



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2861

Madrid, lunes 26 de julio de 2010



## TS CIVIL

2010/84182

TS Sala 1ª, Sentencia 19 mayo 2010. Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Concurrencia de culpas del cliente

### Indemnización por incumplimiento de obligación de asesoramiento fiscal en relación con el abono del IVA

*Acuerda el TS estimar parcialmente el recurso de casación dirigido contra la sentencia, que revocando en parte la de instancia, estimó en parte la demanda, con motivo de la reclamación de la demandante por los servicios profesionales contratados con la mercantil demandada para asesoramiento fiscal y gestión contable relacionada con la actividad de la parte actora- cuyo objeto social consistía en la adquisición de vehículos en territorio español o en la CEE para su posterior reventa- y ante las liquidaciones irregulares efectuadas sobre el pago de IVA generado por la venta de vehículos realizadas en territorio español a frente a la Administración Tributaria que le exigió de la demandante determinados pagos.*

*Confirma la Sala la apreciación efectuada por la Audiencia -al atribuir una concurrencia culposa del 30% a la demandante- en tanto se asigna a la entidad demandante tal contribución por el hecho de haber confeccionado de modo erróneo las facturas, aplicando a efectos impositivos el llamado REBU -régimen especial de bienes usados- en lugar del IVA -que comportaba un gravamen mayor- pese a las instrucciones recibidas de la demandada, si bien ésta debe asumir la mayor responsabilidad al no realizar las comprobaciones oportunas. Añade que dicho resarcimiento procede si se tiene en cuenta que el IVA es un impuesto con devengo escalonado cuyo sujeto pasivo final es el consumidor que lo satisface sobre el valor final del producto, de forma que el empresario lo repercute sobre él siendo en definitiva "recaudador" para la Hacienda Pública, a la que finalmente habrá de satisfacer la diferencia entre el IVA cobrado de sus clientes y el pagado a sus proveedores, situación de la que resulta apreciable la pérdida cuya indemnización se reclama, por lo que procederá la indemnización instada si bien en un 70% por razón de la contribución culposa de la parte actora.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad Plus Marca Castellón S.L. interpuso demanda de juicio ordinario ante los Juzgados de Primera Instancia de

Castellón, cuyo conocimiento correspondió por reparto al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de dicha ciudad, contra G 2000 Corporación Servicios Avanzados SRL y contra Mapfre Industrial S.A., ale-

gando que la actora, cuyo objeto social consistía en la adquisición de vehículos en territorio español o en la CEE para su posterior reventa, tenía contratado desde enero de 1999 los servicios profesionales de la mercantil demandada para asesoramiento fiscal y gestión contable relacionada con la actividad propia de la mercantil, siendo así que como consecuencia de liquidaciones irregulares efectuadas sobre el pago de IVA generado por la venta de vehículos realizadas en territorio español durante el año 1999 y los tres primeros trimestres del año 2000, la Administración Tributaria exigió de la demandante determinados pagos, por lo que en definitiva interesaba que se condenara a las demandadas de forma conjunta y solidaria a pagar a la demandante la cantidad de 346.828,01 euros, más intereses legales, así como la cantidad de 107.860,71 euros más intereses legales una vez se resolviera el recurso contencioso planteado y al pago de las costas.

Las demandadas se opusieron a tales pretensiones y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de fecha 28 de abril de 2005 por la que desestimó la demanda con imposición a la actora de las costas causadas.

Dicha parte recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Castellón estimó parcialmente el recurso, e igualmente en parte la demanda, y condenó a las demandadas G 2000 Corporación de Servicios Avanzados S.R.L. y Mapfre Industrial, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros a satisfacer de forma solidaria a la actora, por un lado la cantidad de 41.183,85 euros, más los intereses legales de la misma desde la interposición judicial, y por otro el 70% de aquélla que en definitiva se fije por la sanción impuesta por dicha Agencia para el caso de confirmarse la que provisionalmente le viene impuesta y que en ningún caso podrá superar los 107.860,71 euros que se reclaman, sin especial pronunciamiento sobre costas de ambas instancias.

Contra dicha sentencia recurre en casación la parte demandante.

SUMARIO	
<b>TS</b>	
<b>CIVIL</b>	
Indemnización por incumplimiento de obligación de asesoramiento fiscal en relación con el abono del IVA	1
<b>PENAL</b>	
Delito de asociación ilícita constitutiva de organización terrorista	3
<b>RS</b>	
RESEÑA DE SENTENCIAS	16
<b>INTERNET</b>	
<a href="http://www.elderecho.com">http://www.elderecho.com</a>	
e-mail: <a href="mailto:clientes@elderecho.com">clientes@elderecho.com</a>	

SEGUNDO.- La sentencia dictada por la Audiencia califica como de todo punto rechazable la conducta desplegada por la demandada que, por boca de su legal representante, declara en el juicio que "no comprobaban si las facturas que les hacía llegar la actora donde ya venían calificadas las operaciones con arreglo al "régimen especial de bienes usados" o al régimen general del "impuesto sobre el valor añadido", se ajustaban o no a los requisitos de la normativa fiscal correspondiente, de modo que, por las instrucciones que se dice les habían impartido, confiaban en que venían correctamente calificadas".

La Audiencia concluye afirmando que este comportamiento profesional no puede aceptarse al afirmar la de-

mandada que “como le habían (a la demandante) indicado cuáles eran los requisitos precisos para uno u otro régimen, se fiaban de la calificación que su cliente hacía de las operaciones, conducta ésta descuidada y negligente que ha sido la causa principal y determinante del perjuicio económico sufrido por la actora...”. No obstante, a la hora de fijar las cantidades objeto de indemnización, manifiesta la sentencia “...sin que puedan aceptarse los 288.013,94 euros que igualmente se reclaman por la diferencia entre el IVA soportado y el que se hubo de soportar pues (...) esa cuota del IVA siempre sería una deuda propia y exclusiva de la actora, sujeto pasivo del impuesto”; y finalmente, en uso de la facultad atribuida a los tribunales por el artículo 1103 del Código Civil, afirma que:

“la parte actora debe compartir las consecuencias que se derivan de los hechos sucedidos, por haber contribuido, siquiera parcialmente y en un porcentaje que se fija en un 30%, a su producción y ello en razón de haber propiciado la confusión de la demandada al entregarle, pese a las instrucciones recibidas al respecto -pues sólo así se explica que las calificara de uno u otro modo- equivocadamente confeccionadas las facturas correspondientes”.

Sobre estos dos extremos -no inclusión de los perjuicios derivados del ahora exigido pago del IVA y concurrencia de culpas- versa el recurso de casación de la parte actora, siendo así que las demandadas han aceptado lo resuelto por la Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** A efectos sistemáticos, procede invertir el orden seguido en la formulación de los motivos para examinar en primer lugar el segundo, que se refiere a la concurrencia culposa de la parte actora, que se ha fijado por la sentencia en un 30%, operando la consiguiente reducción en la indemnización, para examinar a continuación el motivo referido al reconocimiento de un determinado concepto indemnizatorio de los que se reclaman.

La sentencia de 30 noviembre 2007 proclama que “la moderación de responsabilidades prevenida en el artículo 1103 CC es una facultad discrecional del Juzgador de instancia dependiente de las circunstancias del caso, y como tal no es revisable en casación”.

En el mismo sentido pueden ser citadas las sentencias de 19 julio 1996, 4 noviembre 2004, 20 julio 2006, 25 enero y 17 diciembre 2007, si bien la primera de ellas abre en cierto modo y limitadamente la posibilidad de revisión casacional en los siguientes términos:

“Si bien es doctrina reiterada y notoria de esta Sala, que aquí se mantiene, la de que el uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el artículo 1103 del Código Civil es facultad propia de los juzgadores de la instancia, no susceptible de casación, ello se refiere al supuesto en que los mismos hagan uso de tal facultad con criterio ponderado, racional y lógico, pero no cuando extravasen irracional o desmesuradamente dichos parámetros, ni tampoco en aquellos supuestos en que ni siquiera se planteen la posibilidad de hacer uso de dicha facultad moderadora, cuando la misma viene forzada y lógicamente impuesta por las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto que se enjuicia”.

En el presente caso concurren en la apreciación efectuada por la Audiencia -al atribuir una concurrencia culposa del 30% a la demandante- las exigidas notas de racionalidad, lógica y adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes, en cuanto se asigna a la entidad demandante tal contribución por el hecho de haber confeccionado de modo erróneo las facturas, aplicando a efectos impositivos el llamado REBU (“régimen especial de bienes usados”) en lugar del IVA -que comportaba un gravamen mayor- pese a las instrucciones recibidas de la demandada, si bien ésta debe asumir la mayor responsabilidad al no realizar las comprobaciones oportunas.

En consecuencia el motivo ha de ser desestimado.

**CUARTO.-** Por el contrario, ha de acogerse el primero de los motivos que integran el recurso en cuanto denuncia la errónea aplicación de los artículos 1101, 1104 y 1106 del Código Civil, en relación con las normas sobre el impuesto sobre el valor añadido. Ello por las siguientes razones:

a) El artículo 1106 del Código Civil ampara la indemnización de

la pérdida sufrida por razón del incumplimiento bajo el presupuesto de la necesaria integridad en la indemnización o, lo que es lo mismo, la comprensión de la totalidad del importe económico del detrimento experimentado, bajo el presupuesto de la necesaria relación de causalidad entre la conducta contractualmente antijurídica y el resultado producido, lo que es distinto de la eventual disminución en la indemnización de haya de soportar el perjudicado por su propia contribución causal a la pérdida sufrida, como ha sucedido en el presente caso.

b) Bajo el anterior presupuesto, no cabe duda de que la diferencia entre la carga impositiva soportada por la actora por la aplicación de un régimen incorrecto, como era el “especial sobre bienes usados”, en lugar de aplicar el IVA, que efectivamente suponía un mayor gravamen fiscal, podría suponer una “pérdida” que había de soportar la empresa según una primera observación ajena a la propia naturaleza del IVA y al mecanismo de su aplicación; ya que, si dejó de aplicar un tipo impositivo mayor que resultaba procedente, el hecho de que se aplique ahora no implicaría -como afirma la Audiencia- una “pérdida” resarcible por la demandada.

No obstante, dicho resarcimiento ha de proceder si se tiene en cuenta que el IVA es un impuesto con devengo escalonado cuyo sujeto pasivo final es el consumidor que lo satisface sobre el valor final del producto (artículo 88 Ley 37/1992, de 28 diciembre 1992) de forma que el empresario lo repercute sobre él siendo en definitiva “recaudador” para la Hacienda Pública a la que finalmente habrá de satisfacer la diferencia entre el IVA cobrado de sus clientes y el pagado a sus proveedores, situación en la que obviamente resulta apreciable la pérdida cuya indemnización se reclama ya que en definitiva lo que ahora se ha de pagar a la Hacienda Pública se debió cobrar del consumidor final en cada caso y no se hizo por las razones que determinan la culpa compartida que se apreció en el caso.

Por ello procederá la indemnización reclamada si bien en un 70% por razón de la contribución culposa de la parte actora fijada en un 30%, de modo que la pérdida, cifrada en

288.013,94 euros, deberá ser indemnizada en la cantidad de 201.609,758 euros.

**QUINTO.-** Estimado en parte el recurso, procede casar parcialmente la sentencia impugnada sin especial declaración sobre costas del presente recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Plus Marca Castellón S.L., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1ª) de fecha 14 de febrero de 2006 en Rollo de Apelación núm. 198/05, dimanante de autos de juicio ordinario número 44/04 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de dicha ciudad, en virtud de demanda interpuesta por dicha recurrente contra G 2000 Corporación de Servicios Avanzados S.R.L. y Mapfre Industrial, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, la cual casamos a los solos efectos de añadir a los conceptos indemnizatorios que deben ser satisfechos por estas últimas la cantidad de 201.609, 758, más los intereses legales desde la fecha de la interposición judicial.

Sin especial declaración sobre costas del presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

ELDERECHO  
GRUPO  
EDITORIAL

Depósito Legal: M-32591-94  
ISSN 1888-5020  
Franqueo Concertado 01/1718

DIRECTOR: Evaristo Moliné

Reservados todos los derechos. Esta publicación y sus contenidos no pueden ser reproducidos total o parcialmente, ni editados, transmitidos ni registrados por ningún medio técnico o procedimiento, reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, sin la expresa autorización por escrito del editor. El Diario de Jurisprudencia EL DERECHO informa de lunes a jueves de todas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como de todas las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los resúmenes y titulaciones que anteceden a la reproducción de las sentencias son elaborados por la Redacción de EL DERECHO. La doctrina del Tribunal se contiene oficialmente en los fundamentos de derecho, a cuyo texto íntegro puede acceder cualquier suscriptor a través del Servicio de Documentación EL DERECHO DIRECTO, para su envío por fax (91 - 578 16 17).



TS Sala 2ª, Sentencia 31 marzo 2010. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Elementos del tipo

## Delito de asociación ilícita constitutiva de organización terrorista

*Desestima el TS el recurso de casación interpuesto por los condenados en la instancia como autores responsables de un delito de asociación ilícita constitutiva de organización terrorista. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que el delito de colaboración con banda armada penado en el art. 576 CP 95, no se limita a los supuestos exclusivos de colaboración con las actividades armadas, es decir, en actuaciones dirigidas a atacar violentamente contra personas y contra bienes, -ya que en este ámbito de la colaboración directa en los atentados violentos el referido tipo solamente cumple una función alternativa respecto de la sanción de los hechos como coautoría o complicidad en los concretos delitos cometidos, asesinatos, estragos, secuestros-. Donde el tipo despliega su más intensa funcionalidad es en los demás supuestos de colaboraciones genéricas, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Garikoitz.

(...)

SEGUNDO.- En el caso presente hay que efectuar una importante precisión cual es que no pudiéndose derivar de la actuación fáctica imputada al recurrente que éste tuviera facultades de decisión o mando requeridas para que su implicación resulte encuadrable en el concepto de dirigente, -el propio Ministerio Fiscal acusó- y la sentencia condenó -como mero integrante de Jarrai, Haika y Segi.

En efecto para poder calificar una conducta como de dirección, el sujeto deberá poseer, en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orienten la actuación de la organización en cuanto a la comisión de delitos -en principio y a tenor de la cláusula abierta del art. 574 CP, cualquier clase de ellos- de manera organizada y además con la finalidad -elemento subjetivo del injusto- de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública (STS. 2/2009 de 21.1).

El tipo penal más grave -decíamos en la STS. 480/299 de 22.5- del art. 516.1 comprenderá pues, sólo los máximos directivos de la asociación, opción interpretativa que parece la más razonable y proporcionada a la naturaleza y entidad de las conductas, y que se deduce de las sentencias de esta Sala 633/2002 de 21.5 y

550/2007 de 19.1 que limita el término de directivo o promotor al sujeto que tenga encargada la responsabilidad de una función determinada y que desempeñe la correspondiente tarea de mando o decisión sobre otra u otras personas con las que en común tenga el cometido de planificar o ejecutar las correspondientes acciones, siempre dentro de la estructura de la banda o grupo.

En definitiva, para calificar la conducta como de dirección, el sujeto deberá poseer en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orientan la actuación de la organización y por ello puede acontecer que personas que forman parte del equipo directivo de la asociación u organización, no reúnan la condición de auténticos directores por no poseer esa capacidad de adopción autónoma de decisiones que afecten directamente a los miembros o colaboradores de la banda.

