

Roj: STS 7376/2011  
 Id Cendoj: 28079120012011101141  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 10422/2011  
 Nº de Resolución: 1055/2011  
 Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO  
 Ponente: MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA  
 Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Octubre de dos mil once.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por **Marcos , Pelayo , Silvio , María Luisa** , contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 4ª, con fecha veintiocho de diciembre de dos mil diez , en causa seguida contra Marcos , Silvio y Pelayo , los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo partes recurrentes los acusados Marcos , Pelayo y Silvio , representados por el Procurador Don Javier Cuevas Rivas; la acusación particular **María Luisa** , representada por el Procurador Don José Pedro Vila Rodríguez; en calidad de partes recurridas, **la ASOCIACIÓN DE VÍCTIMAS DEL TERRORISMO**, representada por la Procuradora Doña Esperanza Alvaro Mateo; **Concepción y Jesús María** , representados por el Procurador Don Jose Pedro Vila Rodríguez; y **la ASOCIACIÓN UNIFICADA DE LA GUARDIA CIVIL** , representada por el Procurador Don Domingo José Collado Molinero, que posteriormente se les tiene por decaídos.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado Central de Instrucción nº 1 de los de Madrid, instruyó el Sumario con el número 73/2.008, contra Marcos , Silvio e Pelayo , y, una vez declarado concluso el mismo, lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (Sección 4ª, rollo 70/08) que, con fecha veintiocho de Diciembre de dos mil diez, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

*"PRIMERO.- El día 11 de mayo del año 2008, los acusados Silvio e Pelayo , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, a bordo del vehículo automóvil marca Renault Megane propiedad de su común amigo Evelio , se desplazaron a Francia para traer desde dicho país a España una furgoneta cargada de explosivos, cuyo contenido uno y otro conocían, material éste, para ser utilizado en acciones consistentes en ataques a personas y bienes en la idea de desestabilizar el orden legalmente constituido, conociendo el segundo de los acusados y participando en su perpetración, que tales explosivos que traían desde el país vecino a bordo de la furgoneta, se iban a emplear el día 14 de mayo siguiente en el ataque al Acuartelamiento de la Guardia Civil sito en la localidad de Villarrela-Legutiano (Álava).*

*Una vez que regresaron de Francia, dejaron estacionada en la localidad de Santo Domingo de la Calzada la furgoneta provista de explosivos, los cuales venían tapados con una manta y en esa disposición dejaron en dicho vehículo en meritada población.*

*La referida furgoneta, de color granate, de la marca Citroen modelo Berlingo, con matrícula francesa ....-DF-.... , había sido sustraída a su propietaria el día 17 de abril de 2008 en la localidad de Saint Bornnet (Francia), no constando que tal sustracción fuera llevada a cabo por el acusado Silvio , que circuló en la misma sin estar autorizado por su dueña, y, que tenía colocadas las placas de matrículas .... QCY dobladas, correspondiente la auténtica a otro turismo de esa misma marca y modelo que las tenía colocadas.*

*Dos días mas tarde, el 13 de mayo siguiente, se juntaron en la localidad de Santo Domingo de la Calzada, la furgoneta, el turismo Peugeot modelo 306 con matrícula H-....-HM , y, un automóvil marca Opel modelo Astra, cada uno para distinto cometido.*

*La furgoneta como contenedor de los explosivos, era la prevista para su uso como coche-bomba, el segundo de los vehículos para la huida de los que llevaran a cabo el ataque al Cuartel de Legutiano, y, el tercero iba a servir previamente a ello de lanzadera a los otros dos en el recorrido desde el punto de partida en Santo Domingo de la Calzada en dirección a dicho Cuartel.*

*El vehículo automóvil marca Peugeot, modelo 306 XSD con número de bastidor NUM000 , el día 14 de abril anterior había sido sustraído en la localidad de Berango a su propietario Roman , no constando que lo llevaran a cabo el acusado Silvio ni el asimismo acusado Marcos , mayor de edad y sin antecedentes penales, persona ésta, que no obstante sabía de su sustracción al igual que la de la furgoneta referida, siendo dicho acusado el encargado en compañía de otra persona a la que no afecta ésta resolución, de materializar el ataque al Cuartel de la Guardia Civil ubicado en Legutiano, en la idea de causar el mayor número de ataques a las personas y desperfectos a los bienes con la finalidad antes expresada.*

*El vehículo Peugeot 306 que había permanecido, una vez sustraído, oculto en el parking de la urbanización "El Cardizal", sita en la localidad de Ezcaray, (Logroño), circunstancia que era conocida por el acusado Gabino , el día 13 de mayo de 2008, se desplazó por el mismo hasta Santo Domingo de la Calzada, yendo dicho turismo asimismo provisto de explosivos para activarlos y así eliminar cualquier rastro que revelara la identidad de los que lo utilizarían para la huida tras el ataque al reiterado Cuartel.*

*Ese mismo día y a esa misma población, se dirigió el acusado Silvio pilotando un turismo Opel Astra, coincidiendo finalmente conforme lo previsto, los tres vehículos en Santo Domingo de la Calzada, que era donde había permanecido estacionada la furgoneta que en compañía de Pelayo trajo de Francia aquel acusado.*

*A partir de ese instante en que ya se encontraron los tres vehículos en la población riojana, se inició la marcha en dirección a Legutiano, sirviendo el turismo Opel Astra de lanzadera a los otros dos por ir cargados de explosivos; dicho recorrido siguió hasta la carretera de Gorbea, donde el pilotado por Silvio , se separó de los conducidos por Marcos y por la tercera persona a la que no afecta esta resolución, siguiendo aquél en dirección a Bilbao, y los otros dos, en aproximación al Cuartel de la Guardia Civil de Legutiano.*

*Una vez cerca de la Casa Cuartel, Marcos y la persona que le acompañaba, dejaron estacionada junto a la puerta de acceso al recinto de ese edificio la furgoneta cargada de los explosivos que, preparados desde Francia seguían ocultos tras una manta, faltando por ultimar lo conducente a accionar el artefacto, lo que una vez efectuado, tanto dicho acusado como la persona a la que no le afecta esta resolución, abandonaron el lugar en el automóvil Peugeot-306, en el que recorrieron unos 18 kilómetros, tras lo que, en el Alto de Urkiola descendieron del turismo que dejaron con el explosivo cronometrado para que se accionara a las seis de la madrugada, sin que se produjera la explosión a la hora y en la forma prevista por tales, ya que fue localizado unas horas antes donde lo habían dejado, tratándose de una pista en el alto del puerto de Urkiola, término municipal de Abadiño (Territorio Histórico de Vizcaya), lo que permitió acceder al turismo, inspeccionarlo y hacerse los investigadores con vestigios que pudieran ser relevantes para el esclarecimiento de los hechos.*

*Previamente, la furgoneta había hecho explosión sobre las 2:55 horas del día 14 de mayo de 2008, no dando tiempo a esquivar o al menos pretender reducir sus efectos, dado que no hubo llamada de aviso alguna anterior a dicha explosión, produciéndose la misma a los dos minutos de ser aparcada a las puertas del edificio y tratarse la carga explosiva de unos ciento cincuenta o doscientos kilogramos de amonal (nitrato amonio y polvo de aluminio).*

*El impacto de la explosión causó acto seguido la muerte por traumatismo raquímedular cervical, buscada por los acusados Marcos y Silvio , del Guardia Civil Don Domingo , de 41 años de edad, casado y con un hijo menor de edad, y, con heridas, sin ese resultado letal, también deseado por aquéllos, de entre las veintisiete personas residentes en dicho edificio, doce personas civiles y quince pertenecientes al Instituto armado, de las siguientes:*

- Purificación , esposa del Guardia Civil fallecido, tardó en sanar de las heridas sufridas sesenta y cinco días. Presentó trastorno depresivo reactivo con moderado grado de sintomatología ansiosa. Precisa tratamiento farmacológico y psicología en la actualidad.

- Celestino , hijo menor de los anteriores, ha estado en tratamiento psicológico durante dos años sin que obre la sanidad del mismo.

- Eugenio , con trastorno por estrés postraumático como lesión psicológica por lo que permaneció de baja laboral doscientos cuarenta y seis días, no presentando secuela.

- Gustavo , padeció trastorno por estrés postraumático crónico, lesión y secuela psicológica. Preciso asistencia facultativa y tratamiento médico durante setecientos treinta días, estando incapacitado para su

ocupación habitual y quedándole un trastorno por estrés postraumático crónico que le imposibilita el normal ejercicio de su trabajo habitual.

- Leonardo , de quince años de edad, sufrió heridas de contusión en tórax, de las que tardó en estabilizarse ciento veinticuatro días, quedándole trastorno por estrés postraumático, con insomnio y miedos.

