

AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL

SECCIÓN SEGUNDA

ROLLO DE SALA 30/03

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 2 SUMARIO 12/03

SENTENCIA nº 39/2005

ILMOS. SRES

PRESIDENTE

DON FERNANDO GARCÍA NICOLÁS

MAGISTRADOS

DON JORGE CAMPOS MARTÍNEZ

DON RICARDO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (ponente)

En Madrid, a 30 de noviembre de dos mil cinco.

Visto en juicio oral y publico, ante la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la causa de referencia, procedente del Juzgado Central de Instrucción número 2, por los tramites de Procedimiento Ordinario, con el número

12/03, ROLLO DE SALA 30/03, seguido por dos delitos de ASESINATO TERRORISTA EN GRADO DE TENTATIVA y delito de ESTRAGOS TERRORISTAS, en la que han sido partes como acusador público el Ministerio Fiscal, representado por D. Juan del Moral de la Rosa.

Ha sido Ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Don RICARDO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ.

Y como acusados:

Oscar, con DNI NUM000, nacido el 19 de mayo de 1.977, hijo de José Ángel y de María del Pilar, con DNI NUM000, defendido por el Letrado Don Alfonso Zenón Castro y representado por el Procurador Sr. Cuevas Rivas, encontrándose en libertad por la presente causa y, por auto de 18 de noviembre de 2.003, declarado insolvente.

Humberto, con DNI NUM001, nacido en Bilbao el 6 de abril de 1.979, hijo de Javier y María del Pilar, defendido por la Letrada Doña Arantza Zulueta Amutxastegui y representado por el Procurador Sr. Cuevas Rivas, encontrándose en libertad por la presente causa y, por auto de 23 de octubre de 2.003, declarado insolvente.

Miguel, con DNI NUM002, nacido en Baracaldo el 9 de noviembre de 1.978, hijo de José Antonio y María, defendido por el Letrado D. Alfonso Zenón Castro y representado por el Procurador Sr. Cuevas Rivas, encontrándose preso por esta causa desde el día 26 de marzo de 2.003 y, por auto de 23 de octubre de 2.003, declarado insolvente.

Jose Carlos, con DNI NUM003, nacido en Baracaldo el 4 de septiembre de 1.979, hijo de José Cruz y María Jesús, defendido por el Letrado D. Alfonso Zenón Castro y representado por el Procurador Sr. Cuevas Rivas, encontrándose preso por esta causa desde el día 26 de noviembre de 2.002 y, por auto de 23 de octubre de 2.003, declarado insolvente.

Luis Pablo, con DNI NUM004, nacido en Bilbao el 4 de agosto de 1.977, hijo de Sebastián Juan y Alicia, defendido por la Letrada Doña Arantza Zulueta Amutxastegui y representado por el Procurador Sr. Cuevas Rivas, encontrándose en prisión por esta causa desde el 26 de marzo de 2.003 y, por auto de 23 de octubre de 2.003, declarado insolvente.

Juan Alberto, con DNI NUM005, nacido en Barakaldo el 15 de agosto de 1.974, hijo de Eduardo y María Isabel, defendido por el Letrado D. Kepa Manzidor Txirapozu y representado por el Procurador Sr. Cuevas Rivas, encontrándose preso por esta causa desde el día 12 de octubre de 2.002 y, por auto de 31 de octubre de 2.003, declarado insolvente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de agosto de 2.001 el Juzgado Central de Instrucción nº 3 incoó diligencias previas, con el número 312/2001 por los hechos acaecidos en la madrugada del día 5 de agosto de 2.001 en Portugalete. Con fecha 19 de agosto de 2.003 se transformó en procedimiento ordinario, incoado con el número 12/2003.

SEGUNDO.- Con fecha 29 de septiembre de 2.003 se dictó auto de procesamiento contra los ahora acusados y Gustavo, en situación de rebeldía. Dictada resolución de conclusión de sumario pasaron las actuaciones y correspondientes piezas -de situación personal y responsabilidad civil- a esta Sección Segunda.

TERCERO.- Con fecha 5 de septiembre de 2.003 se inició, por providencia, el trámite en esta Sección con instrucción de la acusación pública y de las defensas.

CUARTO- Con fecha 27 de mayo de 2005 el Ministerio Fiscal solicitó la apertura de juicio oral y, en su escrito de conclusiones definitivas, de fecha 19 de octubre de 2005, calificó los hechos como constitutivos de:

1. Dos delitos de terrorismo (asesinato terrorista en grado de tentativa) del art. 577 en relación con los arts. 139.1º y 579, todos del Código Penal.

2. Un delito de terrorismo del art. 577 en relación con los arts. 346 y 579, también del Código Penal.

Y solicito para los acusados, en su escrito de conclusiones definitivas, las siguientes penas:

Por cada delito de terrorismo del apartado a), la pena de DIECIOCHO AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta por el tiempo de veinte años.

Por el delito del apartado b), las penas de DIECISIETE AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta por el tiempo de diecinueve años.

Cada acusado responderá de una octava parte de las costas.

Igualmente, los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a:

Ismael, en la cantidad de 60 € por cada uno de los días en que estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales (496 días) y 30.000 € en concepto de secuelas.

Luis Antonio, en la cantidad de 60 € por cada uno de los días en que estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales (584 días) y 60.000 € en concepto de secuelas.

Al representante legal de la entidad Uribe en la cantidad de 632,50 € por los desperfectos causados en el vehículo BI-9423-CH.

Al representante legal de la Policía Autónoma Vasca en la cantidad de 4.591,71 €.

Al funcionario de la PAV con número de identificación NUM006, en la cantidad de 182,46 € Y

Al representante legal de la entidad BBK en la cantidad que resulte acreditada en ejecución de sentencia por los desperfectos ocasionados en la Sucursal nº 5 de Portugalete.

En todos los casos descritos les será de aplicación lo dispuesto en el art. 576 LEC sobre intereses.

Las defensas en su escrito de conclusiones solicitaron la libre absolución de los acusados con todos los pronunciamientos favorables.

QUINTO.- Después de una serie de incidencias procesales, que constan en los correspondientes Rollos de Sala, con fecha 16 al 20 de octubre se celebró la vista oral, con la práctica de las correspondientes pruebas de confesión, testifical, pericial y documental, tanto de la acusación como de la defensa, en los términos prevenidos en la ley procesal penal y en los términos que se recogen en la oportuna acta levantada por el Sr. Secretario Judicial. Practicadas las pruebas, las partes elevaron sus conclusiones a definitivas, quedando los autos para dictar sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La llamada lucha callejera o kale borroka -cuyos fines y objetivos son plenamente coincidentes con los de la banda terrorista ETA- pretende complementar la actividad de esta organización criminal y, siguiendo sus postulados, intentan con sus

acciones (constantes actos de violencia contra objetivos previamente determinados, como son los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, representantes políticos de partidos de ámbito nacional -Partido Popular y Partido Socialista Obrero Español-, entidades financieras, empresas de origen y capital francés, etc.) amedrentar al conjunto de la sociedad vasca y alterar la paz pública del país vasco para, como fin último, conseguir la separación por la fuerza de las Comunidades Autónomas del País Vasco y Foral de Navarra del resto de España.

SEGUNDO.- Para cumplir aquellos fines, en la madrugada del día 5 de agosto de 2.001, un grupo de individuos compuesto, entre otros muchos, por Jose Carlos, Miguel, Luis Pablo, Oscar y Juan Alberto, sin antecedentes penales, siguiendo un plan perfectamente preestablecido, inutilizado previamente el alumbrado público, lanzaron artificios incendiarios (« cócteles molotov») contra la Sucursal nº 5 de Portugalete de la entidad BBK al objeto de que acudieran funcionarios de la Policía Autónoma Vasca.

Al acudir al lugar de los hechos la Ertzantza, en el vehículo camuflado matrícula FE-...-FB y ocupado por dos ertzainas (concretamente por Ismael y Luis Antonio), fueron reconocidos por aquéllos a la altura de la c/ General Castaños nº 1 de la citada localidad de Portugalete, los cuales rodearon el vehículo policial por todas partes, interceptando un vehículo para impedir que aquel vehículo policial retrocediese y abandonase el lugar, lanzando contra el mismo numerosos objetos contundentes, tales como piedras y material de tornillería, consiguiendo romper sus cristales y, a continuación, lanzaron dentro del vehículo un número no determinado -pero sí elevado- de los denominados cócteles molotov, conteniendo en su interior tanto elementos incendiarios como ácidos, lo que produjo el incendio del vehículo y graves quemaduras a los agentes referidos, los cuales, sorprendidos y sin capacidad alguna de defensa, tuvieron serias dificultades para abandonar el vehículo, consiguiéndolo sólo por la ayuda de otros compañeros que acudieron al lugar de los hechos, los cuales, a su vez y para repeler el ataque, tuvieron que hacer uso de sus armas reglamentarias con tiros al aire.

Durante todos el tiempo que duro la acción, los acusados junto con otras personas no identificadas, no dejaron de lanzar aquellos artefactos referidos de forma continua e incesante, alcanzando no sólo a la sucursal bancaria citada y al vehículo policial, sino también a otros vehículos estacionados en la zona, (vehículos con matrículas GO-....-[G] propiedad de Carlos José, MO-....-MT, propiedad de Laura, JA-....-OJ, propiedad de Juan Enrique, y BI-9423- CH, propiedad de la empresa Recreativos Uribe) creando un verdadero peligro para los diversos agentes de la Ertzantza que acudieron al lugar de los hechos y ciudadanos que circulaban por la zona, los cuales tuvieron que protegerse para no resultar alcanzados y lesionados.

TERCERO.- Como consecuencia de la acción descrita, se ocasionaron las siguientes lesiones y daños:

A los funcionarios policiales ocupantes del vehículo matrícula FE-....-FB las siguientes lesiones:

A Ismael lesiones consistentes en quemaduras en un 10 % de la superficie corporal de 1ª, 2ª y 3ª grado, afectando a la cara, espalda y brazo izquierdo, las cuales precisaron tratamiento médico-quirúrgico y hospitalario continuado durante dieciséis días y le impidieron realizar sus ocupaciones habituales durante cuatrocientos noventa y seis días, restándole como secuelas cicatriz hipertrófica en dorso de la la mano izquierda y dedos, cicatrices en número de dos hipertróficas en zona lateral del tercio distal del brazo izquierdo, cicatriz hipertrófica en región escapular izquierda y cicatrices hipocrómicas en espalda; por último, limitación en la muñeca del 10 %.

A Luis Antonio, lesiones consistentes en quemaduras de 2º y 3º grado en un 30 % de la superficie de su cuerpo, afectando a cara, cuello, ambas manos, antebrazos, brazos y espalda, las cuales precisaron tratamiento médico-quirúrgico y hospitalario continuado durante cuarenta y dos días, impidiéndole realizar sus ocupaciones habituales durante quinientos ochenta y cuatro días y quedándole como secuelas:

1. anquilosis en segundo dedo mano derecha,

2. anquilosis en quinto dedo mano izquierda,

3. cicatrices en el 30 % de la superficie corporal, inestéticas, afectando a la cara y manos, principalmente, y

4. síndrome de estrés postraumático.

Asimismo, se causaron daños y desperfectos a los siguientes bienes, según tasación que consta en autos:

Vehículo matrícula GO-....-[G] propiedad de Carlos José, el cual se encontraba en el lugar descrito, debidamente estacionado, siendo valorados en 539,14 €, habiendo renunciado su propietario a cuantas acciones e indemnización pudiera corresponderle.

