diciembre se presentaron los escritos de conclusiones provisionales de las defensas (el plazo había vencido) así como un recurso de súplica contra la resolución anterior que sería desestimado. También sería rechazado el incidente de nulidad promovido por igual cuestión.

La Audiencia resolvió la situación planteada aplicando analógicamente lo establecido en el art. 784.1.3 LECrim en sede de procedimiento abreviado: se considera por ministerio de la ley que las defensas se oponen a la acusación, precluyendo el trámite de proposición de prueba, aunque abriendo la posibilidad de que se aporten pruebas en el acto del juicio oral y de que, siempre que se haga con la suficiente antelación, se puedan librar “las comunicaciones necesarias”. A ese precepto remitía expresamente el fundamento de derecho tercero de la resolución por la que se desestimaba el recurso de súplica.

La Audiencia niega que pueda hablarse de indefensión. Estima correctas cada una de las decisiones mencionada. Sostiene fundadamente que los escritos de conclusiones no se rechazaron, como dice el recurrente. Sencillamente se soslayó todo pronunciamiento sobre la prueba, por considerarla intempestivamente propuesta, ofreciendo a las defensas la oportunidad de presentarla en el acto del juicio oral, pero se tuvo por hecha la calificación.

Para reforzar su argumento la Audiencia se entretiene en examinar los medios de prueba que habían propuesto las defensas y concluye que de hecho carece de toda relevancia su omisión.

La prueba propuesta (interrogatorio de los acusados; testifical de Óscar y Unai; documental consistente en la unión de copias testimoniadas de las diligencias judiciales incoadas con motivo de las denuncias interpuestas por Óscar y Unai, respectivamente, por torturas y malos tratos; aportación de la sentencia dictada contra Francisco Javier por la misma sección de la Audiencia; e interesar del Juzgado Central de Instrucción información sobre si se habían recogido el pantalón y el jersey de Unai) se practicó en su integridad, con la única excepción de algunas documentales (testimonios de las actuaciones seguidas por las denuncias y petición al Juzgado Central) que tendrían a demostrar o al menos generar dudas sobre la existencia de presiones o torturas y malos tratos en las declaraciones policiales del co-imputado ya juzgado y el testigo.

La Audiencia hace expresa protesta de no valorar las declaraciones policiales de Unai ni aquellas en que Óscar alegó ser maltratado, (no todas las declaraciones policiales) para demostrar la irrelevancia de esas pruebas no practicadas. El recurrente dice que en el momento de la motivación fáctica la Audiencia traiciona esa proclamación inicial pues valora esos testimonios policiales,. No es así. Lo que valora son las declaraciones realizadas en sede judicial. Es verdad que las presiones “ilícitas” en una declaración policial pueden luego incidir en la declaración judicial subsiguiente, menoscabando su credibilidad. Pero ya se ve que no puede decirse eso de las declaraciones de Unai. En cuanto a las de Óscar, no puede olvidarse que los testimonios recabados como prueba

no servirían para acreditar la realidad de lo denunciado, sino tan solo que se efectuó esa denuncia, lo que nadie discute. Además se podían hacer valer en juicio a través de las propias manifestaciones de Óscar esas circunstancias concomitantes. Muy distinto sería si se adujese que esas diligencias habían desembocado en alguna condena. Pero en los términos en que se propuso esa prueba, aún pudiendo ser pertinente, carece ahora de relevancia.

Aún estimando esta Sala que en algún punto los argumentos de la Audiencia Nacional no son asumibles sin importantes matizaciones, la decisión final negando que se haya producido cualquier género de indefensión es correcta y ha de ser respaldada.

No puede aceptarse sin más que las previsiones del procedimiento abreviado que, en aras de la deseable celeridad, relajan algunas garantías puedan trasladarse al procedimiento ordinario. Entre ellas se cuenta la previsión del art. 784.1.3 LECrim que establece unas graves consecuencias para los casos en que se deja transcurrir el plazo para formular su escrito de defensa sin evacuar tal trámite. El argumento de analogía no puede arropar esa proyección. El art. 758 LECrim consagra justamente el principio contrario: las normas del procedimiento ordinario son supletorias respecto del abreviado; y no a la inversa. Es conocido que la doctrina e incluso la Fiscalía General del Estado han hablado en ocasiones de integrar las normas del procedimiento ordinario con algunos principios establecidos en el procedimiento abreviado. Pero ello se ha hecho siempre para recuperar para el procedimiento común en el diseño legal nuevas normas que implantaban más garantías. Se evita así el sinsentido de que el procedimiento destinado al enjuiciamiento de los delitos más graves esté revestido de menos garantías (v.gr., prohibición de imponer pena superior a la reclamada por la acusación; posibilidad de suspensión ante una modificación de conclusiones por parte de la acusación; asistencia de abogado desde el primer momento...). Pero se apartaría de principios esenciales importar al procedimiento ordinario algunas normas del abreviado, como la ahora analizada, que suponen una disminución de garantías.