- Amalia , presentó trastorno adaptativo ansioso, del que tardó en curar ciento noventa días durante los que no estuvo incapacitado para su ocupación habitual y presenta dificultad para conciliar el sueño, pesadillas y ocasionales cuadros de ansiedad.

- Ruperto , recibió una primera asistencia, padeció y padece acúfenos (pitidos), en oído izquierdo mantenidos a lo largo del tiempo. Tardó en curar setecientos treinta días, durante los que estuvo incapacitado y precisó tratamiento y control médico durante ese periodo, y la secuela le incapacita para el desarrollo de su vida habitual y con limitaciones para el normal desarrollo de su vida.

- Jose Miguel , se le diagnosticó hipoacusia neurosensorial bilateral asimétrica más acentuada en el oído izquierdo. Acúfenos. Se le adaptó un audífono. Primera asistencia sin hospitalización y tratamiento médico, estabilizándose en un periodo de tiempo de setecientos treinta días, durante los que estuvo incapacitado para su ocupación habitual. Estrés postraumático crónico y como secuela acúfenos, hipoacusia neurosensorial severa de oído izquierdo y ligera en oído derecho lo que le incapacita para el normal desarrollo de su trabajo y con importantes deficiencias o limitaciones para el desarrollo de su vida habitual, aparte de deber continuar con tratamiento y control médico otorrinolaringológico, psiquiátrico y psicológico.

- Elvira , sufrió trastorno de ansiedad y por estrés postraumático crónico, con primera asistencia médica y tratamiento que se estabilizó en ciento setenta días, de los que durante treinta y cinco días estuvo incapacitada para su trabajo habitual, quedándole trastorno por estrés postraumático crónico por desfavorable evolución y cefaleas tensionales nerviosas.

- Macarena , que sufrió trastorno por estrés postraumático crónico, con primera asistencia facultativa y tratamiento médico, estabilizándose en doscientos cincuenta días de los que durante ciento veinte estuvo incapacitada, quedándole trastorno por estrés postraumático crónico con ocasionales cuadros de ansiedad.

- Agustín , que sufrió traumatismo acústico y síndrome de ansiedad. Diagnosticado de sordera bilateral ligera. Con primera asistencia facultativa y tratamiento médico, invirtiendo ciento ochenta y tres días en la curación de las heridas sufridas de los que durante cincuenta y dos días estuvo de baja laboral, quedándole como secuela una ligera hipoacusia bilateral, que no le impide la realización de su trabajo habitual.

- Rosario , que sufrió contractura muscular cervical leve y trastorno de ansiedad. Primera asistencia médica y precisó ciento cuarenta días en la curación de las heridas de los que durante cuarenta y nueve días estuvo incapacitada, persistiéndole problemas de sueño y traumatismo en cuello, sin quedarle secuela.

- Candido , que padeció hematoma frontal izquierdo, contusiones en el cuello y en la espalda, con seguimiento psicológico sin tratamiento. Dos asistencias médicas y precisó veinte días de curación durante los que estuvo incapacitado.

- Ernesto , precisó asistencia médica periódica, tardando en curar setecientos noventa y un días durante los que estuvo incapacitado, quedándole trastorno depresivo reactivo y severo que le incapacita para su trabajo habitual.

- Candida , necesitó asistencia médica periódica, tardando en curar ochocientos ocho días durante los que estuvo impedida, quedándole trastorno depresivo reactivo, lo que le incapacita para el normal desarrollo de su trabajo habitual y precisando control y tratamiento psiquiátrico.

- Jesús María , precisó por las heridas sufridas ingresó hospitalario durante nueve días así como tratamiento médico y quirúrgico, invirtiendo en la estabilización de las heridas cuatrocientos cuarenta y dos días, presenta secuelas tanto físicas como psíquicas y se encuentra incapacitado para todo trabajo y con graves limitaciones para el desarrollo de su vida habitual, precisando controles y tratamiento médico a largo plazo.

- Concepción , padeció graves heridas y precisó ingreso durante once días con tratamiento médico quirúrgico, invirtiendo cuatrocientos treinta y cinco días en la estabilización de las heridas y presentando secuelas físicas y psíquicas que suponen una incapacidad para todo trabajo y que limitan de forma relevante su vida habitual, con tratamiento médico y controles a largo plazo.

- Leovigildo , sufrió trastorno de estrés postraumático, tardando en sanar trescientos once días durante los que estuvo incapacitado y con secuelas por dicho trastorno de estrés postraumático.

- Emilia , sufrió trastorno de estrés postraumático, tardando en sanar doscientos cincuenta y tres días durante los que estuvo incapacitada, quedándole dicho trastorno de estrés postraumático.
- Juana , se encuentra estabilizada de las heridas sufridas precisando una baja laboral de quinientos dieciséis días, durante los que precisó tratamiento médico y farmacológico, continuando en la actualidad bajo tratamiento psicoterápico y con síndrome ansioso depresivo.
- Romeo , sufrió trastorno por estrés agudo y herida incisa superficial en región derecha de la frente, con asistencia en el lugar de los hechos. Tardó en sanar ciento veintiún días de los que durante ciento dos días estuvo incapacitado. Tratamiento psicofármacos y psicoterapia y con episodios de insomnio.
- Jose María , invirtió en la estabilización de las heridas trescientos quince días, de los que durante cincuenta y seis días permaneció de baja laboral. Ha precisado tratamiento y control médico, quedándole como secuela un trastorno ansioso depresivo debido a la mala evolución del síndrome de estrés postraumático.
- Rebeca , invirtió ciento diez días en la estabilización de las heridas, precisando asistencia médica (psiquiátrica), y ha precisado asistencia psicoterápica. Presenta como secuela, síntomas encircunstancias concretas, tales aglomeraciones, noche, ruidos.
- Marí Luz , de catorce años de edad, invirtió ciento veinticuatro días en la estabilización de las heridas sufridas, precisando asistencia médica (psiquiátrica), y ha precisado asistencia psicoterápica, presentando miedo a dormir sola y dificultades para conciliar el sueño.
- Araceli , se le declaró en situación de incapacidad permanente total con un grado global de limitación en la actividad del 41%. Le han quedado cicatrices varias, trastorno depresivo mayor y por estrés postraumático, así como acúfenos.
- Alexis , ha invertido ciento veinticuatro días en sanar durante los que estuvo incapacitado para el normal desarrollo de su vida habitual, habiendo precisado control y tratamiento médico, sin presentar secuela.
- Elisabeth , cuya sanidad no obra.
- Candido , de diez años de edad, que invirtió en la estabilización de sus heridas ciento veintiún días quedándole un trastorno de adaptación con situaciones de pánico, insomnio y miedos.
- Augusto , sufrió traumatismo abdominal cerrado con hemoperitoneo, heridas inciso-contusas en manos, cuero cabelludo y región frontal y cuerpos extraños a nivel de la apófisis estiloides de la muñeca derecha, que requirieron tratamiento médico y quirúrgico. Permaneció en situación de baja laboral hasta el día 29 de junio de 2010, en que se declaró la situación de incapacidad permanente total, con un grado global de limitación en la actividad del 41%. Le quedaron cicatrices varias y trastorno por estrés postraumático y depresivo mayor y acúfenos.

*A consecuencia de la explosión se produjeron desperfectos en la estructura del edificio, con derrumbamiento de la zona central de la fachada principal, en el material de dotación y equipamiento de la Guardia Civil, estando tasados en la suma de tres millones ciento ochenta y tres mil doscientos doce euros con sesenta y cuatro céntimos de euros (3.183.212,64) .*

*Asimismo se produjeron desperfectos en los enseres personales de las familias residentes en la Casa Cuartel, en propiedades de vecinos de Legutiano y en veintidós vehículos estacionados en la zona.*

*El atentado fue reivindicado por **ETA** en comunicado remitido al periódico GARA y publicado el día 30 de mayo de ese mismo año.*

*SEGUNDO.- Una vez descubierto el turismo marca Peugeot 306 abandonado por el acusado Marcos y por la persona que le acompañaba, se comprobó por miembros de la Policía Autónoma Vasca que en su interior había una garrafa de grandes dimensiones en el asiento del piloto, procediendo a romper las lunas delanteras y trasera derecha a fin de neutralizar cualquier riesgo, desencadenándose una detonación en el interior del turismo que dio lugar a una combustión que logró ser sofocada por miembros de la UDE, dado además, la posibilidad de que se extendiera a la totalidad del vehículo y afectara a las evidencias que pudieran contener.*

*Tras ello, se procedió a la recogida de evidencias, entre las que se hallaron un trozo de algodón, un tupper transparente con dos pegatinas con el anagrama de **ETA**, dos casquillos metálicos de munición percutidos, una llave de un vehículo a motor de la marca CITROEN con un llavero en el que se lee CAISSE DEPARAGNE, que pertenece a la furgoneta sustraída en Francia, varios tipos de sustancia, restos de fibra de algodón en que apareció el perfil genético de Marcos , un papel impreso con anagrama de **ETA**, un trozo de papel adhesivo en el que por su anverso figura confeccionada una anotación manuscrita "ALUMINIO*

20 KG HAUTSA", entre otras, siendo remitidas a distintas dependencias a fin de la elaboración de los correspondientes informes periciales.