De este modo, los "integrantes" (a los que deben ser asimilados el término "miembros activos") de una de estas bandas, organizaciones o grupos, serían, ante todo, las personas que intervienen activamente en la realización de tales acciones (que constituyen el objetivo principal de la asociación, así como el motivo de su ilicitud), esto es, delitos cometidos de manera organizada y con la finalidad subjetiva señalada.

En estos supuestos, la intervención activa no equivale, naturalmente, tan

sólo a la autoría de dichos delitos, sino más bien ha de hacerse equivalente a cualquier intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos. Así serán integrantes -miembros activos- los autores de los delitos que la banda, organización o grupo lleven a cabo, los partícipes de los mismos y también los que intervienen en su preparación, e igualmente las conductas de encubrimiento cuando revelen un carácter permanente. Puede no obstante haber personas que aunque no intervengan en la realización de acciones delictivas, forman parte de la dirección, en sentido amplio, de la banda, ocupándose de dirigir las actividades de mantenimiento de la estructura organizativa básica a la asociación: labores de planificación y de coordinación en cualquier ámbito de la actividad de la banda. Tales personas podrán ser consideradas también integrantes de la asociación terrorista (como lo serían en cualquier otra asociación ilícita).

Pues bien en el caso de Garikoitz, en el plenario, su condición de miembro integrante de Jarrai-Haika y Segi se acredita por sus propias manifestaciones en el plenario admitiendo tal pertenencia, sin que ello suponga olvido de lo preceptuado en el art. 406 LECrim.

En efecto respecto al valor de la confesión es doctrina reiterada y constante de esta Sala la de que, obtenida con las debidas garantías legales, constituye prueba idónea y suficiente para estimar enervada la presunción de inocencia (SSTS. 8.7.2002, 12.5.2003).

Es cierto como hemos recordado en STS. 1105/2007 de 21.12, que son numerosas las sentencias en la que el Tribunal Supremo exige la necesidad de practicar otras pruebas distintas de la confesión que corroboren la veracidad de la misma (STS. 26.12.89), pero ello no significa que la confesión por sí sola, carezca de valor probatorio y que deba acreditarse por medio de otras pruebas distintas. Es significativa al respecto la STS. 18.1.89, que distingue entre la prueba de la existencia del delito (cuerpo del delito), y la prueba de la autoría y en la que se afirma expresamente que "si la Ley impone al Juez el deber de verificar la existencia del delito confesado para adquirir la convicción respecto de la verdad de la confesión, es porque sola (la confesión) no es prueba suficiente de la existencia misma del delito... (...). El art. 406 LECrim. exige distinguir entre la prueba de la existencia del delito (cuerpo del delito) y de la prueba de la autoría. Solo la primera no puede ser probada exclusivamente por la confesión. Con respecto a la autoría, por el contrario, la confesión es por sí misma suficiente". Igualmente la STS. 20.12.91 recuerda cierto que el art. 406 LECrim. establece que la mera confesión del procesado no dispen-

sará al Juez Instructor de practicar todas las diligencias necesarias para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito", pero la STS. 30.4.90 precisa el valor pleno de las declaraciones de los acusados, acreditada la existencia del delito o falta, la confesión del acusado puede ser prueba suficiente de su autoría.

En efecto el art. 406 LECrim. no puede ser interpretado como una negación del carácter del medio de prueba que a la confesión indudablemente corresponde, sino como una afirmación del mismo. Por tanto, la confesión, en un correcto entendimiento de dicho precepto, no será idónea, en principio para probar el cuerpo del delito que no consta por otros medios de prueba. Pero constatando el cuerpo del delito, la confesión puede, por sí misma, ser prueba suficiente de la autoría.

En este sentido el ATS. 15.10.2005 recordó que se cuenta como prueba de cargo la propia confesión del recurrente efectuada en el juicio oral. Dicha prueba es suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia por resultar lógico dotar de suficiente verosimilitud a esta declaración (en similar dirección STS. 14.4.2005).

Igualmente la STC. 86/95 y también en relación a la prueba de confesión del imputado, declaró la aptitud de tal declaración una vez verificado que se prestó con respecto a las garantías de todo imputado, declarando que la validez de tal confesión y su aptitud como prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas objetivas en las que se obtuvo. Doctrina reiterada en la STC. 161/49 al afirmar; "de lo que se trata es de garantizar una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible para el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responde a un acto de ... inducción fraudulenta o intimidación".

Asimismo la sentencia destaca como este recurrente en unión de otro acusado, en su condición de portavoces de Jarrai-Haika publicaron el 4.4.2001 en el diario Euskaldusu Egunkaria, tras la suspensión de actividades de esa organización, un artículo en el que manifiestan su intención de continuar con la gestión de Jarrai, en los siguientes términos:

"Nosotros adoptamos un compromiso en abril del año pasado, cuando creamos y presentamos Haika. Por tanto, seguiremos trabajando con los compromisos asumidos el año pasado y este año con el proceso "Amair". los dieciséis encarcelados nos han manifestado que continuemos trabajando, porque hay fuerza,

ya que tras la operación, se movilizaron muchos jóvenes, y eso es plausible. (Tomo 6 de Segi, folio 1.648). Difunden dos días más tarde, a través del diario Gara y a nombre de Jarrai-Haika, una convocatoria del "Gazte topagune" (Encuentro juvenil) en la localidad de Oyarzun (Guipúzcoa) para el 20 de abril de 2001, bajo el lema "Con nosotros lo tenéis claro, vamos a construir el pueblo joven" (Tomo 6 de Segi, folio 1.651 y siguientes).

Comparecencia en rueda de prensa el 2 de mayo de 2001, en su condición de representante de Jarrai-Haika, junto a la acusada Araitz, para protestar por la previsible ilegalización de la referida organización juvenil; protesta que reitera días más tarde, en un acto electoral de Euskal Herritarrok, denunciando la decisión judicial de ilegalización de Jarrai-Haika (Tomo 6, de Segi, folio 1675).

Convocatoria el día 16 de agosto de 2001, de rueda de prensa como responsable ya de Segi junto Araitz, de la que hace eco el diario Gara, de una manifestación para el día siguiente en San Sebastián pese haber sido prohibida por el Gobierno Vasco bajo el lema:

"Gazte Iraultza Dagokiguna Eskuratu: Independentzia ETA Sozialismo" (Consigamos lo que nos corresponde mediante la revolución juvenil: Independencia y Socialismo) (Tomo 6 de Segi, folio 1722).

Diversas conversaciones telefónicas desde el número 655746837 del que es usuario el recurrente en las que hace saber en condición de miembro de Segi. Así la realizada el 21.9.2001 al diario Gara e identificándose como "de Segi" y comenta la convocatoria de la manifestación antes referida. (Tomo 6, Segi, folio 1878).

La llamada de 24 de septiembre de 2001, para contratar la luz y el agua para la nueva sede (Tomo 6 de Segi, folio 1880). Y la efectuada el 25 de septiembre 2001, al diario Egunkaria, e identificándose como "Gari", de "Segi" contesta a una serie de preguntas acerca del "Gazte Eguna" en el barrio de Intxaurre de San Sebastián y en Llodio (Álava). (Tomo VI folio 1890).

Reunión el 19 de febrero de 2002, sobre las 9,30 horas en la Herriko taberna de la localidad de Beasáin (Guipúzcoa), que abre con su llave, con el acusado Eneko y otros ya juzgados y condenados.

En consecuencia acreditada su pertenencia, primero en Jarrai-Haika, y tras su sustitución a partir de mayo de 2001 en Segi y sus concretas actividades no puede prosperar su pretensión de vulneración de la presunción de inocencia.

TERCERO.- El motivo segundo al amparo del art. 852 LECrim. en rela-

ción con el art. 5.4 LOPJ. por vulneración de los arts. 9.3, 25.1 CE. en relación con el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, por cuanto no se puede sancionar a nadie cuando en el momento de producirse los hechos, éstos no eran constitutivos de acción ilícita y no eran considerados actividad ilegal.

Así se dice que el recurrente compareció ante los medios de comunicación en abril 2001, fecha en que Haika, ni por supuesto Segi que ni siquiera había nacido- no había sido suspendida en sus actividades -lo fue en mayo 2001, luego en abril no estaba realizando actividad punible alguna; y si nos atenemos al objeto de acusación y condena, ser miembro de Segi, la resolución que acordó la suspensión de sus actividades es de marzo 2002, como la actividad que la sentencia indica que el recurrente realizó respecto a Segi, es de septiembre 2001, fue antes de la decisión judicial.

La sentencia que consideró ilícita a estas organizaciones primero, y luego terroristas a las mismas, después, está dictada en junio de 2005 (Audiencia Nacional), y en enero 2007 (Tribunal Supremo) y no se indica actividad alguna del recurrente después de la suspensión de actividades, ni después de la declaración del Tribunal Supremo ni de la Audiencia Nacional.

Luego, se concluye en el motivo, cuando Garikoitz realiza sus actividades, no está realizando acción ilícita alguna, está actuando dentro de la legalidad vigente cuando realiza sus acciones no son ilegales, ni se convierten en ilegales con posterioridad a su actuación, es decir, a partir de la ilegalización no realiza actividad alguna.

El principio de legalidad penal reconocido en el art. 29.1 CE. es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido vincula, ante todo, con el imperio de la Ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de estos a la seguridad jurídica, (SSTC. 62/82, 133/87, 150/89), así como con la prohibición de la arbitrariedad y con el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el art. 24.2 y el art. 117.1 de la CE. especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están "sometidos únicamente al imperio de la ley".

La doctrina del Tribunal Constitucional, junto al requisito formal de la reserva de Ley, exige, en segundo lugar, la concurrencia de una garantía material, cual es la de requerir a los órganos jurisdiccionales penales, para la integración de una determinada conducta, la existencia de una

predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las penas o sanciones aplicables (SSTC. 136/89, 177/92, 21/93 y 169/95).

"Es preciso recordar que el art. 25.2 CE. establece una garantía de orden material y alcance absoluto que se traduce en la ineludible exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, lo que significa que una sanción sólo podrá imponerse en los casos previstos y tipificados en normas preestablecidas y únicamente en la cuantía y extensión y con observancia de los límites previstos por dichas normas".

Dicha predeterminación normativa ha de ser, pues, escrupulosa con el cumplimiento de los requisitos de la lex scripta, previa et certa, cuya concurrencia requieren las SSTC. 133/87, 61/90, 246/91, 95/92.

"De todo ello se deduce que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, tres exigencias: la existencia de una ley (lex scripta); que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex previa); y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa); lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en Legislador".

Tal como han resumido las SSTC. 129/2008 de 27.10 y 91/2009 de 20.4, el derecho a la legalidad penal, supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de realización de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas.

En el examen de razonabilidad de la subsunción el primero de los criterios es, como pone de relieve la STC. 137/97 de 21.7, el del respeto al tenor literal de la norma, "pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa

subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa habilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (SSTC 62/1982; 53/1994). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero también de la libertad y la competencia del Juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, 75/1984, 111/1993), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley. Y así, continua la misma sentencia, dichos criterios estarán conformados por "las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y por los modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica" de suerte que "no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustentan en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico -una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico -una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios" (SSTC. 137/97 también entre otras, SSTC. 189/98 de 28.9, 13/2003 de 28.1, 138/2004 de 13.9, 242/2005 de 10.10, 9/2006 de 16.1).

La aplicación de la doctrina jurisprudencial anterior a la impugnación del recurrente conduce a su rechazo.

Las conductas ilícitas desarrolladas por el recurrente se subsumen en el art. 515.2 CP. que estaba en vigor cuando aquellos se produjeron, la declaración previa de ilicitud Jarrai-Haika y Segi no es un presupuesto normativo para la subsunción en el tipo indicado.

En efecto el delito de asociación terrorista -como cualquier otro de asociación ilícita- no se consuma cuando en el desenvolvimiento de su actividad se cometen determinadas infracciones, sino que desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, bastando con que se acredite alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción, aunque sea bastante a estos efectos con la decisión de hacerlo, traducida en actos externos tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento y medios materiales para sus fines, a la preparación o ejecución de acciones o a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan o a quienes ya lo han hecho.

Consecuentemente la previa declaración de ilicitud y consideración como organización terrorista a estas asociaciones es presupuesto para su disolución, conforme el art. 520 CP, o de su suspensión, art. 129 CP, pero no requisito para la aplicación al recurrente de los arts. 515.2 y 516.2, integrante, cuya descripción normativa proporciona datos bastantes para la determinación clara y precisa de las conductas y satisface las exigencias del principio de legalidad penal. Por ello que el pronunciamiento judicial en orden a la consideración de Jarrai-Haika y Segi, de organizaciones terroristas juveniles del entorno de ETA haya adquirido firmeza en enero 2007 no supone que es a partir de este momento cuando debe operar el principio de legalidad, sino que se trata de la aplicación por parte de los tribunales de un precepto a unas conductas que se encontraban plenamente enmarcadas en aquellos tipos penales y sin que tal subsunción pueda entenderse irrazonable, tratándose, en definitiva de la aplicación de la norma al caso concreto en el momento en que ello acontece en el tiempo.

CUARTO.- El motivo tercero al amparo del art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ. por infracción y vulneración del art. 20 CE en relación con lo indicado en el art. 21 y 22 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la actuación del recurrente se enmarca en el ejercicio de la libre expresión de ideas y a la participación política, por cuanto la sentencia cuando se refiere a Garikoitz únicamente señala que su actividad ha sido realizar valoraciones en medios de comunicación, para medios de comunicación o ante medios de comunicación, lo que supone el ejercicio a la libre expresión de ideas y a la participación política. La sentencia, a juicio del recurrente, no señala qué argumento y de qué tipo es el que le sirve de base para entender que el recurrente cuando dice algo en una rueda de prensa, lo hace por orden de ETA y para seguir un plan diseñado por esta organización, no señala documento ni acto o reunión alguna en la que el recurrente haya recibido ordenes de actuación.

El motivo deviene improsperable.

El derecho a la expresión y a la información no es sólo expresión de una libertad individual básica sino que se configura también como elemento informador de nuestro sistema político democrático. "Así, el art. 20 de la norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una

sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas" (STC. 159/86 de 16.12). Consecuencia directa del contenido institucional de la libre difusión de ideas y opiniones es que, según hemos reiterado, la libertad de expresión, comprende la libertad de crítica, "aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura", sin los cuales no existe sociedad democrática (por todas STC. 174/2006 de 5.6).

Por ello mismo "es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución -se ha dicho- protege también a quienes la niegan" (STC. 176/1995 de 11.12). De ese modo, en principio, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido o por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución. a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional".

En concreto, en relación con la ponderación entre la libertad de expresión y otros derechos o bienes constitucionales que puede limitar dicha libertad, advierten las SSTC. 171/90 de 12.11, 136/99 de 20.7, que "el valor especial que la Constitución otorga a las libertades de expresión e información no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución les concede su protección preferente" (STC 235/2007 de 7.11, ATC. 4/2008 de 9.1).

Del mismo modo esta Sala Segunda Tribunal Supremo, sentencias 480/2009 de 22.5, 556/2006 de 31.5 y 1284/2005 de 31.1 ha declarado que la libertad de expresión tiene la jerarquía propia de una garantía esencial de un Estado en el que se reconoce a la libertad y al pluralismo político el carácter de "valores superiores de su ordenamiento jurídico" (art. 1 CE). Pero la propia Constitución, no obstante la trascendencia y el carácter preponderante que se debe atribuir a la libertad de expresión,

reconoce -art. 20.4-, que no es un derecho ilimitado y absoluto.