No existe previsión parangonable al art. 784.1.3 en el procedimiento ordinario. Se podría aducir que estamos ante una laguna: la regulación general no dispone nada para los casos en que una defensa deja transcurrir el plazo para formular el escrito de defensa. Tal laguna solo podría ser resuelta acudiendo a la norma de la que echó mano la Audiencia Nacional: el art. 784.

Esa técnica de integración no es correcta. Si efectivamente puede hablarse de una laguna (y algo de ello hay pues no se arbitra una salida para los casos de desidia absoluta por parte de la defensa), la forma de colmarla no puede consistir en acudir a la normativa más flexible de otro procedimiento construido para infracciones más leves. Tampoco la Ley prevé una solución específica para los casos de incomparecencia reiterada y pertinaz del letrado de la defensa al juicio oral -permítase a efectos puramente argumentativos el ejemplo desde luego insólito- y eso no habilita a pensar que la regulación del juicio de faltas en que no es precisa esa asistencia podría ser una herramienta útil para solventar el problema con su aplicación analógica (amén de la

imperatividad de la presencia de letrado que proclama el art. 786.1 pensado para el procedimiento abreviado y -éste sí- con eficacia extensiva al procedimiento ordinario).

Si se pudiese hablar de laguna, la misma existía para todos los procedimientos - incluidos los de urgencia y el abreviado- hasta la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma procesal, que fue la que introdujo, no sin fuertes críticas doctrinales, para el procedimiento abreviado -y solo para el procedimiento abreviado- esa previsión que inicialmente figuraba en el art. 791.1 y en la reforma de 2002 se trasladó al art. 784.1 con motivo de la reordenación del articulado de la Ley Procesal Penal. Solo a partir de esa fecha existe en el procedimiento abreviado una previsión específica. Pero en el procedimiento ordinario hay que seguir disciplinando la cuestión en la forma en que era procedente hasta ese momento, es decir con una integración inspirada en las normas y principios procesales generales.

Para la originaria Ley de Enjuiciamiento Criminal no era concebible avanzar en el proceso penal sin una calificación de la defensa. La defensa es parte necesaria en todo caso, condición que comparte con el Ministerio Fiscal cuando se trata de delitos no privados. Su presencia es obligada a partir de la apertura del juicio oral. No puede prescindirse de ella, salvo cuando la ley lo prevé así expresamente. El transcurso del plazo concedido para evacuar el escrito de conclusiones provisionales o la presentación tardía del escrito no acarrea sin más su ineficacia o la preclusión. Agotado el plazo señalado para evacuar el traslado conferido con el fin de formular el correspondiente escrito de conclusiones sin que se haya presentado, habrá que proceder como dispone el art. 215 de la LECrim: señalamiento de un nuevo plazo, sin perjuicio de la imposición de la correspondiente multa. Sólo si, transcurrido ese nuevo término judicial, se omite la presentación del escrito de defensa habrá que buscar alguna salida que la ley no articula. Tratándose de la acusación no pública la solución es más simple pues se trata de una parte no necesaria (STC 101/1989, de 5 de junio). Pero en el caso de la defensa no puede solventarse del mismo modo la cuestión. El art. 215 está más preocupado por las sanciones que por los efectos procesales y no arbitra una previsión.

No hay ahora cuestión sobre esa vicisitud. A los efectos que aquí interesan puede concluirse este excurso con una doble conclusión:

- a) El art. 784.1.2 y 3 ciñe su ámbito de aplicación al procedimiento abreviado.
- b) En el procedimiento ordinario el transcurso del plazo conferido a la defensa para formular sus conclusiones no habilita para dar sin más trámites por precluido el trámite: es necesario antes que nada activar el mecanismo previsto en el art. 215 LECrim que implica la concesión de un nuevo plazo.

Podría discutirse si, con independencia de la necesidad legal de que finalmente se formulen esas conclusiones por el letrado designado o por el que se designase en el supuesto insólito y posiblemente inimaginable de renuencia persistente, cabría estimar solo respecto de la prueba que fue intempestivamente propuesta y que por tanto sería

sin más rechazable. Es argumentable esa solución intermedia que llevaría a concluir la corrección legal de la situación surgida en este caso: la defensa finalmente presentó sus conclusiones, aunque no hubo pronunciamiento sobre la prueba por haberse propuesto extemporáneamente.