En lo que respecta al artefacto localizado en dicho turismo, estaba compuesto, por un sistema de activación temporizado dispuesto para activarse a las seis horas del día 14 de mayo de 2008, por un detonador de fabricación artesanal y por un cordón detonante de esa misma fabricación, cuya misión era la de reforzador del explosivo principal, todo conducente tal como lo idearon los que participaron en el ataque al Acuartelamiento de Legutiano, a que con la explosión de dicho artefacto, se eliminaría todo rastro útil para la investigación.

Los dos casquillos han sido percutidos y disparados por una misma arma compatible con las de las características de los subfusiles automáticos de la marca MAT modelo 1949 del calibre 9mm.Parabellum, localizándose en un zulo un subfusil de esas características, habiéndose utilizado un tercer casquillo como los anteriores en un enfrentamiento de miembros de la Policía Autónoma Vasca con personas vinculadas a **ETA**.

Con motivo de la detención de los acusados y otras personas, se practicaron diligencias varias, y, entre ellas la inspección del vehículo propiedad de Evelio del que se recogieron evidencias, las cuales fueron remitidas para su análisis al departamento correspondiente, detectándose en una colilla de cigarro el perfil genético del Silvio "(sic).

**Segundo.-** La Audiencia Nacional, Sala de lo Penal en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Marcos y Silvio , como autores criminalmente responsables, de un delito de asesinato terrorista, catorce delitos de asesinato terrorista intentados, doce delitos de asesinato terrorista intentados, un delito de estragos terroristas, un delito de daños, y dos delitos de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas a cada uno de ellos de:

- Por el delito de asesinato terrorista, a la pena de TREINTA AÑOS DE PRISIÓN y cincuenta años de inhabilitación absoluta.

- Por catorce delitos de asesinato terrorista intentados, a la pena de VEINTE AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta por treinta años por cada uno de los catorce delitos.

- Por doce delitos de asesinato terrorista intentados, a la pena de QUINCE AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta por veinticinco años por cada uno de los doce delitos.

- Por un delito de estragos terroristas, a la pena de VEINTE AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta por cuatro años.

- Por un delito de daños, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- Por dos delitos de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, a la pena cada uno de DIECIOCHO MESES DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta por ocho años, así como al pago en cinco onceavas partes cada uno de las costas procesales causadas.

Se les prohíbe asimismo que residan en Legutiano y que se acerquen a las víctimas del atentado por un tiempo de diez años contados a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Pelayo , como autor criminalmente responsable de un delito de colaboración con organización terrorista, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, multa de veinte meses con cuota diaria de cincuenta euros e inhabilitación absoluta por catorce años y al pago de una onceava partes de las costas procesales causadas.

Se le prohíbe que resida en Legutiano y que se acerque a las víctimas del atentado por un tiempo de diez años contados a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Asimismo los acusados Marcos y Silvio deberán indemnizar conjunta y solidariamente a las personas físicas y jurídicas relacionadas en el fundamento de derecho undécimo de esta resolución en las cantidades fijadas, que se incrementarán con los intereses legales, y se resolverá en ejecución de sentencia el resto delimitado en dicho razonamiento.

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad les será de abono el tiempo de privación de libertad que hayan sufrido por ésta causa.

A los efectos previstos en el art. 861 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se prorroga hasta la mitad de la pena impuesta la prisión provisional que afecta a los acusados, que figuran como presos preventivos en este procedimiento.

Una vez firme la presente resolución, comuníquese la misma a los efectos legales oportunos al Registro Central de Penados y Rebeldes"(sic).

**Tercero.-** Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, por **Marcos , Pelayo y Silvio y por María Luisa** , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

**Cuarto.-** El recurso interpuesto por Marcos , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**1 y único.-** Por vulneración del principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, con apoyo procesal en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al haberse condenado a Marcos como autor penalmente responsable de un delito de asesinato terrorista, catorce delitos de asesinato terrorista intentados, doce delitos de asesinato terrorista intentados, un delito de estragos terroristas, un delito de daños, y dos delitos de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, sin que exista prueba procesal válida alguna de cargo que desvirtúe dicha presunción.-

**Quinto.-** El recurso interpuesto por Pelayo , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**1.-** Por vulneración del principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, con apoyo procesal en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al haberse condenado a Pelayo como autor penalmente responsable de un delito de pertenencia a organización terrorista, sin que exista prueba procesal alguna de cargo que desvirtúe dicha presunción.-

**2.-** Por vulneración del principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, con apoyo procesal en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al haberse condenado a Pelayo como autor penalmente responsable de un delito de pertenencia a organización terrorista, sin que exista prueba procesal alguna de cargo que desvirtúe dicha presunción.-

**Sexto.-** El recurso interpuesto por Silvio , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**1.-** Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Se interpone el presente recurso por vulneración del Art. 15 de la Constitución Española, así como el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el Art. 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que expresamente señalan que toda persona tiene derecho a la integridad física y moral sin que en ningún caso pueda ser sometida a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, en relación con el Art. 238 de la L.O.P.J ., que indica que cuando se han obtenido declaraciones vulnerando derechos fundamentales estos son nulos, así como todo lo relacionado con los mismos, no pudiendo ser utilizado en el procedimiento como prueba.

**2.-** Al amparo de lo indicado en el art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , ya que la Sala ha valorado de manera equivocada, cambiando su contenido y no ajustándose a lo indicado en los mismos los documentos aportados por esta parte, y que se hallan en el Rollo de Sala - Tomo I- a los folios 396 y siguientes.-

**3.-** Al amparo de lo indicado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías, por vulneración del Art. 24 de la Constitución Española.-

**4.-** Al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al haberse dictado contra su representado sentencia condenatoria sin prueba de cargo, que desvirtúe la presunción de inocencia.-

**5.-** Al amparo de lo indicado en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del Art. 572, 579, 571, 346, 244, 234 y 574 en relación con el Art. 28 b) del vigente Código Penal para Silvio .-

**Sétimo.-** El recurso interpuesto por María Luisa , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**1.-** Al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la LECrim por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva expresado en el artículo 24 de la Constitución y vulneración del derecho de defensa.-

**Octavo.-** Instruido el Ministerio Fiscal y las partes recurridas, éstas se oponen a la admisión de los motivos aducidos en los recursos interpuestos, que se impugnan en su caso, por las razones que obran unidas a los presentes autos; a excepción del Ministerio Fiscal, que instruido de los recursos formalizados, impugna todo los motivos de todos los recurrentes excepto el motivo primero del recurso de María Luisa que se apoya,

por las razones expresadas en su escrito; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Noveno.-** Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la misma prevenida para el día once de Octubre de dos mil once.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Marcos

**PRIMERO.-** En el único motivo de su recurso denuncia la vulneración de la presunción de inocencia. Argumenta que su condena se basa, según la sentencia en la segunda declaración policial, que se negó a firmar; que en todo caso, sus declaraciones policiales no fueron voluntarias, pues denunció haber sido objeto de malos tratos y pasó más de 24 horas sin ser reconocido por el médico forense; que no se ha cumplido el protocolo para la prevención de malos tratos, pues no se han aportado las grabaciones de los detenidos durante el tiempo de la incomunicación, ni fue examinado por el médico forense cada ocho horas; y que los datos de corroboración externa procedentes de los informes periciales NUM004 no pueden valorarse al haberse aportado irregularmente después del escrito de acusación del Ministerio Fiscal y sin dar traslado a las defensas, considerando el recurrente que la Sala ha desarrollado actuaciones de instrucción.

1. La cuestión relativa a la posibilidad de valorar como única prueba de cargo las declaraciones de acusados y testigos realizadas ante la policía y no ratificadas, o rectificadas, ante las autoridades judiciales, ha sido examinada en numerosas ocasiones tanto por esta Sala como por el Tribunal Constitucional con criterios no siempre coincidentes en su integridad en ambas sedes, aunque la evolución de la jurisprudencia de los dos tribunales, permite considerar actualmente resuelta la cuestión en el sentido en que luego se dirá ( STC nº 68/2010 y STS nº 726/2011 ).