El derecho a la libertad de expresión y de información, concurriendo los necesarios presupuestos, puede operar como justificación en delitos que afectan a otros derechos fundamentales, como el honor o la intimidad, por cuanto que aquel derecho sirve para la formación de opinión pública en asuntos de interés para la colectividad, y la ponderación a realizar en tales casos debe ser, según reiterada jurisprudencia, favorable a las libertades de expresión e información. Pero esta misma ponderación a realizar entre los intereses contrapuestos difícilmente puede resolverse a favor de aquellas libertades, cuando la conducta cometida por el autor ha consistido en una colaboración con terroristas, cuyas acciones desembocan en gravísimas consecuencias para la generalidad de las personas. La desproporción entre los fines perseguidos en el ejercicio de la libertad de información, sin duda de una extraordinaria proyección en el ámbito de delitos como los de injurias y calumnias, y los bienes jurídicos comprometidos con la comisión de delitos de terrorismo (orden público, vida, salud e integridad física, estabilidad nacional e internacional, etc.), es tan manifiesta que excusa de mayores consideraciones al respecto.

En efecto la acción terrorista -decíamos en la STS. 503/2008 de 17.7- es algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia lo que excluye las vías y medios violentos.

No otra cosa sucede en el caso que se examina. No puede aceptarse que las organizaciones juveniles Jarrai, Haika y Segi en su funcionamiento y actividades se unieran exclusivamente en el área de participación política con la defensa de sus ideas.

Así que las citadas organizaciones juveniles son organizaciones terroristas está expresamente declarado por esta Sala en STS. 50/2007 de 19.1, en cuyo fundamento jurídico cuadragésimo sexto se recoge: "Fácil es concluir que JARRAI-Haika-SEGI constituye una organización estable en el tiempo, desarrollándose desde 1978 a 2001; que, lejos de dedicarse a la defensa pacífica y por medios legítimos de su opción política, dicha organización complementa la actividad de lucha armada de ETA., mediante actos de kale borroka numerosos y reiterados; que utiliza artefactos explosivos o incen-

diarios; que causa daños, coacciones y amenazas, mediante lanzamientos de artefactos incendiarios, menoscabos de vehículos de transporte público, causación de incendios intencionados, colocación de artefactos explosivos y contra-manifestaciones violentas, actos todos ellos de contenido e intención conminatorios. Y que su actividad es diseñada, coordinada, graduada y controlada por ETA..." añadiendo que la "dicotomía" de que, no obstante, habla la sentencia de instancia entre la organización armada y sus satélites, de ningún modo empaña la calificación de "terrorista", dada la finalidad y contenido descrito de los actos de estos últimos. Ni tampoco el carácter subordinado de los segundos respecto de la primera, en cuanto a la capacidad de diseñar la política terrorista, sería obstáculo para la calificación postulada. Como tampoco lo hace la eventual dedicación de estas entidades a actuaciones legales en el ámbito social juvenil, que, sin duda, responde tanto a un enmascaramiento de sus verdaderos objetivos, como a la utilización de todas las reivindicaciones, pretextos y banderines de enganche imaginables para penetrar lo más profundamente posible el tejido social"; para concluir:

"En consecuencia, Jarrai-Haika-SEGI es una asociación o una serie de asociaciones, que se han sucedido en el tiempo, no sólo ilícita/s, por tener como objeto la comisión de algún delito (común) sino también una organización terrorista que, incidiendo en la seguridad ciudadana, persigue producir profundo temor, atacando al conjunto de la sociedad democrática y constitucional del Estado de Derecho, en expresión de la STC 199/87; o en otros términos, atentando contra la paz pública, como aspecto de la paz social, que se funda -según el art. 10 de la CE - en el "respeto a la ley y a los derechos de los demás"; resultando, por tanto, incardinable en el núm. 2 del art. 515 del vigente Código Penal .

Asimismo en el relato fáctico de la presente sentencia, en cuatro apartados se detalla la vinculación de ETA con Jarrai, Haika y Segi y sus militantes; las misiones encomendadas por ETA a los miembros de estas organizaciones; la realización de actividades suscritas y patrocinadas por Jarrai, Haika y Segi de acuerdo con los planes diseñados por ETA previamente; y la actuación llevada a cabo por cada uno de los acusados dentro de las referidas asociaciones juveniles.

Así, como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, los hechos probados describen que ETA al inicio de la etapa democrática, puso en marcha una adaptación de su estrategia imperante hasta entonces, sacar a la luz pública toda una serie de entramados societarios, "aparato de masas", entre los que se incluyen los movimientos juveniles de que ahora se trata. Asociaciones

integradas por quienes están dispuestos a dar un paso más.. “para convertir y transformar aquella finalidad política de separatismo e independencia en mecanismos aptos para el cambio violento de un nuevo régimen político vasco a soportar por el resto de España”. Describe la sentencia la directa vinculación con ETA y va desgranando el contenido de los documentos que revelan aquella, así como el paso de una a otra de las tres organizaciones juveniles.

A partir de la Pág. 15 de la sentencia, se describen las misiones encomendadas por ETA a las tres organizaciones: Encargarse de ser instrumento desestabilizador, lo que se lleva a cabo con campañas de manifestaciones, concentraciones, medidas de presión amenazantes contra instituciones y con actos de violencia callejera. Esta violencia callejera o Kale Borroka es controlada por el aparato político de ETA señalando sus características, Pág. 18; Campañas de “presión social” a empresas, instituciones, fuerzas armadas etc., Pág. 20 y siguientes y; Proveer al frente armado de futuros candidatos, lo que se pone de relieve en el documento “Infos Sur Xagu-A-4” elaborado por Jarrai, Pág. 26 de la sentencia.

A partir de la Pág. 27 se describen las concretas actividades llevadas a cabo por las tres organizaciones juveniles en el marco de aquellas misiones encomendadas por ETA, destacando las actividades de “Kale Borroka” o violencia callejera a que se dedicaba Jarrai, como se deduce de los siete documentos que detalla en las Pág. 27 y 28, y enumerando hasta 22, hechos de violencia callejera llevados a cabo por miembros de Jarrai, Haika y Segi, tras la suspensión de los dos primeros el 6.3.2001 (Pág. 30 y 31), y diversos actos de violencia realizados tras el fallecimiento de un miembro a ETA, por Segi entre los días 25 y 28.7.2001 (Pág. 32 a 33); con motivo de la detención de miembros de Gestoras pro amnistía entre el 31.10 y 30.11.2011; (Pág. 34 y 35) y a raíz de la suspensión por ilegalidad de las actividades de la propia Segi, el 6.2.2002 (Pág. 34 a 36). Y por último describiendo el material intervenido en las sedes de cada una de las organizaciones o en locales utilizados como ilegales de reunión (Pág. 36 a 40).

Es, por tanto, en este contexto en el que debe analizarse la actuación del recurrente que como portavoz, primero de Jarrai-Haika, y responsable, después, de Segi, realiza las comparecencias públicas y convocatorias a que se ha hecho referencia en el motivo anterior, actividad desarrollada como integrante y miembro destacado de aquellas organizaciones y por lo tanto, conociendo su dependencia de ETA, y que con su actuación contribuía de alguna forma al funcionamiento y a los fines de aquella. Siendo así la participación

en cualquiera de las actividades de la organización con conocimiento de que con esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista, debe configurarse como una modalidad de delito de terrorismo.

QUINTO.- El motivo cuarto al amparo del art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ. por vulneración de precepto constitucional, en concreto el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE.

Se señala en el motivo que las intervenciones telefónicas realizadas sobre el teléfono de Garikoitz, así como las prórrogas decretadas sucesivamente son constitucionalmente ilícitas y en consecuencia, debe declararse su nulidad (art. 11.1 LOPJ.), así como de todas aquellas pruebas que estén en conexión de antijuricidad, por cuanto se han acordado en algunos casos sin motivación y en otros con una motivación constitucionalmente insuficiente o no satisfactoria; por carecer de presupuesto material habilitante para adoptar la medida; por ausencia de control judicial en la adopción, ejecución y posterior prórroga de las intervenciones y por incorrección jurídica de su autorización, falta de motivación que trae consigo la vulneración, asimismo, de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad exigidos en la materia que conllevan la nulidad e ilicitud -radical e insubsanable- de las intervenciones telefónicas, y asimismo concurren vicios de legalidad ordinaria.

Como cuestión previa deberá analizarse la posible extemporaneidad de esta impugnación destacada en la sentencia de instancia (F.J. 2º), dado que por ninguna de las defensas se planteó en el trámite de conclusiones provisionales la nulidad de las intervenciones telefónicas, introduciéndose por primera vez en la fase de conclusiones definitivas y en la fase del informe oral:

En este sentido como dice en la STS. 344/2005 de 18.3, el ámbito de la casación se constriñe a las cuestiones que fueron planteadas en la instancia por las partes en sus escritos de conclusiones, pero no alcanza a cuestiones nuevas, pudiéndose haber planteado temporáneamente, afloran en este trámite casacional, pues ello obligaría a esta Sala a decidir sobre temas que no fueron discutidos en el plenario, ni por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, o habiéndose sometido a la debida contradicción. Es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscribe al examen de errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa “ex novo” y “per saltum” formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación pretensión de preceptos sustantivos no invocados, es decir sobre cuestiones jurídicas no for-

malmente propuestas ni debatidas por las partes SSTS. 545/2003 de 15.4, 1256/2002 de 4.7 que precisa “Como con razón denuncia el Fiscal, lo suscitado es en este momento una cuestión nueva, no planteada en la instancia. Y es jurisprudencia consolidada de esta sala que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, sin que puedan formularse, ex novo y per saltum alegaciones relativas a otros no suscitados con anterioridad, que obligarían al tribunal de casación a abordar asuntos no sometidos a contradicción en el juicio oral (SSTS de 8 de febrero de 1996 y de 10 de noviembre de 1994).

La doctrina jurisprudencial (STS. 707/2002 de 26.4) admite dos clases de excepciones a este criterio. En primer lugar cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión. Y en segundo lugar cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo (por ejemplo la apreciación de una circunstancia atenuante) y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de las mismas conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa.

En el caso que se examina estaríamos en la primera situación por lo que el análisis de la infracción constitucional denunciada resulta admisible.

SEXTO.- Siendo así debemos recordar que, como decíamos en SSTS. 56/2009 de 3.2, 834/2009 de 16.7; 901/2009 de 24.9 y 924/2009 de 7.10, la diligencia de intervención telefónica debe respetar unas claras exigencias de legitimidad constitucional, cuya concurrencia es del todo punto necesario para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas.

La decisión sobre la restricción de este derecho se deja en manos exclusivamente del poder judicial de conformidad con el art. 18.3 CE., concretamente, en el Juez de Instrucción, a quien corresponde la ponderación de los intereses en juego, mediante un juicio acerca de la legitimidad, proporcionalidad y necesidad de la medida, el cual deberá desprenderse de una resolución judicial motivada, adoptada en el ámbito de un proceso penal.

Así pues, todo lo anterior debe resultar de la decisión judicial que, al menos, debe contener, en la forma que luego se dirá, los datos fácticos necesarios para poner de manifiesto que el Juez ha realizado la valoración exigida, la cual debe despen-

derse del contenido de su resolución, de modo que, de un lado, su decisión pueda ser comprendida y, de otro, que sea posible efectuar un control adecuado y suficiente sobre la misma por la vía del recurso.

Esta exigencia de motivación conecta la cuestión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a obtener una resolución suficientemente fundada, de tal modo que, teniendo en cuenta las características del caso concreto, puedan conocerse las razones del acuerdo adoptado por el órgano jurisdiccional. El artículo 120.3 de la Constitución impone contundentemente la motivación de las resoluciones judiciales, lo cual ha sido especialmente recordado por el Tribunal Constitucional y por esta misma Sala cuando se trata de decisiones que suponen una restricción de derechos fundamentales, ya que en estos casos, es exigible una resolución judicial que no solo colme el deber general de motivación que es inherente a la tutela judicial efectiva, sino que además se extienda a la justificación de su legitimidad constitucional, ponderando las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión (STC 29/2001, de 29 de enero y STC 138/2002, de 3 de junio). “La restricción del ejercicio de un derecho fundamental”, se ha dicho, “necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó. Por ello la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho (STC 52/1995)”. (STC de 17 de febrero de 2000).

De ahí que pueda afirmarse que si los órganos judiciales no motivan dichas resoluciones judiciales, infringen ya, por esta sola causa, los derechos fundamentales afectados (SSTC 26/1891, 27/1989, 37/1989, 8/1990, 160/1991, 3/19192, 28/1993, 12/19194, 13/19194, 160/1994, 50/1995, 86/1995, 128/1995, 181/1995, 34/1996, 62/1996, 158/1996 o 170/1996).

Esta exigencia debe ponerse en relación con la naturaleza y características del derecho fundamental afectado y con las circunstancias en las que se produce su restricción, por lo cual no supone la necesidad de una determinada extensión, estilo o profundidad en la fundamentación o la precisión de razonar de una concreta manera, siendo suficiente, en general, con que puedan conocerse los motivos de la decisión, lo que permite comprender las razones del sacrificio del derecho fundamental tanto al directamente afectado como a los demás ciudadanos, y, en su caso,

controlar la corrección de la decisión judicial por vía de recurso. Es cierto que el interesado no puede controlar la legalidad de la medida durante su ejecución pues lógicamente desconocerá su existencia, pero el contenido de la motivación le permitirá impugnarla con posterioridad y cuestionar así la legitimidad de la actividad probatoria desarrollada, lo cual podrá ser trascendente no solo en orden a salvaguardar la integridad de su derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, sino también a la vigencia de su derecho a la presunción de inocencia. Por ello, se ha dicho una motivación puede ser suficiente si permite el cumplimiento de estos fines.

Concretamente en orden a la debida motivación de las resoluciones que acuerden las intervenciones telefónicas, como decíamos en las SSTS. 201/2006 y 415/2006, el auto que acuerda la intervención telefónica se trata de una resolución judicial, como tal afectada por el art. 120 CE., tratándose de una diligencia que requiere la existencia de indicios que se investigan, su exigencia no puede equipararse a la de otras resoluciones que requiera la fundamentación de una imputación objetiva y subjetiva (art. 779.4 y 384 de la Ley Procesal). La resolución judicial que autorice la inferencia debe motivar su adopción comprobando que los hechos para cuya investigación se solicita revisen caracteres de hecho delictivo y que la solicitud y la adopción guardan la debida proporcionalidad entre el contenido del derecho fundamental afectado y la gravedad del hecho delictivo investigado. Una exigencia mayor sobre el contenido de la motivación podría hacer innecesaria la medida, pues cuando se solicita y expide el mandamiento se trata de acreditar un hecho delictivo, y su autoría, sobre la base de unos indicios de su existencia. En parecidos términos la STS. 4.2.98 señala, como la exigencia de motivación de la medida que autoriza una intervención telefónica, sin renunciar a ella, debe ser matizada pues la medida no es posterior al descubrimiento del delito sino dirigida a su averiguación y descubrimiento, en los términos del art. 126 CE.

Por otra parte, mediante la expresión del hecho que se investiga y la normativa que lo autoriza, lo que supone un examen de la proporcionalidad, se puede conocer la razón y porqué de la medida y proporciona elementos de control jurisdiccional que satisfarán la tutela judicial efectiva.