Sin embargo, la dicción del art. 215 LECrim parece inclinar hacia otro entendimiento.

De cualquier manera en el presente supuesto la cuestión es irrelevante pues, aun en la exégesis más favorable al recurrente a tenor de la cual la ley en el procedimiento ordinario exigiría no solo que se entrase en el juicio oral con un escrito de calificación de la defensa, sino que además se hubiese decidido de forma expresa sobre la prueba propuesta en tal calificación, no podría prosperar el motivo.

De una parte, y este es un argumento secundario, porque esa indefensión estaría ocasionada fundamentalmente por la incorrecta actuación procesal de la parte. No hay indefensión relevante constitucionalmente según ha proclamado el Tribunal Constitucional cuando en su origen se encuentra una negligencia de la parte que habría que situar no solo en la formulación tardía del escrito de conclusiones, sino también en la omisión de toda actividad para tratar de obtener esos testimonios de actuaciones judiciales que quería aportar a la causa.

De otro lado, y en esto hay que coincidir con el criterio explicitado por la Audiencia porque nada relevante o con incidencia en el enjuiciamiento se derivaría de las pruebas que no se llevaron a cabo. Para la anulación de una resolución judicial por no práctica de alguna prueba (ya se canalice tal motivo por el clásico quebrantamiento de forma del art. 850.1, ya venga enfocado como en este caso desde la óptica constitucional del derecho a usar los medios de prueba pertinentes: art. 24 CE) es necesario que la prueba cuya omisión va a determinar la retroacción del procedimiento para ser practicada, sea no solo pertinente sino también necesaria. La necesidad es un requisito inmanente a todos los motivos de casación (o de otros recursos contra sentencias) en los que se solicita la anulación para practicar pruebas omitidas. Si la prueba no practicada podía ser pertinente en un juicio *ex ante*, pero carece de utilidad o necesidad a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. No tendría sentido, v.gr., anular una sentencia parcialmente absolutoria por haberse rechazado una prueba que se quería hacer valer precisamente para acreditar la inocencia respecto de ese delito excluido de la condena por muy pertinente que fuere esa prueba y por improcedente que fuere su denegación.

Como señala la STS 250/2004 de 26 de febrero de 2004, mientras la pertinencia se mueve en el ámbito de la admisibilidad de las pruebas, la necesidad se desenvuelve en el terreno de la práctica de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias, entre ellas la decisión del Tribunal de no suspender el juicio pese a la incomparecencia de algún testigo, adoptada al amparo de lo prevenido en el artículo 746.3 de la LECrim; o, trasladándonos a la fase de recurso la ponderación sobre si la anulación de la sentencia y repetición del juicio se revela como indispensable para salvaguardar los

derechos del recurrente. Si la prueba carece de aptitud para variar el sentido del fallo, pese a su eventual pertinencia, no puede arrastrar una nulidad que redundaría negativamente en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. La STC 142/2012, de 2 de julio, aunque desde una perspectiva diferente (amparo constitucional por vulneración del art. 24.2 de la CE) así lo expresa: “...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero, FJ 2).”

No bastaría por tanto para que el motivo prosperase concluir que la prueba era pertinente en un juicio *ex ante*; o que la Audiencia debería haberse pronunciado sobre ella, a pesar de que objetivamente se propuso fuera de plazo, o que hubiese sido aconsejable mayor flexibilidad en la interpretación de la ley... Habría que llegar a la convicción de que la prueba era necesaria en el sentido de que su resultado podía haber incidido en el fallo, en una valoración *ex post*. Y aquí, conforme expresa la Audiencia, puede concluirse que la prueba no era necesaria. El recurrente no solo no acierta a defender esa necesidad, sino que, según casi se intuye de la lectura de su recurso, renuncia a justificarla: se omite decir que la mayoría de las pruebas se practicaron y se elude explicar por qué las documentales no llevadas a cabo podían haber variado el signo de la sentencia. Y la petición final se concreta en la anulación de las actuaciones reponiéndolas al momento anterior al juicio para practicar esas pruebas, lo que por su inutilidad sería una dilación “indebida” en el sentido del art. 24 de la CE.

Ante estas razones el motivo ha de capitular.

## II. Recurso de Ángel.

QUINTO.- En el primero de los motivos de este segundo recurrente se alega violación de la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 de la Constitución (art. 852 de la LECrim).