Vehículo matrícula MO-....-MT, propiedad de Laura, la cual renunció a las indemnizaciones y acciones que pudieran corresponderle, daños tasados en 1.343,42 €

Vehículo matrícula JA-....-OJ, propiedad de Juan Enrique, que también renunció a cuantas acciones e indemnización pudiera corresponderle, si bien los daños fueron tasados en 752,79 €

Vehículo matrícula BI-9423-CH, propiedad de la empresa Recreativos Uribe, representada por Baudilio Lavin, daños tasados en 632,50 €

Vehículo matrícula FE-....-FB, ocupado por los dos funcionarios policiales anteriormente reseñados y que resultaron con lesiones, siendo propiedad del Gobierno Vasco y que fueron tasados en 4.579,71 €

Ropas del funcionario nº NUM006, valoradas pericialmente en 182,46 €

Sucursal nº 5 de Portugalete de la entidad bancaria BBK, sita en la Plaza del Cristo nº 4 de la citada localidad, los cuales no han sido tasados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestiones previas

Por la defensa de los acusados Miguel y Jose Carlos se alegó, en su informe final, dos cuestiones fundamentales:

La primera, protesta por la adopción de medidas de protección a los testigos funcionarios policiales y particulares que, en calidad de testigos, depusieron en el acto del plenario, produciéndole indefensión

La segunda, la inexistencia de prueba de cargo suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia de sus dos defendidos por cuanto -a su entender- la prueba de ADN obtenida:

No respeta los derechos fundamentales (en concreto: el derecho a la intimidad -art. 18.1 CE-; el derecho a la autodeterminación informática -art. 18.4 CE- y el derecho a la defensa). Y

Se obtuvo la toma de muestras sin respeto a las garantías constitucionales.

Por la defensa del acusado Juan Alberto, además de adherirse a lo expuesto por la anterior defensa, se invocó:

En cuanto al ADN, la inexistencia de cadena de custodia en la remisión de los vestigios biológicos al Laboratorio que efectuó el análisis, entendiéndose, en síntesis, que no existe prueba indubitada para identificar a una persona,

El no respeto de las garantías constitucionales en sus declaraciones policiales. Y, por último,

Respecto al delito de estragos, la concreción de hechos y no concurrencia de los elementos de tal figura delictiva.

Por último, la defensa de Luis Pablo, Humberto y Oscar, además de adherirse a lo expuesto por los anteriores letrados, aludió, en síntesis, a la inexistencia de prueba de cargo y a que los hechos no encajan dentro de los tipos delictivos invocados por el Ministerio público (estragos y asesinatos), quejándose de su falta de rigor y criticándose la ligereza con que el Ministerio Fiscal desacreditó a todos los testigos de las defensas por su ideología.

Varias, pues, son las cuestiones previas a resolver. Veamos.

Protección otorgada a los testigos (policiales y particulares) y peritos en el acto del juicio.

No es cierto que la adopción de medidas de protección respecto de los mismos - particulares y policías- se acordase ex novo en el acto de la vista, por cuanto ya desde la fase de investigación policial se les asignó, como medida preventiva, un número de identificación, que se ha mantenido durante toda la instrucción y en el acto de la vista. Y así ha sido reconocido, tácitamente, por la propia defensa, al reconocer que la motivación de la resolución acordando tal medida es "estereotipada". Si existe resolución acordando la medida no puede decirse que no existe; y respecto a la fundamentación, la misma existe; cosa distinta es que no le guste o le parezca insuficiente al letrado defensor. Y desde luego no es causa alguna de indefensión al no considerarse, al contrario de lo alegado, viciada de nulidad la declaración de tales

testigos en las condiciones expuestas. En todo caso, está claro que si al acto del plenario acuden, en calidad de testigos, particulares que expresan miedo a ser reconocidos, y funcionarios policiales, que desempeñan funciones en el ámbito de la información de grupos y/o actividades terroristas y/o de kale borroka, cuyo reconocimiento supondría, además de frustrar una/s posible/s investigación/es policial/es en curso, un peligro para su vida, la protección debe ser concedida. A mayor abundamiento la protección -dándoles un número supuesto- viene ya establecida desde la investigación en sede policial, sin que conste protesta alguna de las defensas.

Igualmente, cabe precisar que la medida de protección de los citados -peritos y testigos- no fue total, sino solamente respecto del público asistente al plenario y no del Tribunal, acusados y sus defensas.

En cuanto a la alegación de que alguno de los comparecientes lo hacían "disfrazados" (con barbas y bigotes postizos, gafas, pelucas, etc.) lo cierto es que tales circunstancias no le constan a este Tribunal y, en todo caso, la verdadera identidad de los comparecientes al plenario fue constatada por la Sra. Secretaria Judicial, destinataria de la fe pública judicial.

Cabe precisar, por último, que la medida ya fue solicitada por el Ministerio público en su escrito de calificación provisional y acordada por la Sala, sin que ninguna de las defensas solicitase en su escrito de calificación provisional el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos (art. 4.3 LO 19/1994, de 23 de diciembre). No cabe, pues, alegar por alguna de las defensas, en el acto del juicio, ex novo y de forma sorpresiva, indefensión por carecer de tal información, cuando lo debió solicitar en su momento, faltándose así a los principios de buena fe y lealtad procesal. En todo caso, la medida acordada estuvo suficientemente motivada en el acto de la vista en los términos recogidos en el acta del juicio y respecto de cada uno de los testigos que depusieron en tal condición. Por último, no se entiende que indefensión se podría causar a la defensa la publicidad restringida en la declaración de tales testigos -particulares y funcionarios policiales-, siendo necesaria, como es bien conocido por la

defensa, para que tal alegación prospere, no la simple invocación de indefensión, de vulneración de tal derecho fundamental, sino que la misma sea material y efectiva.

En definitiva, respetados los derechos procesales de los acusados que emanan del art. 24 CE y del art. 6.3 a) Convenio de Roma 4 Nov. 1950 (protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales) --art. 2 LO 19/1994 de 23 Dic. (protección a testigos y peritos en causas criminales) -- mediante la comparecencia de tales testigos protegidos en el juicio y su sometimiento al interrogatorio contradictorio, las reglas de la valoración jurisdiccional de la prueba testifical son las comunes, por lo que si se admite como regla general la posibilidad de apreciar de forma contrastada las declaraciones sumariales y las del juicio oral cuando se producen contradicciones, este criterio también es aplicable a los supuestos de testigos protegidos. En tal sentido, vid. TS2ª SS 16 Mar. 1998, 3 Mar. 1999 y 26 Abr 2002.

En conclusión, la ocultación de los testigos tras un biombo, como sucedió en el caso para evitar su reconocimiento por el público asistente al plenario -y no, se reitera, de los acusados, de las partes (acusación y defensa) y del propio Tribunal-, es una limitación del principio de publicidad, decidida en aplicación de la L. O. 19/1994, de 23 Dic., sobre protección de testigos y, por tanto, con suficiente apoyo legal. Y no hay constancia de qué clase de perjuicio pudo deparar al derecho de defensa de los acusados. Las alegaciones deben, pues, ser desestimadas.

II. Derecho a la presunción de inocencia no desvirtuado por la prueba de ADN, al haberse obtenido sin las debidas garantías y con violación de derechos fundamentales.

La invocación al derecho constitucional de la presunción de inocencia tan sólo comporta la obligación del órgano jurisdiccional de comprobar la existencia de prueba de cargo suficiente, obtenida con corrección y sin violentar derechos fundamentales, practicada en el acto del juicio oral con las adecuadas condiciones de publicidad, inmediación y contradicción, prueba que puede tener carácter directo o indiciario, limitándose en este caso la verificación a los hechos base en que la inferencia se

funda y a la corrección lógica del proceso deductivo (vid., por todas, TS2ª SS 18 Oct. 1994, 3 Feb. Y 18 Oct. 1995, 19 Ene. y 13 Jul. 1996 y 25 Ene. 2.001). Y este derecho se vulnera- como es sobradamente conocido- cuando se condena a alguna persona sin pruebas o valiéndose de pruebas obtenidas ilegalmente. Por lo demás, el principio de presunción de inocencia implica las siguientes consecuencias:

a) que inicialmente debe presumirse la inocencia de toda persona acusada, en tanto tal presunción-de naturaleza iuris tantum-no haya sido desvirtuada;

b) que, en principio, únicamente pueden servir para desvirtuar dicha presunción las pruebas practicadas en el juicio oral, con las debidas garantías legales y constitucionales, bajo los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción--art. 120.1 y 2 CE--;

c) que corresponde a las partes acusadoras la carga de la prueba--el acusado no tiene que probar su inocencia--;

d) que la valoración de las pruebas es competencia propia y exclusiva del órgano jurisdiccional, y

e) que el juzgador deberá motivar suficientemente la sentencia--art. 120.3 CE--.

La alegación de tal derecho en el plenario tan sólo comporta, pues, la obligación del órgano jurisdiccional de comprobar la existencia de prueba de cargo suficiente, obtenida con corrección y sin violentar derechos fundamentales, practicada en el acto del juicio oral con las adecuadas condiciones de publicidad, inmediación y contradicción, prueba que puede tener carácter directo o indiciario, limitándose en este caso la verificación a los hechos base en que la inferencia se funda y a la corrección lógica del proceso deductivo (vid., por todas, TS2ª SS 18 Oct. 1994, 3 Feb. y 18 Oct. 1995, 19 Ene., 13 Jul. 1996 y 25 Ene. 2.001).

En suma el derecho a la presunción de inocencia se asienta sobre dos pilares fundamentales:

de un lado, el principio de libre valoración de la prueba que corresponde al órgano judicial en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que tiene atribuida con carácter exclusivo en el art. 117.3 CE y, de otro lado,

la necesidad de que la sentencia condenatoria tenga su fundamento fáctico en auténticos actos de prueba, consecuentes a una actividad probatoria suficiente y de acuerdo con la ley que desvirtúe esa presunción en relación a la existencia del hecho punible y a la participación en él del acusado.

Para concluir, como ha expuesto reiteradamente la jurisprudencia (vid., por todas, TS2ª SS 2085/2001, de 30 Oct. y 17 de Enero de 2003) para que pueda enervarse el principio constitucional de presunción de inocencia es preciso que se despliegue, a cargo de la acusación, una actividad probatoria ante el tribunal sentenciador (que la TC S 31/1981, de 28 Jul., expresó como de "mínima actividad probatoria», y después como "suficiente»), en condiciones de regularidad procesal y constitucional, de signo incriminatorio de donde pueda deducirse la culpabilidad del acusado, arrastrando el convencimiento del juzgador, plasmado todo ello mediante un razonamiento exteriorizado, legal, lógico y coherente, único control posible en sede casacional, ya que la valoración probatoria es consustancial con la inmediación, al quedar integrada por elementos tan subjetivos como los de credibilidad y convencimiento (art. 741 L.E.Crim.).

La valoración probatoria no está exenta, pues, de apreciaciones subjetivas, pero lo importante es que la historicación de esos hechos tenga un adecuado ensamblaje lógico-racional, extraído de elementos probatorios cuyo resultado sea expuesto en forma de discurso intelectual racional, teniendo la seguridad de que la valoración judicial de la prueba es entendida y compartida fundamentalmente por la conciencia de la comunidad social a la que pertenece, que va de la mano de la ciencia, la experiencia y la razón, dejando atrás la arbitrariedad, la suposición y la conjetura. Y la prueba de

cargo será aquella que conduce razonablemente a dar por ciertos unos hechos que incriminan al acusado, abarcando tanto la existencia misma del ilícito penal, como la culpabilidad de aquél, en el sentido de participación en el hecho criminal, y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal.