Se ha entendido, como principio, que las únicas pruebas de cargo que pueden ser valoradas con eficacia enervante de la presunción de inocencia son las practicadas en el juicio oral bajo los principios de oralidad, intermediación y contradicción, y, ordinariamente, de publicidad, mientras que las diligencias practicadas en la fase de instrucción son solamente medios de investigación que permiten preparar la decisión sobre la apertura del juicio oral e identificar y asegurar los medios de prueba. Esta regla general admite, sin embargo, excepciones, pues no puede negarse todo valor probatorio para cualquier caso a las diligencias sumariales. Sin embargo, como tales excepciones, han de cumplir algunos requisitos o exigencias mínimos y no deben ser extendidas a supuestos distintos.

Concretamente en lo que se refiere a las declaraciones testificales, los *artículos 448, 449, 777.2 y 797.2* de la LECrim contemplan supuestos de prueba preconstituida, y los *artículos 714 y 730 de la LECrim* permiten incorporar al plenario el resultado de diligencias sumariales cuando se aprecie contradicción entre lo declarado ante el Juez y lo declarado en el juicio oral o cuando resulte imposible o de extrema dificultad la presencia del testigo en el acto del juicio. La jurisprudencia ha entendido que el tribunal puede atender razonadamente a una u otra declaración para establecer el relato fáctico. Se trata, por lo tanto de la incorporación al plenario, como pruebas, del resultado de diligencias sumariales para que el Tribunal pueda proceder válidamente a su valoración.

Además de los primeros casos, en los que la presencia e intervención del Juez de instrucción viene expresamente exigida en el precepto legal, debe entenderse que, como expresa rotundamente la STC 206/2003 , "debemos recordar aquí, como ya hiciéramos en la STC 51/1995, de 23 de febrero , F. 5, que los cauces establecidos por los *artículos 714 y 730 LECrim* «se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el período procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto que declara concluida la instrucción, y no en la fase preprocesal, que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía». Solo, pues, las diligencias del sumario propiamente dicho y siempre que se hayan practicado de forma inobjetable en función de las garantías exigibles. Entre ellas, siempre, la presencia del Juez.

Respecto de las declaraciones prestadas por los testigos en sede policial, debe concluirse que carecen en principio de valor probatorio de cargo, no bastando con su reproducción en el juicio oral para que puedan ser tenidas como pruebas ( STC 31/1981 ; 9/1984 ; 51/1995 ; y 206/2003 ), siendo necesario para ello que sean ratificadas y reiteradas a presencia judicial. Es cierto que la doctrina ha entendido que, en supuestos excepcionales, cuando concurren circunstancias "que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías" ( STC 7/1999 ), será posible que tales diligencias alcancen valor probatorio de cargo si sus resultados son introducidos en el juicio oral mediante la práctica de auténticos medios de prueba practicados con arreglo a la normas que rigen el juicio oral. ( SSTC 36/1995,

de 6 de febrero ; 51/1995, de 23 de febrero ; 7/1999, de 8 de febrero , y 206/2003, de 1 de diciembre ). En estos casos excepcionales las declaraciones testificales prestadas ante la policía pueden ser introducidas válidamente mediante la declaración referencial de los agentes policiales que las presenciaron.

Pero solamente de forma excepcional cuando existan circunstancias que impidan la práctica de la prueba mediante la declaración del testigo directo. Cuando éste comparece ante el Tribunal y declara rectificando sus declaraciones policiales, el contenido inculpatario de estas últimas no puede ser tenido en cuenta como prueba de cargo mediante su introducción a través de la declaración de los agentes que la presenciaron. En primer lugar, porque se trata de una declaración referencial cuando se dispone del testigo directo, y tanto la doctrina como la jurisprudencia rechazan la sustitución del testigo directo por el referencial cuando se trata de la única prueba de cargo; y en segundo lugar, lo que se constituye en elemento decisivo, porque no se prestó ante el Juez, sino ante los mismos que ahora declaran sobre su realidad y circunstancias; y se contraponen en sentido de una declaración prestada ante el Juez con el de otra que no lo fue. Es por ello que, aunque existen algunas sentencias, del Tribunal Constitucional especialmente, que permitirían construir otra posición sobre el particular, en realidad son afirmaciones que no pueden ser interpretadas en un sentido tal que deje sin efecto las constantes exigencias jurisprudenciales relativas a la necesidad de la presencia del Juez en la declaración sumarial del testigo para que pueda considerarse prueba preconstituida, o la doctrina consolidada del mismo Tribunal acerca de la eficacia probatoria de las declaraciones de los testigos de referencia.

2. Cuando se trata de declaraciones de imputados la cuestión no es muy diferente. Esta Sala ha admitido la aplicación del *artículo 714 de la LECrim* , a pesar de su literalidad, en los casos en los que exista contradicción entre las declaraciones sumariales del acusado y las prestadas en el juicio oral. Asimismo, como ya se ha dicho más arriba, ha establecido que el Tribunal puede tener en cuenta, total o parcialmente, unas u otras en función de la valoración del conjunto de la prueba disponible. Pero siempre que se trate de declaraciones prestadas en el sumario ante el Juez de instrucción, de forma inobjetable, e incorporadas al juicio oral en condiciones de contradicción, y siempre que la elección, especialmente cuando se opta por la versión sumarial que el Tribunal no ha presenciado con intermediación, venga acompañada en la sentencia de un razonamiento explicativo de la decisión, con valoración expresa de los elementos de corroboración que la justifican. En este sentido la STS nº 1105/2007 y la STS nº 577/2008 .

Cuando se trata de declaraciones prestadas en sede policial, es evidente, como ya se ha dicho más arriba, que no podrán ser utilizadas en caso de que se hubieran practicado con vulneración de derechos fundamentales, sin perjuicio de los efectos de su nulidad sobre otras pruebas derivadas, lo que sería necesario determinar en cada caso. Sin embargo, aun cuando se trate de declaraciones válidas al haber sido practicadas con toda corrección, no pueden ser incorporadas al plenario como prueba de cargo a través del *artículo 714* , pues no han sido prestadas ante el Juez, única autoridad con independencia institucional suficiente para preconstituir pruebas. A pesar de ello, y esto es cuestión de alcance diferente, pueden aportar datos objetivos, hasta entonces desconocidos, que permitan seguir líneas de investigación que conduzcan a la obtención de verdaderas pruebas. Además, las diligencias de comprobación de la existencia de los aspectos fácticos contenidos en la declaración policial del imputado, podrán ser valoradas en función de su contenido inculpatario una vez incorporadas adecuadamente al juicio oral. En este sentido ya se había manifestado esta Sala en la STS 1106/2005, de 30 de septiembre . Decía esta sentencia que "En este sentido, conviene señalar que las declaraciones prestadas en sede policial, asistido de letrado, por un imputado, no pueden ser consideradas, por sí mismas, prueba de cargo, por tratarse de actividad preprocesal, que no ha sido incorporada ni al sumario ni al juicio oral (entre otras, STS 1940/2002, de 21 de noviembre ). Ello no quiere decir, sin embargo, que carezcan de cualquier valor atinente a la misma investigación, pues en el caso de tratarse de declaraciones autoincriminatorias, como es el caso, si proporcionan datos objetivos de donde obtenerse indicios de su veracidad intrínseca, la prueba de cargo se obtendrá a través de esos otros elementos probatorios, que conformarán la convicción judicial, y no estrictamente de su declaración policial. Dicho de otro modo: si alguien confiesa un homicidio voluntariamente en sede policial, asistido de letrado, con todas las garantías, y previa información de sus derechos constitucionales, entre ellos el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y fruto de los datos que ha proporcionado se encuentra el cuerpo del delito, el arma y la ubicación del sujeto que se declaró responsable del crimen en el lugar de los hechos en la hora y el día del suceso, la declaración auto-inculpatoria habrá cobrado valor a través de otros datos, ciertamente proporcionados por el imputado, pero corroborados por pruebas estrictamente procesales, incorporadas legítimamente al juicio oral, sin que pueda señalarse que la prueba descansaba exclusivamente en la declaración del acusado llevada a cabo en sede policial sin ratificación judicial". Es decir, cuando el imputado aporte en sede policial datos hasta entonces desconocidos, las diligencias de comprobación de su correspondencia con la realidad, podrán ser incorporadas al juicio oral y ser valoradas como prueba.

Esta línea jurisprudencial es completada en posteriores sentencias. Concretamente en la STS nº 1228/2009 se decía lo siguiente: "Esa declaración, que no es diligencia sumarial, es no obstante un hecho sucedido, un hecho ocurrido que por su misma existencia es susceptible de ser considerado en el curso del razonamiento valorativo que recaiga sobre las verdaderas pruebas del proceso, cuyo análisis, sometido a una ineludible exigencia de razonabilidad, no permite prescindir de la índole significativa, - aunque no por sí misma probatoria- del comportamiento del inculpado en actos preprocesales cuando éstos permiten calibrar el alcance de los datos aportado por las pruebas. La declaración autoinculpatoria en sede policial, no es una prueba de confesión ni es diligencia sumarial, pero es un hecho personal de manifestación voluntaria y libre documentada en el atestado. Un acto que en todo caso por su misma naturaleza sólo puede suceder dentro de un marco jurídico, con observancia de requisitos legales, sin los cuales el ordenamiento le niega validez, es decir existencia jurídica, y por ello aptitud para producir efecto alguno".

De estas consideraciones se obtiene que si en la declaración policial autoinculpatoria, que no opera en sí misma como prueba de cargo, se contienen datos objetivos cuya existencia es después comprobada mediante otras diligencias, estas diligencias, incorporadas debidamente al juicio oral, por ejemplo a través de la testifical de quienes las practicaron y la aportación material de sus resultados, pueden ser valoradas como elementos relevantes dentro de un razonamiento inferencial al objeto de establecer conclusiones en el aspecto fáctico.

Por otra parte, en Pleno no jurisdiccional celebrado el 28 de noviembre de 2006, la Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó que "las declaraciones válidamente prestadas ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia". Acuerdo que fue seguido de las STS núm. 1215/2006, de 4 de diciembre . La interpretación de este acuerdo, debe ajustar su sentido a los posteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en alguna medida no unitarios en el momento en que se acordó.

Nada impide, por otro lado, que las declaraciones policiales válidas sean empleadas en el interrogatorio del plenario con la finalidad de aclarar las diferencias entre unas y otras manifestaciones, ( STS nº 1228/2009 ), especialmente en relación con los aspectos objetivos acreditados por otras pruebas a los que se acaba de hacer referencia, pues es claro que debe existir una oportunidad para la defensa del acusado en orden a la aportación de una explicación razonable respecto de aquellos elementos que lo incriminan. Bien entendido que el contenido de la declaración policial podrá ser útil como instrumento de confrontación para contrastar la credibilidad de lo manifestado en el plenario, pero no para acreditar hecho alguno.

Por lo tanto, cuando se trata de declaraciones policiales de imputados, es preciso, en primer lugar establecer su validez, descartando la vulneración de derechos fundamentales, a lo cual puede contribuir la declaración de quienes han intervenido o han presenciado la declaración. Y en segundo lugar, el Tribunal puede proceder a la valoración de la comprobación posterior de los datos objetivos contenidos en aquella declaración, una vez que tal comprobación ha sido incorporada debidamente al plenario a través de otros medios de prueba, lo que puede permitir al Tribunal alcanzar determinadas conclusiones fácticas por vía inferencial en función de la valoración del conjunto de la prueba. Pero en ningún caso el contenido de la declaración prestada en sede policial puede constituir prueba de cargo. En el sentido expuesto, entre otras, la STS nº 541/2007 y la STS nº 1228/2009 , ya citadas.

3. En relación con la cuestión, el Tribunal Constitucional ya había advertido en la STC 31/1981 que la declaración prestada ante la policía, "al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia".

Más recientemente, en la STC nº 68/2010 , el Tribunal Constitucional, en un supuesto relativo a la valoración como prueba de cargo de la declaración de una coimputada prestada en sede policial y luego no ratificada ante el Juez, luego de recordar que "...hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos que hemos clasificado como: a) materiales -que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral-; b) subjetivos -la necesaria intervención del Juez de Instrucción-; c) objetivos -que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo-; y d) formales -la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim , o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral- [ SSTS 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3 ; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5 ; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4 ; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2 ; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3 ; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4; 344/2006, de 11 de diciembre , FJ 4 c)]", afirmaba lo siguiente:

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

Ello no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción [ SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 3 ; 303/1993, de 25 de octubre , FJ 2 b); 173/1997, de 14 de octubre , FJ 2 b); 33/2000, FJ 5 ; 188/2002 , FJ 2].

Pero tal excepción, referida a supuestos susceptibles de configurarse como prueba preconstituida por referirse a datos objetivos e irrepetibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial. Así, en la STC 79/1994 , ya citada, manifestamos que "tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible. Este Tribunal ha establecido muy claramente que 'las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales' ( STC 217/1989 ). Por consiguiente, únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria" (FJ 3).

La citada doctrina ha sido confirmada por las SSTC 51/1995, de 23 de febrero , y 206/2003, de 1 de diciembre . En tales resoluciones afirmamos que "a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo" ( STC 51/1995 , FJ 2). Más concretamente, y en directa relación con el caso que ahora nos ocupa, "las declaraciones prestadas por un coimputado en las dependencias policiales no pueden ser consideradas exponentes ni de prueba anticipada ni de prueba preconstituida, y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil ... sino fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria" [ SSTC 51/1995, FJ 2 ; 206/2003 , FJ 2 c)]. Por otra parte, "tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los *arts. 714 y 730 LECrim* , por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase 'preprocesal' que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía. Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el *art. 297 LECrim* , tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial" [ SSTC 51/1995, FJ 2 ; 206/2003 , FJ 2 d)].

4. De lo anterior se desprende que, en coincidencia con lo ya recogido en la STS nº 541/2007 y en la STS nº 1228/2009 , antes citadas, de esta Sala, el Tribunal Constitucional ha declarado, una vez más, la imposibilidad de valorar como prueba de cargo las declaraciones policiales no ratificadas ante la autoridad judicial, que deben excluirse, por lo tanto, del acervo probatorio, aun cuando, si han sido practicadas de forma inobjetable, hayan podido constituir un mecanismo válido a efectos de orientar la investigación y aportar elementos cuya comprobación pueda ser luego adecuadamente valorada.

5. La sentencia impugnada se basa en una gran medida, y en lo que se refiere a este recurrente, en las declaraciones policiales, y especialmente en la segunda de ellas. En la primera, consta que reconoció su participación, y en la segunda, aparecen numerosos datos respecto a la forma en que se dice que ocurrieron los hechos. De lo que acabamos de decir, se desprende la imposibilidad de valorar como prueba de cargo estas declaraciones. En cuanto a los datos fácticos que constan en las mismas y su correspondencia con la realidad, que la sentencia valora expresamente, es preciso recordar que los datos que pueden ser valorados a esos efectos son los referidos a aspectos no conocidos en ese momento, pues, precisamente por eso, son los únicos respecto a los que se podría reconocer alguna relevancia probatoria a su comprobación posterior. En el caso,

no se trata de elementos fácticos que solamente hubieran sido conocidos a través de la declaración policial y cuya correspondencia con la realidad se hubiera constatado posteriormente a través de otras diligencias luego incorporadas como elementos probatorios al juicio oral, por lo cual no es posible extraer del contenido de la declaración consecuencias con valor incriminatorio.

Además, cuando se prestan esas dos declaraciones, el recurrente se encontraba en situación de detención incomunicada, lo cual, entre otras cosas, supone la imposibilidad de designar letrado de su elección y de entrevistarse con el letrado de oficio que haya asistido a la diligencia. Esta situación no es constitucionalmente ilegítima en sí misma ( STC 196/1987 ), pero está orientada a proteger y salvaguardar la investigación, y no a provocar una disminución en los niveles de defensa del detenido, más allá de la que se produce como consecuencia necesaria. De todos modos, es una situación en la que el derecho de defensa se debilita, lo que aconseja una valoración cautelosa de las aportaciones contenidas en esas manifestaciones.

En este sentido, puede resultar relevante el cumplimiento de los protocolos establecidos por el juez en el momento de acordarla.

El juez ordenó la grabación de la estancia de los detenidos en sede policial y el reconocimiento forense. Para una utilización legítima del contenido incriminatorio de las declaraciones prestadas en sede policial, será preciso establecer si se procedió al cumplimiento de las previsiones de garantía, valorando cualquier incumplimiento puntual de las mismas. Pero se trata de cuestiones de hecho, sin que en el caso se hayan acreditado incumplimientos relevantes, lo que impide su valoración.

Por otra parte, en la segunda declaración policial consta que el declarante se negó a firmar, lo cual incide negativamente en el valor de la declaración.

En suma, las declaraciones policiales no pueden ser valoradas como prueba de cargo y, en todo caso, los datos aportados que se valoran en la sentencia no eran desconocidos en ese momento, por lo que no es posible extraer consecuencias de su correspondencia con la realidad.