El derecho a la presunción de inocencia según ha sido perfilado por el Tribunal Constitucional -entre otras, Sentencia 68/2010, de 18 de octubre- aparece configurado como regla de juicio que implica la prohibición constitucional de ser condenado sin que se hayan realizado pruebas de cargo válidas con las garantías necesarias referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Sólo existirá violación de tal derecho cuando no

haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo (Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, sentencias del mismo Tribunal 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto-, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a-), o 126/2011, 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-).

Invocando con toda pertinencia y corrección la jurisprudencia constitucional y de esta Sala se aduce que la prueba de cargo valorada por la Sala es insuficiente para edificar la condena pues estaría constituida exclusivamente por la declaración policial de un coimputado, ratificada a presencia judicial, pero prestada según el declarante bajo presión y malos tratos y, sobre todo, no corroborada por otros elementos de prueba, como exige la doctrina jurisprudencial.

Como es bien conocido, cuando estamos ante la declaración de un co-imputado el Tribunal Constitucional ha introducido unas ciertas reglas valorativas. Sin la observancia de esas reglas o elementos complementarios la declaración del coimputado sería “insuficiente” en abstracto (más allá de las circunstancias del supuesto concreto) para desmontar la presunción de inocencia. No ya “inutilizable”, sino “insuficiente”. Tal doctrina jurisprudencial que esta Sala ha hecho suya como no podía ser de otra forma, también ha tenido reflejo en la propuesta legislativa de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que se presentó en 2011. Es obvia la ineficacia normativa de tal texto, pero tiene el valor que le confiere representar un serio intento de convertir en norma la doctrina constitucional. El art. 600 del Anteproyecto proclamaba el tradicional principio de libre valoración de la prueba (“de acuerdo con los criterios de la experiencia, la lógica y la razón”). Pero en el párrafo tercero introducía una “cuña” en ese principio, imponiendo legalmente el sentido absolutorio de la decisión, entre otros supuestos, en los casos en que la prueba de cargo consista exclusivamente en “la declaración de coacusados”, salvo que concurran otros elementos probatorios “que racionalmente corroboren la información que aquellos proporcionan”. Quedaba así plasmada sintéticamente la doctrina constitucional cuya evolución conviene recordar antes de descender al examen de este supuesto concreto.

Hay que remontarse a los años ochenta para encontrar las primeras referencias en esta Sala a este problema. La doctrina elaborada inicialmente en el seno de la Sala segunda con inocultable influencia de las reflexiones generadas en algún país de nuestro entorno, fue completándose, perfilándose y enriqueciéndose en una progresiva evolución en la que finalmente asumió un papel más protagonista la jurisprudencia constitucional. La valoración de las declaraciones de coimputados no es solo un problema de fiabilidad en concreto, sino también de reglas de valoración abstractas que excluyen su capacidad para fundar en determinadas condiciones una condena. La constatación de que estamos ante una prueba peculiar que engendra inicialmente una cierta desconfianza constituye el sustrato de esa singularidad. Respecto de esta prueba no bastan las normas generales de las demás: que sea lícita, que se practique bajo el principio de contradicción, que esté racionalmente valorada y motivada... Hace falta algo más: unas condiciones externas, verificables desde fuera, más allá de que el

proceso racional por el que un Tribunal ha llegado a darles credibilidad esté fuertemente asentado y sea convincente. Si pese a ello faltan esas garantías externas y, en lo que aquí interesa, fundamentalmente la corroboración, habrá de declararse contraria a la presunción de inocencia la condena fundada en ese elemento de convicción. No basta la racionalidad y consistencia de la motivación. Hace falta algo más. Ese plus viene constituido por unos criterios de valoración interna (test de fiabilidad); y por la necesidad de un complemento (corroboración externa).

En el primer plano se mueven unos cánones paralelos a los elaborados para las declaraciones de la víctima, aunque en este caso suponen algo más que meras orientaciones. Necesariamente han de ser tomados en consideración. En ese nivel está la reforzada necesidad de motivar valorando especialmente los supuestos en que el coimputado puede actuar impulsado por motivos espurios (animadversión) o por el deseo de acogerse a unos beneficios penológicos (legales o pactados con las acusaciones). En el caso ahora analizado no existe cuestión sobre ese punto. Ni una inexistente animadversión o no alegada enemistad, ni el acogerse a esos beneficios podría explicar la implicación de este recurrente en los hechos realizada por el coimputado.