No se trata, en definitiva, de una resolución jurisdiccional que resuelve un conflicto planteado entre partes con interés contrapuesto, sino de una resolución judicial que tutela un derecho fundamental en el que el Juez actúa como garante del mismo y en el que es preciso comprobar la proporcionalidad de la injerencia, tanto desde la gravedad del hecho in-

vestigado como de la necesidad de su adopción.

Las SSTS. 55/2006 de 3.2, con cita de la 530/2004 de 29.4 y 988/2003 de 4.7, y STC. 167/2002 de 18.9, nos dicen que "por lo que hace a la motivación de las resoluciones judiciales atinentes a la injerencia en el secreto de las comunicaciones tiene por fundamento la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida.

Es preciso, en esta medida, que el Tribunal exprese las razones que hagan legítima la injerencia, si existe conexión razonable entre el delito investigado, en este caso un delito grave como lo son los delitos contra la salud pública y la persona o personas contra las que se dirige la investigación. En términos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las sospechas que han de emplearse en este juicio de proporcionalidad "no son solo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, en un doble sentido. En primer lugar, el de ser accesibles a terceros sin lo que no serían susceptibles de control, y, en segundo lugar, han de proporcionar una base real de lo que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer un delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (SSTC 49/99 y 171/99). Y su contenido ha de ser de naturaleza que "permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (SSTEDH de 6.9.78 caso Klass y de 15.6.92 caso Ludi), o en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim. en indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa" (art. 579.1 LECrim. ) o "indicios de responsabilidad criminal (art. 579.3 LECrim. ) SSTC. 166/99 de 27.9, 299/2000 de 11.12, 14.2001 de 24.1, 138/2001 de 18.6, 202/2001 de 15.10, 167/2002 de 18.9, que señalan en definitiva "que los indicios son algo mas que simples sospechas pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento "o sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo".

La sentencia de esta Sala 1090/2005 de 15.9 recuerda en lo que se refiere a la valoración de estos datos como indicios suficientes que hemos exigido en resoluciones anteriores (STS. 75/2003 de 23.1 entre otras) que "consten los indicios que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta como apoyo para consi-

derar razonable y fundada la sospecha acerca de la comisión de un delito y de la participación en él del sospechoso. En este sentido, no es necesario que se alcance el nivel de los indicios racionales de criminalidad, propios de la adopción del procesamiento. Es de tener en cuenta, como recuerda la STS de 25 de octubre de 2002, que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (STS 1240/1998, de 27 noviembre, y STS 1018/1999, de 30 septiembre), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales ele-

■  
*"...el delito de  
 colaboración con banda  
 armada, organización o  
 grupo terrorista exige  
 que la aportación sea  
 objetivamente relevante,  
 pero no que como  
 consecuencia de ella se  
 alcance el éxito  
 pretendido. Es decir,  
 basta que la acción sea  
 potencialmente eficaz.  
 Pero también es  
 necesario que se  
 describa suficientemente  
 cuál es el acto de  
 colaboración, sin  
 imprecisiones ni  
 vaguedades."*  
 ■

mentos indiciarios. Pero sin duda han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues en ese caso la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental dependería exclusivamente del deseo del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de derechos y libertades efectivos".

Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la pro-

porcionalidad de la misma resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión" (S.S.T.C. 171/ 99 y 8/00).

Debe por tanto motivarse la necesidad de la autorización (STS. 299/2004 de 19.9), sostenida en razonamientos suficientes a partir de indicios o, cuando menos, sospechas sólidas y seriamente fundadas acerca de la concurrencia de los requisitos de hechos, comisión de delito y responsabilidad en el mismo del sujeto pasivo de la restricción del derecho, que no sólo cumpla con las exigencias constitucionales de fundamentación de las Resoluciones judiciales (art. 120.3 CE ) sino que, además, permita la ulterior valoración de la corrección de la decisión por parte de los Tribunales encargados de su revisión, a los efectos de otorgar la debida eficacia a los resultados que pudieran obtenerse con base en ella o por vía de Recurso contra la misma (STS. 999/2004 de 19.9).

Por último tanto el Tribunal Constitucional (S. 123/97 de 1.7), como esta misma Sala (SS. 14.4.98, 19.5.2000, 11.5.2001 y 15.9.2005), han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamenta en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, que el Juzgador tomó en consideración como indicio racionalmente bastante para acordar la intervención telefónica como señalan las SS. 26.6.2000, 3.4 y 11.5.2001, 17.6 y 27.10.2002, entre otras muchas, los autos de autorización de intervenciones telefónicas pueden ser integrados con el contenido de los respectivos oficios policiales en los que se solicitan las intervenciones en cada caso, de forma que es lícita la motivación por referencia a los mismos, ya que el órgano jurisdiccional por si mismo carece de la información pertinente y no sería lógico que abriese una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por la Policía Judicial.

En este sentido la STS. 1263/2004 de 2.11, señala que, como se recuerda en la STC. 167/2002 de 18.9, de que aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada, si integrada incluso en la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias constitucionales y legales, de tal suerte que se pueda llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SS.T.S. 4 y 8.7.2000).

Así pues, la motivación en cuanto a los hechos que justifican la adop-

ción de la medida, debe contemplar la individualidad de cada supuesto en particular y puede hacerlo remitiéndose a los aspectos fácticos contenidos en el oficio policial en el que se solicita su adopción. No se trata desde luego de una práctica recomendable, a pesar de la frecuencia con que se recurre a ella, pero no determina por sí misma la nulidad de lo actuado.

En consecuencia, lo que la Constitución exige al atribuir y confiar al Juez de Instrucción la competencia exclusiva para adoptar estas resoluciones a que la depuración y análisis crítico de los indicios aportados por la policía judicial bajo su dependencia se realice por el Instructor exclusivamente desde la perspectiva de su razonabilidad y subsiguiente proporcionalidad adecuada al caso.

(...)

**OCTAVO.-** Se aduce igualmente por el recurrente la falta de control judicial sobre las intervenciones por cuanto el Instructor no efectuó un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la actividad telefónica y no conoció el resultado de la investigación, hasta que se lo dio la policía. Asimismo no hubo control por el Secretario judicial, que no recepcionó ni custodió las cintas, no dio fe pública del cotejo de las transcripciones y no levantó acta que documentara lo actuado a presencia de las partes.

**Impugnación que debe seguir igual suerte desestimatoria.**

En relación a la falta de control judicial de las intervenciones y del material obtenido a causa de las grabaciones, es cierto que este control se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, lo que implica que el Juez debe conocer y controlar el desarrollo de la ejecución lo que supone que al acordar su práctica debe establecer las condiciones precisas para que tal afirmación sea real (STS. 1056/2007 de 10.12). En este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que la falta de control se produce y puede dar lugar a la lesión del derecho "si no se fijan períodos para dar cuenta al Juez de los resultados de la intervención (STC 82/2002, de 22 de abril) o si, por otras razones, el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y del cese de la intervención o no conoce los resultados de la investigación (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre; 202/2001, de 15 de octubre; 205/2002, de 11 noviembre; 184/2003 de 23 octubre), diciendo ésta última que "...si bien el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (por todas SSTC 49/1996, de 26 de marzo; 121/1998, de 15 de junio), para considerar cumplido el requisito de que las intervenciones se ejecuten bajo control y supervisión

judicial es suficiente con señalar que los Autos de autorización y prórroga fijaban términos y requerían de la fuerza policial ejecutante dar cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, así como que el órgano judicial efectuó un seguimiento de las mismas".

En el presente caso al igual que en la anterior impugnación el recurrente se limita a una genérica impugnación, olvidando que esta misma Sala en la sentencia 50/2007 antes citada (FJ. 9, apartado 4) ya señaló que el Juez tuvo conocimiento del contenido de las conversaciones interceptadas antes de autorizar las prórrogas. En el Tomo I de la Pieza de SEGI, Diligencias Previas 172/01 y 173/01, consta en el folio 53, Auto de 10 de julio de 2001 en el que se constata la aportación de las cintas que contienen las grabaciones con interés para la investigación. Resolución en la que se acuerda "formar pieza separada, que se encabezará con testimonio del presente y se formará con desglose de todos los folios referentes a la entrega en este Juzgado de las cintas que contienen las grabaciones de los teléfonos intervenidos en las presentes actuaciones, así como las transcripciones y traducciones aportadas y que se aporten, en su caso, por la Unidad policial encargada de la investigación. Idéntica resolución se dicta en las Previas 173/01 el 5 de octubre de 2001, folio 248. En el Tomo II, Diligencias Previas 174/01, se dicta en fecha 11 de diciembre de 2001 auto de idéntico contenido a los anteriores, en cuanto a la constatación de aportación de cintas y transcripciones y su unión a la pieza separada, folio 403. Y en el folio 575 a 599, con referencia a las Previas 175/01, consta la aportación de soportes originales de cintas, 100 en total, referentes a las intervenciones telefónicas autorizadas en esas Diligencias, la del .321 de Jon M.. En el Tomo III, referente a la intervención del teléfono 943286377, consta a los folios 740, 748 y 767 la aportación de 90 cintas, soporte original. En el Tomo IV, consta a los folios 1078 auto acordando la unión de cintas a la pieza separada, referente a las Previas 321/01, e idéntica resolución en relación a las Previas 373/01 al folio 1207.

En relación a las intervenciones acordadas en las Previas 376/01, consta a los folios 1308, 1318, 1319 y 1320 la aportación de 6 cintas originales. Y finalmente en el Tomo V, consta en relación a las intervenciones telefónicas acordadas en las Previas 431/01, números .069 y .868, auto de 18 de enero de 2002 acordando la unión de las cintas a la pieza separada. Folio 1430 y la aportación de cuatro cintas. En relación a las intervenciones acordadas en las Previas 14/02, números .123, .334, consta igualmente al folio 1524, auto acordando la unión a la pieza separada de las cintas aportadas. Y en relación a las intervenciones acordadas en las Previas 15/02, número .838,

idéntica resolución en fecha 4 de marzo de 2002 de aportación a pieza separada, folio 1564.

De todo ello resulta que se sigue una pieza en la que obran las resoluciones judiciales, la pieza de SEGI a la que se acumulan todas las Previas antes identificadas, y otra pieza separada de SEGI en el que se constata la aportación de cintas y transcripciones. Cintas y transcripciones cuyo conocimiento se pone a disposición judicial y que permite afirmar el control judicial de las medidas limitativas acordadas.

Consecuentemente de lo anterior se desprende que el Instructor tuvo siempre conocimiento del desarrollo de las intervenciones telefónicas ya autorizadas, que la remisión de las transcripciones no fuese en su inicio íntegra y que la relación se llevase a cabo por la propia policía judicial, no empece a que el control judicial anterior de los autos acordando las nuevas intervenciones o las prórrogas no fuese efectivo.

En efecto como hemos recordado en la reciente STS. 745/2008 de 25.11 ningún precepto legal impone al Juez de Instrucción la obligación de oír las grabaciones de las conversaciones intervenidas para acordar la prórroga de las intervenciones ya autorizadas, siendo patente que el Juez puede formar criterio de tales efectos por medio de la información escrita o verbal de los funcionarios policiales que hayan interesado y practiquen la intervención (STS. 1368/2004 de 15.12).

Así se ha pronunciado esta Sala en SS. 28.1.2004, 2.2.2004, 18.4.2006 y 7.2.2007, precisando que: "Desde luego es cierta la necesidad de conocer el resultado de las conversaciones, pero ni la sentencia del Tribunal Constitucional dice, ni esta Sala ha exigido, que deba oír las conversaciones directamente el juez o leer su transcripción. Lo esencial es que aquel efectúe el juicio de ponderación y de proporcionalidad en base a los datos que la policía le facilite, si los estima suficientes. En nuestro caso, dadas las necesidades de la investigación, el juzgador estimó convincente y adecuado el informe policial petitorio, en el que se le instruyó verazmente del resultado de la medida injerencial y de la necesidad de ampliarla, así como de la marcha de las investigaciones. La credibilidad que al Instructor le merecía la labor policial, en este cometido, no carece de apoyo racional si pensamos en la especial responsabilidad que recae sobre los miembros de la policía que actúan a las órdenes y bajo la dirección del juez en la investigación de las causas penales, amén de que cualquier discordancia entre el contenido de las conversaciones, en breve tendría que aflorar cuando aquéllas se transcribieran. Siendo así, el único obstáculo que teñiría de ilicitud constitucional la ampliación de las intervenciones telefónicas sería la

nulidad de las primeras, si las segundas se basaban en aquéllas. La intervención ulterior estaría viciada de ilegitimidad si estos nuevos datos o circunstancias objetivas aportadas, que pretenden fundamentar la nueva solicitud de ampliación, hubieran sido conocidas a través de una intervención telefónica ilícita."

Como tiene dicho ya con reiteración esta Sala, al margen de que los aspectos relativos a la incorporación del resultado de las diligencias a las actuaciones se refieren tan sólo a las exigencias de la eficacia probatoria de sus propios contenidos pero, sin que en ningún caso, ello pueda suponer la nulidad del material derivado de las mismas, el aludido "control" de la práctica de las intervenciones por la autoridad judicial no exige la necesaria audición personal de las cintas que, no lo olvidemos, se encuentran a su disposición, sino que, basta con que, antes de las decisiones ulteriores a propósito de la evolución de la injerencia, el Juez cuente con la imprescindible información acerca de los resultados previamente obtenidos, lo que, en este caso, sin duda, se produjo mediante la aportación de transcripciones e informes en apoyo de las nuevas solicitudes de autorización.

Por ello la alegación de que el Juez no ha efectuado las oportunas comprobaciones para acordar las prórrogas constituye una mera afirmación de la parte. Lo relevante es que conste en las actuaciones que el servicio policial especializado que por delegación del Instructor realiza materialmente las escuchas, ya que es obvio que éstas no se pueden materializar por el propio Juez, entregó al Instructor los elementos probatorios necesarios para poder valorar la conveniencia de la prórroga.

En este momento procesal, no se trata todavía de utilizar el resultado de las intervenciones como medio de prueba en el juicio, sino que el Juez controle el proceso de intervención y decida, conforme a su propio criterio profesional y en atención a los datos que se le proporcionan, la procedencia de la continuidad de la investigación.

Consecuentemente no deben confundirse los requisitos necesarios para que el Instructor prorrogue o amplíe una intervención telefónica con los exigibles para su utilización posterior como prueba en el juicio.

Estos últimos son requisitos que se refieren al protocolo de la incorporación del resultado probatorio al proceso, que es lo que convertirá el resultado de la intervención en prueba de cargo susceptible de ser valorada. Tales requisitos son:

- 1) La aportación de las cintas.
- 2) La transcripción mecanográfica de las mismas, bien íntegra o bien de los aspectos relevantes para la inves-

tigación, cuando la prueba se realice sobre la base de las transcripciones y no directamente mediante la audición de las cintas.

3) El cotejo bajo la fe del Secretario judicial de tales párrafos con las cintas originales, para el caso de que dicha transcripción mecanográfica se encargue -como es usual- a los funcionarios policiales.

4) La disponibilidad de este material para las partes.

5) Y finalmente la audición o lectura de las mismas en el juicio oral, que da cumplimiento a los principios de oralidad y contradicción, previa petición de las partes, pues si estas no lo solicitan, dando por bueno su contenido, la buena fe procesal impediría invocar tal falta de audición o lectura en esta sede casacional.

Pero los requisitos necesarios para la utilización de las intervenciones como prueba en el juicio, no coinciden con los necesarios para prorrogar la medida, en cuyo caso basta que conste que el Juez dispuso de los elementos mínimamente suficientes para valorar o constatar personalmente la efectividad de la intervención hasta la fecha (STS. 1060/2003 de 21.7).