**SEGUNDO.-** En segundo lugar plantea el recurrente la imposibilidad de valorar unos informes periciales que aparecen en el Rollo de Sala, pues señala que se aportaron tras la calificación provisional de las acusaciones, y por lo tanto fuera del momento procesal oportuno, y sin previa propuesta de las partes acusadoras.

1. La jurisprudencia no ha negado la posibilidad de proponer pruebas en el procedimiento ordinario después del escrito de conclusiones provisionales. Aun reconociendo que el momento oportuno para ello es dicho escrito, la importancia que tiene en el proceso penal la búsqueda de la verdad para una mejor Justicia, aconseja no extremar el rigorismo formal, siempre que se den dos condiciones: que la proposición tardía no encubra un fraude procesal; y que se respeten en toda su amplitud los derechos de contradicción y de defensa.

2. En el caso, el Ministerio Fiscal ya había propuesto como prueba en el escrito de conclusiones provisionales la pericial de los agentes que suscribieron tales informes, a los cuales se hace referencia expresa en la lista de peritos, estableciendo así la razón de su proposición y el objeto de la prueba. Es cierto que no consta un apartado en el que expresamente se interese la unión de dichos informes, pero en nada se vulneran los derechos de defensa si se acuerda su unión como paso previo al interrogatorio sobre su contenido, porque la prueba no es en realidad el informe, sino las manifestaciones que sobre su contenido realice el perito en su interrogatorio en el plenario.

De todos modos, iniciada la prueba, y realizado el interrogatorio, las defensas, y concretamente la del recurrente, nada opusieron; ni plantearon cuestión alguna relativa a la necesidad de examinar con más tiempo tales escritos; ni propusieron alguna otra prueba de sentido contrario, ni requirieron de plazo para estudiar la cuestión, por lo que no puede ahora alegarse indefensión por esa causa.

En conclusión, el Ministerio Fiscal propuso la prueba pericial en tiempo hábil, sin que suponga irregularidad causante de indefensión la aportación material de los documentos sobre los que iba a versar el interrogatorio.

**TERCERO.-** Resta examinar si, una vez establecida la imposibilidad de valorar las declaraciones policiales como prueba de cargo, subsisten elementos probatorios bastantes para considerar enervada la presunción de inocencia del recurrente.

La respuesta ha de ser positiva. En la sentencia se valoran, además de los ya mencionados, otros elementos probatorios consistentes en la aparición de restos de material genético del recurrente en el interior del vehículo utilizado para la huida tras el atentado, que había sido sustraído con esa finalidad, sin que exista ningún elemento sugestivo de la participación de personas distintas a los ejecutores. En cuanto al contenido del

informe, y concretamente respecto de la identificación del perfil genético del recurrente, como ya se ha señalado, la defensa no realizó en la instancia planteamiento alguno encaminado a su cuestionamiento, cuando pudo hacerlo, sin que ahora pueda adquirir relevancia la expresión de sus dudas sobre el particular.

En coincidencia con este dato, consta igualmente que en el curso de la diligencia judicial de localización y registro de un zulo en las cercanías de la localidad de Pazuengos, el recurrente, al tiempo que se iba extrayendo material explosivo, manifestó, en presencia del Magistrado Juez, del Secretario judicial y del letrado designado de oficio, que "lo de Legutiano me lo dieron hecho", lo que supone un reconocimiento ante la autoridad judicial de su participación en ese hecho; y finalmente, en la declaración realizada ante el juez, en la que no ratificó el contenido de las policiales, manifestó, sin embargo, al ser preguntado sobre la llamada de aviso en el atentado de Legutiano, que en ese atentado no hubo llamada de aviso, lo cual nuevamente lo vincula con su ejecución. La valoración de estos datos inter-relacionados, conduce a entender que existe prueba bastante de su participación en los hechos, por lo que el motivo, con las precisiones anteriores, debe ser desestimado.

El motivo se desestima.

*Recurso interpuesto por Pelayo y Silvio*

**SEGUNDO.-** En escritos distintos e independientes formalizan diferentes motivos de casación. Dado el contenido de los anteriores fundamentos de derecho, se examinarán conjuntamente los motivos de ambos recursos referidos a la vulneración de la presunción de inocencia.

En el primer motivo del recurso interpuesto por Pelayo, se denuncia vulneración de la presunción de inocencia. La sentencia se basa, dice, en la declaración policial del recurrente y en la del coacusado Silvio, no ratificadas ante el juez. De todos modos, según la declaración el traslado de la furgoneta desde Francia se habría llevado a cabo a finales de mayo, cuando en la sentencia se declara probado que ocurrió el día 11. Por otro lado, el recurrente declaró que la furgoneta era una Renault Expres, cuando la utilizada en los hechos era una marca Citroen Berlingo.

En el tercer motivo, nuevamente se denuncia vulneración de la presunción de inocencia, pues la condena se basa en la declaración de un coimputado, que no fue ratificada ante el juez, y sin que se den los requisitos exigidos por la jurisprudencia, pues no existe corroboración alguna.

En el cuarto motivo del recurso formalizado por Silvio se denuncia vulneración de la presunción de inocencia. La sentencia, dice, se basa en declaraciones policiales no ratificadas ante el juez y que además, proceden de un coimputado y carecen de elementos de corroboración en cuanto a la participación del recurrente.

1. Deben darse aquí por reproducidas las consideraciones contenidas en los anteriores fundamentos jurídicos de esta sentencia. De ellos resulta que las declaraciones policiales, en sí mismas, no pueden ser valoradas como pruebas de cargo. La aportación de datos desconocidos puede ser utilizada como elemento de investigación, y las actuaciones de las que resulte la comprobación de su correspondencia con la realidad, una vez que hayan sido correctamente introducidas en el juicio oral como material probatorio, podrán ser valoradas en el razonamiento sobre la prueba para extraer consecuencias fácticas.

2. En el caso, la prueba de cargo que valora el tribunal contra los dos recurrentes está constituida por sus propias declaraciones policiales, no ratificadas a presencia judicial y por las declaraciones del coimputado Marcos. Y respecto del recurrente Silvio, la presencia de restos de su material genético en el vehículo que, según los hechos probados, se utilizó para el desplazamiento a Francia con el objeto de traer la furgoneta con los explosivos utilizados en el atentado de Legutiano.

Respecto de las primeras, no es posible sustentar sobre las mismas una sentencia condenatoria por las razones ya expuestas. En cuanto a las del tercer acusado, por las mismas razones tampoco es posible su valoración como prueba de cargo. De otro lado, en esa declaración no se contienen datos desconocidos hasta ese momento de los que pudiera obtenerse a través de un razonamiento inferencial suficientemente consistente la participación de los dos recurrentes.

Resta valorar el hallazgo del material genético del recurrente Silvio en el vehículo que, según se dice en la sentencia, fue utilizado para el referido desplazamiento a Francia. El dato, por sí solo, sin embargo, no es suficientemente demostrativo. El vehículo es propiedad, o al menos está bajo la *disposición de un tercero*, Evelio, que según consta en su declaración es amigo del recurrente y le había prestado el vehículo en un par de ocasiones. Pero además, y es lo más trascendente, la identificación de este vehículo como el utilizado para el ya mencionado desplazamiento a Francia, solamente resulta de las declaraciones policiales de los recurrentes, lo que impide tenerlo acreditado solamente con esa base probatoria. Por lo tanto, lo único

que acredita el elemento ahora examinado es que el recurrente Silvio en algún momento utilizó el referido vehículo, pero nada puede establecerse acerca del momento ni de la finalidad con la que lo hizo.

Por lo tanto, ambos motivos se estiman, lo que determinará la absolución de ambos recurrentes.

No es preciso el examen de los demás motivos de sus respectivos escritos de recurso.

*Recurso interpuesto por María Luisa*

**TERCERO.-** En un único motivo, al amparo del *artículo 852 de la LECrim*, denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con vulneración del derecho de defensa, y se queja la recurrente de que el tribunal no ha resuelto acerca de su pretensión de ser considerada víctima del atentado. Señala que es cierto que no estaba físicamente en el cuartel en el momento del atentado, pues estaba retenida en su destino anterior, pero que perdió todos sus enseres personales porque estaba destinada en el lugar y ya había acudido previamente para instalarse en su momento. En el suplico interesa de la Sala que case la sentencia recurrida y dicte otra en la que se la incluya como perjudicada por el atentado y se fije para la misma una indemnización de 400.000 euros.