Sí que se configura como requisito *sine qua non* del valor probatorio de la declaración del coimputado la concurrencia de una corroboración externa. En efecto el Tribunal Constitucional ha proclamado el valor de las declaraciones del coimputado para destruir la presunción de inocencia siempre que reúnan ciertas condiciones (STC 115/1998, de 1 de junio) que progresivamente ha ido incrementando. Como el acusado no está obligado a decir verdad, ni presta promesa o juramento con ese objeto, sus manifestaciones son menos fiables. Puede mentir con impunidad.

En este caso las imputaciones se hicieron cuando el co-acusado todavía no estaba enjuiciado. En el juicio oral se rectifican. Por tanto la doctrina es aplicable sin matización alguna derivada del hecho de que al acto del juicio oral (donde se retractó de las imputaciones) compareciese cuando ya había sido enjuiciado (aunque incidentalmente puede apuntarse que aún en el supuesto de que la imputación se hiciese en el juicio oral por el ya enjuiciado habría que exigir estos requisitos a esa declaración: STS 440/2011 de 25 mayo). Hay que rechazar por eso el argumento del Fiscal que destaca esa sobrevenida condición de testigo del ya enjuiciado.

En todo caso y antes de seguir avanzando conviene matizar algo la afirmación general que se ha hecho y de la que parte todo el desarrollo de las especialidades en la valoración de esta prueba. El hecho de que el procesado no esté obligado por juramento o promesa a decir verdad y que no pueda ser reo de falso testimonio, no supone que pueda mentir y acusar a otros de manera impune. Las acusaciones inveraces a otros imputados pueden ser constitutivas de un delito de acusación y denuncia falsa (STS 1839/2001, de 17 de octubre, aunque alguna aislada resolución de esta Sala, precisamente en este contexto de argumentación, lo haya cuestionado).



En este punto también aporta luz el ALECrIm 2011. En el art. 11 del anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de derechos Fundamentales vinculados al proceso penal anejo al texto principal se aclara que el imputado no podrá ser perseguido por delito de falso testimonio derivado de sus declaraciones “salvo por las manifestaciones inculpativas falsas que causen perjuicio a terceros”. La citada STS de 17 de octubre de 2001 explica que *“por el hecho de que el procesado no esté obligado por juramento o promesa a decir verdad, y quede excluido de la posibilidad de ser reo de falso testimonio, no supone que pueda mentir en lo que a otros concierne, ni acusarles impunemente. Las acusaciones inveraces a otros imputados podrían ser constitutivas de un delito de acusación y denuncia falsa”*. Idéntica observación se encuentra en la STS 522/2008, de 29 de julio. El derecho a no declararse culpable no abarca un inexistente derecho fundamental a mentir (STC 142/2009, de 15 de junio); aunque, obviamente, fuera de los casos de imputación falsa a otras personas, las mentiras del acusado vertidas en su declaración son impunes.

En ese marco se ubica la exigencia de que las manifestaciones aparezcan corroboradas por otros datos colaterales. No basta la pura y desnuda declaración de los coprocesados para sustentar una sentencia condenatoria. Además esas corroboraciones no pueden ser puramente internas, intrínsecas a las propias declaraciones, o circulares. Han de ser datos externos que confirmen en algunos puntos, más o menos accesorios o principales, la veracidad de las declaraciones (SSTC 233/2002, de 9 de diciembre o 142/2003, de 14 de julio). Pueden bastar elementos periféricos que, no siendo pruebas suficientes por sí mismos, robustezcan la declaración del co-procesado en lo relativo a la imputación del delito y no a otros extremos marginales. Esta concepción sobre la necesidad de corroboración –“mínima” corroboración dice la jurisprudencia- queda bien reflejada en la STC 190/2003, de 27 de octubre: *“constituye corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración”* (vid. también SSTC 68/2002, de 11 de marzo, 181/2002, de 14 de octubre, 233/2002, de 9 de diciembre o 17/2004, de 23 de febrero).

La STC 142/2006 de 8 de mayo contiene una excelente síntesis de la doctrina sobre esa necesidad de corroboración: *“La declaración inculpativa del coacusado, que es una prueba constitucionalmente legítima, ha de venir corroborada mínimamente por algún hecho, dato o circunstancia externa para constituir prueba de cargo bastante en orden a destruir la presunción de inocencia, puesto que al acusado, a diferencia del testigo, le asiste el derecho, reconocido en el art. 24.2 CE, a guardar silencio total o parcialmente, a no decir nada (SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6). De otro lado, y como quiera que no es posible una fijación globalmente válida de lo que ha de considerarse mínima corroboración, se deja a la casuística la determinación de los supuestos en que puede estimarse que aquélla existe, atendiendo, por tanto, a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto (SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 207/2002, de*

11 de noviembre, FJ 2; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6), si bien, en sentido negativo, hemos afirmado que los elementos de veracidad objetiva que puedan rodear la declaración, tales como su coherencia interna o la inexistencia de resentimiento, no constituyen factores externos de corroboración (SSTC 190/2003, de 27 de octubre, FJ 6; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; y 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1). Debe tenerse en cuenta igualmente que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado (SSTC 72/2001, de 26 de marzo, FJ 5; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 152/2004, de 20 de septiembre, FJ 3; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1), siendo por tanto necesaria la adveración de las declaraciones mediante algún dato externo también en el caso de pluralidad de coacusados.