Y es que, en el caso, y respecto a los acusados Miguel, Jose Carlos, Luis Pablo, Juan Alberto -como luego se examinará respecto de cada uno de ellos- sí ha existido prueba de cargo, prueba directa, cual es la prueba de ADN a la que deberá añadirse - en los términos que infra será analizada- sus propias declaraciones, las declaraciones de los testigos, las periciales practicadas y las distintas inspecciones oculares realizadas. Tal acerbo probatorio es de tal entidad que se considera suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia de tales acusados, como también - entiende el Tribunal- existe prueba incriminatoria suficiente respecto del acusado Oscar en los términos que serán examinados. Por el contrario, no considera el Tribunal la existencia de suficiente prueba de carácter incriminatorio respecto de Gustavo para destruir su derecho básico a la presunción de inocencia.

Respecto a la recogida de muestras con -presuntos- restos biológicos para la obtención de ADN, debemos distinguir dos momentos:

1. El primero, la recogida de muestras ("evidencias", según el atestado policial) en el lugar de los hechos. Y

2. El segundo, en un momento muy posterior al anterior, cual es la recogida de tales "evidencias" al estar detenidos los acusados por otros hechos (tales son los casos de Miguel, Jose Carlos, Juan Alberto y Oscar) o seguimientos realizados por agentes policiales para la obtención de tal muestra (tal es el caso de Luis Pablo).

1. Así, y por lo que respecta al primero de los momentos citados, entienden las defensas que la recogida de muestras en el lugar de los hechos -Portugalete- debería haberse acordado por la Autoridad judicial competente. Tal alegación no puede prosperar por cuanto debe recordarse que la Policía judicial -en el caso, la Ertzaintza-,

a tenor de los arts. 282 LECr, 11 LOFCSE, 443 y ss LOPJ y 1 y 28 RD 769/1.987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, está facultada por sí y ante sí a efectuar las diligencias necesarias para recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito (vid., por todas, TC S 303/1993 y TS2ª SS 112 y 996/2000, de 26 ene. y 30 may., respectivamente, y 30 jun. 2005). En el caso, fue correcta la actuación de los agentes policiales de recoger los presuntos vestigios de la comisión de los hechos delictivos, sin actuar bajo la dirección del Juez, al tratarse de una diligencia de investigación, existiendo verdadero peligro de su desaparición, dándosele cuenta -eso sí- posteriormente -en los términos que examinaremos- cuando se tuvo la evidencia de haberse encontrado restos biológicos en las muestras referenciadas. Supone el rechazo de tal denuncia la no prosperabilidad de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva invocada por falta de control judicial en el momento de la aprehensión de las muestras en el lugar de los hechos.

Y, tal actuación policial también es válida con posterioridad a la reforma del art. 326 de la LECr operada por la LO 15/2003. Así, tras la mentada reforma, dispone el párrafo tercero del citado precepto: "Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282". Como se observa, tampoco impide -en los términos ya examinados en el apartado II.1- la actuación, de motu proprio, de los funcionarios policiales.

A lo anterior debe añadirse -al contrario de lo alegado por las defensas- que las muestras biológicas así recogidas y procedentes de mangas, capuchas y otros elementos utilizados los agresores para -cobardemente- ocultar su rostro y evitar así ser reconocidos -sea por la Ertzaintza, sea por particulares- son muestras dubitadas (esto es, no se sabía a quien pertenecían) y no indubitadas (identificados perfectamente sus propietarios) como alegan. Dato importante como se examinará a continuación.

Por lo demás y a mayor abundamiento, no se ha discutido en el plenario la existencia de las prendas encontradas en el lugar de los hechos y, fundamentalmente, las huellas genéticas que se observan en tales prendas (camisetas, jerseys, etc.) utilizadas a modo de pasamontañas para, se reitera, de forma cobarde tapar el rostro de los asaltantes mientras ejecutaban los hechos que son objeto de enjuiciamiento en el actual procedimiento.

2. El segundo acto de recogida de muestras (las llamadas "evidencias") se dilata a un momento muy posterior. En tal supuesto, se invocó por la defensa de los acusados Miguel y Jose Carlos -alegación a la que se adhirieron las otras dos defensas- la vulneración del derecho de defensa, en su vertiente de derecho a no declarar, derecho a no confesarse culpable y derecho a no declarar contra si mismo por cuanto los acusados se negaron a la práctica de tal prueba de ADN (Jose Carlos - f. 2.433- se negó a la entrega de muestras de saliva y Miguel -f. 3756 actuaciones- se negó a que "le sea tomada una muestra de ADN").

Tampoco, entiende el Tribunal, puede prosperar tal alegación. Así, para el análisis de la cuestión planteada por las defensas debemos distinguir dos supuestos, según sea necesario o no el empleo de fuerza física o cualquier medio de coacción sobre las personas de aquellos otros en que tal fuerza no es necesaria:

2.1 Sólo en el primer caso, en que para la obtención del ADN es necesaria la fuerza física (extracción de sangre, de un cabello o de un hisopo con restos de saliva, ad exemplum), entiende el Tribunal es necesaria la autorización judicial habilitante, careciendo de validez la obtenida sin su existencia. Así, la sumisión a una prueba que supone una invasión de la integridad corporal del sospechoso, como la que supone la extracción de sangre o de cualquier otro tejido o sustancia corporal para realizar un análisis científico, puede ofrecer colisiones con el respeto a la integridad corporal y con el derecho que tiene todo acusado a no colaborar con las autoridades encargadas de la investigación y de no facilitar pruebas que pudieran incriminarle en los términos invocados por la defensa.

Esta posibilidad ha abierto un debate interesante, desde el punto de vista de la salvaguarda de los derechos de toda persona involucrada en un proceso penal y ha sido resuelto, de forma diferente, por los diversos sistemas procesales de nuestro común acervo jurídico y cultural. En todo caso, cabe precisar que, en el caso, no se ha empleado fuerza alguna en el presente caso para la obtención de muestras de ADN.

Ciertamente, la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones - art. 18.2 y 3 CE)-, mas ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del ius puniendi del Estado (TC 37/1989, FD7.º y 8.º).

Así pues, el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la Ley, lo cual nos remite a la siguiente de las exigencias constitucionales antes indicadas. A tal efecto conviene recordar los requisitos que conforman la doctrina constitucional (vid., por todas, TC SS 29 Nov. 1984, 7/1989, 19 Feb. 1992 y 7/1994 y TS2ª SS 4 feb. 2003 y 19 abr. 2 005) sobre la proporcionalidad, los cuales pueden resumirse en los siguientes:

que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley,

que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y

que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente ilegítimo.

A todos ellos hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante

En definitiva, la prueba del ADN no puede ser admitida como válida cuando la decisión de la intervención corporal sobre el sujeto pasivo, el que la va a sufrir, no preste su consentimiento y no esté amparada por una resolución judicial, debidamente razonada y escrupulosamente proporcional a la naturaleza del delito perseguido y a los medios disponibles para la investigación, conforme a lo anteriormente expuesto.

Actualmente, a partir de la reforma operada en la ley procesal penal por la LO 5/2003, añadiendo un párrafo -el segundo- al art. 363, se ha dado cobertura legal a esta doctrina jurisprudencial al establecerse en tal precepto, in fine, que el Juez de Instrucción, si entiende la concurrencia de circunstancias concretas que lo justifiquen podrá, en resolución motivada acordar la obtención de las muestras biológicas del sospechoso que se consideren indispensables para la determinación de su perfil de ADN.

En todo caso, debe recordarse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S 8 Feb. 1996, Caso Murray) mantiene que, cuando la negativa a someterse a la prueba del ADN, carece de justificación o explicación suficiente, teniendo en cuenta que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir puede ser inculpatorio o totalmente exculpatorio, nada impide valorar racional y lógicamente esta actitud procesal como un elemento que, por sí solo, no tiene virtualidad probatoria, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador.

2.2. En el segundo supuesto, la no necesidad de empleo de fuerza física o coacción para la obtención de ADN -que es el supuesto de autos-, considera el Tribunal que no precisa contar con autorización judicial. Se trata de huellas biológicas obtenidas en las colillas arrojadas al suelo por Jose Carlos, Juan Alberto y Miguel y el

vaso utilizado por Luis Pablo y realizado en fechas muy posteriores a los hechos enjuiciados. Esto es, se trata, en los términos recogidos en la TS2ª S 1.311/05, de 14 oct, del supuesto de toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión -o, en el caso, de abandono- de materia orgánica realizada por el sujeto pasivo objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre su integridad corporal

Al igual que en el supuesto analizado anteriormente -restos biológicos abandonados en el lugar de los hechos en capuchas, jerseys y otros- entendimos que no era necesaria la autorización judicial para la recogida de muestras de ADN, por lo que respecta a la recogida de objetos (colillas) de los citados Jose Carlos, Juan Alberto y Miguel, cuando estaban detenidos y Luis Pablo (vaso) al abandonar un bar donde había ingerido una bebida en aquel vaso, estimamos que tampoco era necesaria tal autorización. Y por las siguientes razones:

1º. No fue necesaria, en modo alguno, la utilización de fuerza, coacción o cualquier otro medio de intervención corporal para la obtención de los objetos que contenían las muestras biológicas. Esto es, los objetos -en concreto las colillas- fueron tirados -abandonados- por sus propietarios, convirtiéndose en res nullius; esto es, carecían de propietario, pudiendo ser cogidas y recogidas por cualquiera (en el caso, por agentes policiales). El vaso utilizado por Luis Pablo quedó en el bar cuando aquél se marchó, siendo recogido por el funcionario policial nº NUM007, previa identificación como tal y a disposición de su propietario, el titular del local. En suma, y como se afirma en la mentada TS2ª S 1.311/05, de 14 oct, "no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva".

2º. Tanto las colillas como el vaso fueron abandonados por sus propietarios o usuario, respectivamente, sin que conste modo alguno de compulsión en las personas de los acusados bien sea para utilizarlos, bien sea para arrojarlos al suelo o, en su caso, abandonarlos. Los restos biológicos procedentes de los acusados fueron

obtenidos de forma totalmente inesperada. Que el resto perteneciese o no al acusado se trata de una cuestión de prueba, distinta a la anterior, que infra se examinará.

3º. Ningún sentido tendría solicitar autorización judicial respecto de algo ya abandonado por su propietario (colillas) o usuario (vaso) por cuanto: ¿qué se iba a autorizar con la recogida de tales objetos?; ¿quién iba a dar fe de que tales objetos pertenecían a quienes los habían abandonado (colillas) o dejado (vaso) por cuanto el Secretario Judicial sólo podría dar fe de que tales objetos estaban en un determinado lugar, no de quien los había abandonado/usado por cuanto él - depositario de la fe pública- no lo vio?.

4º. En todo caso, y en suma, ¿qué Juez iba a autorizar la recogida de tales objetos?, ¿el primero que conocía de las diligencias por los sucesos acaecidos en Portugalete dos años antes, que tenía las diligencias sobreseídas provisionalmente y no se iban a poner los detenidos a su disposición por cuanto hasta la práctica de la prueba de ADN nada les vinculaba con tales hechos?, ¿el Juez a quien se pasó a disposición los detenidos, cuando todavía eran detenidos y no habían pasado a disposición judicial? ¿y con respecto a los que quedaron en libertad sin pasar a disposición judicial, quien iba a autorizar la toma de muestras en los términos analizados (esto es, sin violencia ni coacción alguna)?.