En el caso presente, el grupo policial encargado de la investigación proporcionó al Juez la información que consta en los oficios antes señalados, con un resumen completo del resultado de las investigaciones, acompañando también las cintas originales, y las transcripciones relevantes por lo que el Instructor dispuso de la información suficiente para valorar la concurrencia de los requisitos para adoptar cada prórroga o nueva intervención.

Por último en lo referente a las transcripciones de las cintas, solo constituyen un medio contingente -y por tanto prescindible- que facilita la consulta y constatación de las cintas, por lo que sólo están las imprescindibles. No existe ningún precepto que exija la transcripción ni completa ni los pasajes mas relevantes, ahora bien si se utilizan las transcripciones su autenticidad solo valdrá si están debidamente cotejadas bajo la fe del Secretario judicial (SSTS. 538/2001 de 21.3, 650/2000 de 14.9). De lo expuesto se deriva que el quebrantamiento de estos requisitos de legalidad ordinaria, solo tiene como alcance el efecto impeditivo de alcanzar las cintas la condición de prueba de cargo pero por ello mismo, nada obsta que sigan manteniendo el valor del medio de investigación y por tanto de fuente de prueba, que puede completarse con otros medios como la obtención de efectos y útiles relacionados con el delito investigado, pruebas testificales o de otra índole.

En efecto es necesario dejar claro que el material probatorio son en re-

alidad las cintas grabadas y no su transcripción, que solo tiene como misión permitir su más fácil manejo de su contenido. Lo decisivo por lo tanto, es que las cintas originales estén a disposición de las partes para que puedan solicitar, previo conocimiento de su contenido, su audición total o parcial. Las transcripciones, siempre que estén debidamente cotejadas bajo la fe publica del Secretario Judicial, una vez incorporadas al acervo probatorio como prueba documental, puedan ser utilizadas y valoradas como prueba de cargo siempre que las cintas originales estén a disposición de las partes a los fines antes dichos, de manera que puedan contradecir las afirmaciones y argumentaciones que sobre su contenido se presenten como pruebas de cargo. Así lo ha entendido esta Sala en SSTS. 960/99 de 15.6, 893/2001 de 14.5, 1352/2002 de 18.7, 515/2006 de 4.4 que expresamente dice:

“La transcripción de las conversaciones y la verificación de su contenido con el original o cotejo no dejan de ser funciones instrumentales, ordenadas a un mejor “confort” y economía procesal. Sólo si se prescinde de la audición de las cintas originales en la vista oral y se sustituye por el contenido escrito de las transcripciones, debe preconstituirse la prueba con absoluta regularidad procesal, con intervención del Secretario y de las partes, aunque la contradicción siempre puede salvarse en el plenario, siendo una cuestión atinente a las normas que rigen la práctica de la prueba. Otra vía de introducción de la prueba en el plenario es la testifical prestada en el mismo por los funcionarios que hayan percibido directamente el objeto de la prueba (las conversaciones). Como dice la STS 1.112/2002, “su introducción regular en el plenario lo será primordialmente mediante la audición directa del contenido de las cintas por el Tribunal, fuente original de la prueba. Ahora bien, también es admisible mediante la lectura en el juicio de las transcripciones, diligencia sumarial documentada, previamente cotejadas por el Secretario con sus originales, e incluso por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas”.

Situación que sería la del presente caso en el que las sesiones del juicio oral se procedió a la audición de las cintas en los pasajes interesados por el Ministerio Fiscal -subsidiándose así cualquier deficiencia en las transcripciones- sin que por las defensas de los acusados se efectuara manifestación alguna.

En base a lo razonado, el motivo debe ser desestimado al se válidas las intervenciones telefónicas.

NOVENO.- No obstante si se considera necesario por esta Sala, dado que el recurrente hizo referencia a la conexión de antijuricidad y a la nulidad de las pruebas derivadas de esa denunciada vulneración constitucio-

nal art. 18.3, recordar la doctrina jurisprudencial mantenida en STS. 416/2005 de 31.3, 261/2004 de 14.3, 25/2008 de 29.1, 1045/2009 de 4.11 y 1183/2009 de 1.12, entre otras muchas, al examinar cual es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, en el sentido de superar las diversas interpretaciones y la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscripción del uso de practicas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, impone una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del Tribunal Constitucional 8/2000 de 17.1 y la de esta Sala 550/2001 de 3.4, entre otras, asentadas sobre las siguientes aseveraciones en orden a la transferencia me-

■

*“...la jurisprudencia de esta Sala ha efectuado el deslinde entre los delitos de integración en banda armada de los arts. 515 y 516 y de colaboración con banda armada del art. 576, ambos del Código Penal, en relación a la intensidad y persistencia de la persona en la estrategia y métodos de la organización terrorista...”*

■

diata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

a) Que en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido, y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que sea ésta.

b) Que la nulidad institucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una “conexión causal” entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) Por ultimo, y esto es lo mas determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando “conexión de antijuricidad”, es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

En definitiva, que para que tan nocivos efectos se produzcan es siempre necesario que la admisión a valoración de una prueba conculque también, de alguna forma, la vigencia y efectividad del derecho constitucional infringido por la originaria que, de este modo, le transmite una antijuricidad que la obligación de tutela de aquel derecho está llamada a proscribir. De no ser así, aunque la segunda prueba haya sido obtenida a causa de la constitucionalmente inaceptable, conservará su valor acreditativo, pues esa vinculación causal se ha producido en virtud de unos resultados fácticos que no pueden excluirse de la realidad y no existen razones de protección del derecho vulnerado que justifiquen unas consecuencias más allá de la inutilización del propio producto de esa vulneración.

Recordaba la STS 2210/2001 de 20.11, que el tema ha sido abordado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que han deslindado cuidadosamente la causalidad material de la causalidad jurídica en relación a la extensión que ha de darse a la nulidad de una prueba y las consecuencias que de ella se deriven, de suerte que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuricidad la que debe darse.

En palabras de la STS 161/99 de 3.11, es la conexión de antijuricidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada, de suerte que si las pruebas incriminadoras “tuvieran una causa real diferente y totalmente ajenas (a la vulneración del derecho fundamental) su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible...” Doctrina que constituye un sólido cuerpo jurisprudencial del que pueden citar-

se las SSTC 81/98, 49/99, 94/99, 154/99, 299/2000, 138/2001.

En idéntico sentido podemos decir con la STS 498/2003 de 24.4 y la muy reciente 1048/04 de 22.9, que hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ., de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendente a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como sería el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se de la llamada conexión de antijuricidad entre la prueba prohibida y la derivada.

En similar dirección el Tribunal Constitucional en reciente sentencia 66/2009 de 9.3, ha precisado que la valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de una prueba derivada. Sólo si existiera dicha conexión procedería el análisis de la conexión de antijuricidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada).

De no darse siquiera la conexión causal no sería necesaria ni procedente analizar la conexión de antijuricidad, y ninguna prohibición de valoración de juicio recaería sobre la prueba en cuestión. En definitiva, se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, esto es, las pruebas derivadas o reflejas (por todas SSTC. 81/98 de 2.4, 22/2003 de 10.2).

Por último el Tribunal Constitucional ha afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose el control casacional a la comprobación de la razonabilidad del mismo (STC. 81/98 de 2.4, citando ATC. 46/83 de 9.2, y SSTC.

51/85 de 10.4, 174/85 de 17.12, 63/93 de 1.3, 244/94 de 15.9).

Consecuentemente la validez o no de las intervenciones telefónicas no afectaría al resto de las pruebas que detalla la sentencia recurrida; ruedas de prensa de Garikoitz en nombre de Jarrai-Haki y Segi y vigilancias policiales, al ser jurídicamente independientes de aquellas intervenciones.

DECIMO.- El motivo quinto al amparo del art. 852 LECrim. por vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, a la defensa y a la prueba, del art. 24.2 CE, cuando se hace referencia a la denominada prueba de peritos de inteligencia por cuanto la Sala admitió en la vista la práctica de una prueba que se llamó pericial, realizada en personas de miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, que habrían realizado informes durante la instrucción de la causa. La ratificación de dichos informes que no eran otra cosa que atestados policiales, se realizó además de forma conjunta.

Se cuestiona por la defensa su condición de prueba pericial pues una cosa es la capacidad de los policías para comparecer ratificando sus propias actuaciones y otra muy diferente es actuar como perito sometido a una exigible imparcialidad en su testimonio, que no concurriría en los mismos, dada su "parcialidad objetiva" al defender su propia actuación como agentes de la autoridad.

De nuevo el recurrente se limita a una genérica impugnación de la que denomina prueba de peritos de inteligencia; pero sin especificar ni concretar a qué concretos informes se refiere.

Interpretando que se debe referir a los peritos funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía números 18350, 19242, 77665 y 64861 que ratificaron sus informes obrantes a los folios 10257 y ss. Tomo 32; a los folios 13.470 y ss. Tomo 43, ambos de la pieza de Jarrai; a los folios 1569 y ss. del tomo 2; a los folios 3076 y ss. del tomo 10; y a los folios 4509 y ss. del tomo 16 de la pieza Segi; informes que se refieren a las organizaciones y a sus integrantes. En concreto informes de la UCI sobre Jarrai-Haika y su vinculación a ETA-KAS y EKIN y su responsabilidad en la ejecución de formas de violencia complementarias a la de ETA, con la documentación de los anexos unidos en los tomos XXII a XXXI (folios 9257 a 10309 Tomo 32).

-Informe de la UCI sobre reconstrucción de Jarrai-Haika a través de Segi y anexos de los folios 13491 a 13767, tomo 43.

-Informe sobre Segi/Seguir y su carácter sustitutivo respecto de Jarrai-Haika, folios 1569 a 1645, tomo 6 de Segi.

-Informe de la UCI relativo a la traducción de los documentos intervenidos en el curso de los registros practicados en las sedes y domicilios de los responsables de Segi, folios 4509 a 4931, tomo 15 pieza Segi, el motivo debe ser desestimado.

En efecto sobre la validez de los informes periciales de inteligencia nos hemos pronunciado en la STS. 480/2009 de 22.-5, fundamento jurídico quinto, dando respuesta a las cuestiones que se plantean por el recurrente en el presente motivo, en los siguientes términos:

a) A este respecto debemos destacar nuestras sentencias 783/2007 de 1.10 y 786/2003 de 29.5, que han declarado que tal prueba pericial de "inteligencia policial" cuya utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente, está reconocida en nuestro sistema penal pues, en definitiva, no es más que una variante de la pericial a que se refieren tanto los arts. 456 LECriminal, como el 335 LECivil, cuya finalidad no es otra que la de suministrar al Juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez y que, obviamente, no es vinculante para él, sino que como el resto de probanzas, quedan sometidas a la valoración crítica, debidamente fundada en los términos del art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En tal sentido podemos también citar la sentencia de esta Sala 2084/2001 de 13 de diciembre. La prueba pericial es una variante de las pruebas personales integrada por los testimonios de conocimiento emitidos con tal carácter por especialistas del ramo correspondiente de más o menos alta calificación científica, a valorar por el Tribunal de instancia conforme a los arts. 741 y 632 de la LECr. y 117.3 de la Constitución (STS 970/1998, de 17 de julio). Dicho de otro modo: la prueba pericial es una prueba personal, pues el medio de prueba se integra por la opinión o dictamen de una persona y al mismo tiempo, una prueba indirecta en tanto proporciona conocimientos técnicos para valorar los hechos controvertidos, pero no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos (Sentencia 1385/1997).

Como ha sostenido acertadamente el Ministerio Fiscal en esta instancia, en los funcionarios policiales que elaboran los llamados "informes de inteligencia", como en los expertos en legislación fiscal o de aduana, puede concurrir esa doble condición de testigos, sean directos o de referencia, y peritos. Se trata además de pruebas cuya utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente, y su validez, como ya lo hemos declarado con anterioridad.

En suma, este tipo de prueba, se caracteriza por las siguientes notas:

1º) Se trata de una prueba singular que se utiliza en algunos procesos complejos, en donde son necesarios especiales conocimientos, que no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales más convencionales;

2º) En consecuencia, no responden a un patrón diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no obstante lo cual, nada impide su utilización en el proceso penal cuando se precisaran esos conocimientos, como así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia reiterada de esta Sala;

3º) En todo caso, la valoración de tales informes es libre, de modo que el Tribunal de instancia puede analizarlos racional y libremente: los informes policiales de inteligencia, aun ratificados por sus autores no resultan en ningún caso vinculantes para el Tribunal y por su naturaleza no podrán ser considerados como documentos a efectos casacionales;

4º) No se trata tampoco de pura prueba documental: no puedan ser invocados como documentos los citados informes periciales, salvo que procedan de organismos oficiales y no hubieran sido impugnados por las partes, y en las circunstancias excepcionales que señala la jurisprudencia de esa Sala para los casos en que se trata de la única prueba sobre un extremo fáctico y haya sido totalmente obviada por el Tribunal sin explicación alguna incorporada al relato de un modo, parcial, mutilado o fragmentario, o bien, cuando siendo varios los informes periciales, resulten totalmente coincidentes y el Tribunal los haya desatendido sin aportar justificación alguna de su proceder;

5º) El Tribunal, en suma, puede apartarse en su valoración de tales informes, y en esta misma sentencia recurrida, se ven supuestos en que así se ha procedido por los jueces "a quibus";

6º) Aunque cuando se trate de una prueba que participa de la naturaleza de pericial y testifical, es, desde luego, más próxima a la pericial, pues los autores del mismo, aportan conocimientos propios y especializados, para la valoración de determinados documentos o estrategias;

7º) Finalmente, podría el Tribunal llegar a esas conclusiones, con la lectura y análisis de tales documentos.

En el caso concreto de la STS. 783/2007 se alegaba vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a un proceso con todas las garantías, art. 24.1 y 2 CE, al otorgar carácter pericial a los informes de policía periciales de inteligencia, cuyos autores comparecen en el acto del juicio oral como peritos y no como testigos, y esta Sala desestimó tal alegación argumentando que "al haber comparecido los funcionarios que son autores de los informes y

tratarse de un equipo de investigación que se encuentra organizado como una Brigada Especial de Policía, se le puede aplicar la doctrina legal de los laboratorios oficiales (pues en suma es lo mismo) y de ahí que no exista tacha alguna en cuanto a la participación de los mismos, a los efectos de la comparecencia de ambos funcionarios.

En este punto y saliendo al paso de algunas de las objeciones que se deslizan en el motivo sobre la no ratificación de alguno de los informes por ninguno de los peritos que lo elaboraron o por uno solo que sí trabajaba en el departamento que lo hizo, debemos recordar que la exigencia de dos peritos en el sumario establecida en el art. 459 LECrim, se ha atemperado por la jurisprudencia cuando se trata de Policía científica o periciales elaboradas por laboratorios oficiales. Así es importante recordar el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 21 de mayo de 1999, según el cual se interpreta que la exigencia de una duplicidad de peritos en el procedimiento ordinario se rellena con su realización por un laboratorio oficial cuando se integra por un equipo y se refiere a criterios analíticos. Acuerdo que fue precedido por la jurisprudencia anterior (véase SSTs. 2.2.94, 18.12.97 y 29.12.97), y seguido por la posterior (SSTs. 10.6.99, 16.7.2000, 3.12.2002, 30.5.2003, 13.6.2003, 1.3.2004, 15.6.2004).