1. Es cierto, como alega la recurrente, que planteada una cuestión sustancial en el plenario, no es posible dejarla imprejuzgada en la sentencia, tal como resulta del *artículo 742 de la LECrim*. El tribunal, pues, no resolvió adecuadamente al posponer para un momento distinto, tras la sentencia, la resolución acerca de si la recurrente podía o no ser considerada víctima o, mas correctamente, perjudicada por el delito.

2. Aun cuando la estimación de un motivo por falta de pronunciamiento sobre una cuestión adecuadamente propuesta suele provocar la anulación de la sentencia y su devolución al tribunal de instancia para el dictado de una nueva conforme a Derecho, esta Sala ha entendido en ocasiones que, en atención especialmente al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, del que no solo son titulares quienes recurren, es posible resolver en casación sobre el fondo cuando se disponga de los elementos necesarios para ello, y con mayor razón, cuando la misma parte recurrente lo solicita, como ocurre en el caso, en el que se interesa expresamente un pronunciamiento de esta Sala acerca de la condición de perjudicada y del importe de la indemnización.

El Ministerio Fiscal interesa, razonadamente, la devolución a al Audiencia. Sin embargo, las cuestiones a resolver parten de dos elementos fácticos de los que ya dispone esta Sala. En primer lugar, el hecho de que la recurrente había trasladado sus enseres personales a su nuevo destino en el Cuartel de Legutiano, aunque personalmente no se había trasladado al quedar retenida en su anterior destino, de manera que en el momento de los hechos no se encontraba en el lugar. Estos datos, aunque no aparecen en la sentencia como hechos probados, no son, en realidad, discutidos por nadie. En segundo lugar, el informe médico forense, alegado expresamente en el motivo, relativo tanto a estos extremos como a los padecimientos psíquicos apreciados en al recurrente.

Aunque la recurrente no acude a la vía del *artículo 849.2º de la LECrim* para introducir como elemento a valorar el señalado informe pericial, puede entenderse que es precisamente su valoración lo que pretende.

3. En cuanto a la condición de perjudicada por el hecho delictivo, es claro que así debe ser considerada en cuanto a los daños sufridos por la pérdida de sus enseres personales, pues, como se ha dicho, no se discute que se encontraban en el lugar y que los perdió en su totalidad. Al no haber sido tasados debidamente, la determinación del importe de la indemnización por ese concepto deberá determinarse en ejecución de sentencia.

La cuestión es diferente en cuanto a las lesiones. Sin duda es posible la existencia de perturbaciones psíquicas, con o sin somatización, a causa de la impresión que puede causar un hecho delictivo, especialmente si es de las gravísimas características del aquí enjuiciado, en terceras personas que presencian su ejecución, o tienen un conocimiento cercano del mismo o tienen con los directamente afectados una relación cercana, de cualquier clase que sea, o que por cualquier razón pueden sentirse más estrechamente relacionados con los efectos del suceso.

Sin embargo, las indemnizaciones por el hecho delictivo solamente proceden cuando los daños vengan directamente originados por aquél, sin que sea posible su extensión a cualquiera otro daño causado, ni concretamente a los padecidos por aquellos que, al conocer el hecho, se hayan sentido impresionados por el mismo. Aunque el *artículo 113 del Código Penal prevé la indemnización a terceros*, la jurisprudencia se ha encargado de limitar estos conceptos extensivos de la responsabilidad civil, considerando que terceros son solamente aquellos que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo ( STS nº 910/1999 ), sin que sea posible extender la indemnización, como derivada del delito, a los perjudicados indirectos.

La recurrente, como reconoce, no se encontraba en el lugar, y aunque ya estaba destinada en el mismo, no se había siquiera trasladado al quedar retenida en su anterior destino.

Por lo tanto, los trastornos psíquicos que padece, aun cuando de alguna forma se relacionen con la impresión que le produjo el suceso, no se derivan directamente del hecho delictivo, que ocurrió cuando ella no se encontraba siquiera en el lugar, sino del conocimiento que, a distancia, tuvo del mismo. En cuanto a los padecimientos físicos, del propio informe pericial se desprende que, aunque en un principio pudieron ser valoradas como somatización, "...posteriormente resultaron tener base orgánica por lo que a tenor de la bibliografía existente no pueden ser atribuibles a su patología psíquica...", por lo que no pueden ser indemnizados en esta causa como perjuicios causados directamente por el hecho delictivo.

En consecuencia, el motivo se estima parcialmente.

### III. FALLO

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de Casación interpuesto por la representación del acusado **Marcos**, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, con fecha 19 de Enero de 2.011, en causa seguida contra Marcos y otros dos más, por delito de asesinato terrorista y otros. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR** a los recursos de Casación interpuestos por las representaciones procesales de los acusados **Silvio e Pelayo**, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, con fecha 19 de Enero de 2.011, en causa seguida contra Marcos y otros dos más, por delito de asesinato terrorista y otros. Declarándose de oficio las costas correspondientes a sus respectivos recursos.

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de **María Luisa**, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, con fecha 19 de Enero de 2.011, en causa seguida contra Marcos y otros dos más, por delito de asesinato terrorista y otros. Declarándose de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andres Martinez Arrieta Perfecto Andres Ibañez **Miguel Colmenero Menendez de Luarca** Manuel Marchena Gomez Diego Ramos Gancedo

### **SEGUNDA SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Octubre de dos mil once.

El Juzgado Central de Instrucción número 1 de Madrid instruyó el Sumario nº 73/2008, por delitos de asesinato terrorista, tentativa de asesinato terrorista, estragos terroristas, robo y hurto de vehículo de motor y colaboración con organización terrorista, contra Marcos, nacido en Baracaldo (Vizcaya), el 4 de mayo de 1980 hijo de José Antonio y María Teresa, con DNI número NUM001; Silvio, nacido en Bilbao (Vizcaya) el 2 de abril de 1984, hijo de José Ignacio y María Amaya, con DNI número NUM002; e Pelayo, nacido en Guetxo (Vizcaya), el 6 de julio de 1083, hijo de José Ignacio y Rosa María, con DNI número NUM003; y una vez declarado concluso el mismo, lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (Sección 4ª, rollo nº 70/2008), que con fecha veintiocho de diciembre de dos mil diez, dictó Sentencia condenando a los acusados Marcos y Silvio, como autores criminalmente responsables, de un delito de asesinato terrorista, catorce delitos de asesinato terrorista intentados, doce delitos de asesinato terrorista intentados, un delito de estragos terroristas, un delito de daños, y dos delitos de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas a cada uno de ellos de: - Por el delito de asesinato terrorista, a la pena de TREINTA AÑOS DE PRISIÓN y cincuenta años de inhabilitación absoluta. - Por catorce delitos de asesinato terrorista intentados, a la pena de VEINTE AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta por treinta años por cada uno de los catorce delitos. - Por doce delitos de asesinato terrorista intentados, a la pena de QUINCE AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta por veinticinco años por cada uno de los doce delitos. - Por un delito de estragos terroristas, a la pena de VEINTE AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta por cuatro años. - Por un delito de daños, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. - Por dos delitos de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, a la pena cada uno

de DIECIOCHO MESES DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta por ocho años, así como al pago en cinco onceavas partes cada uno de las costas procesales causadas.- Se les prohíbe asimismo que residan en Legutiano y que se acerquen a las víctimas del atentado por un tiempo de diez años contados a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.- Condenando al acusado Pelayo , como autor criminalmente responsable de un delito de colaboración con organización terrorista, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, multa de veinte meses con cuota diaria de cincuenta euros e inhabilitación absoluta por catorce años y al pago de una onceava partes de las costas procesales causadas.- Se le prohíbe que resida en Legutiano y que se acerque a las víctimas del atentado por un tiempo de diez años contados a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.- Asimismo los acusados Marcos y Silvio deberán indemnizar conjunta y solidariamente a las personas físicas y jurídicas relacionadas en el fundamento de derecho undécimo de esta resolución en las cantidades fijadas, que se incrementarán con los intereses legales, y se resolverá en ejecución de sentencia el resto delimitado en dicho razonamiento.- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del *Tribunal Supremo* por la representación legal de los acusados y por una de las acusaciones particulares y que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**UNICO.-** Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede absolver a los acusados Pelayo y Silvio .

El condenado Marcos indemnizará a María Luisa en la cantidad en que se tasen en ejecución de sentencia sus efectos personales destruidos como consecuencia del hecho delictivo.

## III. FALLO

**DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS** a los acusados Pelayo y Silvio de todos los delitos por los que venían condenados en la sentencia de instancia.