5º. No fueron remitidas al Laboratorio como prueba indubitada (esto es, con identificación de su titular) como así se afirmó en el acto del plenario por los funcionarios policiales comparecientes y por los propios peritos del Laboratorio, llegando éstos a afirmar que en el caso de llegar identificadas se rechazarían por normas de protocolo de actuación del Laboratorio, indicando que sólo contenían una referencia.

6º. No tuvieron tales muestras, en el caso, el carácter de prueba preconstituida, de prueba sumarial anticipada, habiendo comparecido en el plenario tanto los funcionarios policiales que las recogieron como los que realizaron la comparación entre ambas muestras -dubitadas-.

7º. En el caso -y a diferencia del supuesto alegado por la defensa y recogido en la TS2ª S 19 abr 2005- sí se documentó en las actuaciones la recogida de los objetos de los que se obtuvieron las muestras de ADN, no contraviniéndose el art. 292 LECr como en aquel caso. Es cierto que hubo una mala praxis policial, realizada, seguramente, por razones puramente de comodidad y economía de medios, cual es no documentar la recogida de las muestras -colillas y vaso- hasta que se recibieron los análisis del laboratorio dando positivo con las recogidas en el lugar de los hechos objeto de enjuiciamiento, lo que ocurrió varios meses más tarde. Pero tal mala práctica policial no puede llevar aparejada su nulidad, como solicitaron las defensas, máxime, como es del caso, en que comparecieron al acto del plenario los funcionarios policiales que recogieron los objetos (colillas y vaso) y lo documentaron -eso sí, tardíamente-, sometiéndose a los principios constitucionales de publicidad, oralidad, contradicción de las partes, e inmediatez del Tribunal. Se trata, en suma, de una cuestión de credibilidad valorable por el Tribunal pero en modo alguno es -se reitera- causa de nulidad.

8º. Igualmente, debemos recordar que para la toma de huellas de todo detenido, que requiere un acto de compulsión física sobre el individuo y que es una diligencia de tanta o mayor fiabilidad de certeza que la prueba de ADN, no es necesaria la autorización judicial. Y tomadas las huellas se remiten a Policía Científica para que comprueben su base de datos y si el individuo en cuestión ha participado en otros delitos investigados; sólo en el caso de dar positivo con otras huellas tomadas en otros hechos investigados, se pone en conocimiento de la Autoridad judicial a los efectos oportunos, remitiéndole copia de las diligencias policiales -atestados- referidas y Juzgados competentes. Al igual ocurre con los Servicios policiales de Balística, a la que se remiten todas las armas de fuego, balas y casquillos de bala encontrados en el lugar de los hechos para analizar con las existentes en su base de datos y determinar la posible intervención de tal arma en otros hechos delictivos y, dando positivo, participarlo al Juez competente a los efectos oportunos.

9º. Y si bien es cierto que el art. 363 LECr, aún antes de la reforma operada en el mismo por la LO 15/2003, determinaba que los análisis químicos debían ser acordados por los Juzgados y Tribunales "... únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia", no debemos olvidar la fecha de promulgación de la ley -1882- en que -debe resaltarse- había escasez de medios, regulándose en los artículos inmediatamente precedentes (del 356 al 362) la forma de proceder al nombramiento de peritos y la práctica de tales "operaciones de análisis químico" (art. 356) y era absolutamente impensable que funcionarios policiales tuvieran acceso a tales especialistas -"doctores en Medicina, en Farmacia, en Ciencias Físioquímicas o por Ingenieros que se hayan dedicado a la especialidad química", reza el art. 356-. A mayor abundamiento, que los análisis químicos pudiesen ser acordados por la Autoridad judicial en los términos citados no excluye que, también y siempre que no hubiere compulsión sobre las personas conforme a lo expuesto ut supra y antes de la reforma citada de la ley procesal penal, pudiese ser acordada por la fuerza policial actuante.

Tampoco pueden prosperar las alegaciones de las defensas de vulneraciones de los derechos fundamentales a la intimidad, a la autodeterminación informática y a la defensa. Veamos.

Respecto al primero, derecho a la intimidad, es cierto que con un registro de ADN se puede llegar a tener numerosa información genética de un individuo (enfermedades que desarrollará, antecedentes biológicos,..., en suma datos relativos a la salud eminentemente sensibles). Pero no es éste el fin de los registros policiales, sino, como reza el art. 282 LECr -ya desde el Siglo XIX- "la Policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, (...)". Y es que, en el caso, las muestras biológicas se remitieron al Laboratorio correspondiente de la Ertzantza para identificar y a los efectos policiales correspondientes -ya citados- y no otros. Sólo en el caso de que se utilizare para otros fines -lo que deberá ser

acreditado por la parte alegante (lo que no ha acaecido en el presente caso)- podrá estimarse la vulneración del derecho a la intimidad del sujeto del que se han tomado las muestras, no constando en el caso de autos que el almacenamiento incluya datos más allá de los necesarios para las labores de investigación policial. Por lo demás y a mayor abundamiento, en el caso, las muestras enviadas al citado laboratorio eran dubitadas; esto es, no estaba identificado su titular.

Igual suerte de desestimación debe correr la alegación de un pretendido derecho de "autodeterminación informática" (art. 18.4 CE), de protección de datos de carácter personal. La Orden de 2 de septiembre de 2.003 por la que se regulan los ficheros automatizados de datos personales por el Departamento de Interior del Gobierno fue aprobada por la Agencia de Protección de Datos en el año 2.004 -y, por tanto, con posterioridad a los hechos enjuiciados- pero no puede estimarse la consecuencia que se alega de que el tratamiento de datos realizado con anterioridad a tal fecha lo fue sin garantías y que, en consecuencia, se ha vulnerado el derecho a la intimidad de los acusados.

Es cierto que la facilitación de datos de forma voluntaria es un presupuesto imprescindible que forma parte del derecho fundamental a la libertad y se complementa con otras garantías procesales, pero no debemos desconocer que:

1º. La notificación e inscripción de un fichero en la Agencia de Protección de Datos tienen un carácter meramente declarativo, no constitutivo del derecho. Y así se desprende, claramente, de los arts. 26 LOPD, 24 RD 428/1993, de 26 de marzo por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos y 7 del RD 1332/1994, de 20 de junio (de desarrollo de la LO 5/1992, de 29 de octubre, de tratamiento automatizado de datos de carácter personal), disposiciones estas dos últimas que expresamente declaran en vigor la Disposición Transitoria Tercera de la LO 15/1999, de Protección de Datos.

2º. Es cierto que la TC S 292/2000 establece el derecho a la protección de datos de carácter personal como un derecho independiente pero no es menos cierto que el art.

18.4 CE sólo establece un mandato a los poderes públicos en limitación al uso de la informática pero no consagra ningún derecho fundamental. La formulación que realiza el TC en la referida resolución del derecho de protección de datos lo incardina en el art. 10 del Texto constitucional en el acervo del derecho de la personalidad porque su objeto no es sólo la intimidad individual, -que para ello está la protección que el art. 18.1 otorga- sino los datos de carácter personal (FD Sexto, párrafo tercero).

3º. La Ley 13 de diciembre de 1999 de Protección de Datos excluye de su ámbito de aplicación los ficheros y tratamientos establecidos con fines de investigación del terrorismo y formas graves de delincuencia organizada, pero, en todo caso, la no participación y aprobación de los ficheros de ADN pertenecientes a un Organismo público (en el caso, la Ertzaintza) por la Agencia de Protección de Datos supone, simplemente, una infracción administrativa pero, en modo alguno, supone una violación del derecho a la intimidad de los acusados que leve aparejada, como solicita la defensa, la nulidad absoluta del análisis practicado.

4º. Por último, y en todo caso, como se recoge en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, se permite la ingerencia en la vida privada cuando "... esté prevista en la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás".

La alegación debe, pues y también, ser desestimada.

Tampoco puede prosperar la alegación de vulneración de su derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable por cuanto se trataba, en los términos ya analizados, de objetos abandonados por sus propietarios y/o usuarios y obtenidos, por tanto, sin medio de compulsión física alguna. Esto es, no se trataba de una prueba indubitada para el Laboratorio, una prueba preconstituida, y la validez de

esta diligencia policial, su credibilidad, es cuestión de valoración por el Tribunal sentenciador, pero en modo alguno puede ser considerada como vulneradora de los derechos fundamentales referidos por las defensas. En definitiva, entendemos, no se aprecia vulneración de los derechos fundamentales invocados por las defensas y, en concreto, la toma de muestras de los objetos se realizó con todas las garantías constitucionales.

Examinada ya la toma de muestras y desestimadas las alegaciones de las defensas, debemos analizar la cadena de custodia que, según los letrados defensores, no fue respetada. No lo entiende así el Tribunal por cuanto comparecieron en el plenario, sometiéndose a los principios constitucionales de publicidad, oralidad y, fundamentalmente, contradicción e inmediación tanto los funcionarios que las recogieron como los que las remitieron al laboratorio como quienes efectuaron los análisis, declarando también la perito de la defensa. Esto es, toda la cadena desde la recogida hasta el análisis. Y cada uno dio las explicaciones que consideró pertinentes, de los protocolos de obtención, de los métodos de obtención de las muestras, de las clases de análisis que se efectuaron, de su conservación y deterioro de las muestras al estar a la intemperie, de la forma de conservación, de cómo adoptaron las medidas oportunas para evitar la contaminación de los objetos que contenían las muestras biológicas, ratificándose en las actuaciones que constaban en autos y sometiéndose tanto a las preguntas de la acusación como de la defensa.

Y la conclusión a que ha llegado el Tribunal es considerar respetado escrupulosamente la cadena de custodia de las muestras, tanto de las recogidas en el lugar de los hechos enjuiciados como, posteriormente, de los acusados Jose Carlos, Juan Alberto, Miguel y Luis Pablo, sin que pueda entenderse -como insistieron las defensas- que en este último caso fueran "pruebas indubitadas para identificar a una persona", sino que, en los términos ut supra examinados, fueron remitidas sin identificar -y, por tanto, dubitadas- al Laboratorio para análisis. Y allí fue donde, previo el correspondiente análisis, se determinó que coincidían con las obtenidas de los objetos intervenidos en el lugar de los hechos participándose por el Laboratorio a quien los había remitido tal coincidencia y, se repite, sin identificarlos nominativamente

por quienes practicaron los análisis. Esto se realizó a posteriori por los funcionarios policiales -comparecientes al plenario- que remitieron aquellas muestras.

La alegación de no respeto de las garantías constitucionales en la declaraciones policiales, al igual que las anteriores, no puede ser atendida.

Así, debemos recordar que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable se articulan como medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, es decir, son un instrumento de garantía de la libertad del detenido al prestar su declaración. En este sentido, al imputado, en cuanto sujeto del proceso penal, ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones. Es necesario destacar que la libertad de quien declara como imputado en un proceso penal constituye el presupuesto material de su validez como prueba de cargo y debe ser efectivamente garantizada pues, de lo contrario, las declaraciones no pueden considerarse prueba válida para enervar la presunción de inocencia. Esta validez de la confesión dependerá de las condiciones externas y objetivas de su obtención, debiendo tenerse en cuenta para determinar si se ha producido en condiciones de ser aceptada y de basar en ella la condena penal los factores concurrentes en cada caso (vid., entre otras, TEDH SS 25 Feb. 1993, 8 Feb. y 17 Dic. 1996, 20 Oct. 1997 y 3 May. 2001; TC 197/1995 de 21 Dic., 161/1999 de 27 Sep. y 8/2000 de 17 Ene).