En este sentido señala el ATS. 28.5.2004 que si el fundamento de la exigencia se halla en la mayor probabilidad de acierto que representa el trabajo realizado por varios, la finalidad de la norma queda satisfecha en el supuesto de dictámenes periciales emitidos por Órganos Oficiales dotados de equipos técnicos altamente cualificados integrados por distintos profesionales que intervienen dentro de la división de tareas o funciones. En cualquier caso la duplicidad de firmantes no es esencial (SSTs. 779/2004 de 15.6, 1070/2004 de 24.9), y no debe confundirse informe emitido por dos peritos con un doble informe pericial, y el hecho de que actúe un solo perito de los dos firmantes, no impide la valoración de la prueba practicada (STS 161/2004 de 9.2). La intervención de un solo perito no afecta a la tutela judicial efectiva, si no produce indefensión, de manera que habrá de ser la parte quien argumente y razone que la irregularidad que aduce ha quebrantado el derecho de defensa y ocasionado un menoscabo real y efectivo de ese derecho en que consiste la indefensión (STS. 376/2004 de 17.3).

En todo caso, en relación con esta cuestión, es preciso tener en cuenta también que en el procedimiento abreviado la propia Ley establece que: el informe pericial podrá ser prestado sólo por un perito, (art. 788.2 LECrim) y que las garantías del proceso penal alcanzan tanto al proceso ordinario como a las distin-

tas modalidades del abreviado, por lo que el número de peritos no puede considerarse requisito esencial del proceso con todas las garantías a que todo acusado tiene derecho, art. 24 CE. (STS. 779/2004 de 15.6). En el mismo sentido la STS. 376/2004 de 17.3, señala que si para enjuiciar conductas susceptibles de ser castigadas con pena de prisión de hasta 9 años basta la intervención de un especialista, esta limitación numérica no infringe derecho constitucional alguno, pues las garantías fundamentales se extienden a todos y no cabría aceptar que por tratarse de procedimientos diferentes según la pena atribuida a los hechos objeto de enjuiciamiento a uno de los acusados se les garantiza la observancia del derecho y a otros no, pues por su propia naturaleza los derechos fundamentales y libertades básicas son universales (STS. 97/2004 de 27.1).

b) No obstante lo anterior no puede desconocerse que esta misma Sala en otras sentencias, 119/2007, 556/2006 y 1029/2005 se inclina por no calificar estos informes de inteligencia como prueba pericial, precisando que: "es claro que apreciaciones como la relativa a la adscripción o no de alguien a una determinada organización criminal, o la intervención de un sujeto en una acción delictiva a tenor de ciertos datos, pertenecen al género de las propias del común saber empírico. Salvo, claro está, en aquellos aspectos puntuales cuya fijación pudiera eventualmente reclamar una precisa mediación técnica, como sucede, por ejemplo, cuando se trata de examinar improntas dactilares. Pero ese plus de conocimiento global no determina, por ello solo, un saber cualitativamente distinto, ni especializado en sentido propio. Y, así, seguirá perteneciendo al género de los saberes comunes, susceptibles de entrar en el área del enjuiciamiento por el cauce de una prueba testifical, apta para ser valorada por el juez o tribunal, directamente y por sí mismo".

Ahora bien aun cuando esta sentencia 119/2007 niega la condición de prueba pericial a estos informes, se precisa que: "participan de la naturaleza de la prueba de indicios, en la medida que aportan datos de conocimiento para el Tribunal sobre determinadas personas y actividades. Y esos datos si son coherentes con el resultado de otros medios de prueba pueden determinar, en conjunción con ellos, la prueba de un hecho, siempre que éste fluya del contenido de todos esos elementos valorados por el órgano sentenciador".

Esencial será constatar si las conclusiones obtenidas por los funcionarios del servicio de información de la Guardia Civil o Brigada policial, pueden ser asumidos por la Sala, a la vista de la documental obrante en la causa y el resto de las pruebas practicadas en el plenario, esto es, si se parte de su consideración como testifical donde debe ponerse atención es

en el examen de los documentos manejados por los funcionarios policiales y así, a partir de ellos y de los hechos proporcionados de este modo, y como este Tribunal de casación podría controlar la racionalidad de las inferencias realizadas por el Tribunal de instancia.

En definitiva podemos concluir que se trata de un medio probatorio que no está previsto en la Ley, siendo los autores de dichos informes personas expertas en esta clase de información que auxilian al Tribunal, aportando elementos interpretativos sobre datos objetivos que están en la causa, siendo lo importante si las conclusiones que extraen son racionales y pueden ser asumidas por el Tribunal, racionalmente expuestas y de forma contradictoria ante la Sala.

c) Se aduce asimismo en el motivo la consideración de meros atestados

■

*"...lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia..."*

■

policiales a dichos informes y por tanto su nula virtualidad probatoria.

Esta pretensión resulta demasiado simplista. En relación a los atestados debemos significar que las diligencias sumariales no carecen en absoluto de eficacia probatoria, ya que pueden tener dicho valor cuando se cumple el requisito de su reproducción en el juicio oral, no como simple fórmula de estilo, sino en condiciones que permitan someterlas a contradicción. Las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente, no siendo prueba de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de unos hechos sino la de preparar el juicio oral. En tal sentido, las diligencias sumariales sólo son eficaces cuando bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación

y contradicción lleguen al juicio oral o, en casos imprescindibles se ratifiquen aunque fuera por la fórmula del art. 730 LECrim. Por ello si bien únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales o sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen siempre que las mismas sean reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción (SSTC. 15.4.91, 28.5.92).

La prueba efectiva y válida debe estar rodeada de las garantías que proporciona la publicidad, inmediación y contradicción de las sesiones del juicio oral, pero ello no impide que algunas actuaciones de la fase previa de la investigación se consoliden como instrumentos probatorios si se someten al contraste necesario que se deriva de su reproducción pública y oral. Cuando se produce una diferencia entre testimonios probatorios sumariales y los manifestados ante el Tribunal sentenciador se puede someter a contraste su contenido y depurar las discordancias para obtener de manera directa una conclusión válida sobre la veracidad de unas u otras. El Tribunal sentenciador no puede caprichosamente optar por el material probatorio existente en el sumario sino que debe explicar y argumentar las razones que se han llevado a considerarlo verosímil y fiable. Solo con estas cautelas se puede dar paso a pruebas obtenidas en la fase de investigación, al margen de la publicidad y fuera de la presencia de los órganos juzgadores.

En definitiva la doctrina constitucional relativa al valor probatorio del atestado policial se resume en los siguientes puntos:

1) Solo puede concederse al atestado valor de auténtico elemento probatorio si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de Policía firmantes del mismo (SSTC. 100/85, 101/85, 173/85, 49/86, 145/87, 5/89, 182/89, 24/91, 138/92, 301/93, 51/95 y 157/95). En consecuencia, vulnera el derecho a la presunción de inocencia la sentencia condenatoria que se dicte sobre la única base del atestado policial no ratificado (SSTC. 173/85, 182/89, 303/93).

2) No obstante lo anterior, el atestado tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, pues hay partes del atestado, como pueden ser planos, croquis, huellas, fotografías que, sin estar dentro del perímetro de las pruebas preconstituidas o anticipadas, pueden ser utilizadas como ele-

mentos de juicio coadyuvantes, siempre que sean introducidos en el juicio oral como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes (SSTC. 132/92, 157/95). Asimismo cuando los atestados contienen determinadas pericias técnicas realizadas por los agentes policiales -por ejemplo, el test alcoholímetro- y que no pueden ser reproducidas en el acto del juicio oral, es posible considerar dichas pericias como actividad probatoria, a título de prueba pericial preconstituida, siempre y cuando el atestado se incorpore al proceso y sea debidamente ratificado (SSTC. 100/85, 145/85 y 5/89).

3) Por último, en cuanto al carácter de prueba documental del atestado policial cabe precisar que el atestado, con independencia de su consideración material de documento, no tiene, como regla general, el carácter de prueba documental, pues incluso en los supuestos en los que los agentes policiales que intervinieron en el atestado presten declaración en el juicio oral, las declaraciones tienen la consideración de prueba testifical (STC. 217/89, SSTS. 2.4.96, 2.12.98, 10.10.2005, 27.9.2006), bien entendido que estas declaraciones en el plenario de los agentes policiales sobre hechos de conocimiento propio al estar prestadas con las garantías procesales propias del acto constituyen prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción de inocencia (STS. 284/96 de 2.4).

Solo en los casos antes citados -planos, croquis, fotografías, etc.- el atestado policial puede tener la consideración de prueba documental, siempre y cuando, como hemos subrayado, se incorpore al proceso respetando en la medida de lo posible los principios de inmediación, oralidad y contradicción (STC. 173/97 de 14.10).

En el caso que nos ocupa los autores de los informes comparecieron al juicio oral ratificando los mismos, siendo sometidos a contradicción, de modo que el Tribunal pudo valorar su contenido sin que en el motivo se refiera a una o unas concretas pruebas de esta naturaleza, limitándose a su impugnación genérica.

d) Por último con referencia a las alusiones sobre la recusación y falta de imparcialidad de los peritos, debemos recordar que la imparcialidad de los peritos es una exigencia que si bien está vinculada a la necesidad de que se garantice que la prueba pericial responda exclusivamente a los especiales conocimientos técnicos de su autor, sin embargo está condicionada por el hecho de que los peritos actúan únicamente aportando un eventual elemento probatorio que, por un lado, está sometido en su práctica a las exigencias de la inmediación y contradicción, y, por otro, no tiene carácter tasado, debiendo ser valorado con el conjunto de me-

mentos probatorios por el órgano judicial. En este sentido la eventual parcialidad de los peritos por su relación objetiva o subjetiva con el procedimiento solo adquiere relevancia constitucional en los supuestos en que dicha pericial asume las características de prueba preconstituida y no cuando pueda reproducirse en la vista oral, ya que, en este último caso, el órgano judicial, con la superior garantía que implica la inmediación y la posibilidad de contradicción, podrá valorar todas las circunstancias del debate de la misma y sopesar, en su caso, la influencia que en el desarrollo de la prueba pudiera tener un eventual interés del perito con el hecho y con las partes.

En esta dirección la Sala de instancia resuelve acertadamente la cuestión planteada de acuerdo con la doctrina de esta Sala mantenida, entre otras, en la sentencia 50/2007 de 19.1, en la que se articuló por la defensa semejante esquema argumentativo: recusación -tacha, por estar comprometida la imparcialidad de los testigos- peritos por su adscripción al Ministerio del Interior, y su presunta vinculación al éxito de la investigación desarrollada, que rechaza por cuanto el artículo 5 de la L.O. 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, impone a sus miembros que su actuación sea siempre políticamente neutral.

Razonamiento correcto, por cuanto como hemos tenido ocasión de decir en la STS. 792/2008 de 4.12, los funcionarios de la Policía Judicial llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, en el sentido de que no existe razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales, teniendo las manifestaciones que prestan un alto poder convictivo, en cuanto no existe elemento subjetivo alguno para dudar de su veracidad, precisamente en función de la profesionalidad que caracteriza su cometido profesional, la formación con la que cuentan y la inserción de la policía judicial en un Estado social y democrático de Derecho, como es el nuestro, todo ello de conformidad con los arts. 104 y 126 CE; y falta de imparcialidad objetiva de los testigos-peritos por haber participado en tomas de declaración, remisión de solicitudes y cintas magnetofónicas al Juzgado y envío de informes periciales con igual destino, impugnación que igualmente desestima pues el Tribunal puede -y debe- ejercer en todo momento del proceso el control sobre la legalidad de la actuación de los intervinientes policiales, sea cual sea su forma de aportación en el proceso (incluida la fase plenaria) y extendiendo su actuación tutelar al tratamiento y análisis de la información que los integrantes policiales le ofrezcan siendo perfectamente natural que el conocimiento de los testigos-peritos sea consecuencia de su directo contacto con el material probatorio que ellos mismos aportan. Pero ninguna de las

actuaciones desplegadas por los testigos-peritos en la causa comporta tener interés directo o indirecto en la misma ni afecta a la imparcialidad objetiva de sus asertos o negaciones porque -tégase presente- no han sido llamados al plenario para que realicen aportaciones fácticas, sino para que analicen hechos procesalmente preexistentes al plenario.

Con independencia de ello, la jurisprudencia (Auto del T.C. 111/92 y S.T.S. de 29-2-69) ya ha establecido y fijado el contenido de lo que sea "interés directo", como interés personal, afectivo, ético o económico; contenido que no se percibe como presente en el actuar de los testigos-peritos en la presente causa. Argumentación también convincente por cuanto, con fundamento en el art. 5.b de la LO. 2/86 de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, tales funcionarios actúan en el cumplimiento de sus funciones con absoluta neutralidad e imparcialidad y, en consecuencia, no es posible predicar de éstos interés personal y directo en ningún procedimiento, puesto que se limitan a cumplir con el mandato normativo previsto en el art. 11 de la norma antes citada, al elaborar los informes procedentes.

Consecuentemente la admisión como peritos de estos funcionarios no vulnera los derechos fundamentales de los acusados, atendiendo precisamente a que como funcionario público deben servir con objetividad los intereses generales, sin perjuicio del derecho de las partes a proponer pruebas alternativas. La vinculación laboral de los funcionarios con el Estado que ejercita el ius puniendi no genera, en absoluto, interés personal en la causa ni inhabilita a los funcionarios técnicos especializados para actuar como peritos objetivos e imparciales. Todo ello, obviamente, sin perjuicio de la necesidad de que el dictamen se someta al precedente debate contradictorio y a la debida valoración judicial conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo en todo caso la parte acusada proponer los dictámenes alternativos que estime procedentes, los cuales, asimismo, habrán de ser valorados por el Tribunal. Por tanto, conforme al criterio jurisprudencial ya reiterado de las sentencias 643/1999 y 1688/2000, 20/2001, 2069/2002, la cualidad de funcionario público que actúa como perito no constituye causa de recusación ni determina pérdida de imparcialidad.

El motivo por lo razonado, se desestima.

Recurso interpuesto por Eneko y Zigor

DECIMO PRIMERO.- El motivo primero al amparo del art. 852 LE-Crim. por vulneración del art. 24 CE. al entender que no se ha desvirtuado con prueba legalmente obtenida el principio de presunción de inocencia, así como por vulnerar la senten-

cia el derecho a un juicio con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y a seguridad jurídica.

El motivo en su desarrollo es sustancialmente idéntico al motivo primero del anterior recurrente por lo que se dará por reproducidas las consideraciones generales ya expuestas que han de llevar a la improsperabilidad del motivo, debiendo solo insistirse en la doctrina de esta Sala, expuesta entre otras en la STS. 480/2009 de 22.5, sobre el terrorismo no es, ni puede ser, un fenómeno estático sino que se amplia y diversifica de manera paulatina y constante, en un amplio abanico de actividades, por lo que el legislador penal democrático en la respuesta obligada a este fenómeno complejo ha de ir ampliando también el espacio penal de los comportamientos que objetivamente han de ser considerados terroristas y la propia jurisprudencia ha de seguir esta evolución y acomodarse en su interpretación a esta realidad social del tiempo en que aquellos preceptos penales han de ser aplicados.

Una organización terrorista que persigue fines pseudo-políticos puede intentar alcanzarlos no solo mediante actos terroristas, sino también a través de actuaciones que en sí mismas consideradas no podrían ser calificadas como actos terroristas. (movilizaciones populares no violentas, actos de propaganda política no violenta, concienciación popular de la importancia de los fines, etc.).