El acusado Marcos indemnizará a María Luisa en la cantidad en que se tasen en ejecución de sentencia sus efectos personales destruidos como consecuencia del hecho delictivo.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Andres Martinez Arrieta Perfecto Andres Ibañez Miguel Colmenero Menendez de Luarca Manuel Marchena Gomez Diego Ramos Gancedo

## Voto Particular

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Manuel Marchena Gomez A LA SENTENCIA NÚM. 1055/2011, RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 10422/2011**

1.- Formulo el presente voto particular al entender, en coincidencia con el criterio del Ministerio Fiscal, que deberíamos haber anulado la sentencia recurrida, estimando el recurso formulado por la representación legal de María Luisa , devolviendo las actuaciones a la Audiencia Nacional con el fin de que los Jueces de instancia se pronunciaran de forma expresa acerca de la pretensión resarcitoria que aquélla reclama.

En el FJ 11º de la sentencia recurrida se explican las razones que habrían determinado que la Audiencia Nacional, después de admitir la personación de María Luisa , de otorgarle el estatuto procesal de parte perjudicada y tras haber oído su testimonio en el juicio oral, haya dejado imperejuzgada su pretensión. En él se expone que, una vez concluido el plenario, se presentaron varios escritos por algunos de los Guardias Civiles que habían actuado como perjudicados en la causa, cuestionando el verdadero perjuicio sufrido por María Luisa . Esa insólita situación, generada por unas alegaciones en las que unos perjudicados -por tanto, parte activa del proceso- cuestionaban el derecho de otra perjudicada a hacer valer su pretensión reparatoria, ha sido resuelta por la Audiencia Nacional con el siguiente razonamiento: "*... lo primero que hay que aclarar es que una vez concluido el plenario sólo resta el dictado de la sentencia, sin que por ende quepa entrar a examinar nada distinto de lo aportado y practicado en dicho acto. No obstante el Tribunal entiende que en aras de dar la más acertada respuesta a la petición incluida por el Ministerio Fiscal, el cual no tuvo oportunidad de*

*hacerse eco de lo que se relata al unísono en escritos varios y porque en todo caso no se genera perjuicio alguno, se dejará para ejecución de sentencia el pronunciamiento sobre la petición que nos ocupa, una vez que, sobre tales escritos se le ilustre. No es común esta solución, ni siquiera la presentación de escritos en la fecha que se hizo y a título particular por cada uno de los que los suscriben, pero se hace necesario clarificar lo que en los mismos se dice, de manera que ha de procederse en la forma que se ha expuesto" ( sic ) .*

Como puede apreciarse, la Audiencia Nacional reconoce explícitamente que ha atribuido a esas alegaciones, aportadas de forma manifiestamente extemporánea, un valor obstativo, hasta el punto de obligarle a eludir todo pronunciamiento sobre la pretensión suscitada.

2.- A mi juicio, la decisión de la Audiencia Nacional supone una alteración de la estructura misma del proceso penal, en la medida en que ha desplazado a la fase de ejecución lo que debería haber sido objeto del proceso de declaración. Y se hace, además, reconociendo la virtualidad de unas alegaciones que, al haber sido admitidas durante el plazo para dictar sentencia, han quebrantado el principio de contradicción y el derecho de defensa.

La posibilidad de diferir hasta la ejecución de sentencia la cuantificación de los perjuicios reclamados, está fuera de cualquier duda. Pero también es incuestionable que para ello deberán haberse fijado en el relato de hechos probados las bases fácticas y los presupuestos necesarios para la concreción de la cuantía indemnizatoria. Pues bien, en el presente caso, no existe en el hecho probado mención alguna a los daños materiales y personales a cuya reparación aspiraba María Luisa .

El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, como refleja el *antecedente de hecho* tercero de la sentencia recurrida, expresó su criterio de "*... incluir como perjudicada por el atentado a la miembro de la Guardia Civil María Luisa , destinada en el Cuartel de Legutiano, que como consecuencia del atentado, no sólo perdió todos sus enseres personales sino que sufrió un grave cuadro clínico consecuencia directa del trauma sufrido por el atentado, habiendo necesitado 396 días en la estabilización de las lesiones. Que queda como secuela un trastorno de adaptación y depresión reactiva. Que fue dada de baja médica por enfermedad psíquica en junio de 2008 (situación en la que continúa en la actualidad debido a patología orgánica). Que en el momento actual no reúne condiciones para el normal desarrollo de su trabajo habitual (debido a la secuela que padece). Que precisa y continuará precisando tratamiento psiquiátrico y psicológico a largo plazo" ( sic ) .*

Las conclusiones definitivas formuladas por la representación legal de María Luisa y la petición indemnizatoria suscrita por el Fiscal, tuvieron como efecto formalizar la pretensión civil que ambas acusaciones sumaban al ejercicio de la acción penal, obligando a la Audiencia Nacional a resolver de forma expresa sobre esa petición. El no haberlo hecho introduce una quiebra irreparable en la estructura lógica de la sentencia.

3.- El buen propósito que anima el criterio de la mayoría, al corregir los efectos de ese silencio en el trámite casacional, no resuelve satisfactoriamente la petición de tutela judicial efectiva que, desde la instancia, ha venido formulando la representación legal de María Luisa . Y es que no estamos ante un problema procesal de incongruencia omisiva que pueda ser subsanado por esta Sala. Lo que la Audiencia Nacional ha decidido ha sido la extravagante expulsión sobrevenida de una parte perjudicada que, en su condición de víctima, reclamaba una indemnización por el daño sufrido. Y lo ha hecho por las suspicacias generadas por la lectura de las alegaciones de otros perjudicados que han alimentado la desconfianza acerca de la viabilidad de una pretensión reparatoria que sólo debió haber sido resuelta atendiendo al resultado de las pruebas generadas en el acto del juicio oral.

Soy consciente de que las dificultades para delimitar el concepto de víctima forman parte inseparable del estado actual de la victimología. La falta de precisión con la que nuestros textos legales se refieren al *sujeto pasivo*, el *ofendido* o el *perjudicado* por el delito, contribuyen a desdibujar una noción clave, en la medida en que actúa como presupuesto para el ejercicio de la acción civil y, con él, para la obtención de una reparación por el daño causado.

No sólo se discute quién puede ser víctima sino que no existe consenso sobre si se puede operar con un concepto unitario, siendo numerosas las implicaciones criminológicas y políticocriminales -también procesales- de las respectivas acepciones del término *víctima* . Pese a todo, entiendo que la necesidad de un concepto restrictivo, en términos de imputación objetiva, que asocie de forma directa el daño sufrido al hecho delictivo enjuiciado, se justifica por sí sola. Y ello pese a que la literalidad de algunos preceptos, corregida por la interpretación jurisprudencial, parezca sugerir lo contrario (cfr. *art. 113 CP* ).

Participo de la idea de que para reivindicar el carácter de víctima se necesita algo más que una percepción subjetiva. La simple conciencia de la propia victimización no otorga el concepto de ofendido por el delito. Tampoco basta la experiencia psicológica de la injusticia. La obligación de indemnizar no puede derivarse del impacto emocional ocasionado por el delito. La *victimidad*, incluso entendida en su dimensión

más histórica, ha de entenderse como una condición objetiva, originada por un padecimiento ligado de forma directa a un hecho punible.

4.- Era a la Audiencia Nacional a la que correspondía pronunciarse acerca de estos extremos. La determinación de si las secuelas padecidas por María Luisa estaban o no directamente relacionadas con el atentado sufrido en el cuartel de Legutiano, exigía ponderar las pruebas practicadas en el juicio oral. Fueron los Jueces de instancia los que, con intermediación, pudieron escuchar las explicaciones del médico forense, quien ratificó el informe elaborado en la fase de instrucción sobre los padecimientos psíquicos y las secuelas de la víctima. En definitiva, sólo los integrantes del órgano jurisdiccional que oyeron a la víctima y escucharon las explicaciones del perito médico, estaban en condiciones de decidir si el concluyente e inequívoco enlace que el médico forense detectó entre el atentado y la patología presentada por María Luisa -conclusión primera de su informe- puede o no avalarse en términos jurídicos.

A mi juicio, el silencio de la Audiencia Nacional, justificado por unas alegaciones extemporáneas por parte de otros perjudicados, ha implicado la alteración de la estructura misma del proceso penal, ha menoscabado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, en su modalidad de derecho a una resolución fundada y, en fin, ha privado a la parte perjudicada del derecho a impugnar ante una instancia superior el razonamiento en virtud del cual le ha sido denegada la condición de víctima.

Por todas estas razones, entiendo que el recurso formalizado por la representación legal de María Luisa, que contaba con el apoyo del Ministerio Fiscal, debió haber sido estimado, devolviendo la causa a la Audiencia Nacional para que se pronunciara de forma expresa acerca de la condición de víctima reivindicada por aquélla.

Manuel Marchena Gomez

**PUBLICACIÓN** .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.