En el supuesto de autos, se denuncia por parte de los letrados defensores la existencia de malos tratos y torturas durante el tiempo de permanencia en las dependencias policiales. Una denuncia que cabe calificar de infundada, pues el letrado presente en las declaraciones no hizo manifestación alguna, sin constar protesta alguna ni circunstancia invalidante de la declaración prestada, entendiéndose que su silencio es sinónimo de cumplimiento estricto de la ley, además de no existir indicio alguno de tortura o trata degradante objetivado por el Sr. Médico Forense. Vid., en el mismo sentido, TS2.^a SS 30 Sep. 1998 y 2 Abr. 2001 y TC S 9 Feb. 2004.

Igualmente, las declaraciones judiciales, en el caso de autos, se practicaron formalmente con todas las garantías, sin que conste que alegasen amenazas, coacciones y/o torturas ante la Autoridad judicial, a presencia del Ministerio público y con asistencia de su letrado (infra se examinará las consecuencias de las referencias a malos tratos psicológicos, coacciones y amenazas manifestadas por el acusado Humberto al ser reconocido por el Sr. Médico forense.

En definitiva, se trata de una simple alegación, legítima desde el punto de vista de la defensa, pero sin validez alguna por cuanto no cuenta con sustento fáctico que la valide. La alegación se desestima.

Respecto a los delitos de estragos terroristas y de dos asesinatos terroristas en grado de tentativa, a la concurrencia o no de los elementos del tipo e concreción de hechos, serán examinados en el Fundamento de Derecho correspondiente a la calificación jurídica.

Por último y respecto a la queja efectuada por la defensa de Luis Pablo, Humberto y Oscar sobre la alegación del Ministerio público desacreditando a los testigos por su ideología, se deja constancia a los efectos oportunos.

SEGUNDO.- Valoración de la prueba.

Los hechos anteriormente declarados probados resultan acreditados por las pruebas practicadas en el plenario, complementadas por los documentos unidos a las actuaciones. Así,

1.- De los delitos.

a) Delitos de asesinato terrorista en grado de tentativa.

Quedó acreditado por:

1. Las declaraciones de los propios funcionarios policiales con números NUM008 y NUM009 integrantes del vehículo policial camuflado matrícula FE-....-FB, que relataron al Tribunal, sometiéndose a contradicción de las partes, cómo se produjo el ataque y cómo sólo pudieron salir del vehículo incendiado gracias a la asistencia de otros compañeros que acudieron al lugar de los hechos.

2. Los testigos particulares que, ratificando lo declarado en fase instructora, depusieron en el acto del plenario, con números NUM010 y NUM011, declarando en síntesis, como varias personas encapuchadas, en varios grupos, tiraron cócteles molotov contra el vehículo y como éste ardía, precisando el nº NUM012 que quiso ayudar pero cayeron más cócteles molotov.

3. Los funcionarios policiales números NUM006 y NUM013 los cuales declararon como, estando patrullando, recibieron un aviso de la Central "sobre lanzamientos de cócteles en una plaza" y como antes de llegar al lugar observaron unas llamas a la altura de una sucursal de la BBK y parando, al mismo tiempo que otros compañeros les pasaron; cómo bajaron del coche y les arrojaron al menos doce cócteles molotov por parte de unos encapuchados, debiendo hacer el agente NUM006 de su arma reglamentaria, disparando dos tiros al aire; posteriormente retrocedieron y observaron al vehículo de sus compañeros ardiendo por dentro y con los cristales rotos. Igualmente, el funcionario policial NUM014 observó el vehículo policial "... ardiendo en mitad de la calle, afectando a otros vehículos y había impacto de cócteles molotov en la acera, ardía el coche y una sucursal de la kucha también afectada: Había objetos contundentes, piezas metálicas y piedras de tren de alabastro, impactos de cócteles. Eran piedras muy fuertes y muy duras, había piezas metálicas cilíndricas forradas con cinta adhesiva negra, estaban esparcidas por la calle y alrededor del coche",

4. La declaración del técnico del Ayuntamiento de Portugalete afirmando que se había manipulado la caja de alumbrado, apagando tres cuadros, destacando que en uno de ellos manipularon un diferencial concreto, lo que suponía -a su juicio- conocimientos de electricidad.

5. El informe médico forense constante en autos y ratificado en el acto del juicio por dos forenses, describiéndose las lesiones de los funcionarios que quedan reflejadas en la narración fáctica de esta resolución, manifestándose en el plenario que, de quedar más tiempo expuestos a las llamas, es posible que hubiesen fallecido.

6. El informe pericial realizado por los funcionarios policiales con n° NUM015 y NUM016 relativo al estado en que quedó el vehículo policial, ratificado en el acto del plenario y relatando en la vista oral como quedó el citado vehículo completamente destrozado hasta tal punto que, no pudiendo acceder por las puertas, sólo pudieron acceder al interior del mismo con asistencia del Cuerpo de Bomberos, los cuales cortaron la chapa.

7. El informe pericial elaborado por los funcionarios policiales NUM017 y NUM018 sobre los objetos incendiarios utilizados para el ataque, describiendo como analizaron botellas (cócteles molotov) que contenían ácido sulfúrico y líquido inflamable, y de cómo también recibieron como evidencias del ataque piedras y piezas de tortillería.

Con tal conjunto de declaraciones testificales y pruebas periciales ratificadas en el plenario, sometidas todas ellas a contradicción de las partes e intermediación del Tribunal, el Tribunal no puede sino llegar al convencimiento de que el fin último de los agresores era matar -asesinar- a los miembros de la patrulla policial que acudió al lugar de los hechos o, al menos asumiendo con sus acciones tal posibilidad (dolo eventual), y si no consiguieron su propósito no fue por su propio desistimiento sino por la llegada -oportuna- de otros funcionarios policiales los cuales, disparando al aire, pudieron ahuyentar a los cobardes agresores y sacar a sus compañeros del vehículo incendiado.

b) Delito de daños.

De la narración fáctica no se deduce la existencia de un delito de estragos, al contrario de lo afirmado por el Ministerio público en su escrito de conclusiones definitivas, por cuanto si bien es cierto que se produjeron daños en el vehículo policial,

además de en numerosos vehículos que se hallaban en la zona, en la sucursal de la BBK, describiéndose por alguno de los testigos el lugar como un campo de batalla, lo que quedó acreditado no sólo por el reportaje fotográfico del lugar de los hechos que consta unido a autos y la pericial de los daños en los vehículos, sino también por las declaraciones tanto de los funcionarios policiales como de los particulares en los términos ut supra relatados, lo cierto es que no concurren los elementos del tipo penal de estragos por los que han sido acusados.

Y es que, en el caso, en tal figura delictiva lo que prevalece es su característica de generar un riesgo colectivo o comunitario por los medios de destrucción utilizados, la voluntad de causarlos que ha guiado la acción del agente del hecho y la alarma social que produce (vid., por todas, TS2ª SS 25 Ene y 3 Oct. 1995, 14 May 1996, 20 Nov 1997 y 25 Abr 2000) y de ahí que en el tipo penal del art. 346 se aluda a instalaciones donde se pueda encontrar mucha gente y medios colectivos de transporte (tren, autobuses, etc.), lo que no es del caso.

Por el contrario sí se aprecia la concurrencia de un delito de daños del art. 266.1 CP. En efecto, los daños han sido acreditados en autos en la forma recogida en la narración fáctica, debiéndose destacar que "...el delito de daños aunque el culpable no buscase directamente la causación de los daños, bastando que los asumiese como resultado o consecuencia muy probable de su acción " (TS2ª S 27 Ene 2004).

Por lo demás, en el caso, no se entiende vulnerado el principio acusatorio al condenarlo por un delito de daños terroristas y no por el de estragos solicitado por la acusación pública por cuanto la condena por delito distinto del objeto de la acusación es posible si concurren tres circunstancias:

- Identidad del hecho punible.

- Homogeneidad de los delitos (que tengan la misma naturaleza, que el bien jurídico protegido sea el mismo). Y

- La condena puede ser igual o menor, nunca mayor al delito objeto de acusación.

A lo anterior cabe añadir que los acusados han conocido la acusación formulada contra ellos, pudiendo defenderse, como así lo hicieron (derecho a la defensa y proscripción de indefensión); ha existido una correlación entre acusación (hechos y calificación jurídica) y el fallo de la sentencia (deber de congruencia o correlación entre la acusación y el fallo) y, por último, no se han introducido en la sentencia hechos distintos a los objeto de acusación, lo que sí vulnera el principio acusatorio al impedir la posibilidad de defensa.

2.- De la participación de los acusados.

El Tribunal ha llegado a la convicción plena de la sucesión de hechos acaecidos en Portugalete en la madrugada del día 5 de agosto de 2.001 en la forma recogida en la narración fáctica de la presente resolución examinando las pruebas practicadas en los términos que contempla el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo por enervada la presunción de inocencia que establece el art. 24 de la Constitución Española respecto a Miguel, Jose Carlos, Luis Pablo, Juan Alberto y Oscar en base a los argumentos que se recogen infra. Por el contrario, y respecto a Gustavo, existiendo indicios de su participación en los hechos, no se consideran suficientes para desvirtuar su derecho fundamental a la presunción de inocencia. Así examinaremos la prueba existente respecto a cada acusado, satisfaciendo el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de motivación de las resoluciones judiciales, tanto de la acusación como de la defensa. Así:

Juan Alberto

Frente a su negativa en el reconocimiento de participación en los hechos juzgados, la principal prueba incriminatoria existente contra este acusado es la prueba de ADN en los términos analizados, siendo coincidente el perfil genético encontrado en las evidencias encontradas en el lugar de los hechos y recogidas por la Ertzaintza y el hallado en las colillas que fueron remitidas al Laboratorio para su análisis. Así se

recoge en el Informe pericial que consta a los folios 3.924 y ss de las actuaciones y ratificado en el acto del juicio por los peritos que lo efectuaron, describiendo la forma de actuar del Laboratorio y de cómo trabajan con muestras sin identificar; esto es, sin saber a quien pertenecen las muestras que les remiten, limitándose a recoger el perfil genético y sus concordancias (de tenerlas en su base de datos). En el caso, en los términos expuestos en el acto del plenario, existe una concordancia verdaderamente alta entre la colilla de cigarro y la manga de camisa usada de capucha (donde recortaron la parte donde, presuntamente, iría la boca).

Igualmente, a lo anterior debe añadirse la declaración del coacusado Jose Carlos, que ratifica su participación en tales hechos y de cómo formaba parte del talde en los términos que se analizarán respecto a este acusado (vid fs. 2427 y ss, declaración policial, ratificada en sede judicial, f. 3353).

Por último, y a mayor abundamiento, no debe desconocerse que, si bien, por consejo de su abogado se negó a declarar ante el Juez instructor, no es menos cierto que en las dependencias policiales donde estaba detenido -sin que conste denuncia alguna de haber sido sometido a violencia, amenaza o coacción alguna previa- declaró haber participado en los hechos enjuiciados, describiendo la acción de kale borroka realizada en Portugalete en la madrugada del día 5 de agosto de 2.001 con todo lujo de detalles (de cómo, antes de los hechos hubo una reunión donde se asignaron funciones a cada uno de los atacantes, repartiéndolos en dos grupos y repartiendo el material -cócteles molotov, piedras...-; de cómo fue de citado en las proximidades de la Iglesia de Portugalete junto con un grupo de veinticinco personas; de cómo se colocaron capuchas para ocultar sus rostros y se dividieron en dos grupos, uno de ellos se colocó en la zona alta, quedándose Juan Alberto en el segundo grupo en la zona de abajo; de cómo la función del primer grupo era llamar la atención de la Ertzaintza atacando un cajero de la BBK, colocándose el segundo grupo a los bordes de la calzada por la que supuestamente deberían acudir las fuerzas policiales, teniendo este grupo piedras y cócteles molotov; de cómo al reconocer al vehículo policial comenzaron a atacarlo mediante el lanzamiento de piedras y cócteles; de como utilizó una capucha de su propiedad).

En suma, considera el Tribunal la existencia de verdadera prueba de cargo suficiente para desvirtuar el derecho del acusado a la presunción de inocencia sin que ésta quede desvirtuada por la prueba de descargo aportada al acto de la vista. Así, y respecto a esta prueba de descargo presentada por la defensa, no puede ser estimada. En efecto, se trató de la declaración de la testigo Sandra, la cual reconoció ser la novia del acusado Juan Alberto, desde hace tres años, y haber participado como interventora de Herri Batasuna en unas elecciones; tales datos de por sí no son suficientes para rechazar, sin más, el testimonio de la declarante pero sí para desvirtuarlo de forma importante. Su declaración de que el día de autos -la noche del 4 al 5 de agosto de 2.001- durmieron juntos en la casa de sus padres, no es aceptada ni creída por el Tribunal.

Igualmente, la defensa aportó, ya ante este Tribunal (figurando al Rollo de Sala, Tomo I, folio 95) billete de avión con salida de Madrid y destino a La Habana (Cuba) el día 6 de agosto. No obstante, la salida del vuelo lo fue a las 16 35 horas de ese día; esto es, pasadas más de diez horas de la ocurrencia de los hechos y no puede desconocerse que el tiempo máximo de desplazamiento de Bilbao a Madrid -de venir en el medio de transporte más lento (por carretera)- no excede de las cuatro o cinco horas -con mucho-.

En definitiva, por todo lo expuesto, se considera que el acusado Juan Alberto participó en los hechos enjuiciados en los términos recogidos en la narración fáctica de la presente resolución.

Miguel

También respecto a este acusado la principal prueba incriminatoria es la de ADN, en los términos recogidos en el informe pericial que consta en autos y ratificado en el acto del plenario por los peritos a los que se les asignó los números NUM019 y NUM020. Igualmente el Tribunal pudo valorar en el acto del plenario las explicaciones ofrecidas por la Perito de la defensa, Sra. Rebeca. De los informes obrantes en autos, de su

ratificación y explicaciones ofrecidas en el acto del plenario por los peritos comparecientes, sometidas a contradicción de las partes e intermediación del Tribunal, concluimos la presencia del acusado en el lugar de los hechos en los términos que a continuación se analizará.

Efectivamente, se analizaron evidencias recogidas en el lugar de los hechos -pelos encontrados en un jersey de lana azul-, respetándose la cadena de custodia en los términos analizados ut supra, cuyos restos genéticos coincidieron con los habidos en la colilla de cigarro, válida en los términos también examinados. En ambos casos, el Laboratorio -como ocurrió respecto al anterior acusado y de las evidencias de los demás acusados que se examinarán infra- recibía tales evidencias sin identificar, sólo con un número, por ser normas protocolizadas de su actuación.

No dio el acusado explicación lógica y creíble de la aparición de su huella genética en el lugar de los hechos acaecidos, limitándose a negar su presencia allí lo que, en los términos examinados, no puede ser aceptada. Por su defensa se presentó, como prueba de descargo, tres declaraciones testimoniales, renunciándose en el acto de la vista a una.

La primera, Gabino, quien afirmó ser muy amigo de Miguel, conocidos desde niños, quien afirmó haber estado con el acusado en tales fechas (desde el 2 al 8 de agosto de 2.001) en un camping de Asturias (en concreto, en el sitio en la playa de Troenzo, Llanes), constando aportado a autos (Tomo I del Rollo de Sala, folio 75) factura de tal estancia. Pero lo cierto es que en tal factura sólo se recoge la estancia, a nombre del testigo y que fueron dos personas, no acreditándose el nombre de esta última. Tal omisión, junto a la profunda amistad que afirma tener con el acusado y ser el testigo simpatizante del MLNV, según sus propias manifestaciones, le restan credibilidad a sus afirmaciones, no pudiendo, en modo alguno contrarrestar aquella clara prueba objetiva cual es la de ADN de la presencia del acusado en el lugar de los hechos enjuiciados.

El segundo testigo de la defensa fue Jesús, quien declaró haber tocado en un conjunto con el acusado, durante cuatro años, siendo Miguel el batería y, como tal, utilizaba muchas camisetas que, al estar muy sudadas, dejaba en el local. El que una tercera persona pudiera utilizar tales camisetas de Miguel para ponérselas a modo de capucha y evitar ser reconocido en los actos de violencia callejera juzgados y, al mismo tiempo, imputarle a Miguel es, francamente, increíble, además de demostrar poco sentido de higiene. Por último, debe observarse que tales testigos no fueron propuestos sino hasta la fase de calificación de las defensas.

En suma, entiende el Tribunal, la prueba de descargo aportada por la defensa no desvirtúa, en modo alguno, su participación en los hechos de kale borroka acaecidos en la madrugada del día 5 de agosto de 2.005 en Portugalete.

Jose Carlos

Respecto a este acusado, además de la prueba de ADN que consta en autos, ratificada en el acto del plenario por quienes la efectuaron -con asistencia de la Sra. Perito de la defensa-, consta, como prueba incriminatoria, sus declaraciones policiales ratificadas en sede judicial.

Así, y respecto a estas últimas, Jose Carlos declaró en sede policial el 25 de noviembre de 2.002 (fs. 2.427 y ss.), previa lectura de derechos y con asistencia de letrado, reconoció haber participado -y, en algún caso, propuesto la realización- en varios -bastantes- actos de kale borroka, si bien negó haber participado en los hechos concretos ahora enjuiciados. Tal declaración fue ratificada en sede policial (fs. 3353 y ss.) explicando cada uno de tales actos de kale borroka, negando igualmente haber participado en el hecho de Portugalete enjuiciado, sin poder dar explicación alguna coherente y razonable de cómo su perfil genético fue encontrado en el lugar de los hechos en una capucha. En el acto del plenario, queriendo dar una explicación a aquel hallazgo afirmó que iba a Portugalete a entrenar, dejando ropa "porque iba todos los días y dejaba ropa en una mesa y siempre había camisetas y pantalones. Que a veces estaba la ropa cuando volvía y otras veces no". Explicación ex novo facilitada por

primera vez en el acto de la vista y que, entiende el Tribunal es meramente exculpatoria sin aportarse dato alguno objetivo y fehaciente que la convalide.

Así, en efecto, en el lugar de los hechos acaecidos en Portugalete en la madrugada del día 5 de agosto de 2.001, se encontró una capucha con restos de saliva de la que se obtuvo perfil genético que, debidamente analizado, fue archivado; posteriormente, al ser detenido el acusado Jose Carlos, fumó varios pitillos recogiendo las colillas y, respetando la cadena de custodia, fueron remitidas al citado Laboratorio. Analizadas, resultaron coincidir con el perfil genético que contenía la capucha anteriormente citada y hallada en Portugalete. Ciertamente, como puso de manifiesto la perito de la defensa y admitieron los peritos policiales, que, al recogerse la evidencia en la calle -capucha- la evidencia está degradada y, en vez de diez marcadores, sólo se pudieron obtener ocho, pero, aún así -y no se discutió por la defensa- la coincidencia de haber una persona con el mismo perfil genético sería de ochenta y nueve millones cien mil personas; esto es, francamente improbable.

Frente a tales pruebas, de contenido verdaderamente incriminatorio, la defensa propuso dos testificales. La primera, de Paulino, gerente de la empresa "Troca Aventura SL", donde trabajaba el acusado Jose Carlos, afirmando que en la fecha de autos (durante el mes de julio y agosto de 2.001) Jose Carlos estuvo haciendo prácticas con ellos en la sierra de Huesca, a unos cuatrocientos kilómetros de Portugalete, estando seguro que durmió el acusado el día cuatro de agosto en Huesca, saliendo de Gorniz alrededor de las 16 30 horas. Igualmente, se aportó al Tomo I del Rollo de Sala (f. 66) certificado de la empresa de que entre principios de julio a 12 de agosto de 2.001 el acusado se encontró realizando un curso de reciclaje interno en la empresa en la Sierra de Guara (Huesca).

Compareció como testigo, igualmente, Francisca, que reconoció ser muy amiga del acusado Jose Carlos, afirmando que el día cinco de agosto estuvo con él en (as fiestas de Romo hasta las 2 ó 2 30 horas, y que sobre las cuatro se marchó a Huesca, afirmando que lo recordaba porque acababan de empezar a salir juntos poco tiempo antes.

Con tales declaraciones no puede entenderse desvirtuado la prueba objetiva anteriormente citada. Efectivamente, nada se acredita con el certificado aportado; cierto es que podía estar trabajando para la empresa que certifica pero, como reconoce el propio gerente de la misma que compareció en el acto de la vista como testigo, volvían de vez en cuando a Vizcaya a coger material (por ejemplo, el día 4 de agosto) y, respecto a la otra testigo, siendo su novia en la fecha de los hechos, poca credibilidad ofrece a este Tribunal, sin perjuicio de que puede haber confundido las fechas. En definitiva, el Tribunal considera probado la participación del acusado en los hechos enjuiciados en los términos recogidos en la narración fáctica de esta sentencia.

Luis Pablo

Frente a su negativa de haber participado en los hechos enjuiciados, al igual que con los anteriores acusados, su huella genética fue encontrada en el lugar de los hechos. Y se halló, precisamente, en la manga de un jersey (evidencia nº 9, manga de jersey de lana) utilizada como capucha para, cobardemente, ocultarse y evitar ser reconocido, cuyos marcadores genéticos coincidieron con los encontrados en un vaso de cristal, previamente utilizado por el acusado Luis Pablo, recogido por el funcionario policial identificado con el nº NUM007 quien declaró en el plenario de cómo recibió la orden de coger una muestras del acusado (decidiendo él coger el vaso), de cómo le siguió -durante una o dos semanas-, de cómo, observándole en un bar tomando una consumición, sin perder de vista el vaso utilizado se puso unos guantes y lo recogió en una bolsa, sin llegar a tocarlo la dueña del local y de cómo se identificó como ertzaintza.

Frente a tal prueba incriminatoria, directa de su presencia en el lugar de los hechos, la defensa propuso testifical consistente en las declaraciones de:

María Angeles, quien, en calidad de propietaria de un taller de encuadernación afirmó haber contratado al acusado Luis Pablo por tres meses en el año 2.001, entre julio y septiembre, estando unido a autos (T. I del Rollo de Sala, f. 88) un contrato de

trabajo de duración determinada, de martes a domingo y afirmando que era de 22 horas a cuatro de la madrugada. Afirmó, igualmente y a preguntas del Ministerio público, que se acuerda de la fecha de autos (madrugada del día 5 de agosto) que el acusado no faltó por ser su cumpleaños. Por último reconoció tener un hijo suyo en prisión preventiva por presunto delito de pertenencia a organización terrorista.

Marí Juana, empleada de la anterior mercantil de artes gráficas, aportándose documentos que así lo acreditaron (contrato de trabajo y nóminas T. I del Rollo de Sala, fs. 89 y ss-), afirmando que eran tres los trabajadores y que ninguno podía faltar ningún día por cuanto, en caso contrario, se paraba la máquina de encuadernación; también afirmó acordarse del día de autos por coincidir con el cumpleaños del acusado y que les invitó a tomar algo cuando acabaron de trabajar.

El último testigo que depuso a su favor fue Evaristo, que afirmó conocer al acusado, que era jefe de obra en la fecha de los hechos y que el bar donde se recogió el vaso (bar Coto de Etxebarri) era el más cercano a la obra donde trabajaba en aquellas fechas. Declaró que tenía relación con los dueños del establecimiento porque todos los días iba a desayunar y a tomar café y un día le dijo el dueño del bar que el día anterior entraron tres que se identificaron como ertzainas y cogieron los vasos del fregadero y una botella de agua de la basura; todo ello sin ponerse guante alguno. Por último afirmó que los dueños del bar no quisieron declarar por tener miedo, que fue detenido en septiembre de 2.001 por colaboración con banda armada y que participa con el MLNV, habiendo estado en alguna manifestación.

El dato objetivo acreditado de obtención de ADN del acusado en el lugar de los hechos no queda desacreditado por las declaraciones testificales citadas por cuanto, además de ser subjetivas, ratificando alguno de los testigos al menos su simpatía con la causa nacionalista en la forma entendida por la organización terrorista ETA, no acreditan fehacientemente que en la fecha y hora de los hechos el acusado Luis Pablo no participase en los mismos, pudiendo perfectamente haberse ausentado temporalmente de la imprenta donde trabajaba. Por lo demás, y a mayor abundamiento, no se dio explicación lógica, coherente y conforme a las normas del

sentido común de la presencia de restos de ADN del acusado en el lugar de los hechos. En definitiva, su derecho a la presunción de inocencia ha quedado desvirtuado por la prueba practicada en el acto de la vista.

- Oscar

En sus declaraciones, tanto en sede policial como en el Juzgado y en el acto del plenario negó su participación en los hechos enjuiciados, afirmando que es trabajador de la entidad Amarradores del Puerto de Bilbao S.A.. En sede policial afirmó no recordar donde estuvo el día de autos, que podía estar trabajando o con su novia de "... fin de semana en el monte, tomando potes o en su casa", declaración que ratificó a presencia judicial y, por el contrario, en el plenario, afirmó trabajar veinticuatro horas seguidas y librar tres y ese día, en concreto, le tocaba trabajar.

Ninguno de los demás coacusados afirma conocerle, y él tampoco a ellos, concluyendo que no ha participado en actos de la kale borroka ni pertenece a Jarrai.

El único dato que le relaciona con los hechos es la declaración -en sede policial- de un testigo que afirmó haberle visto en Portugalete en un Seat Ibiza blanco con matrícula RU RF, abandonando rápidamente el lugar después de acaecidos los hechos enjuiciados. Respecto a la declaración de tal testigo caber hacer las siguientes precisiones:

1ª. En la primera declaración policial el testigo afirmó que vio un coche -Peugeot modelo 205- donde se introducían cuatro personas que se iban desvistiendo y tirando la ropa. Posteriormente, días después y al funcionario policial identificado con el nº NUM021 (declaraciones también ratificadas por el funcionario policial nº NUM014) le manifiesta -declaración que no firma, al parecer por miedo- que no era un Peugeot, sino un Seat modelo Ibiza de color blanco facilitando algunos números de la matrícula del coche. Por último, en la tercera entrevista -que tampoco firma- reconoció a una persona fotográficamente, a quien resultó ser el ahora acusado Oscar. Tal exhibición fotográfica no consta en el atestado porque el testigo, al parecer "... tenía miedo y así lo

pidió y por eso tampoco firmó" (declaración del funcionario policial NUM021 en el acto del plenario).

2ª. Las gestiones policiales realizadas con los datos ofrecidos en la segunda de sus manifestaciones -que no declaraciones, al no querer firmarla- permiten averiguar el coche concreto y quien lo utilizaba, quien resultó ser el acusado Oscar, siendo el propietario su padre.

3º. Fundamentalmente, compareció el testigo al acto de la vista para ratificar la declaración en sede policial. Así, en el plenario, afirmó haber visto a cuatro o cinco personas meterse en un vehículo en los términos antes citados (primero creyó que era un Peugeot para, en posteriores manifestaciones afirmar que era un Ibiza blanco); que se subieron todos al vehículo; que sólo se acordaba de las características de uno de ellos; que lo vio en diversas ocasiones -hasta tres- y que conducía el vehículo; y que se le exhibieron fotografías reconociendo a uno de ellos.

4ª. Ciertamente es que el testigo, según alegó en su informe final la defensa, en sus distintas intervenciones en fase policial cambió sus declaraciones -o, mejor dicho- rectificó aquellas primeras declaraciones, describiendo un nuevo modelo de coche y haciendo nuevas matizaciones. Pero no es menos cierto que, en el acto de la vista compareció, sometiéndose a los principios constitucionales de oralidad, publicidad -restringida- y, fundamentalmente, de contradicción de las partes e inmediación del Tribunal, pudiendo éste sacar sus propias conclusiones sobre la credibilidad de su declaración. En suma, el Tribunal da mayor credibilidad a la declaración del testigo frente a la del acusado, meramente exculpatoria, y por las circunstancias estrechamente ligadas a la inmediación: lenguaje gestual del testigo y del acusado; expresividad en sus manifestaciones; nerviosismo o azoramiento en las declaraciones; titubeo o contundencia en las respuestas; rectificaciones o linealidad en su exposición; capacidad narrativa y explicativa; etc.

El Tribunal cuenta, por tanto, además de la declaración del testigo presencial de los hechos en los términos relatados, -a la que da mayor credibilidad en los términos ya

narrados- que a la declaración meramente exculpatoria del acusado, con las declaraciones de los funcionarios policiales citadas y, además, con el dato objetivo de que el vehículo visto por el testigo pertenecía al padre del acusado Oscar y éste mismo ha reconocido utilizarlo en diversas ocasiones. En definitiva, prueba suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia que le ampara y fundamentar una sentencia condenatoria. Esto es, resulta acreditada prueba de cargo que acredita la realidad del hecho punible -no discutido- y la participación en el mismo del acusado -acreditado por la prueba practicada ut supra citada y, en consecuencia, desvirtuado aquel derecho fundamental.

Humberto

Este acusado describió los hechos acaecidos -entre otros- en Portugalete, con todo género de detalles, en su declaración realizada en las dependencias policiales con fecha 9 de octubre de 2.002 (fs. 4020 y ss y fs. 4.040 y ss). Pevio a su declaración judicial, con fecha 11 de octubre de 2.002, fue reconocido por el Sr. Médico forense (f. 4.080) refiriendo el acusado Humberto que recibió buen trato físico pero que le maltrataron psicológicamente, recibiendo amenazas, asustándole y que no le dejaron dormir. A presencia judicial, el mismo día anterior, se acogió a su derecho constitucional de no declarar (f. 4096). En la indagatoria negó los hechos recogidos en el auto de procesamiento. En el acto del juicio oral, -además de ratificarse en que las declaraciones en fase policial fueron efectuadas bajo amenazas, torturas psicológicas y coacciones-, declaró no haber estado, a la fecha de autos, en Portugalete, sino en una Casa rural en la localidad de Askaiz sita en el país vasco francés, como corroboró la testigo Leticia, aportándose al T. I del Rollo de Sala, f. 93, un escrito privado en francés, sin traducir, en el que se recoge que Barrera de Castro alquiló un apartamento en tal localidad durante los días 2 al 6 de agosto de 2.001.

No es cierto que, en el caso, la declaración del acusado Humberto fuese prestada sin las suficientes garantías. Baste recordar que le fueron leídos sus derechos y contó con la asistencia letrada. En concreto y con respecto a este último derecho, según reiterada doctrina constitucional (vid., por todas, TC SS 21/1981 de 15 Jun, S 42/1982

de 5 Jul, S 196/1987 de 11 Dic. y 9 Feb. 2004) tiene una doble proyección constitucional: en el art. 17.3 CE el derecho del detenido en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad, mientras que el art. 24.2 del mismo Texto Legal lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal, y por tanto, en relación con el acusado o imputado. De esta doble consagración constitucional se ha derivado un distinto contenido esencial del derecho en cada uno de los supuestos, sin que quepa afirmar que la confianza del detenido en el abogado que le asiste en su detención -que integra el contenido normal del derecho-, forme parte del contenido esencial del derecho fundamental. No obstante, y como la privación de la posibilidad de libre elección de abogado y su consiguiente nombramiento imperativo de oficio constituye una indudable restricción del derecho, el legislador no puede imponerla a su libre arbitrio, pues las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no sólo que respeten su contenido esencial sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen. En consecuencia, la incomunicación del detenido adoptada bajo las condiciones legales previstas y la limitación temporal del ejercicio del derecho a la libre designación de abogado, que no le impida proceder a ella una vez cesada tal medida, no puede calificarse de restrictiva, irrazonable o desproporcionada.

Y en cuanto a la supuesta existencia de malos tratos, coacciones, amenazas y torturas psicológicas durante el tiempo de permanencia en las dependencias policiales no puede ser estimada como probada. Ciertamente es que lo alegó en su comparecencia ante el Sr. Médico forense cuando fue puesto a disposición judicial en los términos examinados, pero se trata de una simple alegación de referencia sin constatación objetiva alguna, aunque no es menos cierto, como afirmó la defensa, que es de difícil objetivación.

No obstante, lo que es verdaderamente importante es la declaración judicial prestada voluntariamente, con todas las garantías, siéndoles leídos sus derechos, conociendo la autoridad ante la que prestaban declaración y asistidos por letrados de su confianza, que no hicieron constar protesta alguna ni circunstancia invalidante de la declaración

prestada (vid., por todas, TC S 9 Feb 2004 y TS 2.^a SS 30 Sep. 1998 y 2 Abr. 2001). Pero es que, en el caso, el acusado Humberto se negó a declarar, acogiendo a su derecho constitucional, alegando desconocer las diligencias.

Estos derechos a no declarar y a confesarse culpable se articulan como medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, es decir, son un instrumento de garantía de la libertad del detenido, imputado o acusado a no prestar su declaración. En este sentido, al imputado, en cuanto sujeto del proceso penal, ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones. Así, la libertad de quien declara como imputado en un proceso penal constituye el presupuesto material de su validez como prueba de cargo y debe ser efectivamente garantizada pues, de lo contrario, las declaraciones no pueden considerarse prueba válida para enervar la presunción de inocencia. Esta validez de la confesión dependerá de las condiciones externas y objetivas de su obtención, debiendo tenerse en cuenta para determinar si se ha producido en condiciones de ser aceptada y de basar en ella la condena penal los factores concurrentes en cada caso (vid., entre otras TEDH SS 25 Feb. 1993, 8 Feb y 17 Dic. 1996, 20 Oct. 1997 y 3 May. 2001 y TC SS 197/1995 de 21 Dic. 161/1999 de 27 Sep y 8/2000 de 17 Ene).

A mayor abundamiento, debe recordarse que es jurisprudencia del TS^{2a} que, por regla general, y desde luego cuando en todo caso cuando de declaraciones se trata, que el contenido del atestado no puede ser utilizado como medio de prueba en sentencia contra el acusado, no teniendo aptitud para destruir la presunción de inocencia que a éste el ampara, y únicamente puede valer cuando, de modo efectivo y no a través de la forma rituarial de tenerlo por reproducido, comparecen en el plenario quienes en el mismo declararon, para contestar al interrogatorio de las partes y del Tribunal juzgador, de modo que la prueba se practique de conformidad con los principios constitucionales de publicidad, oralidad, intermediación y, fundamentalmente, de contradicción. Lo que resulta determinante es que se de efectiva oportunidad a quien declare en el acto de la vista contrariamente a lo manifestado en fase de

instrucción, para que explique las diferencias, esto es, que el Tribunal pueda valorar con inmediación la rectificación producida, teniendo en cuenta los propios datos o razones aportadas por los declarantes.

Igualmente es jurisprudencia que para que las declaraciones del atestado puedan fundamentar una sentencia condenatoria, en el caso de que en el juicio oral el acusado niegue los hechos, deben haberse ratificado en fase instructora ante la presencia del Juez instructor, deviniendo así en que la verdadera declaración que se tiene en cuenta es la formalizada ante el Juzgado, lo que no ha acaecido en el caso.

En definitiva, cabe destacar que la presunción de inocencia es un derecho básico, elemental y primario, que se configura como uno de los pilares esenciales del proceso penal en un Estado Democrático y de Derecho, y que consiste en algo tan sencillo como en la obligación legal de considerar inocente a todo el que se le imputan unos hechos, en tanto no se haya practicado una actividad probatoria, por mínima que fuera, y con observancia de todas las formalidades y garantías constitucionalmente exigibles, de la que resulte una prueba de cargo que permita razonablemente acreditar la realidad del hecho punible y la participación en el mismo del acusado (TS2ª S de 10 de Abril de 2000), lo que, en el caso y de conformidad con la doctrina constitucional y jurisprudencia citadas no concurren, entendiéndose el Tribunal que prevalece aquel derecho frente a la tesis acusatoria sostenida por el Ministerio público.

TERCERO.- Calificación jurídica.

Los hechos recogidos en la narración táctica son legalmente constitutivos de dos delitos de asesinato terrorista en grado de tentativa y de un delito de daños.

A) Dos delitos de asesinato terrorista en grado de tentativa.

Así y con respecto a dos asesinatos terroristas en grado de tentativa por cuanto consta el comienzo de la ejecución dolosa -ataque al vehículo policial, primero con piedras y artilugios de tortillería para romper los cristales y, posteriormente, con

cócteles molotov conteniendo en su interior material explosivo, inflamable y ácido-, de la conducta llamada a producir la muerte alevosa de dos funcionarios policiales -los ocupantes del vehículo-, y la no producción de los óbitos por causas independientes a la voluntad de los ejecutores.

En suma, el art. 16.1 CP 1995 requiere, para que pueda hablarse de tentativa punible, en el plano externo, la concurrencia de un principio de ejecución. Esto es, la materialización, siquiera incipiente, de algún acto inequívocamente preordenado a un resultado criminal, de forma que quepa tener a éste por efectivamente querido. Así las cosas, cuando lo imputado es un delito contra la vida, lo exigido es el comienzo de una actuación efectivamente encaminada a la realización de ese fin antijurídico, y dotada de potencial aptitud para alcanzarlo. En el caso -delito de asesinato-, el núcleo de la acción prevista en el tipo habría consistido en el ataque al vehículo policial, primero con piedras y artilugios de tortillería para romper los cristales y, posteriormente, con cócteles molotov conteniendo en su interior material explosivo, inflamable y ácido sulfúrico, lo que normalmente habría ocasionado la muerte de los que se encontraban en su interior de no haber mediado ayuda externa. Y para ello, los ejecutores, además de disponer de un instrumento apto -en este caso los cócteles molotov en los términos relatados- habían iniciado los ataques. Por tanto, es claro que habían llevado a cabo un segmento objetivable de la acción proyectada -de significación sin duda homicida-, y claramente idóneo y funcional a la plena realización de la misma. Y, al hacerlo, habían invadido de manera actual y efectiva el ámbito de seguridad de los sujetos pasivos, generando un peligro grave y real para sus vidas, en los términos ya relatados. En definitiva, es obvio que con tales medios comisivos no pretendían sino la muerte de los ertzainas, objetivo que no consiguen a pesar de realizar todos los actos que debieran de producir como resultado el delito porque intervienen terceros -compañeros de aquellos funcionarios policiales que los sacan del vehículo incendiado- (hecho ajeno a su voluntad) no consumándose la acción (tentativa), subsumiéndose así los referidos hechos en los tipos penales por los que se califica.

B) Delito de daños.

Los daños, en el caso y como se recoge en la narración táctica han excedido -y con mucho- de los cuatrocientos euros, señalados como límite entre el delito y la falta. Por lo demás, se reitera que el delito de daños no exige un dolo específico; basta un dolo de segundo grado, e incluso un dolo eventual. Existe el delito de daños aunque el culpable no buscase directamente la causación de los daños, bastando que los asumiese como resultado o consecuencia muy probable de su acción. Vid., por todas, TS2ª S de 27 de Enero de 2004.

Ciertamente, en los términos recogidos en la narración táctica no se discute que el fin último de los acusados no era otro que subvertir el orden constitucional o alterar gravemente -como así ocurrió- la paz pública, contribuyendo a tales fines atemorizando a los ciudadanos de Portugalete por lo que se considera aplicable al caso el art. 266.1 en relación con el art. 577, ambos del Código Penal.

CUARTO.- Autoría o participación.

Son responsables los cinco acusados -Miguel, Jose Carlos, Luis Pablo, Juan Alberto y Oscar- en concepto de autores del artículo 28 del Código Penal, por su participación personal, directa y voluntariamente intencional en los hechos que integran los delitos por los que vienen siendo acusados (dos delitos de asesinato terrorista en grado de tentativa y un delito de daños terroristas), en los términos examinados en los Fundamentos de Derecho precedentes.

SEXTO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

No concurren circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal.

SÉPTIMO.- Penalidad y responsabilidad civil.

Extensión de las penas

1) Por cada uno de los delitos de asesinato terrorista en grado de tentativa, ya definido, por aplicación del art. 577 CP en relación con los arts. 139.1°, 62 y 70.1.2° del mismo texto punitivo, procede imponer a cada uno de los acusados la pena de diez años de prisión, pena que se considera adecuada a las circunstancias concurrentes, gravedad de los hechos y que no se consiguió el hecho -fallecimiento de los agentes- por causas ajenas a la voluntad de los acusados (esto es, equivalente a la antigua frustración pues llevaron a cabo todos los actos necesarios para producir el resultado letal).

2) Por el delito de daños, ya definido, por aplicación del art. 266.1 en relación con el art. 577, ambos del Código Penal, a la pena de dos años de prisión, pena que se considera adecuada a las circunstancias concurrentes y gravedad de los hechos.

Penas accesorias

Por aplicación del art. 579.2 CP, deberá imponerse a cada uno de los acusados la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años a la pena privativa de libertad impuesta.

Responsabilidad civil.

A tenor del art. 116 del Código Penal, toda persona responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente de los daños y perjuicios causados.

En tal sentido, baste recordar que el delito de daños por el que se condena a los es una infracción penal susceptible de generar una responsabilidad civil, ya que, además de constituir una infracción tipificada en el Código Penal, causa un daño material susceptible de ser resarcido. Acreditada, en el caso, la realidad y cuantía de los daños, así como su enlace causal con la acción delictiva por la que se condena a los acusados, debe ser aplicado el art. 109 del Código Penal, en el que se dispone que la ejecución de un hecho descrito como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.

De conformidad con las disposiciones legales citadas, responderán los acusados - Miguel, Jose Carlos, Luis Pablo, Juan Alberto y Oscar, conjunta y solidariamente, a:

- Ismael, en la cantidad de 60 € por cada uno de los días en que estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales (496 días) y 30.000 € en concepto de secuelas.

- Luis Antonio, en la cantidad de 60 € por cada uno de los días en que estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales (584 días) y 60.000 € en concepto de secuelas.

- Al representante legal de la entidad Uribe en la cantidad de 632,50 € por los desperfectos causados en el vehículo BI-9423-CH.

- Al representante legal de la Policía Autónoma Vasca en la cantidad de 4.591,71 €.

- Al funcionario de la PAV con número de identificación NUM006, en la cantidad de 182,46 € Y

- Al representante legal de la entidad BBK en la cantidad que resulte acreditada en ejecución de sentencia por los desperfectos ocasionados en la Sucursal nº 5 de Portugalete.

En todos los casos descritos les será de aplicación lo dispuesto en el art. 576 LEC sobre intereses.

OCTAVO.- Costas.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, considerando que la acusación se ha formulado por varios delitos de asesinato terrorista en grado de tentativa y delito de daños, se atribuye a

cada uno de los acusados la parte proporcional de las costas, declarando de oficio la cuota correspondiente a Humberto.

Por lo expuesto, y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

EN EL NOMBRE DE S.M. EL REY

FALLAMOS

1) Que debemos condenar y condenamos a Miguel, Jose Carlos, Luis Pablo, Juan Alberto y Oscar:

Como autores criminalmente responsables de dos delitos de asesinato terrorista en grado de tentativa, ya definidos y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DIEZ AÑOS de PRISIÓN por cada uno de los delitos con la accesoria de dieciséis años de inhabilitación absoluta.

Como autores de un delito de daños, ya definido y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de DOS AÑOS de PRISIÓN con la accesoria de nueve años de inhabilitación absoluta.

A que por vía de responsabilidad civil indemnicen, conjunta y solidariamente, a:

- Ismael, en la cantidad de 60 € por cada uno de los días en que estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales (496 días) y 30.000 € en concepto de secuelas.

- Luis Antonio, en la cantidad de 60 € por cada uno de los días en que estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales (584 días) y 60.000 € en concepto de secuelas.

- Al representante legal de la entidad Uribe en la cantidad de 632,50 € por los desperfectos causados en el vehículo BI-9423-CH.

- Al representante legal de la Policía Autónoma Vasca en la cantidad de 4.591,71 €

- Al funcionario de la PAV con número de identificación NUM006, en la cantidad de 182,46 € Y

-Al representante legal de la entidad BBK en la cantidad que resulte acreditada en ejecución de sentencia por los desperfectos ocasionados en la Sucursal nº 5 de Portugalete.

En todos los casos descritos les será de aplicación lo dispuesto en el art. 576 LEC sobre intereses.

Al pago proporcional de las costas procesales.

2) Que debemos absolver y absolvemos libremente al acusado Humberto de los dos delitos de asesinato terrorista en grado de tentativa y de un delito de estragos terroristas por los que venía siendo acusado, con declaración de las costas proporcionales de oficio, dejando sin efecto las medidas cautelares y el procesamiento dictado.

Para el cumplimiento de la prisión de los condenados se les abonará el tiempo que hubieran estado privados de libertad por esta causa, si no se les hubiera sido abonado ya en otra u otras causas.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, previa preparación del mismo ante este Tribunal en el plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación.

Así por nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.