También es posible que haya organizaciones no terroristas cuyos fines políticos coincidan en todo o en mayor o menor medida con los que pretende alcanzar la organización terrorista. Y que incluso no se manifiesten en contra del uso de la violencia para la obtención de esos fines, aunque no la utilicen directamente. Ello no las convierte en organizaciones terroristas.

Pero cuando lo que aparentemente son organizaciones políticas independientes en realidad funcionan siguiendo las consignas impuestas por la organización terrorista, son dirigidas por personas designadas o ya pertenecientes a la organización terrorista y son alimentadas, material o intelectualmente desde aquella, y además le sirven como apoyo y complemento para la consecución de esos fines a través de actos violentos, la conclusión debe ser que aquellas forman parte de esta última, e integran por lo tanto, una organización terrorista, aunque sus miembros no hayan participado directamente en ningún acto violento. O bien que constituyen una organización terrorista separada, pero dependiente de la anterior.

Esta conclusión debe ser limitada en un doble sentido. De un lado el apoyo debe referirse en alguna medida a las acciones terroristas. Así parece deducirse de la decisión Marco

de 2002, artículo 2.2.b. Si se trata de actos reiterados de colaboración (equivalencia del artículo 576 CP), y se crea o se aprovecha una organización para realizarlos, la organización debería ser considerada terrorista. De no ser así, la calificación solo afectará a las acciones particulares de las personas implicadas en la colaboración, acreditando su pertenencia a la organización.

De otro lado, la imputación solo podrá hacerse a aquellas personas respecto de las que se haya acreditado que conocen que sus aportaciones contribuyen a las actividades terroristas de la organización.

Es decir, que no se trata de que existan unas organizaciones políticas con unos fines determinados, más o menos constitucionales, o incluso contrarios a la Constitución en su formulación del Estado, de las cuales se han desgajado unos cuantos radicales que han actuado de forma violenta para tratar de conseguir aquellos fines. Ni siquiera se trata de que esas organizaciones aprovechen la existencia de la violencia terrorista para conseguir sus propios fines. Ni tampoco que incluso lleguen a celebrar la existencia de la misma organización terrorista.

Por el contrario, lo que se aprecia es la existencia de una organización terrorista que ha llegado a adquirir una gran complejidad, que utiliza para la consecución de sus fines, no solo la violencia y el terror encomendados a grupos que, aunque clandestinos, son bien identificados en su naturaleza y características, sino también otros medios, que son puestos en práctica a través de grupos, asociaciones o similares que, aunque parecen legítimas en su acción política, que en sí misma no es delictiva, sin embargo obedecen las consignas y funcionan bajo su dirección. Es pues, la organización globalmente considerada la que es terrorista en cuanto se dedica a la comisión de actos de esta clase, y de la que dependen otros grupos que, formando parte integran de aquella, contribuyen de otras variadas formas a la consecución de sus fines bajo su misma dirección.

En consecuencia, las organizaciones, a que se refiere el presente proceso son terroristas en la medida en que sus finalidades antes descritas rellenan el contenido de la citada Decisión Marco.

Respecto de sus miembros, para que puedan ser considerados integrantes de organización terrorista será necesario:

Que conozcan la dependencia de ETA (en general de la organización terrorista).

Que conozcan que con sus acciones contribuyen de alguna forma al funcionamiento de la organización (apoyos, materiales, ideológicos,

mediante contactos con terceros, internos o internacionales, etc.).

Siendo así la participación en cualquiera de las actividades de la organización propiamente armada con conocimiento de que con esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista, debe configurarse como una modalidad de delito de terrorismo. De ahí que la STS. 50/2007 de 19.1, concluyera que el concepto terrorismo, organización o grupo terrorista, no siempre se identifica con el de banda armada, sino que es la naturaleza de la acción cometida, la finalidad perseguida con esta actuación, la que determina el carácter terrorista o no de la misma.

Por tanto la diferenciación entre la organización terrorista armada y estas otras organizaciones no puede mantenerse. La inicial finalidad de éstas no era la de un simple apoyo "moral" a la acción armada sino, que abarcaba actividades necesarias para el mantenimiento empresarial de ETA para el sostenimiento de los militantes de ETA, y la desestabilización institucional y social con el propósito de difundir una situación de alarma o inseguridad social; actividad que complementa el verdadero terror ejercitado por la organización propiamente armada; actividad si se quiere complementaria pero bajo los designios de ETA a través de los medios de coordinación recogidos en el factum.

En definitiva tanto a nivel político y social como penal se deben identificar como organizaciones terroristas a ETA con todas estas organizaciones por ella orientadas, en cuanto se trata en realidad de organizaciones o asociaciones que, coordinadas y bajo los designios de ETA, complementan en distintos ámbitos la estrategia de la organización hegemónica, y aunque formalmente se trate de entes distintos e independientes, ello no impide que pueda afirmarse la existencia de una unidad esencial de la organización terrorista ETA, con concreción de los distintos ámbitos sectoriales en los que se desenvuelve su actuación, se integran o dependen de la estructura ilícita incluida en el complejo terrorista dirigido y urdido por ETA, y siendo sus responsables conscientes de esa dependencia y participando activamente en la dinámica delictiva, desarrollan su actividad al servicio de los fines de la organización terrorista, y realizan actos de dirección de la lucha callejera (STS. 50/2007 de 19.1), obtienen documentos para futuros atentados y mantienen a terroristas en el extranjero con el fin de recuperarlos al servicio del brazo armado. Estas actividades, de acuerdo con nuestros precedentes jurisprudenciales y a la normativa Europea, Decisión Marco sobre terrorismo, son típicas del delito objeto de acusación.

En el caso presente la condena de Eneko y de Zigor es por ser miem-

bros de estas organizaciones y como hemos precisado en la STS. 985/2009 de 13.10: en infracciones como éstas, cometidas por un grupo organizado, obviamente a ninguno, o si acaso a muy pocos, de los integrantes de ese grupo puede corresponder una capacidad decisoria suficiente como para controlar toda la actividad ilícita desarrollada por la organización.

La responsabilidad individual se deriva, en estos supuestos, precisamente, junto con la propia pertenencia al grupo que tan ilícitamente actúa, por el desempeño de las concretas atribuciones que en el co-

■

*"Se trata en suma, de un delito que es aplicable precisamente cuando no está relacionado específicamente con otros delitos, constituyendo un tipo de mera actividad o peligro abstracto, (...), puntualizando la STS 785/2003, de 29 de mayo, que, evidentemente, en cada caso concreto -(...)-, habrán de ser analizados los perfiles y actuaciones de las personas implicadas a los efectos de determinar si se está en presencia de un supuesto de integración o de colaboración..."*

■

respondiente "reparto de papeles" le correspondan a cada uno, dentro de la estructura funcional de la organización.

Por consiguiente, en principio, obtenida la calificación como "terrorista" de la organización de referencia, lo acertado sería precisamente esa atribución automática de integrante en la misma para todos aquellos que, cumpliendo las exigencias que acabamos de ver, fueran sus miembros, ya que quien forma parte activa, cualquiera que fuere su cometido personal concreto, de una organización con un único designio terrorista merecería, evidentemente, la denominación de "integrante" y la san-

ción penal correspondiente por ello.

Por otra parte, la adscripción a la organización como integrante de la misma no requeriría inicialmente una actividad determinada, puesto que las acciones concretas constitutivas de infracción penal autónoma son independientes del delito de integración y suponen sustratos de hecho diferentes (STS de 16 de julio de 2004, por ejemplo).

Pero no debemos de olvidar, continua razonando la referida sentencia 985/2009, que, al igual que han hecho Sentencias que componen la doctrina jurisprudencial precedente en esta materia, las propias esencias de la naturaleza terrorista de las organizaciones que aquí examinamos, en tanto que vinculadas a la cabeza directora (ETA) en un régimen de sometimiento prácticamente absoluto, lo que por otra parte no puede servir para excluir la responsabilidad de quienes voluntariamente aceptan actuar en ese régimen, deben matizar ese concepto de "integrante", a fin de huir de ilógicas e injustas exacerbaciones del contenido típico de la norma aplicada, restringiéndolo a quienes, bien por ocupar como en el presente caso ciertas posiciones dentro de la organización instrumentada o por otras razones suficientemente acreditadas, la constancia de su conocimiento de la contribución y sometimiento a los dirigentes de la plural actividad terrorista así como la participación en la obediencia ejecución y control de las instrucciones recibidas, permita atribuirles tan grave responsabilidad con el protagonismo criminal de verdaderos miembros integrantes del "movimiento" terrorista (vid. art. 2 Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo)".

(...)

DECIMO TERCERO.- Los motivos segundo, al amparo del art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ. por vulneración de los arts. 9.3, 25.1 CE, en relación con el art. 14 del Convenio Europeo Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; tercero, al amparo del art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ, por infracción y vulneración del art. 20 CE. en relación con los arts. 21 y 22 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la actuación del recurrente Zigor se enmarca en el ejercicio de la libre expresión de ideas y a la participación política; cuarto, al amparo del art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ. por vulneración de precepto constitucional y concretamente, del derecho al secreto de comunicaciones del art. 18.3 CE; quinto, al amparo de lo establecido en el art. 852 LECrim. por vulneraciones de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, a la defensa y a la prueba, art. 24.2 CE, cuando se hace referencia a la denominada prueba de peritos de inteligencia, son

absolutamente coincidentes con los mismos ordinales del recurso interpuesto por Garikoitz, por lo que, en aras de la brevedad y para evitar innecesarias repeticiones, nos remitimos a lo ya razonado en orden a su desestimación.

Recurso interpuesto por Asier

DECIMO CUARTO.- El motivo primero al amparo del art. 852 LE-Crim. por vulneración del art. 24 CE, al entender la parte que no se ha desvirtuado con prueba legalmente obtenida el principio de presunción de inocencia, así como por vulnerar la sentencia el derecho a un juicio con todas las garantías a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica.

El motivo en cuanto reproduce la argumentación de los correlativos motivos de los anteriores recurrentes en orden a que la Sala no explica qué actividad de dirección ni en qué órgano de dirección se hallaba encuadrado Asier Tapia para poder señalar que se trataba de una integración activa capaz de poder afirmar que formaba parte de una organización terrorista, dado que de los hechos probados solo se recoge en relación al mismo su intervención en una rueda de prensa en la que procedió a dar lectura de su comunicado facilitado previamente en la sede de Herri Batasuna-Euskal Herritarrok, no existiendo prueba para poder hablar de la militancia en Segi que aún no había nacido como organización en las fechas en las que se realiza la rueda de prensa, ni para hablar del Sr. Tapia como militante de Haika. Con algún tipo de responsabilidad, al limitarse a leer un comunicado que no lo había redactado, debe ser asimismo desestimado.

La sentencia impugnada detalla como tras ser declarada ilegal Haika por el Juzgado Central núm. 5, el primero de los acusados en reaccionar fue Asier Tapia, que desde su anterior militancia en Haika, se dio a conocer como integrante de Segi públicamente, en una rueda de prensa el 6.3.2001, en la que procedió a dar lectura de un comunicado facilitado previamente en la sede de Herri Batasuna-Euskal Herritarrok junto con dos responsables de la organización Movimiento de Liberación Nacional Vasco, de texto altamente significativo: "responsables de la organización Movimiento de Liberación Nacional Vasco que dice así:

"El Gobierno español con ayuda del Juez Garzón y los medios políticos, policiales y mediáticos de los Estados, han intentado golpear el independentismo vasco, lo cual no es nuevo, llevan tiempo criminalizando la juventud vasca. Los periodistas txacurras, siervos de la estrategia fascista de los estados, han vuelto a abrir las puertas a la operación represiva, poniéndonos en el punto de mira a los y a las jóvenes. En este sentido, ha quedado en evidencia el daño que les hace a los Estados la

capacidad movilizadora y de lucha de la juventud vasca. Saben perfectamente que golpeando Haika no sólo golpean a una organización juvenil, que es la garantía de los pasos irreversibles en la construcción nacional (.) de este pueblo. Valiéndose de la campaña electoral que han puesto en marcha, las fuerzas españolistas han comenzado la carrera represiva contra Euskal Herria, con la inestimable colaboración del zipayismo político del PNV. Pero se vuelven a equivocar si creen que los y las jóvenes vascos y vascas nos vamos a acabar. Nosotros y nosotras no vamos a dejar que muera Euskal Herria. Vamos a responder con todo nuestro enfado a los que quieren aniquilar y vender este pueblo y no les va a salir gratis. Para eso os hemos llamado y convocado las siguientes movilizaciones." (Tomo 35 de Jarrai, folios 11.158 y siguientes).

Admitida por tanto su pertenencia y militancia a Haika, la utilización en el comunicado de los verbos en primera persona supone -con independencia de que no fuera el autor del mismo-, la plena asunción de su contenido y su firme decisión de continuar en la misma línea de Haika.

Consecuentemente ha existido prueba acreditativa de la realización de los hechos que se le imputan. Si estos constituyen el delito de integración o por el contrario el de colaboración del art. 576 es cuestión ajena al alcance de la presunción de inocencia, que se extiende a dos niveles:

a) Fáctico, comprensivo tanto de la acreditación de hechos descritos en un tipo penal como de la culpabilidad del acusado, entendida ésta como sinónimo de intervención o participación en el hecho de una persona.

b) Normativo, que abarca tanto a la regularización en la obtención y producción de la prueba como a la comprobación de la estructura racional de la convicción del juzgador, lo que se realizará a través de la necesaria motivación que toda sentencia debe tener.

La presunción de inocencia despliega sus efectos sobre los elementos materiales y objetivos del delito, es decir, sobre la realidad del hecho y la participación que en el mismo haya tenido el acusado, pero queda fuera de su alcance las cuestiones de calificación jurídica (STC. 195/1993).

La presunción de inocencia no alcanza a los elementos normativos del delito. Para la formulación de los correspondientes tipos penales emplea el legislador elementos descriptivos y valorativos o normativos. Son elementos descriptivos aquellos susceptibles de una constatación fáctica, describen objetos del mundo real y pueden ser verificados de modo cognoscitivo por el Juez. Son elementos

normativos aquellos que presuponen una valoración del Juez, esto es aquellos que sólo pueden ser representados y concebidos bajo el supuesto lógico de una norma. Esta valoración del Juez forma parte de su función de juzgar y no puede entenderse que el derecho a la presunción de inocencia imponga una determinada valoración del juzgador.

Consecuentemente si el hecho probado -cuya realidad no es cuestionada propiamente en el recurso- es o no constitutivo del delito del art. 516.2 CP. es materia ajena al derecho constitucional a la presunción de inocencia.

DECIMO QUINTO.- El motivo segundo al amparo del art. 852 LE-Crim. por aplicación indebida del art. 516.2 CP.

Se argumenta en el motivo que el único acto en que participó el recurrente y que queda acreditado en la sentencia recurrida es el de la lectura por encargo de un comunicado que él no redactó en una rueda de prensa, por lo tanto nunca estaríamos ante un delito de integración sino en todo caso ante un delito de colaboración, del art. 576 CP. ya que la participación se limita a un acto puntual.

El motivo se desestima.

Respecto al delito de pertenencia o integración en la STS. 480/2009 de 22.5, hemos recordado como en la STS. 134/2001 de 28.6, se decía:

"La pertenencia, impone por sí misma una prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda, ya en el campo ideológico, económico, logístico, de aprovisionamiento o reejecución de objetivos de mayor intensidad que las conductas de colaboración previstas en el art. 576".