*Finalmente la corroboración ha de estar referida necesariamente a la participación del acusado en los hechos punibles que el juzgador haya considerado probados (SSTC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6)*”.

Reitera igual doctrina la STC 277/2006, de 25 de septiembre de 2006: “De la doctrina elaborada por este Tribunal, llena de matices y llamadas a la consideración de las circunstancias del caso concreto, hay que destacar, por su relación con el supuesto analizado, aquellos pronunciamientos que subrayan que los datos externos que han de corroborar o avalar la veracidad de la versión inculpativa del coimputado han de referirse no a cualquier elemento de sus declaraciones sino, muy concretamente, a la participación del acusado en los hechos punibles que el órgano judicial hubiera considerado probados (SSTC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 207/2002 de 11 de noviembre, FJ 4; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6)”.

La STC 125/2009, de 18 de mayo abunda en iguales ideas: “Como recuerda la reciente STC 57/2009, de 9 de marzo, FJ 2, este Tribunal ha reiterado que las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otros datos externos. La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no.

*Igualmente, este Tribunal ha afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración, o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último, también se ha destacado que la declaración de un coimputado no*

*puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado (por todas, SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2; 10/2007, de 15 de enero, FJ 3; y 91/2008, de 21 de julio, FJ 3). “...”.*

*...De igual modo, hemos reiterado que la corroboración no se predica de cualquier elemento fáctico que pudiera reforzar el juicio de credibilidad del testimonio del coimputado, sino que tiene que proyectarse directamente sobre la intervención del acusado en el hecho delictivo.”...*

Y en fechas más recientes, la STC 111/2011, de 4 de julio que además, en línea con la que antes se apuntó, demuestra que el hecho de que el co-imputado en este caso compareciere como testigo por haber sido ya objeto de enjuiciamiento no altera el régimen de valoración de su declaración: *“... nuestra doctrina ha venido considerando la declaración de un coimputado en la causa como “una prueba sospechosa” (entre otras, SSTC 30/2005, de 14 de febrero, FJ 4 y 102/2008, de 28 de julio, FJ 3), que despierta una “desconfianza intrínseca” (STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 5), por lo que hemos venido disponiendo una serie de cautelas, como ya hemos dicho, para que esta declaración alcance virtualidad probatoria, en concreto “un plus probatorio consistente en la necesidad de una corroboración mínima de la misma” (STC 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3). De esta forma, la problemática de este tipo de declaraciones ha sido abordada por este Tribunal Constitucional desde el trascendental aspecto de su credibilidad y eficacia probatoria como prueba de cargo para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia, cuidando de garantizar los derechos del acusado que podría ser condenado en base al contenido de las mismas.*

*Desde esta perspectiva, la cuestión nuclear que ha de resolverse, conforme con los valores y principios constitucionales a cuya preservación se dirige la anterior doctrina, no es tanto si la persona citada a declarar por el Tribunal ha sido o no parte en la causa que entonces se enjuicia, sino si ésta fue o no partícipe en los hechos, pues es evidente que la coparticipación en el delito (por los sentimientos e intereses que pueden haber surgido desde su comisión) es un dato relevante a tener en cuenta para ponderar la credibilidad de su testimonio. En consecuencia, aun cuando una mera concepción formal de la condición de coimputado conllevaría que la exigencia de la mínima corroboración de su declaración sólo fuese aplicable a quien fuese juzgado simultáneamente en el mismo proceso, esto es, a quien tiene la condición formal de coacusado, hemos de extender esta garantía de la mínima corroboración de la declaración inculpativa también a los supuestos en los que tal declaración se presta por quien fue acusado de los mismos hechos en un proceso distinto y que, por esta razón, comparece como testigo en un proceso posterior en el que se juzga a otra persona por su participación en la totalidad o parte de estos hechos, como ocurre en el caso sometido a nuestra consideración”.*

Y por cerrar el elenco de referencias jurisprudenciales hay que mencionar la STC 126/2011, de 18 de julio (que no 129/2011 como seguramente por un disculpable lapsus es citada en algún pasaje del bien argumentado recurso).

Los diversos elementos corroboradores que se esfuerza la sentencia de instancia en señalar en la motivación fáctica (fundamento de derecho tercero a sexto, singularmente éste) y que llega a enumerar hasta hacer un total de ocho no serían tales según la argumentación que desarrolla el recurrente. Unos se limitarían a avalar la credibilidad intrínseca de la declaración de Óscar y en todo caso su regularidad pero no reforzarían la convicción de que el recurrente participó en los hechos (testifical de los agentes que tomaron esa declaración; incautación de efectos del comando; anotaciones en la agenda que estaba en poder de Francisco Javier, declaraciones de Xavier y de quienes desactivaron el explosivo). Otra sería equívoca y no concluyente (alusión al comando "Bulueta" en la "cantada" del recurrente). Por fin, la valoración del testimonio de Óscar en la anterior sentencia condenatoria -y en esto hay que dar la razón al recurrente de manera plena- no es un elemento corroborador distinto de las mismas declaraciones y diferenciable de ellas. La valoración en otra sentencia de esa confesión ni duplica su valor probatorio ni le añade nada externo. Como todas las pruebas personales su valoración probatoria es divisible. Se le puede conferir credibilidad a algunos puntos y no en otros. Por tanto es admisible como explica el recurrente esgrimiendo alguna resolución de esta Sala que la declaración que se considera creíble y por tanto suficiente para enervar la presunción de inocencia de quien la hace no lo sea al proyectarla sobre el coimputado.

Es verdad que un buen número de esos señalados como "elementos corroboradores" no apuntan directamente a la participación del recurrente. Por tanto no son "corroboradores" en el sentido exigido por la jurisprudencia, se limitan a robustecer la credibilidad de las iniciales manifestaciones de Óscar. De ellos se puede deducir con lógica que esas declaraciones de Óscar se ajustaban a la realidad y que puede desecharse cualquier hipótesis imaginable que pretenda explicar por qué ante un Juez, Óscar relató esos hechos. Pero lo que exige la jurisprudencia para construir sobre el testimonio impropio de un co-imputado una sentencia condenatoria es algo más que ese refuerzo interno o intrínseco de la credibilidad de su declaración. Se precisa algún dato ajeno a la misma declaración que se refiera precisamente a la culpabilidad del co-imputado y no a otros extremos de su declaración.

Siendo ello cierto hay que puntualizar varias cuestiones que conducen a la desestimación del motivo:

a) Los datos que refuerzan la verosimilitud de la atribución de responsabilidad realizada por el co-imputado no son neutros o ajenos a la valoración probatoria global. Cuando se acumulan razones para estimar creíbles y ajustadas a la realidad esas imputaciones, persistiendo la exigencia de un elemento corroborador externo, podrá atemperarse o modularse su capacidad convictiva aislada. El elemento corroborador no es una prueba autónoma o autosuficiente. Eso es evidente y pertenece a su propia esencia. Si fuese de otra forma, sobraría la declaración del coimputado que sería prescindible. Es un elemento externo complementario de la declaración del coimputado que se erige en garantía imprescindible para conjurar el riesgo para la presunción de inocencia que supone una condena basada exclusivamente en una prueba sospechosa

como son las declaraciones de quien no está legalmente obligado a decir la verdad. Pero no puede exacerbarse ese valor complementario: si el poder convictivo de la declaración del co-imputado es alto por consideraciones inmanentes a su propia declaración (v.gr. no se detecta ninguna explicación verosímil que justifique una imputación falsa de otra persona, existen otros coimputados que emiten declaraciones coincidentes) el elemento corroborador puede venir constituido por un dato con menos fuerza autónoma convictiva. En este punto extenso el razonamiento que hace la Sala de instancia para descartar cualquier motivo de incredibilidad en las declaraciones de Óscar prestadas a presencia judicial ratificando algunas de las afirmaciones hechas en la sede policial, pero no todas puede ser asumido íntegramente.

b) Esa declaración a presencia judicial no limitándose a una genérica ratificación aporta detalles y coincidencias luego comprobadas por datos objetivos y objetivables que refuerzan su credibilidad intrínseca. En lo que respecta a la imputación de este recurrente existe un reconocimiento fotográfico, la explicación de que fue quien le captó personalmente, la firma realizada en la fotografía y reconocida también en el acto del juicio oral, y la vacilante y poco convincente retractación en el acto del juicio oral que la Sala también analiza. Puede asumirse aquí todo ese extenso razonamiento. La riqueza narrativa de la declaración refuerza su poder de convicción que la Sala expresa.

c) La Audiencia ha descartado de forma concluyente que existiesen presiones o malos tratos que pudiesen explicar esa imputación, reiterada a presencia judicial. En la misma declaración judicial se alegan esos supuestos malos tratos, lo que robustece la credibilidad de lo refrendado a presencia del Instructor.

d) Todo lo anterior serían elementos intrínsecos, que por más que tengan un robusto poder convictivo no bastarían para satisfacer las exigencias constitucionales para sustentar una condena en una declaración de co-imputado. Pero a ellas se une un elemento corroborador explícito. No sería suficiente constatar la acreditada pertenencia a la banda terrorista ETA de este recurrente, que no se basa exclusivamente en las declaraciones del coacusado, pues no sería expresiva de la participación concreta en los hechos objeto de condena es un dato que no puede sin más obviarse. Refuerza externamente la imputación. Pero junto a eso la relación del recurrente con el comando Bulueta, el que desarrolló esta acción, que la Audiencia deduce de la referencia al mismo en la "cantada" juega ese papel de elemento corroborador periférico externo que legitima la condena. Obviamente por sí solo ese dato es como señala el recurrente equívoco. Pero es suficiente para servir de mínimo complemento necesario para que la convincente y detallada imputación realizada por Óscar a presencia judicial, inexplicable si no es por su veracidad, se convierta en base suficiente para la condena dictada por la Audiencia que no ha dudado de la certeza de esa imputación. Es verdad que ese dato permite otras lecturas como sugiere el recurrente. Pero no olvidemos que se usa no como dato decisivo sino como indicio corroborador. En el contexto descrito la referencia a Bulueta apuntala la declaración del coimputado convirtiéndose en un elemento periférico de gran carga simbólica.

El motivo no es estimable.

SEXTO.- Los motivos segundo, tercero y cuarto de este recurrente son sustancialmente coincidentes con los que bajo idénticos ordinales ha articulado el anterior. Están ya contestados y en consecuencia han de correr igual suerte: su desestimación.

No obstante para dar respuesta íntegra a la argumentación se hace necesario añadir alguna puntualización menor en cuanto a ciertos particulares que introducen algún elemento diferencial.

En lo que respecta al derecho a ser informado de la acusación este recurrente, además de las disimilitudes con el relato de hechos de la acusación que ya han sido mencionadas, añade que en la anterior sentencia se decía que era Óscar quien conducía el coche, lo que sería contradictorio con la sentencia ahora analizada que asigna esa tarea a Ángel. La observación es falaz: la sentencia anterior hacía un relato en el que se utilizaba el plural para los verbos, seguramente para evitar mencionar a las personas que no eran objeto de enjuiciamiento entonces por estar en rebeldía. No se hacía ese reparto de tareas sino que se asignaba a todos los partícipes, genéricamente, y a Óscar, de manera específica, cada una de las acciones: *“...efectivamente, sobre las 20.30 horas, del día 22 de enero de 2001, Óscar, al ir a estacionar (hay que apostillar aquí: no él en persona necesariamente, sino los intervinientes en conjunto: estamos ante un infinitivo), en el lugar previamente elegido el “coche-bomba, anteriormente descrito, enfrente de la compañía de seguros “seguros Bilbao” con el propósito de realizar el máximo daño posible no pudieron conseguir (el verbo está en plural: alude a varios y demuestra que gramaticalmente también las acción de ir a estacionar se atribuye a varios) su propósito al estar ya ocupado dicho estacionamiento, por lo que avisaron a la policía municipal para desactivar el coche bomba que había sido situado frente a un bloque de viviendas”*.

No en ese punto armonía entre ambas resoluciones, amén de que para testar la salvaguarda del derecho a ser informado de la acusación hay que comparar no sentencias, sino el relato de la acusación con la sentencia. La divergencia en los hechos probados de dos sentencias penales podría tener algún efecto por la vía del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero en todo caso conviene precisar que no existe una prejudicialidad penal en el proceso penal y que no es tal la contradicción a que alude el recurrente.

SÉPTIMO.- Desestimándose todos los recursos interpuestos procede condenar a los recurrentes al pago de las respectivas costas (art. 901 LECrim).

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Ángel, contra Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que condenó a Francisco Javier, Ángel y Xavier como autores criminalmente responsables de un delito de conspiración de asesinato terrorista y otro

de estragos terroristas y les absolvió del delito de pertenencia a organización terrorista, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Xavier, contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Joaquín Giménez García.- José Manuel Maza Martín.- Francisco Monterde Ferrer.- Antonio del Moral García.

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