La STS. 1127/2002 de 17.6, señala como requisitos del delito de integración con banda armada, los siguientes:

a) Como sustrato primario, la existencia de una propia banda armada u organización terrorista, en los términos anteriormente expuestos, que exige, pues, pluralidad de personas, existencia de unos vínculos y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional, en definitiva actuar con finalidad política, de modo criminal. Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden, para la consecución de sus fines, uno de cuyos componentes será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales).

b) Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan en la finalidad que persigue el grupo.

De ahí que aquellas personas no integradas en la organización que realizan esporádicamente actos de colaboración definidos en el art. 576 del Código penal son autores de un delito de dicha clase, pero los que perteneciendo a la organización, como miembros de la misma, realizan tales acciones deben ser sancionados conforme al art. 516 del Código penal, salvo que tales actos sean "per se" constitutivos de otro ilícito penal, lo que producirá un concurso delictivo.

El elemento diferencial es, por consiguiente, un componente asociativo (ilícito), marcado por la asunción de fines y la voluntad de integración en la organización, sin perjuicio de la mayor o menor intervención en la misma, que tendrá reflejo, no obstante, en la diferenciación penológica que se disciplina en el propio precepto (art. 516) entre promotores, directores y directivos de cualquiera de sus grupos, y los meros integrantes de las citadas organizaciones.

A su vez la STS. 785/2003 de 29.5, señalaba al diferenciar una y otra figura, que:

"En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha efectuado el deslinde entre los delitos de integración en banda armada de los arts. 515 y 516 y de colaboración con banda armada del art. 576, ambos del Código Penal, en relación a la intensidad y persistencia de la persona en la estrategia y métodos de la organización terrorista, de tal modo que el integrante en banda armada aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vértebra la actividad terrorista en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la actividad terrorista participando de sus discursos y de su actividad, sin perjuicio de que sí, se acreditara la intervención del integrante en concretos actos de terrorismo, sin riesgo de vulneración del principio non bis in idem, procedería, además de la sanción por el delito de integración, el que pudiera corresponder por el acto de terrorismo enjuiciado -SSTS 1346/2001 de 28 de junio y 1562/2002 de 1 de octubre-".

En definitiva la pertenencia, dice la STS. 541/2007 de 14.6, de esta forma, supone la integración de manera más o menos definitiva, pero superando la mera presencia o intervención episódica, y sin que signifi-

que necesariamente la participación en los actos violentos característicos de esta clase de delincuencia, pues es posible apreciar la pertenencia a la organización como integrante de la misma cuando se desempeñan otras funciones diferentes como consecuencia del reparto de cometidos propio de cualquier organización, a la que no es ajena la de carácter criminal. Así, es posible apreciar la integración en los casos en los que el autor aporte una disponibilidad acreditada y efectiva para la ejecución de distintos actos, en un principio indeterminados, de favorecimiento de las actividades de otro tipo realizadas por la organización terrorista.

En la STS. 119/2007 de 16.2, se citaban los requisitos establecidos jurisprudencialmente para apreciar la pertenencia a banda armada, grupo u organización terrorista, se decía en esta sentencia, recogiendo doctrina de otras precedentes, que al respecto, hemos establecido (Sentencia núm. 1.127/2002, de 17 de junio; o núm. 556/2006, de 31 de mayo) que los requisitos que se exigen para la apreciación del delito de integración en organización terrorista, son los siguientes:

a) Como sustrato primario, la existencia de un grupo o banda armada u organización terrorista, lo que, a su vez, exige, la presencia de una pluralidad de personas, la existencia de unos vínculos entre ellas y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional. En definitiva actuar con finalidad política de modo criminal. Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden) para la consecución de sus fines, uno de cuyos aspectos será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales.

b) Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan a la finalidad que persigue el grupo.

Respecto al delito de colaboración con banda armada.

La sentencia de esta Sala 404/2008 de 5.6, ha señalado que el tipo delictivo descrito en el art. 576 CP, despliega su más intensa funcionalidad en los supuestos de colaboración genérica que favorezcan el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada, consti-

tuyendo su esencia poner a disposición de la organización, conociendo sus métodos, informaciones, medios económicos y de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que aquélla obtendría más difícilmente sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quienes, sin pertenecer a ella, le aportan su voluntaria colaboración, prescindiendo en todo caso de la coincidencia de los fines. Se trata, en suma, de un delito que es aplicable precisamente cuando no está relacionado específicamente con otros delitos, constituyendo un tipo de mera actividad o peligro abstracto, como se deduce del último párrafo del apartado segundo del precepto (cf. SSTS 1230/1997, 197/1999 o 532/2003). Pero también se ha puntualizado (STS 800/2006, de 13 de julio), que el delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista exige que la aportación sea objetivamente relevante, pero no que como consecuencia de ella se alcance el éxito pretendido. Es decir, basta que la acción sea potencialmente eficaz. Pero también es necesario que se describa suficientemente cuál es el acto de colaboración, sin impresiones ni vaguedades.

En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha efectuado el deslinde entre los delitos de integración en banda armada de los arts. 515 y 516 y de colaboración con banda armada del art. 576, ambos del Código Penal, en relación a la intensidad y persistencia de la persona en la estrategia y métodos de la organización terrorista, de tal modo que el integrante en banda armada aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vértebra la actividad terrorista en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la actividad terrorista participando de sus discursos y de su actividad, sin perjuicio de que si, se acreditara la intervención del integrante en concretos actos de terrorismo, sin riesgo de vulneración del principio "non bis in idem", procedería, además de la sanción por el delito de integración, el que pudiera corresponder por el acto de terrorismo enjuiciado -SSTS 1346/2001, de 28 de junio y 1562/2002, de 1 de octubre-.

Por contra, el delito de colaboración con banda armada supone un grado claramente inferior en la medida que partiendo de una cierta adhesión ideológica (no exigida estrictamente por el tipo), lo relevante es la puesta a disposición de la banda, de informaciones, medios económicos, transporte, en definitiva ayuda externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en aquélla, realiza una colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece conectada con concreta actividad delictiva.

Por ello, son notas distintivas del delito de colaboración -entre otras, STS 29 de noviembre de 1997-,

a) Su carácter residual respecto del delito de integración.

b) Es un tipo autónomo que supone un adelantamiento de las barreras de protección por razones de política criminal, de suerte que si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto se estaría en el área de la participación en tal delito -nuclear o periférico- pero no el de la colaboración.

c) Por ello, es un delito de mera actividad y de riesgo abstracto que se suele integrar por una pluralidad de acciones por lo que tiene la naturaleza de tracto sucesivo, el propio tipo penal se refiere a la colaboración en plural "...son actos de colaboración...".

d) Se trata de un delito doloso, es decir, intencional en el sentido de que el dolo del autor debe conocer y querer la colaboración que presta a la banda armada, estando incluido el dolo eventual para colmar las exigencias del tipo.

En efecto, como declaran las sentencias de esta Sala 197/1999 de 16.2 y 1230/1997 de 10.10, entre otras, el delito de colaboración con banda armada antes penado en el art. 174 bis a) del Código Penal 1973 y ahora en el art. 576 del Código Penal 1995, no se limita a los supuestos exclusivos de colaboración con las actividades armadas, es decir, en actuaciones dirigidas a atentar violentamente contra personas y contra bienes, ya que en este ámbito de la colaboración directa en los atentados violentos el referido tipo solamente cumple una función alternativa respecto de la sanción de los hechos como coautoría o complicidad en los concretos delitos cometidos, asesinatos, estragos, secuestros, mientras que donde el tipo despliega su más intensa funcionalidad es en los demás supuestos de colaboraciones genéricas, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada. Es decir que se integran en el delito todos los supuestos de facilitación de informaciones que coadyuvan a las actividades de la Organización armada, tanto si proporcionan directamente datos sobre víctimas seleccionadas previamente por la organización para un eventual atentado, como si se limitan a facilitar información genérica sobre víctimas posibles, no contempladas todavía en la planificación de la organización para un atentado previsto pero que, por sus características personales o profesionales (miembros de las fuerzas de seguridad, por ejemplo), constituyen eventuales objetivos, e incluso si dicha información constituye una aportación eficaz al funcionamiento de la banda (facilita la comunicación entre los comandos o de éstos con la cúpula de la organización, favorece la obtención de medios económicos, transportes, entrenamiento, reclutamiento, etc.), en cuestiones distintas

a las acciones armadas, propiamente dichas.

En definitiva, la esencia del delito de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la misma, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la organización obtendría más difícilmente -o en ocasiones le sería imposible obtener-, sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quienes, sin pertenecer a ella, le proporcionan su voluntaria aportación.

Por ello el delito de colaboración con banda armada incluye aquellas acciones que, realizadas voluntariamente con este fin, facilitan cualquier de las actividades de la organización, y no solamente las acciones armadas. Y ello prescindiendo de la coincidencia de fines, pues lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y de la muerte, cuando en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro, existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política.

Se trata en suma, de un delito que es aplicable precisamente cuando no está relacionado específicamente con otros delitos, constituyendo un tipo de mera actividad o peligro abstracto, como se deduce del último párrafo del apartado segundo del precepto (SSTS 532/2003 y 240/2004), puntualizando la STS 785/2003, de 29 de mayo, que, evidentemente, en cada caso concreto -todo enjuiciamiento es un concepto esencialmente individualizado-, habrán de ser analizados los perfiles y actuaciones de las personas implicadas a los efectos de determinar si se está en presencia de un supuesto de integración o de colaboración -SSTC 1346/2000, de 28 de junio, 546/2002, de 20 marzo, 17 de junio de 2002, entre otras-, o se trata de un hecho atípico.

En el caso presente está probada la anterior pertenencia del recurrente a Haika y tras la suspensión de sus actividades, su presencia en una rueda de prensa leyendo un comunicado, cuyo contenido haría significativo de la voluntad de continuar con la actividad de aquella organización juvenil terrorista, asumió plenamente y supone una militancia y participación activa que excede de esa mera colaboración episódica característica del art. 576 CP.

(...)

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación, interpuestos por Garikoitz,



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2861

Madrid, 26 de julio de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

Eneko, Zigor, Asier, contra sentencia de 11 de noviembre de 2009, dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, que les condenó como autores de un delito de asociación ilícita constitutiva de organización terrorista; y condenamos a los recurrentes al pago de las

costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, 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. Juan Saavedra Ruiz.- Andrés Martínez Arrieta.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Francisco Monterde Ferrer.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

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

## RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.



2010/45214

TS Sala 1ª, Sentencia 16 marzo 2010.  
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

### Condena de aseguradora al abono de intereses moratorios

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, condena a la entidad aseguradora demandada a abonar a la actora los intereses de demora desde la fecha del siniestro respecto de la cantidad total objeto de condena en segunda instancia y en la forma de pago y en los porcentajes de intereses fijados por esta Sala, al entender ésta que la citada aseguradora tuvo perfecto conocimiento del accidente de circulación y de sus dañosas consecuencias para la perjudicada y de que la mera diferencia cuantitativa entre suma pedida y concedida no puede justificar la demora.

2010/53507

TS Sala 1ª, Sentencia 24 marzo 2010.  
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

### Exclusión de nulidad en contrato arrendamiento de industria con exclusiva de abastecimiento

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que desestimó la demanda por considerar que el contrato de arrendamiento de industria con exclusiva de abastecimiento de la entidad demandada, que imponía al demandante los precios de reventa del producto a sus consumidores, no encajaba en la prohibición de la normativa comunitaria invocada por el demandante recurrente, en orden a la nulidad contrac-

tual pedida y dado que éste no era un revendedor sino un agente o comisionista de la citada entidad abastecedora.



2010/37606

TS Sala 2ª, Sentencia 11 marzo 2010.  
Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

### Calificación de lesiones como falta y no delito

Se estima en parte recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de lesiones. El TS dicta segunda sentencia por la que establece que los hechos son constitutivos de falta y no de delito, pues no se evidencia ni el alcance e importancia que realmente tenía la medicación antiinflamatoria para la curación, ni tampoco que fuese objetivamente necesario el punto de sutura, no ya rigurosamente entendida la necesidad como condición sin la cual la curación no sucedería, sino ni siquiera como único medio para obtener la misma clase de curación que la ciencia médica puede hoy proporcionar, dado que para lograr lo mismo también era posible otro método diferente de la intervención quirúrgica.

2010/31674

TS Sala 2ª, Sentencia 10 marzo 2010.  
Ponente: D. Juan Saavedra Ruiz

### Absolución de la falta de lesiones por imprudencia por aplicación del principio "in dubio pro reo"

Se estima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por una falta de lesiones por imprudencia. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la

que absuelve a los recurrentes de la expresada falta, por cuanto la afirmación del hecho probado no aparece sustentada en el fundamento referido cuando la propia Audiencia pone en cuestión la existencia del golpe con la defensa y al mismo tiempo duda si le empujaron por la espalda y le tiraron al suelo; y tampoco se analiza individualizadamente la conducta de los agentes perseguidores. En definitiva, la duda paladinamente expresada en el adverbio quizá por el tribunal ha sido resuelta en contra del reo y la expresión de la misma significa vulneración del principio "in dubio pro reo".



2010/71348

TS Sala 4ª, Sentencia 29 marzo 2010.  
Ponente: D. Fernando Salinas Molina

### Impugnación de acuerdo extraestatutario por sindicatos no firmantes

Desestima el TS el rec. de casación formulado por las organizaciones sindicales accionantes contra sentencia que rechazó la demanda de conflicto colectivo sobre nulidad radical del acuerdo para la equiparación de funciones profesionales establecidas en el Convenio Colectivo de la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, a las categorías profesionales del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid.

Señala la Sala que al no alcanzarse en el caso enjuiciado un acuerdo final en el seno de la comisión, no cabe entender que no estuvieran agotadas las posibilidades negociadoras, intentadas incluso con posterioridad a la fecha de la sesión de aquélla en que se rechazó la propuesta de la mesa técnica, no

existiendo, por tanto, incumplimiento del referido acuerdo.

2010/71360

TS Sala 4ª, Sentencia 22 marzo 2010.  
Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

### Admisibilidad de recurso de suplicación

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la demandada Junta de Andalucía contra sentencia que rechazó los rec. de suplicación formulados contra sentencia dictada en autos seguidos a instancia del profesor de religión católica accionante sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, al no ser susceptible de aquel recurso por razón de la materia. Explica la Sala que el procedimiento jurisdiccional especial regulado en el art. 138 LPL tiene como presupuesto la existencia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo acordadas y formalizadas por el empresario por la vía del art. 41 ET, pero cuando las modificaciones obedecen a un pacto, o cuando no se han cumplido por el empleador las exigencias formales, no corresponde dicha vía procesal, sino el cauce del procedimiento ordinario, o en su caso el del procedimiento de conflicto colectivo.

2010/78864

TS Sala 4ª, Sentencia 22 abril 2010.  
Ponente: D. Luis de Castro Fernández

### Fecha de efectos del reconocimiento de complemento a mínimos

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la entidad gestora demandada contra sentencia que acogió la pretensión de la beneficiaria accionante sobre complemento por mínimos de pensión de jubilación. Explica la Sala que los complementos a mínimos son prestaciones de naturaleza eminentemente asistencial y complementaria de las pensiones contributivas, respecto de las que mantiene una clara autonomía, que las hace asimilables, a los efectos de la prescripción, a una prestación propiamente dicha, por lo que el tratamiento de jurídico de su reclamación se ve alcanzado de lleno por la previsión contenida en el art. 43 LGSS, respecto de que los efectos económicos de su reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud.