

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 304/2008

RECURSO CASACION N°: 1484/2007

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia: 05/06/2008

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por: AMG

Delito de colaboración y pertenencia a grupo terrorista. Declaración autoincriminatoria. Condiciones para su validez. Testigo protegido. La parte pudo interrogarle en el juicio oral. Denegación de prueba. Su contenido carecía de relevancia para alterar el fallo. Prueba testifical referencia. Admisibilidad. Principio acusatorio. Modificación relato fáctico de las acusaciones. Presunción inocencia. Se estima. Los indicios que la Sala valora no son suficientes para inferir la integración del recurrente en la banda terrorista. Análisis de este delito y abstención del de colaboración. Presunción de inocencia en casación. Alcance. Delito de colaboración es homogéneo con el de pertenencia.

Nº: 1484/2007

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Fallo: 22/05/2008

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 304/2008

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Diego Ramos Gancedo

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Junio de dos mil ocho.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por **ABDELKRIM EL OUAZZANI y MOHAMED EL OUAZZANI**, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal Sección Primera, que condenó a los acusados, por un delito de colaboración con grupo terrorista; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Vista, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Pajares Moral y Morales Hernandez-San Juan respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción número 5, instruyó Sumario con el número 6 de 2005, contra ABDELKRIM EL OUAZZANI y MOHAMED EL OUAZZANI, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, cuya Sección Primera, con fecha 27 de marzo de 2007, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: De las pruebas practicadas en el Juicio Oral han quedado acreditados los siguientes hechos, que se declaran HECHOS PROBADOS:

A lo largo de los últimos años, miembros de distintas facciones de la organización AL QAEDA se han venido desplazando por países europeos, para tratar de captar, entre los jóvenes musulmanes, miembros para su organización. Para ello se sirven de una enseñanza radical del Islam, dirigida a justificar la yihad -también denominada jihad o hijad- (guerra santa), entendida como la obligación de combatir con los hermanos musulmanes so pretexto de la persecución de que están siendo objeto por los Estados Unidos y por otros países de Occidente incluida Europa, a fin de' lograr el aniquilamiento de todos aquellos que por no compartir sus principios reputan infieles, mediante el empleo de la violencia contra personas y cosas, aceptando su propia inmolación. Una vez que en el plano ideológico consiguen crear sus adeptos a la guerra santa, algunos de ellos llegan incluso a recibir formación en el manejo

de explosivos o hasta de formación militar. Para ello en ocasiones se llega a acudir a bases que ya se encuentran fuera de Europa, principalmente en Afganistán y Pakistán. De ese modo van logrando adeptos que o bien están preparados para combatir directamente en los países en conflicto, como Afganistán o Irak, o bien están dispuestos a constituir en su país de residencia 10 que se denominan células durmientes, en las que sus miembros llevan una vida aparentemente dentro de la legalidad, pero en una completa disposición a cumplir cualquier instrucción de ataque, que se les pueda hacer llegar, en cualquier momento.

Uno de estos miembros de una facción de AL QAEDA, que desde los años 2001 Y 2002 se desplazaba a España con esta finalidad, era MUSTAPHA EL MAIMOUNI, (que actualmente cumple condena en Marruecos, por delito de pertenencia a una asociación terrorista islámica, ICIA tras su detención en ese país en mayo de 2003). Para desarrollar en España esta actividad de captación actuaba junto con SARHANE BEN ABDELMAJID FAKHET -Sarhane el Tunecino, (fallecido en abril de 2004 en la explosión del piso de la calle Martín Gaité de Leganés). El 20 de noviembre de 2002 en Madrid, SARHANE BEN ABDELMAJID F AKHET -Sarhane el Tunecino- contrajo matrimonio en la mezquita con una hermana de MUSTAPHA EL MAIMOUNI, en ese acto una de las personas que intervino como testigo, firmando la documentación, fue KHALID ZEIMI PARDO, mayor de edad, sin antecedentes penales.

Durante sus estancias en Madrid, MUSTAPHA EL MAIMOUNI organizó, junto con SARHANE BEN ABDELMAJID FAKHET -Sarhane el Tunecino-, varias reuniones con miembros de la comunidad musulmana, en su labor de captación de adeptos para la guerra santa, con el objetivo expuesto, en las que se justificaba el islamismo más violento y radical. Estas reuniones se llevaron a cabo en varios lugares y entre ellos en el domicilio de ABDELKRIM EL OUZZANI, marroquí de origen, mayor de edad, sin antecedentes penales, en la calle Moncada, nº 116-5º, en San Cristóbal de los Angeles, Villaverde, Madrid.

ABDELKRIM EL OUZZANI aceptaba dejar su casa de la calle Moncada a MUSTAPHA EL MAIMOUNI para que se celebrasen estos encuentros, sabiendo que en estas reuniones eran para buscar adeptos para la yihad.

En esta vivienda se encontraba también viviendo un primo de ABDELKRIM EL OUAZZANI, llamado MOHAMED EL OUAZZANI, mayor de edad, sin antecedentes penales.

Entre las -personas que en ocasiones habían ido a esas reuniones, además de ADELKRIM EL OUAZZANI y de su primo MOHAMED EL OUAZZANI, se encontraban:

FAISSAL ALLOUCH, que regentaba una tienda de rótulos, además de otros negocios, en la calle Eduardo Minguito, en Villaverde, Madrid.

SAMIR BEN ABDALLAH, mayor de edad, sin antecedentes penales, Imán de la Mezquita de Alcorcón, que estuvo en una ocasión, invitado a la casa de ADELKRIM EL OUAZZANI, y que no volvió más.

A mediados del año 2002, en la época en que estos contactos se sucedían, MUSTAPHA EL MAIMOUNI, junto con otra persona, a la que no se refiere este procedimiento, le pidió a ADELKRIM EL OUAZZANI, que les permitiese quedarse a dormir en su casa de la calle Moncada, a lo que éste accedió, aunque tuvo que ser en el salón, porque tenía todas las habitaciones ocupadas.

Pasados unos 25 días ADELKRIM EL OUAZZANI tuvo una discusión con MUSTAPHA EL MAIMOUNI, que provocó que éste último y la persona que le acompañaba se marchasen de la vivienda. MOHAMED EL OUAZZANI, cuando MUSTAPHA EL MAIMOUNI y su compañero, abandonaron la casa de su primo, se marchó con ellos, porque estaba dispuesto a seguir sus postulados, en su labor de llevar acabo la yihad. MOHAMED EL OUAZZANI no volvió a casa de su primo hasta unos 8 ó 10 días después.

MUSTAPHA EL MAIMOUNI en el mes de mayo de 2003 se marchó a Marruecos, donde fue detenido, en ese mes, y no volvió a España. Pero en Madrid SARHANE BEN ABDELMAJID F AKHET -Sarhane el Tunecino- continuo con su labor, aunque al poco tiempo no volvió a tener más relaciones con las personas que habían asistido a las reuniones, a las que no encontró dispuestas a convertirse en seguidores de la yihad, excepto con MOHAMED EL OUAZZANI, que continuo a su disposición, y con el que siguió reuniéndose.

Cuando el 3 de abril de 2004 se produjo la explosión del piso de la calle Martín Gaité nº 40 de Leganes, (hecho que se sigue en otra causa) una de las personas que se encontraban en el interior y que falleció fue SARHANE BEN ABDELMAJID F AKHET -Sarhane el Tunecino-, y entre los efectos que se encontraron apareció un libro con fragmentos del Corán y oraciones, que había

sido utilizado por SARHANE BEN ABDELMAJID FAKHET -Sarhane el Tunecino- en sus encuentros con MOHAMED EL OUAZZANI, libro en el que se encontró una huella dactilar de MOHAMED EL OUAZZANI.

MOHAMED EL OUAZZANI y KHALID ZEIMI PARDO fueron identificados el día 30 de septiembre de 2004, en las inmediaciones de la Central Nuclear de Guadalajara, y dijeron que venían de bañarse.

FAISSAL ALLOUCH padece actualmente un delirio paranoico, que le lleva a creerse constantemente perseguido y atormentado por servicios secretos, que supone una merma moderada de sus facultades intelectuales y volitivas.

No se ha probado que los hermanos AZZEDINE BELLID y NOUREDDINE BELLID asistiesen a las reuniones de la calle Moncada, ni tampoco que asistiese ABDERRAZAK AZZI.

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

FALLO: En atención a lo expuesto y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española, HEMOS DECIDIDO:

Que debemos condenar y condenamos, a:

ABDELKRIM EL OUAZZANI, como autor de un delito de colaboración con grupo terrorista, a la pena de 5 años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de la condena, y al pago de la octava parte de las costas, absolviéndole del delito de pertenencia a grupo terrorista.

MOHAMED EL OUAZZANI como autor de un delito de pertenencia a grupo terrorista, a la pena de 6 años de prisión. con la accesoria de suspensión de empleo o cargo público, y al pago de la octava parte de las costas.

Que debemos absolver y absolvemos a: AZZEDINE BELLID, NOUREDDINE BELLID, ABDERRAZAK AZZI, SAMIR BEN ABDALLAH, KHALID ZEIMI PARDO, y a FAISSAL ALLOUCH de los delitos de pertenencia a grupo terrorista de los que se les acusaba, declarando de oficio la parte proporcional de las costas.

Pónganse en libertad a AZZEDINE BELLID, NOUREDDINE BELLID, ABDERRAZAK AZZI, SAMIR BEN ABDALLAH, KHALID ZEIMI PARDO y a FAISSAL ALLOUCH, si no estuviesen privados de ella por otra causa.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, por ABDELKRIM EL OUAZZANI y MOHAMED EL OUAZZANI, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Las representaciones de los procesados, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

Recurso interpuesto por ABDELKRIM EL OUAZZANI

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por infracción de precepto constitucional, concretamente el art. 24.2 CE.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por infracción de precepto constitucional, concretamente el art. 24.2 CE.

TERCERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. en relación con los arts. 850.1 y 852 LECrim. por infracción de precepto constitucional, concretamente el art. 24 CE.

CUARTO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. en relación con el art. 852 LECrim. por infracción de precepto constitucional, concretamente el art. 24 CE.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 578 CP.

Recurso interpuesto por MOHAMED EL OUAZZANI

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. y 852 LECrim. al entender infringido el art. 24.2 CE.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. y art. 852 LECrim. al entender infringido el art. 24.2 CE.

TERCERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. y art. 852 LECrim. al entender infringido el art. 24.2 CE.

CUARTO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. en relación con el art. 852 LECrim. por infracción de precepto constitucional, concretamente el art. 24.2 CE.

QUINTO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. y art. 852 LECrim. al entender infringido el art. 24.2 CE.

SEXTO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. y art. 852 LECrim. y mas concretamente de los arts. 24.1 y 24.2 CE.

SEPTIMO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. y art. 852 LECrim. y mas concretamente el art. 24.2 CE.

OCTAVO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de los arts. 515.2º Y 516.2º del CP. aplicación indebida del art. 576 CP.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó procedente la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se señaló la Vista prevenida el día veinticuatro de abril de dos mil ocho, siendo suspendida por enfermedad del Letrado de Mohamed El Ouazzani.

Séptimo.- Efectuado nuevo señalamiento, la vista se celebró el día veintidós de mayo de 2008.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR MOHAMED EL OUAZZANI

PRIMERO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ., y art. 852 LECrim., al entender infringido el art. 24.2 CE. (Derecho fundamental a la defensa y a un juicio con todas las garantías) por haberse utilizado como prueba de cargo para fundamentar la condena del recurrente sus declaraciones como detenido en sede policial y como imputado ante el Juzgado Central Instrucción núm. 5, declaraciones que conforme a lo expuesto por aquél en declaraciones posteriores como la indagatoria y en el plenario, fueron obtenidas ilícitamente y vulnerando su derecho fundamental a la defensa y a un juicio con todas las garantías, consagrados en el referido art. 24.2 CE. y, por tanto, de acuerdo con el art. 11 LOPJ. debieron ser declaradas nulas.

Ciertamente la voluntariedad de la declaración constituye el principal presupuesto de la validez de la confesión y la presencia de abogado (art. 17 CE. y 320 LECrim.) es una garantía instrumental al servicio del derecho del imputado a no ser sometido a coacción (art. 15 CE), y en suma, a que se respete su derecho a la defensa (art. 24.2 CE). Por tanto, -dice la STS. 783/2007 DE 1.10- sólo cuando pueda afirmarse, con total seguridad, que la confesión ha sido prestada libre y voluntariamente, ésta puede hacer prueba en contra de su autor.

Por ello el derecho a no autoincriminarse tiene su fundamento en una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia, concretamente la que sitúa en la acusación la carga de la prueba –presunción de inocencia que, junto a los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable conformarían las garantías frente a la autoincriminación- y cuyo contenido esencial se identifica como su derecho a no ser condenado con fundamento en la información aportada bajo coacción.

A este respecto la STC. 18/2005 de 1.2 FJ.2 –citada en el recurso- declara que “conforme señala el TEDH. “aunque no se menciona específicamente en el art. 6 del Convenio, el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción del proceso justo garantizada en el art. 6.1 del Convenio. El derecho a no autoincriminarse, en particular ha señalado –presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la persona acusada. Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades,

estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y asegurar los fines del art. 6” (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso J.B. c. Suiza, § 64); en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso John Murray c. Reino Unido, § 45 ; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido, § 68; de 20 de octubre de 1997, caso Serves c. Francia, § 46 ; de 21 de diciembre de 2000, caso Heaney y McGuinness c. Irlanda, § 40 ; de 3 de mayo de 2001, caso Quinn c. Irlanda, § 40; de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria, § 39). “En este sentido -concluye el Tribunal de Estrasburgo- el derecho está estrechamente vinculado a la presunción de inocencia recogida en el artículo 6, apartado 2, del Convenio ” A diferencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, nuestra Constitución sí menciona específicamente en su art. 24.2 los derechos a “no declarar contra sí mismos” y a “no confesarse culpables”, que, como venimos señalando, están estrechamente relacionados con los derechos de defensa y a la presunción de inocencia, de los que constituye una manifestación concreta (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5). En particular, hemos afirmado que los derechos a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables “son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable” (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6 ; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 3 b) ; 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4 a) ; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6).

Por ello tiene razón el recurrente cuando señala que dentro de los métodos coercitivos o de compulsión se encuentran no solo la amenaza, la coacción directa o el empleo de la violencia en la obtención de una confesión, sino también cualquier medio que suponga una coacción o compulsión, incluso jurídica, en el sentido de contraposición de consecuencias jurídicas gravosas contra los intereses jurídicos de la persona acusada por el solo hecho de no colaborar con la actuación investigadora de las autoridades.

Asimismo el Tribunal Constitucional (STC. 161/97) ha declarado que los citados derechos “**Entroncan también con una de las manifestaciones** del

derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba; esta carga no se puede trocar tácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan **una** autoincriminación”.

No obstante lo expuesto, debemos destacar igualmente como el Tribunal Constitucional ha estimado que la declaración en sede judicial del imputado, con todas las garantías asistido de letrado, que confiesa y reconoce su intervención en el hecho delictivo, debe ser estimada como prueba autónoma y no derivada, ni por tanto, contaminada de nulidades de otras pruebas. En este sentido la STC 86/95, declaró la aptitud de tal declaración una vez verificado que se prestó con respeto 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. 161/99 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”.

Más recientemente la STC. 8.5.2006, vuelve a reiterar esta doctrina en los siguientes términos: *declarando la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, esto es, de las declaraciones de los imputados*, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida.

SEGUNDO: En cuanto a los supuestos en los que un testigo o acusado presta declaración ante la Policía en un determinado sentido que después rectifica ante la autoridad judicial, para despejar esta cuestión, ciertamente controvertida y no del todo pacífica, es para lo que se tomó un Acuerdo

Plenario, en donde el Pleno de la Sala expresó cómo debía entenderse cumplido este requisito a los efectos de enervar la presunción constitucional de inocencia. Así, se tomó el reciente Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esa Sala de fecha 28 de noviembre de 2006, según el cual cabe *“admitir que la declaración prestada válidamente ante la Policía pueda ser incorporada al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”*.

Y en el caso enjuiciado, la Sala sentenciadora de instancia no ha valorado exclusivamente la declaración policial auto-inculpatória, sino que ha tenido en consideración, la introducción de la misma en el plenario, la declaración policial de los testigos que la tomaron, la lectura previa de derechos y la asistencia de letrado, sin objeción alguna,.

TERCERO: En el caso presente cobra especial relieve que la sentencia de instancia no se apoya exclusivamente en la declaración policial, aunque resalte el propio contenido de tal declaración que no se limita a asentar lo que le preguntaban, sino que contiene explicaciones, difíciles de memorizar, que parecen espontáneas de quien las presta, los reconocimientos fotográficos, en los que reconoce a unas personas y a otras no, lo que se concilia mal con un montaje policial, y que aquella declaración se hizo en presencia de letrado, sin que conste denuncia ni observación al respecto por su parte y no olvidemos que la presencia del letrado interviniente, como ya se dijo en sentencias de esta Sala 1206/99 de 18.9 y 349/2002 de 22.2, no es la de un invitado de piedra sino la de un colaborador directo en la recta administración de justicia y por tanto en cuanto garante del cumplimiento de la legalidad en la diligencia en la que está presente, debe denunciar cualquier anomalía o atropello y por tanto su silencio es expresivo del cumplimiento de la Ley, máxime cuando el letrado se puede entrevistar reservadamente con su defendido después de la declaración policial, y antes y después de la declaración ante el Juez instructor, pudiendo así componer cualquier dato irregular sucedido en la declaración en sede policial (arts. 520.6 y 775 LECrim.).

Igualmente es relevante que tras ésta declaración policial, cuya nulidad se pretende, el recurrente realizó no una sino dos declaraciones en sede judicial, los días 16 y 30.12.2004, en las que no hizo referencia a presiones

policiales ni a un pretendido trato con la Policía, y resulta evidente que en la segunda declaración, ya distanciada temporalmente de la declaración policial, esa “influencia” por parte de los agentes de la Policía, ya habían desaparecido, y el recurrente había podido comprobar como esas pretendidas promesas de puesta en libertad no se habían cumplido, y pese a ello no rectificó sus anteriores declaraciones.

Consecuentemente no existen datos objetivos, ni siquiera indicios sobre la existencia de condiciones antijurídicas en las que se produjeron las declaraciones de Mohamed en Comisaría, y el motivo en cuanto propugna su nulidad debe ser desestimado.

CUARTO: El motivo segundo por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ. y art. 852 LECrim. al entender infringido el art. 24.2 CE., derecho a un juicio publico con todas las garantías, proscripción de la indefensión y derecho fundamental a la presunción de inocencia por haberse utilizado como prueba de cargo para fundamentar la condena del recurrente las declaraciones policiales y en fase de instrucción judicial del testigo protegido 11304, incluidas las practicadas tanto policialmente como ante el Juzgado Central Instrucción 5 en el sumario 26/04, que fueron obtenidas vulnerando el derecho a un juicio con todas las garantías, provocando su indefensión y afectando a su derecho fundamental a la presunción de inocencia, y por tanto, de acuerdo con el art. 11 LOPJ. debieron ser declaradas nulas, por cuanto no existía necesidad de protección, al haber hecho publico su identidad un medio informativo, Diario EL MUNDO, en un reportaje publicado el 31.5.2005, y la imposibilidad por parte de las defensas de interrogar al testigo protegido en fase de instrucción, al haberse denegado por el Instructor la toma de nueva declaración en base a su protección, y haberse utilizado aquellas declaraciones en fase de instrucción, con grave vulneración del principio de contradicción e igualdad de armas, como prueba para enervar la presunción de inocencia.

En orden a la declaración del testigo protegido, debemos señalar previamente que, como exponen las SSTs. 3.3 y 17.7.99, la Ley de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales, LO. 19/94 de 2.3.94, tiene su antecedente, además de en las razones sociológicas que se recogen en

su Exposición de Motivos, en el Tratado Internacional referido a la Convención contra la Tortura, cuya ratificación por España fue publicada en el BOE. de 9.11.87, y que en su art. 13 previene la necesidad de que el Estado tome las medidas adecuadas "para asegurar que los testigos de ese delito estén protegidos contra malos tratos e intimidación como consecuencia del testimonio prestado.

Con estos antecedentes, la LO. 19/94 tiene como finalidad establecer unos mecanismos de seguridad y defensa para quienes comparecen a juicio para colaborar con la Administración de Justicia frente a eventuales peligros que puedan proceder de la persona o grupo para quienes ese testimonio puede ser utilizado como prueba de cargo de un ilícito penal, permitiendo a la Autoridad Judicial mantener en el anonimato a aquellos testigos con objeto de preservar la veracidad de sus testimonios evitando la adulteración de los mismos como consecuencia de intimidaciones provenientes de los acusados.

Dicha Ley –como dice su Exposición de Motivos- no puede arbitrar un conjunto de garantías de carácter absoluto e ilimitado, sino que debe ponderarse, en cada caso, “el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares.

La existencia de peligro supone, en palabras de la citada sentencia STS. 3.3.99, la expresión de un mal muy probable sobre la persona, libertad o bienestar de quien colabora con la administración de justicia o sus allegados inmediatos.

La motivación de ese peligro que, lógicamente aparece teñido de subjetividad para quien lo siente ha de realizarla el Juez o Tribunal que acuerde la aplicación del mecanismo de protección previsto en la Ley. En su consecuencia, exige valorar los intereses y la situación conflictual y abordar lo procedente apreciando racionalmente la existencia de un peligro grave para la persona, libertades y bienes (STS. 1367/2004 de 29.11).

Ciertamente esta protección viene limitada por la Ley hasta el juicio oral, pues entonces habría de ser desvelada la identidad del testigo protegido para garantizar el derecho de defensa del acusado, pues “si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, enemiga (del acusado) o indigna de crédito (STEDH de 19.12.90, caso Delta).

Así lo reconoce también la doctrina de esta Sala, S. 16.3.98, que dispone que para ciertos casos la LO. 19/94 no afecta en modo alguno a los derechos procesales del acusado que emanan del art. 24 CE. y del art. 6.3 TEDH, y como establece el art. 2 de la mencionada LO. 19/94 SSTS. 19.10 y 14.12.2000, por lo que no puede darse por válido el testimonio de testigos protegidos, incomparecidos al plenario al no haberse adoptado las medidas adecuadas para hacerles comparecer, impidiéndose así a los defensores ejercer el derecho fundamental a interrogarles y repreguntarles. Y la STS. 14.12.99, en igual sentido, casa la sentencia al haberse condenado al recurrente en un juicio que no ha contado con todas las garantías, al no haberse escuchado en el plenario a un testigo “protegido”, ya que de la credibilidad de su testimonio dependía en gran medida la del testimonio de los policías pues “la contradicción sólo puede ser efectiva en la medida en la que es posible confrontar las declaraciones testificales con las de otros testigos que tuvieron o pudieron tener conocimiento de los hechos”, y al mismo tiempo, como recuerda la STS. 787/2006 de 12.6, la LO. 19/94, de Protección de Peritos y Testigos, establece, de forma taxativa, en el art. 4.5, que las declaraciones de los testigos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción, solo podrán tener valor de prueba a efectos de sentencia, si son ratificados en el juicio oral, en la forma prevista por la LECrim., por quien las prestó.

Lo anteriormente expuesto ha de llevarnos a la improsperabilidad del motivo.

Se imputa a la Sala la falta de necesidad de mantener la protección al testigo por cuanto su identidad completa era públicamente conocida por un reportaje periodístico. Si ello es cierto y la defensa conocía quien era el testigo protegido, no dejaría de ser una alegación genérica de producirle indefensión, al no precisarse en qué puede haberle perjudicado en concreto su derecho de defensa una resolución adoptada de protección a un testigo no levantada, pero cuya identidad ya era conocida.

Y respecto a la imposibilidad de la parte de interrogar al testigo protegido en fase de instrucción, éste compareció al juicio oral y pudo ser interrogado por las defensas sobre sus anteriores declaraciones. Este confrontamiento directamente percibido por el Tribunal supone la plena vigencia de los principios de inmediación, oralidad y contradicción, y satisface el derecho de defensa, cumpliéndose las previsiones del art. 714

LECrim. y del art. 4.5 LO. 19/94, pues si bien la Sala examina el contenido de sus anteriores declaraciones lo es para valorar la credibilidad, pero precisamente por esas rectificaciones en algunos aspectos, el Tribunal se limitó a estimar probados aquellos aspectos de su declaración que fueron corroborados por otros medios de prueba.

QUINTO: El motivo tercero de casación por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ. y art. 852 LECrim. al entender infringido el art. 24.2 CE. (derecho a un juicio publico con todas las garantías) y por lesión al art. 18 CE. (derecho al secreto de las comunicaciones) por haberse utilizado como prueba de cargo para fundamentar la condena del recurrente las transcripciones de las observaciones telefónicas realizadas al teléfono 699231730 de Noureddine Bellid, acordada judicialmente por auto de 11.8.2004 (folio 104), que fueron unidas a las actuaciones sin la pertinente adveración por parte del Sr. Secretario Judicial del Juzgado Central Instrucción nº 5, en presencia de las partes, y dándose además la circunstancia de que ni las cintas originales de grabación ni las transcripciones completas de las conversaciones fueron aportadas al Sumario, a pesar de las previsiones contenidas en los autos de intervención telefónica dictados por el Juzgado Central Instrucción nº 5, transcripciones que, por tanto, de acuerdo con el art. 11 LOPJ. deben ser declaradas nulas, así como todo lo derivado de las mismas, incluidas las detenciones de 2.11.2004 y posteriores dimanantes de éstas primeras.

El motivo debe ser desestimado.

Hemos declarado, STS. 77 /2007 de 7.2, que la diligencia de intervención telefónica tiene una doble consideración, como instrumento de acreditación y como medio de investigación y su realización debe respetar unas claras exigencias de legalidad constitucional, cuya consecuencia es del todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas.

En este sentido los requisitos son tres:

- 1) Judicialidad de la medida.
- 2) Excepcionalidad de la medida.
- 3) Proporcionalidad de la medida.

De la nota de la judicialidad de la medida se derivan las siguiente consecuencias:

a) Que solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad.

b) Que dicho sacrificio lo es con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las investigaciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación.

c) Que por ello la intervención debe efectuarse en el marco de un proceso penal abierto.

d) Al ser medida exclusiva concesión judicial, esta debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación o justificación de la medida, ello exige de la policía solicitante la expresión de la noticia racional del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia.

e) Es una medida temporal, el propio art. 579.3 LECrim. fija el periodo de tres meses, sin perjuicio de prórroga.

f) El principio de la fundamentación de la medida, abarca no sólo el acto inicial de la intervención, sino también a las sucesivas prorrogas.

g) Consecuencia de la exclusividad judicial, es la exigencia de control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida, lo que se traduce en la remisión de las cintas integras y su original al Juzgado, sin perjuicio de la transcripción mecanográfica efectuada ya por la Policía, ya por el Secretario Judicial, ya sea esta integra o de los pasajes más relevantes, y esta selección se efectúe directamente por el Juez o por la Policía por delegación de aquél, pues en todo caso esa transcripción es una medida facilitadora del manejo de las cintas y su validez descansa en la existencia de la totalidad de las cintas en la sede judicial y a disposición de las partes, pero que desde ahora se declara que las transcripciones escritas no constituyen un requisito legal (STS 17.3.2004).

De la nota de excepcionalidad se deriva que la intervención telefónica no supone un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado, ello supone que ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe

conceder de forma rutinaria. Ciertamente en la mayoría de los supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial -normalmente tal petición será la cabeza de las correspondientes diligencias previas- pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, de la intervención telefónica, por ello la nota de la excepcionalidad, se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiaridad formando un todo inseparable, que actúa como valla entre el riesgo de expansión que suele tener lo excepcional.

De la nota de proporcionalidad se deriva como consecuencia de este medio excepcional de investigación. requiere, también, una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar.

Ciertamente que el interés del Estado y de la Sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos es directamente proporcionada a la gravedad de estos, por ello, solo en relación a la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales, para facultar su descubrimiento, pues en otro caso, el juicio de ponderación de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores, incluso faltas, se generalizan este medio excepcional de investigación, que desembocaría en el generalizado quebranto de derechos fundamentales de la persona sin justificación posible.

Frente a otras legislaciones que establecen un catálogo de delito para cuya investigación está previsto este modelo excepcional, la legislación española guarda un silencio que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de exigir la investigación de hechos delictivos graves, y desde luego, aquellos que revisten la forma de delincuencia organizada, de alguna manera, puede decirse que en un riguroso juicio la ponderación concretado en cada caso, la derogación del principio de intangibilidad de los derechos fundamentales, debe ser proporcionado a la legítima finalidad perseguida.

Estos requisitos expuestos hasta aquí, integran el standard de legalidad en clave constitucional, de suerte que la no superación de este control de legalidad convierte en ilegítima por vulneración del art. 18 CE. con una nulidad insubsanable, que arrastrará a todas aquellas otras pruebas directamente relacionadas y derivadas de las intervenciones telefónicas en las que se aprecie esa "conexión de antijuricidad" a que hace referencia la STC 99/99 de 2 de abril, que supone una modulación de la extensión de los efectos

de la prueba indirecta o refleja en relación a la prueba nula -teoría de los frutos del árbol envenenado- en virtud de la cual, cualquier prueba que directa o indirectamente y por cualquier nexo se le pudiera relacionar con la prueba nula, debía ser igualmente estimada nula.

Ahora bien una vez superados estos controles de legalidad constitucional, deben concurrir otros de estricta legalidad ordinaria, solo exigibles cuando las intervenciones telefónicas debían ser valoradas por si mismas y en consecuencia poder ser estimadas como medios de prueba y cuya infracción tal solo privan de la suficiente fiabilidad probatoria de la información obtenida, por no gozar de la necesaria certeza y de las garantías propias del proceso o por sustraerse a las posibilidades de un pleno ejercicio del derecho de defensa al no ser sometida a la necesaria contradicción.

Como señala la STS. 998/2002 de 3.6, tales requisitos son los propios que permitan la valoración directa por el Tribunal sentenciador de todo el caudal probatorio y que por ello se refieren al protocolo de incorporación al proceso, y la efectiva disponibilidad de la aportación de las cintas originales integradas al proceso y la efectiva disponibilidad de este material para las partes, junto con la audición o lectura de las mismas en el juicio oral lo que le dota de los principios de oralidad y contradicción; salvo que, dado lo complejo o extenso que pueda ser su audición se renuncie a la misma bien entendido que dicha renuncia no puede ser instrumentalizada por las defensas para tras interesarla, alegar posteriormente vulneración por no esta correctamente introducidas en el Plenario. Tal estrategia, es evidente que podría constituir un supuesto de fraude contemplado en el art. 11.2 LOPJ. de vigencia también, como el párrafo primero, a todas las partes del proceso, incluida la defensa, y expresamente hay que recordar que en lo relativo a las transcripciones de las cintas, estas solo constituyen un medio contingente -y por tanto prescindible- que faculta la consulta y constatación de las cintas, por lo que solo estas son imprescindibles. No existe ningún precepto que exija la transcripción ni completa ni los pasajes más relevantes, ahora bien, si se utilizan las transcripciones, su autenticidad solo vendrá si están debidamente cotejadas bajo la fe del Secretario Judicial-en igual modo, entre otras muchas, STS 538/2001 de 21.3 y 650/2000 de 14.4 bien entendido que la prueba se encuentra en el contenido de las cintas originales, independientemente de que estas se hayan transcripto y figuren en las actuaciones documentadas dichas transcripciones, de manera que si se

procede a la audición en el juicio de parte de las conversaciones grabadas en condiciones de inmediación, publicidad y contradicción, las transcripciones que de las cintas existieran en el procedimiento, resultan irrelevantes.

Como dijo la STC 166/99 de 3.11 "no constituye vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, sino del derecho a un proceso con todas las garantías, la utilización como prueba del contenido de las grabaciones intervenidas pero respecto de las cuales las irregularidades, que implican la ausencia de eficiente control de la medida, no tienen lugar durante la ejecución del acto limitativo, sino en la incorporación de su resultado a las actuaciones sumariales, es decir, la entrega o selección de las cintas grabadas, la custodia de los originales o la transcripción de su contenido (SSTC 121/98, 151/98, 49/99).

La STS 14.5.2001 señala que no es correcto identificar el control judicial con dicha transcripción, tal identificación no tiene en cuenta que el material probatorio son las cintas grabadas, no su transcripción. En todo caso, la transcripción tiene la misión de permitir el acceso al contenido de las cintas mediante la lectura, pero no es un elemento que integre la diligencia con carácter necesario y legítimamente La Ley procesal no exige esta transcripción en el art. 579 LECrim. y su realización obedece más a la costumbre que a las necesidades de control judicial. Esto por otra parte, se satisface en primer lugar mediante las autorizaciones motivadas que requiere la disposición antes ya citada y por la comprobación del carácter íntegro de las grabaciones.

Es claro que la transcripción no sustituye la audición de las cintas en el juicio oral caso de que las partes lo soliciten para comprobar si las transcripciones que obran en las actas de instrucción son o no completas para valerse de ellas su defensa.

En todo caso, a diferencia de las exigencias de resolución motivada, proporcionalidad de la medida y previa existencia de indicios que condicionan la legitimidad constitucional, la cuestión del control judicial de la intervención pertenece al ámbito de la legislación ordinaria por lo que su hipotética infracción no origina vulneración de derechos constitucionales ni afectación de otros elementos de prueba derivados de ella, y la audición íntegra de las cintas en el plenario constituye la práctica contradictoria de la prueba, que subsana aquellas irregularidades y salvaguarda el derecho de defensa de los acusados. Y en todo caso el quebrantamiento de los 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 de 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 el caso presente la nulidad presentada fue planteada como cuestión previa al inicio del juicio oral y resuelta en la sentencia (Fundamento de Derecho 1º), con argumentos que pueden ser asumidos en esta vía casacional.

Así en primer lugar, las impugnaciones alegadas no tendrían alcance constitucional sino de legalidad ordinaria, por lo que su eventual nulidad no afectaría a otras diligencias.

En segundo termino, tal como destaca la sentencia recurrida, en el acto del juicio oral no se aportó como prueba conversación telefónica alguna, basándose la condena del recurrente en otras pruebas sin conexión alguna con aquéllas.

Y en ultimo lugar, la intervención telefónica cuestionada no se acordó en este procedimiento, sino en las diligencias previas 166/2003, de las que se dedujo testimonio, que posteriormente dio lugar al presente sumario, y que no comprende la totalidad de lo actuado en aquellas diligencias, así el auto inicial acordando la intervención, no consta integro a los folios 104 y ss. Y las cintas originales y sus transcripciones tampoco están incorporadas, siendo de suponer que estén en las diligencias previas 166/2003 iniciales, en las que las eventuales nulidades deberían haberse planteado, pero cuya resolución carecería de efecto alguno en este procedimiento al no existir diligencia probatoria alguna derivada de esas intervenciones telefónicas.

SEXTO: El motivo cuarto por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ. y del art. 853 LECrim. al entender infringido el art. 24.2 CE. (proscripción de la indefensión) al denegarse la prueba documental consistente en la aportación de las notas informativas elaboradas por la UCIE en cuanto a la información obtenida a través del confidente Sr. Cartagena, y que responden a las efectuadas a partir del 5.10.2002, tal como apareció

publicado en el Diario El Mundo, prueba documental que se denegó por auto de 28.11.2006.

El motivo debe ser desestimado.

Es cierto, que como decíamos en la STS. 279/2007 de 11.4, la tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollen sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24.2 CE. se concibe como la negación de la expresada garantía (SSTC. 26/93 de 25.1, 316/94 de 28.11).

Resulta conveniente analizar los rasgos de este concepto que la LOPJ convierte en eje nuclear de su normativa. La noción de indefensión, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1, se convierte en elemento decisivo y trascendental, que cobra singular relieve por su naturaleza y alcance constitucional. Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los arts. 238.3 y 240 LOPJ ha de integrarse con el mandato del art. 24.1 CE. sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.

Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las

posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (ssTC. 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, 15/95).

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo (ssTC. 90/88, 181/94 y 316/94).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE. Así la sTS 31.5.94, recuerda que el TC. tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio (ssTC. 145/90, 106/93, 366/93), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción forma se produzca ese efecto materia de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa (ssTC. 153/88, 290/93).

Aplicando la anterior doctrina al supuesto concreto de denegación de pruebas a cualquiera de las partes, la Constitución, entre los derechos que consagra en su art. 24, sitúa el derecho a usar de "los medios de prueba que resulten pertinentes para su defensa".

Igualmente los arts. 656 y 792.1 LECrim. (actual 785.1) obligan al Tribunal a dictar auto "admitiendo las que estime pertinentes y rechazando las demás".

El Tribunal Constitucional ha venido configurando este Derecho Fundamental en múltiples resoluciones y las conclusiones que se extraen en dichos pronunciamientos podemos resumirlos en:

a) La conculcación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, situado en el marco de su derecho fundamental más genérico

como es el derecho de defensa, solo adquiere relevancia constitucional cuando produce real y efectiva indefensión.

La STC. 198/97 dice: "el rechazo irregular de la prueba por el Órgano jurisdiccional no determina necesariamente la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y así, tal y como ha declarado la jurisprudencia constitucional, la relación de instrumentalidad existente entre el derecho a la prueba y la prohibición de indefensión hace que la constatación de una irregularidad procesal en materia probatoria no sea por si sola suficiente para que la pretensión de amparo adquiera relevancia constitucional, pues para que así sea el defecto procesal ha de tener una inducción material concreta, por lo que si ésta no se ha producido, tampoco cabe apreciar la existencia de indefensión desde la perspectiva constitucional".

b) El juicio de pertinencia, limite legal al ejercicio del derecho, resulta de la exclusiva competencia de los Tribunales ordinarios, los cuales vienen obligados a explicitar y motivar las resoluciones en que rechacen las pruebas propuestas.

La STC. 25/97 precisa: "el art. 24.2 CE. permite que un Órgano judicial inadmita un medio probatorio propuesto sin que ello lesione el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que no obliga, por consiguiente, al Juez a admitir todos los medios probatorios que la parte estime pertinentes, sino únicamente aquellos que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales, pero resulta inaceptable, con toda evidencia, la posibilidad de que el Juez, sin motivación, rechace las pruebas interesadas.

c) Solo corresponderá al Tribunal Constitucional la revisión sobre la declaración de pertinencia de las pruebas, cuando esta resulte absurda, incongruente o cuando en él se haya rechazado una diligencia no solo pertinente sino con trascendencia para modificar el sentido de la decisión final.

La STC. 178/98 recoge "quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia, ya que sólo en tal caso podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho de quienes por este motivo buscan amparo".

En igual dirección la STC. 232/98 nos dice:" En efecto, como ha resaltado el Tribunal Constitucional la garantía constitucional contenida en el precepto únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa. De no constatarse esta circunstancia resultaría ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no ha existido la lesión denunciada. Esto exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en el sentido de que la resolución final del proceso podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia".

Ahora bien, como ya hemos adelantado a los efectos del derecho constitucional a la utilización de medios de prueba propuestos, no está el Juez obligado a admitir todos los medios de prueba que cada parte estima pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales. Dos elementos han de ser valorados a este respecto: la pertinencia y relevancia de la prueba propuesta. Pertinencia es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye: "tema adiuvandi", juicio de oportunidad o adecuación. No obstante tal condición de hallarse relacionada o entrelazada con el proceso no supone que deba ser admitida inexcusablemente. Los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso sin dilaciones indebidas y los principios de economía procesal, pueden mover al órgano jurisdiccional o inadmitir diligencias de prueba que ostenten la cualidad de pertinentes por diferentes razones fundamentalmente por considerarlas superfluas, redundantes o desproporcionadas en relación a la infracción objeto de enjuiciamiento.

Y en cuanto a la relevancia del medio probatorio ha de distinguirse entre la relevancia formal y la material -que es la verdaderamente trascendente y que debe apreciarse cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a los que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de esta.

Por ultimo debe exigirse que la prueba sea además necesaria, es decir tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone (ssTS. 9.2.95, 16.12.96) de modo que su omisión le cause indefensión (ssTS. 8.11.92 y 15.11.94) a diferencia de la pertinencia que se mueve en el ámbito de la admisibilidad como facultad del Tribunal para determinar inicialmente la

prueba que genéricamente es pertinente por admisible (sTS 17.1.91), la "necesidad" de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la practica, de manera que medios probatorios inicialmente considerados como pertinentes, pueden lícitamente no realizarse por muy diversas circunstancias (sTS. 21.3.95), que eliminan de manera sobrevenida su condición de indispensable y forzosa, como cualidades distintas de la oportunidad y adecuación propias de la idea de pertinencia.

La sentencia de esta Sala de 6.6.02, recuerda la doctrina jurisprudencial sobre prueba pertinente y prueba necesaria. Nos dice la s. 24.10.2000 que "ya por reiterada doctrina del TEDH. -casos Brimvit, Kotousji, Windisck, y Delta- se reconoce que no es un derecho absoluto e incondicionado. El TC. tiene declarado que no se produce vulneración del derecho fundamental a la prueba, cuando esta es rechazada, aun siendo pertinente, porque su contenido carece de capacidad para alterar el resultado de la resolución final, y en este sentido se articula la diferencia entre prueba pertinente y prueba necesaria, estimando que sólo la prueba necesaria es decir, aquella que tiene aptitud de variar el resultado, que sea indebidamente denegada puede dar lugar a una indefensión con relevancia constitucional (ssTC.149/87, 155/88, 290/93, 187/96).

Trasladada la precedente doctrina al caso de autos es visto que la denegación de la prueba no ha producido las infracciones denunciadas, desde el momento que la credibilidad mayor o menor de un testigo, en este caso el protegido –pertenece al ámbito valorativo del Tribunal de instancia, por lo que aquellas notas informativas, que se dicen elaboradas por la UCIE en relación al confidente- testigo protegido devendrían innecesarias, desde el momento en que tanto dicho testigo como los funcionarios de la UCIE prestaron declaración en el plenario, pudiendo las partes interrogarles sobre todos los extremos que estimaron conveniente a sus intereses, sin vulneración, por tanto, de su derecho de defensa.

SÉPTIMO: El motivo quinto por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ. y el art. 852 LECrim., al entender infringido el art. 24.2 CE. (derecho a la defensa y a un juicio publico con todas las garantías) por haberse utilizado como prueba de cargo para

fundamentar la condena del hoy recurrente las declaraciones incorporadas al Rollo de esta Sala, folios 701 y ss. De Mustapha Maimouni del sumario 9/03, del Juzgado Central de Instrucción 5 (practicadas estas en fecha 6.6.2004 en el marco del cumplimiento por parte del Reino de Marruecos de una Comisión Rogatoria Internacional remitida por dicho Juzgado), por entender que las mismas fueron obtenidas con vulneración del derecho fundamental a la defensa y a un juicio con todas las garantías, art. 24.2 CE., y que por tanto, de acuerdo con el art. 11 LOPJ. debieron ser declaradas nulas, teniendo en cuenta, tal como consta en las actuaciones, que la presencia del Sr. Maimouni fue reiteradamente solicitada por las defensas en fase de instrucción, habiendo sido denegada siempre la misma y entendiendo que, en cualquier caso, debería haberse dirigido contra el mismo la imputación de los hechos descritos en escrito de calificación definitivos del Ministerio Fiscal.

El motivo debe ser desestimado.

Las declaraciones a que se refiere el motivo prestadas por Mustapha el Maimouni en la fase instructora y a través de una comisión rogatoria, no fueron introducidas en el juicio oral, al no solicitar ninguna parte su lectura, por lo que, como expresamente, se afirma en el Fundamento Jurídico Primero de la sentencia, no cabe su valoración como prueba, siendo, por tanto, innecesario el planteamiento de su posible nulidad.

Cuestión distinta es que la actividad desarrollada en Madrid –captación de miembros para la guerra santa- se considere acreditada por la Sala de instancia en base a la información que como testigos de referencia aportaron los miembros de la policía sobre su detención en Marruecos en mayo 2003.

En relación a la validez de esta prueba, debemos recordar que el testigo es siempre una persona física ajena al proceso que proporciona al órgano jurisdiccional datos sobre acontecimientos relevantes para la investigación en su momento, y para formar una convicción definitiva en el acto del juicio oral. Nuestro sistema procesal admite de manera expresa la figura del testigo de referencia, art. 710 LECrim. Siendo aquél la persona que no proporciona datos objetivos para la percepción directa de los acontecimientos sino la versión de lo sucedido obtenida a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas.

Ciertamente las manifestaciones que realizó en su día la víctima o testigo directo de los hechos objeto de acusación debe ser necesariamente objeto de contradicción por el acusado o por su Letrado en el interrogatorio

del juicio oral y por ello no se puede inferir que el principio de inmediación permita sustituir un testigo directo por otro de referencia, pero no obstante la testifical de referencia si puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo pueda deponer o no en el juicio oral.

En relación a la eficacia probatoria de los testimonios de referencia es abundante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como de ésta Sala Segunda, Así la STS. 2.12.98 precisa: "que dicha prueba constituye uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundar la condena pues la Ley no excluye su validez y eficacia (por todas STC. 217/89) pero que la prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral, pues cuando existan testigos presenciales de los hechos el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos (SSTC, 217/89, 303/93, 79/94 y 35/95; SSTS. 1559/98 de 2.12, 852/2000 de 19.9 y 1035/2001 de 4.6).

Esta conducta tiene su antecedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha declarado como contraria a lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (Caso Delta contra Francia, 19 de diciembre de 1990; Caso Isgro contra Italia, 10 de febrero de 1991).

Por ello, la jurisprudencia ha puesto muchas veces de manifiesto la prevención y el cuidado con que esta prueba debe ser utilizada por el Juzgador y, por eso mismo, los Tribunales deben extremar las posibilidades de comparecencia del testigo directo.

Se trata, por tanto, de una prueba excepcional como dicen las SSTS. 14.11.97 y 16.5.98, al estar subordinada a la imposibilidad de contar con prueba directa.

Pues bien, aun con el carácter de medio de prueba subsidiaria (SSTS. 27.1.90, 12.12.91 y 19.6.92), el Tribunal Constitucional la admite cuando quienes presenciaron lo ocurrido no pueden acudir al juicio, incluso cuando tal omisión probatoria fuese motivada por deficiencias en la instrucción del

sumario como ocurrió en un caso que debió obtenerse, antes de la marcha del perjudicado al extranjero, su declaración en el Juzgado como prueba preconstituida con las formalidades exigidas en el art. 448 LECrim. (STC. 217/89 de 21.12).

La jurisprudencia, no obstante, es exigente con esta prueba requiriendo se haga constar el origen de la noticia en virtud de la cual se comparece en el proceso (STS. 8.11.93), y desde luego cuando es la única prueba –y “los Dichos” del compareciente no resultan corroborados por ningún otro medio de prueba no basta para fundamentar una decisión condenatoria (STS. 5.3.93).

En similar sentido la STS. 11.3.94, precisa que las declaraciones de los testigos de referencia no pueden por sí solas fundamentar la condena del acusado, cuando la acusación ha pedido (y no lo ha hecho) sin dificultad alguna presentar ante el Tribunal al testigo para ser interrogado. De lo contrario se tendrían por validas las declaraciones de una persona que no puede ser interrogada por el procesado y en defensa en los términos del art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no prestó juramento y no declaró ante el Tribunal.

Por último, no resulta ocioso recordar que el testimonio de referencia puede tener distintos grados según que el testigo narre lo que personalmente escuchó o percibió –auditio propio- o lo que otra persona le comunicó – auditio ahieno-, y que, en algunos supuestos de percepción propia, dicho testimonio puede tener el mismo valor para la declaración de culpabilidad de los acusados que la prueba testifical directa.

En el caso presente la información de los testigos de referencia aportada por los miembros de la policía sobre la detención en Marruecos de Mustapha El Maimouni, no es sobre lo que éste declaró en la Comisión rogatoria, cuya nulidad se pretende, sino sobre su actividad en Madrid tratando de captar miembros para la guerra santa, información que se ve corroborada por las primeras declaraciones del hoy recurrente, Mohamed (folio 1356 y ss.) y su primo Abdelkrim, folios 1580 y ss., que la Sala considera más espontáneas y verosímiles en el aspecto de que Mustapha predicaba un islamismo radical y violento, extremo al que también se refirió el testigo protegido así como a la relación del acusado con Sarhane Ben Abdelmajid Fakhel “el tunecino”, fallecido en la explosión de la calle Carmen

Martín Gaité de Leganes, e incluso algunos de los coimputados absueltos, en particular Khalid Zeimi Pardo.

De todas estas pruebas la conclusión de la sentencia de instancia de considerar acreditado que Mustapha El Maimouni y Sarhane Ben Abdelmajid Fakheth "el tunecino" formaban parte de una facción de Al Queda que en los años 2002 y 2003 captaban en España miembros para llevar a cabo la lucha armada en la denominada "guerra Santa", debe ser mantenida.

OCTAVO: El motivo sexto por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ. y el art. 852 LECrim. y más concretamente de los arts. 24.1 y 2 CE. al establecer en la sentencia como Fundamento para condenar hechos que no se recogen en los escritos de conclusiones provisionales y definitivas del Ministerio Fiscal, produciendo por tanto indefensión y vulnerando el principio acusatorio.

Respecto a esta cuestión en las sentencias de esta Sala 609/2007 de 10.7, 368/2007 de 9.5, y 279/2007 de 11.4, hemos indicado que el principio acusatorio, cuya violación se denuncia, exige, tal como decíamos en la STS. 3.6.2005 y conforme ha precisado el Tribunal Constitucional, la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" (SS. T.C. 134/86 Y 43/97). El T. S. por su parte tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que "el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado", de ahí que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del

hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse "(s. T.S. 7/12/96); y que "el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia (s. T.S. 15/7/91). "los hechos básicos de la acusación y constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa "(SS. T.S. 8/2/93, 5/2/94 Y 14/2/95). En suma, como se precisa en s. 26/2/94 es evidente: "a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) Que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) Que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado".

En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal en una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión (SS. TC. 54/85 de 18 abril y 17/89 de 30 de enero). Constituye asimismo, según el citado T.C., el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto -s. 44/83 de 24 de mayo- Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan -SS 14/86 de 12 noviembre, 17/88 de 16 febrero y 30/89 de 7 de febrero- y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos- s. 170/90 de 5 noviembre.- También el Tribunal Supremo ha reconocido que el derecho a la tutela efectiva comporta, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, SS 4/11/86, 21/4/87 Y 3/3/89, teniendo derecho el acusado a conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa

indefensión, cual sucede si de modo sorpresivo es blanco de novedosas imputaciones exteriorizadas y hechas saber cuando han precluido sus posibilidades de alegación y de proposición de pruebas exculpatorias S.S.9/9/87,8/5/89,25/5/90, 18/5/92, 1824/93 de 14 julio, 1808/94 de 17 octubre, 229/96 de 14 marzo, 610/97 de 5 mayo, 273/98 de 28 febrero, 489/98 de 2 abril, 830/98 de 12 junio, 1029/98 de 22 septiembre y1325/2001 de 5 julio, entre otras.

La STS. 669/2001 de 18 abril es suficientemente esclarecedora al precisar: " Una reiterada jurisprudencia de esta Sala, SS. 15/3/97 y 12/4/99, entre otras, han declarado que lo verdaderamente importante, para no vulnerar el principio acusatorio, es el relato fáctico de la acusación sea respetado en las líneas esenciales, no en todos sus detalles, muchos de ellos irrelevantes en la mayor parte de los casos, pero también se ha mantenido para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser completo (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y específico (debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas) pero no exhaustivo, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, por así decirlo pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiere con suficiente claridad (s. T.S. 4/3/99).

La cuestión, por tanto, es si tal cambio en el relato histórico implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa. Es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Sobre este particular hemos de señalar: 1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; 2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho

de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa; 3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o sustancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas; 4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particulares del caso enjuiciado.

En el caso presente, en lo relativo a la formación del grupo terrorista por parte de Mustapha El Maimouni la acusación mantenía la adhesión del recurrente a dicho Grupo y en cuanto a los efectos incautados que se encontró documentación perteneciente al procesado Mohamed El Ouazzani en el piso de la calle Carmen Martín Gaité, nº 40 de Leganes, donde el 3.4.2004 se inmoló Ben Abdelmajid Fakhét, entre otros islamistas implicados en los atentados del 11.3.2004, ocurridos en esta Capital por medio de explosivos.

La sentencia de instancia al consignar en los hechos probados que: *"Durante sus estancias en Madrid, MUSTAPHA EL MAIMOUNI organizó, junto con SARHANE BEN ABDELMAJID FAKHET -Sarhane el Tunecino-, varias reuniones con miembros de la comunidad musulmana, en su labor de captación de adeptos para la guerra santa, con el objetivo expuesto, en las que se justificaba el islamismo más violento y radical".*

Abdelkrim El Ouzzani aceptaba dejar su casa de la calle Moncada a Mustapha El Maimouni para que se celebrasen estos encuentros, sabiendo que en estas reuniones eran para buscar adeptos para la Yijad

En esta vivienda se encontraba también viviendo un primo de Abdelkrim, llamado Mohamed El Ouazzani, mayor de edad y sin antecedentes penales.

Cuando Mustapha El Maimouni y su compañero, abandonaron la casa de su primo, Mohamed se marchó con ellos, porque estaba dispuesto a seguir sus postulados, en su labor de llevar a cabo la Yijad Mohamed no volvió a casa de su primo hasta 8 ó 10 días después.

Mustapha El Maimouni en el mes de mayo de 2003 se marchó a Marruecos, donde fue detenido, en ese mes, y no volvió a España, Pero en Madrid, Sarhane Ben Abdelmajid Fakhét –Sarhane el Tunecino- continuó con

su labor, aunque al poco tiempo no volvió a tener mas relaciones con las personas que habían asistido a las reuniones, a las que no encontró dispuestas a convertirse en seguidores de la Yijad excepto con Mohamed El Ouazzani, que continuó a su disposición y con el que siguió reuniéndose, y en cuanto a la indeterminada “documentación” a la que hacia referencia el Ministerio Fiscal al especificar que “cuando el 3.4.2004, se produjo la explosión del piso de la calle Martín Gaité nº 40 de Leganes (hecho que se sigue en otra causa) una de las personas que se encontraban en el interior y que falleció fue Sarhane Ben Abdelmajid Fakheth –Sarhane el Tunecino- y entre los efectos que se encontraron apareció un libro con fragmentos del Corán y oraciones, que había sido utilizado por Sarhane en sus encuentros con Mohamed El Ouazzani, libro en el que se encontró una huella dactilar de Mohamed El Ouazzani...”, lo único que se supone es concretar la forma en que se produjo esa adhesión de El Ouazzani al grupo formado por Mustapha y Sarhane, y especificar cual fue la documentación hallada en el piso de la calle Martín Gaité, libro con fragmentos del Corán y oraciones con una huella dactilar del El Ouazzani.

Concreciones y especificaciones que, son irrelevantes a efectos de determinar la participación de este acusado y la tipificación de los hechos, al no alterar el hecho delictivo que se deduce de la calificación del Ministerio Fiscal.

El motivo, consecuentemente se desestima.

NOVENO: El motivo séptimo por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ. y el art. 852 LECrim. y más concretamente del art. 24.2 CE. en lo referente al derecho fundamental a la presunción de inocencia, por cuanto en el presente proceso no ha existido prueba de cargo suficiente para enervar dicha presunción en relación al hoy recurrente al no cumplirse los requisitos de la acreditación de los indicios y reconocimiento deductivo suficiente que se exigen en la prueba indiciaria.

Que la prueba indirecta, indiciaria o circunstancial es susceptible de enervar la presunción de inocencia, es un principio definitivamente consolidado por la doctrina del Tribunal Constitucional que en multitud de precedentes se ha pronunciado al respecto, declarando desde las sentencias

174 y 175 ambas de 17.12.85 la aptitud de la prueba de indicios para contrarrestar la mencionada presunción, a la vista de la necesidad de evitar la impunidad de múltiples delitos, particularmente los cometidos con especial astucia, y la advertencia de que habría de observarse singular cuidado a fin de evitar que cualquier simple sospecha pudiera ser considerada como verdadera prueba de cargo. A partir de tal fecha con frecuencia se ha venido aplicando y estudiando por los Tribunales de Justicia esta clase de prueba que ha adquirido singular importancia en nuestro Derecho Procesal, porque, como es obvio, son muchos los casos en que no hay prueba directa sobre un determinado hecho, y ello obliga a acudir a la indirecta, circunstancial, o de inferencias, para a través de los hechos plenamente acreditados (indicios), llegar al conocimiento de la realidad de aquel necesitado de justificación, por medio de un juicio de inducción lógica conforme a las reglas que ofrece la experiencia sobre la base de la forma en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos (ssTC. 229/88, 107/89, 384/93, 206/94, 45/97 y 13.7.98).

Del mismo modo esta Sala de casación del Tribunal Supremo ha generado una amplia jurisprudencia al respecto, según la cual la realidad del hecho y la participación en el mismo del acusado puede ser establecida por la formula de indicios (ssTS. 17.11 y 11.12.2000, 21.1 y 29.10.2001, 29.1.2003, 16.3.2004) siempre que concurren una serie de requisitos:

a) Pluralidad de los hechos-base o indicios.

Como se ha señalado la propia naturaleza periférica del hecho-base hace carecer de perseidad para fundar la convicción judicial, conforme a la norma contenida en el art. 741 LECrim. la existencia de un hecho único o aislado de tal carácter, admitir lo contrario sería un inadmisibles retroceso dentro del estado de Derecho e incidiría en el área vedada por el art. 9.3 CE., salvo cuando por su especial significación así proceda (STS. 20.1.97).

b) Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultantes que aumentaría los riesgos en la valoración.

c) Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar.

No todo hecho puede relevante, así resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el

propio sentido semántico, como derivado de "circum" y "stare" implica "estar alrededor" y esto supone no ser la cosa misma, pero si estar relacionado con proximidad a ella.

d) Interrelación. Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas represente sobre las restantes en tanto en cuanto formen parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación.

e) Racionalidad de la inferencia. Este mal llamada prueba de presunciones no es un medio de prueba, sino una forma de valoración de los hechos indirectos plenamente acreditados. Por ello, entre éstos y el dato precisado de acreditar ha de existir, conforme a lo requerido por el art. 1253 Cc. "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", enlace que consiste en que los hechos-base o indicios no permitan otras inferencias contrarias igualmente validas epistemológicamente.

f) Expresión en la motivación del como se llegó a la inferencia en la instancia. Pues solo cuando se contienen en la motivación de la sentencia exigida por el art. 120.3 CE. los grandes hitos del razonamiento cabe el control extraordinario representado por el recurso de casación ante este Tribunal Supremo o en su caso, por el de amparo ante el Tribunal Constitucional y determinar si la inferencia ha sido de manera patente irracional, ilógica o arbitraria; pues de no mostrarse tal ilogicidad no cabe alterar la convicción del Tribunal de instancia formada con arreglo a la normativa contenida en los citados artículos 117.3 CE y 741 LECrim. (ssTS. 24.5 y 23.9.96 y 16.2.99).

En relación con estas exigencias debe destacarse la importancia de los dos últimos requisitos señalados, que la doctrina de esta Sala ha insistido en resaltar y, en particular el de la explícita motivación jurídica de la inferencia deducida, especialmente exigible cuando se trata de esa clase de pruebas indirectas, a diferencia de los supuestos en los que el fundamento de convicción del Tribunal se sustenta en pruebas directas, en las que es suficiente la indicación de éstas sin que sea preciso, en principio, un especial razonamiento, como por el contrario, es necesario cuando las pruebas indiciarias se trata (sTS,. 25.4.96). En este sentido, debe recordarse que el ejercicio de la potestad jurisdiccional está subordinado al cumplimiento y

observancia de las formalidades legales, entre las que destaca, incluso con rango constitucional, (art. 120.3 CE), la obligación de motivar las resoluciones judiciales, de tal suerte que el juicio valorativo de los hechos indiciarios a partir de los cuales se llega al hecho-consecuencia, cabe según un proceso lógico y explicitado en la sentencia que permita al acusado conocer el razonamiento del Juzgador y al Órgano jurisdiccional superior verificar la racionalidad del juicio de inferencia, es decir, que la conclusión inferida de los indicios probados responde a las reglas de la lógica y de la razón y no permite otra inferencia igualmente razonable deducida de los mismos datos indiciarios.

En definitiva como decíamos en la sentencia de 16.11.2004, es necesario que "la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado, explicitación que aún cuando ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la inferencia. Es decir, es necesario que el Órgano judicial precise cuales son los indicios y como se deduce de ellos la autoría del acusado, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprobar y comprender el juicio formulado a partir de tales indicios, siendo preciso pues, que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que puede enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia .. "y" en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace previo y directo, según las reglas del criterio humano".

DECIMO: La sentencia de instancia considera acreditado que Mohamed estaba dispuesto a seguir los postulados de Mustapha el Maimouni,

en su labor de llevar a cabo la Yijad de dos indicios que detalla, en el Fundamento Jurídico segundo, Pág. 18: que dejó la casa de su primo para seguir a Mustapha; y que posteriormente continuó vinculado a Sahane el Tunecino, hasta el punto de que en el piso de la calle Martín Gaité de Leganes apareció un libro con una huella dactilar.

En la consideración de esta Sala de casación estos dos datos indiciarios son manifiestamente insuficientes para deducir de ello, con el nivel de certeza necesario, para sustentar esta integración del recurrente en los postulados de Mustapha convirtiéndose en seguidor de la Yijad.

Así aún estimándose probado el hecho de que dejara la casa de su primo para seguir a Mustapha, la sentencia admite que volvió 8 ó 10 días después y no concreta ni especifica que actividades llevó a cabo durante ese breve periodo de tiempo, ni cuales fueron las causas de ese retorno tan inmediato, y ya hemos señalado que en la prueba indiciaria es necesario que la inducción o inferencia era razonable, es decir que debe responder plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”.

Con ello -decíamos en la STS. 468/2002 de 15.3- se excluyen aquellos supuestos en los que:

- a) la inferencia es excesivamente abierta, débil o indeterminada.
- b) en el razonamiento se aprecian saltos lógicos o ausencia de necesarias premisas intermedias.
- c) del razonamiento empleado se derive un amplio abanico de conclusiones alternativas.
- d) se empleen en la valoración probatoria criterios contrarios a los derechos, principios o valores constitucionales.

Y respecto a la huella dactilar del recurrente en un libro encontrado en el piso de Leganes donde se suicidaron distintas personas, entre ellas Sarhane Ben Abdelmajid Fakhét, debemos recordar que la pericia dactiloscópica constituye una prueba plena que permite establecer que sus manos han estado en contacto con el objeto o superficie en la que la huella aparece impresa, pero la conexión con este dato con la atribución al titular de las huellas de la participación en el hecho delictivo, necesita, sin embargo, un juicio lógico inductivo sólidamente construido del que pueda deducirse, sin duda racional

alguna, que por el lugar en el que se encuentra la huella o por el conjunto de circunstancias concurrentes ésta necesariamente procede del autor del hecho delictivo.

Por el contrario, cuando es factible establecer conclusiones alternativas plausibles, basadas en la incertidumbre o la indeterminación, el proceso valorativo debe decantarse por una solución absolutoria (SSTS. 5.10 y 31.12.99).

No otra cosa acaece en el caso presente.

Así no está acreditado que dicho libro perteneciera o fuera utilizado por Sarhane El Tunecino, al no constar que se encontrasen en el mismo huellas pertenecientes a éste, como sería normal si hubiera sido su propietario o habitual usuario, y hallándose en el piso otras personas, en la sentencia no se especifican qué datos le llevan a estimar acreditada esa pertenencia a Sarhane.

Tampoco se acredita –aun que se admitiera que el libro perteneciera a Sarhane, que se hubiese utilizado en reuniones de este con Mohamed y menos aún que estas reuniones se produjeran porque Mohamed siguiera a disposición de Sarhane, por cuanto la huella solo acreditaría que Mohamed tuvo o tocó en algún momento el libro, cuyo contenido (fragmentos del Corán y oraciones) no es en principio el propio para predicar un islamismo radical y violento.

Consecuentemente el requisito de la razonabilidad de la inferencia adolece de una fragilidad constatada, resultando indudable la ausencia del más mínimo atisbo de explicación de las conclusiones obtenidas por la Sala de los datos indiciarios que utiliza.

Sobre tan decisiva y esencial obligación de motivación, cuando la sentencia condenatoria se sustenta únicamente en prueba indiciaria, el silencio del Tribunal "a quo" es manifiesto y palmario, con lo que se quebranta el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva como garantía constitucional de la correcta aplicación del derecho por los órganos que ejercen la potestad jurisdiccional, puesto que, como advertía la sentencia de esta misma Sala de 12.11.96 no basta la mera certeza subjetiva del Tribunal de la culpabilidad del acusado. La estimación "en conciencia" a que se refiere el art. 741 LECrim. no ha de entenderse o hacer equivalente al criterio personal e íntimo del Juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo que lleva a un relato

histórico de los hechos en adecuada relación con ese acervo, de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos o reveladores, que haya sido posible reunir en el proceso. Suele centrarse la atención sobre las propias expresiones de los arts. 717 y 741 LECrim. en orden a fijar el alcance y límites de la función valorativa y estimativa de los Jueces. "Criterio racional" -dice la STS. 29.01.03- es el que va de la mano de la lógica, la ciencia y la experiencia, dejando atrás la arbitrariedad, la suposición o la conjetura. Pues bien, previamente en aras de tales principios es insoslayable la explicitación del proceso razonador de los Jueces en virtud del cual adoptan "en conciencia" una determinada conclusión valorativa en lugar de otras también plausibles.

Por todo lo cual debemos concluir que la prueba de cargo indiciaria se encuentra tan gravemente viciada que no puede considerarse apta para destruir la presunción de inocencia del acusado en cuanto a su participación en el hecho delictivo que la sentencia impugnada le atribuye.

UNDÉCIMO: El motivo octavo en cuanto denuncia infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de los arts. 515.2 y 516.2 CP. estimado que ha sido el motivo precedente, resulta procedente al no constar acreditados los requisitos exigidos para conformar el delito de integración en organización terrorista.

Como se lee en la STS. 633/2002 de 21.5, FJ.2 "El terrorismo, es una forma de delincuencia organizada que se integra por una pluralidad de actividades que se corresponden con los diversos campos o aspectos que se pueden asemejar a una actividad empresarial pero de naturaleza delictiva. No es la única delincuencia organizada existente, pero sí la que presenta como específica seña de identidad una férrea cohesión ideológica que une a todos los miembros que integran el grupo terrorista, cohesión ideológica de naturaleza claramente patógena dados los fines que orientan toda su actividad que primero ilumina el camino de la acción y después da sentido y justificación a la actividad delictiva, aunque también debe recordarse la existencia de diversos tipos de terrorismo que junto con elementos comunes, tienen otros que los diferencian".

Pero la STS. 545/2002 de 20.3: El terrorismo amplía y diversifica, de manera constante, el amplio espectro de sus acciones criminales. El legislador

democrático, en la obligada respuesta a ese fenómeno complejo, ha ido ampliando también el espacio penal de los comportamientos que han de ser considerados objetivamente terroristas, cumpliendo la triple exigencia del principio de legalidad: **lex scripta, praevia y certa**. La jurisprudencia ha de evolucionar también al compás de los cambios legislativos y ha de ajustar su interpretación no sólo a los antecedentes históricos o legislativos sino a la realidad social del tiempo (art. 3.1 C. Civil). Una acción puede ser considerada terrorista aunque su autor no esté integrado en una organización de esa índole como sucede con la conducta descrita en el art. 577 del CP que exige precisamente, como requisito negativo, que el autor no pertenezca a banda armada, organización o grupo terrorista, lo que no produce un deslizamiento al derecho penal de autor, como se sugiere en el recurso, sino todo lo contrario; los hechos sancionados en dicho precepto lo son **per se**, por su naturaleza, al realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. Lo determinante, en este caso, no es la cualidad subjetiva de ser miembro de una organización terrorista sino el grave contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto.

Esa ampliación penal es respetuosa con el límite constitucional del terrorismo, pues la Constitución, como se reconoce en el recurso, no lo define de modo directo y expreso.

Por su parte la STS. 1064/2002 de 7.6, destaca el carácter pluriforme del terrorismo, diciendo que el delito de integración en banda armada es un “delito de naturaleza plural con un reparto de responsabilidades entre los integrantes”.

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 directores 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 signifique 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.

Requisitos los anteriores de vinculación, integración y subordinación con organización terrorista que, tal como se ha razonado en el motivo precedente, no puede deducirse de la conducta desplegada por Mohamed, limitándose a marcharse con Mustapha cuando éste se fue de la vivienda de su primo durante el breve periodo de 8 ó 10 días, sin mas especificaciones, y el hallazgo de una huella dactilar suya en un libro con fragmentos del Corán y oraciones, propiedad atribuida a Sarhane Ben Abdelmajid Faknet, que fue encontrado en el interior del piso de la c/ Martín Gaité 40 de Leganes, en el que este último falleció junto con otras personas en la explosión producida el 3.4.2004.

RECURSO INTERPUESTO POR ABDELKRIM EL OUAZZANI

DUODÉCIMO: El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ. por infracción de precepto constitucional, concretamente el art. 24.2 CE. que garantiza el derecho a la presunción de inocencia, por cuanto el factum de la resolución no se sustenta sobre pruebas, ni tan siquiera indicios, de los que se

pueda colegir la participación de éste recurrente en el delito por el que ha sido condenado.

Como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas STS. 672/2007 de 19.7, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso

racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la reciente STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE. "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la practica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86, 107/89, 384/93, 206/94m, 24/97, 81/98, 189/98, 1/99, 235/2002, 300/2005, 66/2006).

Asimismo nuestra Sentencia 1192/2003, de 19 de septiembre, ha declarado que, ciertamente, el Tribunal Constitucional y esta Sala han recordado, en numerosas resoluciones, el mandato del artículo 120.3 de la Constitución acerca de la necesidad de que las sentencias estén siempre motivadas, lo cual constituye, asimismo, una exigencia derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, proclamado en el artículo 24.1 del mismo texto constitucional. Motivación que viene impuesta para evitar cualquier reproche de arbitrariedad, satisfacer el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la resolución judicial que tan especialmente le afecta, así como para garantizar y facilitar el control que permite la revisión de la sentencia en otras instancias judiciales o, en su caso, por el Tribunal Constitucional. Así, se ha señalado, entre otras en la STS núm. 584/1998, de 14 de mayo, que, por lo que se refiere específicamente a las sentencias, la motivación debe abarcar (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 abril y 27 junio 1995), los tres aspectos relevantes: fundamentación del relato fáctico que se declara probado, subsunción de los hechos en el tipo penal procedente (elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas), y consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena (Sentencia 1132/2003, de 10 de septiembre). Pues, como dice la Sentencia 485/2003, de 5 de abril, las sentencias deben estar suficientemente motivadas no sólo en lo referente a la calificación jurídica central o nuclear a que se contraiga el objeto del proceso, sino también en lo relativo a cualquier punto jurídico del debate y de las peticiones de las partes, pues así lo exige el referido artículo 120.3 de la Constitución y también el no hacerlo puede conllevar el defecto formal contenido en el artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, falta que tradicionalmente se ha denominado «incongruencia omisiva».

Finalmente, y como dice nuestra Sentencia 555/2003, de 16 de abril, el derecho a la tutela judicial efectiva, establecida en el art. 24.1 de la CE, comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en Derecho de los Jueces y Tribunales, y exige que las sentencia expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que

además venía ya preceptuado en el art. 142 de la LECrim, está prescrito por el art. 120.3° de la CE, y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3° de la misma. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma; que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera. En este mismo sentido, STC 57/2003, de 24 de marzo.

El incumplimiento de dicho deber o su cumplimiento defectuoso ya no sólo puede suponer un defecto o vicio interno de la resolución que comprometa su validez, sino que constituye una fuente de lesión directa del derecho a la presunción de inocencia que pueda arrastrar como consecuencia no la nulidad de la sentencia, sino la absolución del inculpado (SSTC. 5/2000, 1391/2000, 149/2000, 202/2000).

DECIMOTERCERO: En el caso presente el motivo se limita a impugnar los medios probatorios en base a los que, la sentencia (folios 15 y ss.) afirma que alcanza la convicción sobre los hechos probados: los atestados policiales (sobre la conformación de la cédula terrorista y la captación de prosélitos); las manifestaciones del testigo protegido; y la declaración de Abdelkrim El Ouazzani:

a) Pues bien 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 formula 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 formula 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 las 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 autentico 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 elementos 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). Sólo 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).

El recurrente cuestiona que la sentencia dé crédito a un testimonio de referencia, el de los miembros de la UCIE sobre la supuesta actividad terrorista del Sr. Maimouni en la afirmación de que fue detenido en el mes de mayo de 2003 en Marruecos y su posterior condena por delito de integración en organización terrorista, y estima que usar como prueba indirecta una comisión rogatoria, que no ha sido incorporada a la causa, en la que no se ha dado participación a las defensas, no puede erigirse como prueba capital en este proceso, en tanto que éste proceder es contrario a nuestras normas procesales y por supuesto a los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce.

Esta alegación deviene inconsistente, desde el momento en que tal como ya hemos señalado al analizar el motivo quinto del recurso interpuesto por el coacusado Mohamed, la sentencia considera probado que Mustapha El Maimouni y Sarhane Abdelmajid Faknet, formaban parte de una facción de Al Qaeda que en 2002 y 2003 captaban en España miembros para llevar a cabo la “guerra santa”, conclusión a la que llega no de la declaración de Mustapha en la comisión rogatoria, cuya nulidad se pretende, declaración que no utiliza como prueba y que ninguna de las partes solicitó su lectura en el

juicio oral, sino en otras pruebas practicadas en el juicio oral y no solo consistentes en las declaraciones de los Policías intervinientes en la investigación y que ratificaron el atestado, sino también en las propias declaraciones de los recurrentes Abdelkrin y Mohamed en el juicio oral y en la instrucción, de los demás acusados absueltos, en especial de Khalid Zeimi Pardo, y en el testimonio del testigo protegido, coincidentes en referirse al islamismo radical y violento que predicaba Mustapha El Maimouni.

b) Respecto a las declaraciones del testigo protegido el motivo incide en el “escaso crédito que cabe otorgar a sus declaraciones, en cuanto que a lo largo de la causa ha venido haciendo afirmaciones que con posterioridad ha desmentido”.

Impugnación que tampoco puede merecer favorable acogida.

La relevancia del juicio oral reside en la posibilidad que tiene el Juez de percibir directamente las pruebas que se desarrollan, que en el caso de la prueba testifical, adquiere una mayor importancia, al poder discernir las condiciones del testigo, el origen de su conocimiento, su capacidad de comprensión de la realidad, lo que en definitiva, se resume en la fuerza de convicción de sus testimonios. El Juez “a quo” analiza los testimonios de cargo y le lleva a la convicción establecida en el relato de hecho. Como decíamos en la STS. 1074/2005 de 27.9, con cita de la S. 23.1.2000, “en el proceso penal el testigo se limita a participar al Tribunal unos hechos desprovistos de cualquier valoración que el testigo puede realizar y su testimonio será eficaz o no para el enjuiciamiento y meditación de los hechos en función de lo que haya visto y presenciado, lo comuniqué al Tribunal del enjuiciamiento que lo valorará teniendo en cuenta la capacidad de percepción y convicción del testigo”.

No otra cosa ha sucedido en el caso que se examina, en el que la sentencia valora las declaraciones del testigo protegido no como prueba única, sino como dice en el Fundamento Jurídico primero (folio 8), estando a lo que resulte precisamente del examen conjunto de las pruebas practicadas, y por ello, en el Fundamento Jurídico segundo (folio 15), dado que en algunos aspectos el testigo rectificó su declaraciones anteriores, so pretexto de una presión policial, sobre la que no existe indicio alguno, el Tribunal se limitó a estimar probados aquellos aspectos de su declaración que fueron corroborados por otros medios de prueba.

c) En relación a las declaraciones de Abdelkrim El Ouazzani ante el Instructor, hemos de partir de la reiterada doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala, por todas STS. 450/2007 de 30.5, que ha declarado que el Tribunal de Instancia puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, caso de discordancia entre ambas, siempre que aquella se halla practicado judicialmente con las debidas garantías y se halla sometido a efectiva contradicción en el acto del juicio oral. Concretamente en el caso de testimonios contradictorios previstos en el artículo 714 de la L.E.Criminal, la doctrina constitucional y de esta Sala (S.T.C. 137/88, S.T.S. 14-4-89, 22-1-90, 14-2-91 o 1 de diciembre de 1.995, sentencia nº 1207/95), admite que el Tribunal pondere la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas, contrastándolas con los datos deducidos de otras pruebas practicadas y con la credibilidad de las razones expuestas para justificar las contradicciones, correspondiendo al Tribunal de Instancia dicha valoración, conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la L.E.Criminal.

Esta Sala igualmente ha declarado (ver S. 113/2003 de 30.1) que las declaraciones de los testigos y los acusados aún cuando se retracten en el juicio oral, pueden ser tenidas como actividad probatoria suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia sobre la base de la mayor fiabilidad que pudiera tener la versión sumarial. Pero esta afirmación aparece sujeta a determinados requisitos que inciden sobre la apreciación de la credibilidad de la rectificación con confrontación de las distintas manifestaciones, extremo que depende substancialmente de la percepción directa que sólo tiene el Tribunal de instancia por la inmediación de la prueba (Sentencias de 7 de noviembre de 1997; 14 de mayo de 1999). En otros términos, la posibilidad de valorar una u otra declaración no significa un omnímodo poder de los tribunales para optar por una u otra declaración, a modo de alternativa siempre disponible por el solo hecho de existir en los autos una declaración distinta de la prestada por el testigo, o en su caso coimputado, en el Juicio Oral.

Jurisprudencialmente hemos requerido la concurrencia de circunstancias que afectan tanto a las condiciones de validez de la prueba que permita su valoración como a los criterios de valoración. Así, en primer término, para que la declaración sumarial sea valorable en sentido objetivo, es

decir susceptible de ser valorada como material probatorio, es preciso que se incorpore al plenario sometándose a la contradicción, exigencia condicionante de la propia idoneidad probatoria de la declaración sumarial, sin la cual ésta no puede ser considerada siquiera por el Tribunal de instancia en la formación de su convicción. Es necesario para ello que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal procediendo a la lectura de aquélla y permitiendo a las partes someter la declaración a contradicción (SSTS. de 5 de noviembre de 1996 y 20 de mayo de 1997; y STC. de 29 de septiembre de 1997). Sin esta incorporación al plenario la declaración sumarial no es prueba, ni cabe ser considerada.

Esta exigencia presupone que la declaración que se incorpora al enjuiciamiento, provenga del sumario, es decir, de la documentación de la actuación judicial en investigación de un hecho delictivo, pues así lo exige el Art. 714 de la Ley Procesal, que refiere la posibilidad de dar lectura a las declaraciones del sumario, esto es las practicadas en sede jurisdiccional con exclusión de las celebradas ante la policía. Además tal declaración ha de ser realizada con observancia de las reglas que rigen la práctica de estas diligencias. Consecuentemente debe tratarse de declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción reuniendo los requisitos exigidos por la Ley, pues fuera de este supuesto no se trataría propiamente de diligencias sumariales de prueba, de forma que, aún no satisfaciéndose el principio de contradicción en aquella declaración, puesto que sucede con frecuencia, sobre todo cuando se trata del denunciante, que su declaración se produce con anterioridad a la del imputado, que dicho principio esencial del proceso se desenvuelve en el acto del Plenario, mediante la lectura concreta y puntual de la diligencia, abriéndose de esta forma a las partes la posibilidad de salvaguardar sus derechos (SSTS. 4.3.2002, 17.7.2002, 5.12.2003). Por otra parte, la contradicción que permite la lectura de las obrantes en el sumario deben recaer sobre aspectos esenciales del testimonio, como afirmaciones contradictorias o retractaciones totales o parciales.

La declaración sumarial debe ser incorporada al juicio mediante su lectura a petición de cualquiera de las partes como establece el Art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiéndolo hacer el Tribunal de oficio (Art. 708 párrafo segundo LECr.). Como consecuencia de esa lectura ha de ser interpelado el declarante sobre las razones de su divergencia siendo entonces

cuando el Tribunal puede sopesar la credibilidad de lo manifestado por el testigo y decantarse por lo declarado en sumario o en Juicio Oral.

Con relación a esta última exigencia la jurisprudencia de esta Sala Segunda y la del Tribunal Constitucional han relativizado el requisito formal de la lectura considerando suficiente el que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio por el procedimiento del Art. 714 o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el Juicio Oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna. Lo que no puede hacerse es traer sorpresivamente desde el sumario a la sentencia, sin antes haber pasado por la posibilidad de ser debatido en el juicio oral (principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación) ese dato que se incorpora al relato de hechos probados. En todo caso lo que no es suficiente para que la declaración sumarial pueda ser tenida en cuenta es el empleo de la expresión ritual "por reproducida", práctica censurable inoperante para la efectiva entrada en el plenario de la declaración sumarial, y rechazada por la doctrina jurisprudencial.

Incorporada al Juicio Oral la declaración sumarial, esto es las condiciones de valorabilidad de la declaración obrante en el sumario, analizamos las exigencias que deben concurrir en la sentencia que la valora para comprobar, desde la perspectiva del control casacional de la presunción de inocencia, la correcta valoración de la prueba y la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia.

En primer lugar, por la falta de inmediación de aquélla, la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en Juicio Oral ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios (SSTC. 153/97, de 29 de septiembre; 115/98, de 1 de junio; y SSTS. de 13 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999). Es decir, la credibilidad objetiva precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos a la declaración sumarial que la doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración frente a la declaración que, con observancia del principio de inmediación, se prestó en el Juicio Oral.

En segundo término, y como consecuencia del anterior requisito, es necesario que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se

inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el Juicio Oral (Sentencias de 22 de diciembre de 1997 y 14 de mayo de 1999), pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores, y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante.

En el caso presente el Tribunal de instancia razona porqué concede mayor credibilidad a las declaraciones de Abdelkrim (fs. 1580 y ss.), ante el Instructor, que a las vertidas en el juicio oral, por considerarlas más espontáneas y verosímiles y estar corroboradas por las manifestaciones del testigo protegido e incluso del coacusado Mohamed, y considera probado, como reconoció el recurrente en su declaración ante el Instructor, que tanto cuando permitió a Mustapha utilizar su casa de la calle Moncada, para organizar las reuniones, como cuando le permitió pernoctar, sabía que la actividad de éste consistía en buscar adeptos para la guerra santa, actividad que se desarrolló en su presencia.

El motivo, por lo razonado, debe ser desestimado.

DECIMOCUARTO: El motivo segundo al amparo del art. 5.4 LOPJ. por infracción de precepto constitucional, en concreto del art. 24.2 CE. que garantiza el derecho a la presunción de inocencia.

Se sostiene en este motivo con fundamentación similar al motivo precedente que las referencias que se hacen a Mustapha El Maimouni así como las declaraciones del testigo protegido, no pueden ser elementos aptos para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia del recurrente y por tanto, su utilización para concluir en su pronunciamiento condenatorio, conculcan este derecho.

El motivo debe ser desestimado.

Sobre las declaraciones del testigo protegido y las consideraciones que se realizan sobre la petición de las defensas de que se le retirara tal condición, toda vez que en una publicación de carácter nacional aparecían publicadas tanto la foto como su identidad y una serie de notas informativas de la UCIE que se habían elaborado por los confidentes de “Cartagena”, quien a la postre resultaba ser el testigo protegido 11304, son coincidentes con el contenido del

motivo segundo del recurso interpuesto por el correcurrente Mohamed, por lo que se dan por reproducidos los razonamientos que constan en el Fundamento Jurídico cuarto de la presente resolución, para evitar innecesarias repeticiones.

Y en cuanto a las referencias sobre Mustapha Maimouni es cierto que supone un fraude procesal que estando en principio imputado por la captación de personas para participar en actividades terroristas, el instructor se limitase a declararle en rebeldía por auto de 4.5.2005, conociendo que se encontraba preso en Marruecos –como se recogió en el auto de procesamiento dictado al día siguiente, en el que se hizo constar que Mustapha Maimouni se encuentra en prisión en Marruecos donde se le imputa la comisión de un delito de naturaleza terrorista- sin interesar una comisión rogatoria para ser interrogado en concepto de imputado y procesado en su caso, y no obstante su declaración de rebeldía, se solicitase en citación para el juicio por el Ministerio Fiscal y varias de las defensas, en calidad de testigo –cuando la afirmación de que ha sido condenado en Marruecos por un delito de integración en banda terrorista no tiene respaldo documental-.

No obstante lo anterior como el traslado de Mustapha desde Marruecos no se realizó por las causas que se detallan en la Pág. 10 de la sentencia, y la declaración prestada por éste en la fase de instrucción a través de una comisión rogatoria no fue introducida en el juicio oral ni valorada como prueba, tal como se ha explicitado al analizar el motivo quinto del recurso del coacusado Mohamed, la pretensión del recurrente deviene improsperable.

DECIMOQUINTO: El motivo tercero al amparo del art. 5.4 LOPJ. en relación con los arts. 850 y 852 LECrim. por infracción de precepto constitucional, concretamente el art. 24 CE. que garantiza el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y a la tutela judicial efectiva, pruebas consistentes en librar oficio al Registro Civil Único de Madrid para remisión del testimonio de expediente de nacionalidad del recurrente Abdelkrim El Ouazzani incluyendo los informes policiales y de inteligencia (si los hubiera), y oficio a la Comisaría General de Información para que informen a la Sala el funcionario o funcionarios de la Jefatura del Grupo 1, Sección 3ª del UCIE, entre febrero 2002 y noviembre 2004, sobre si los datos

que aparecen publicados el 31.5.2005 en el Diario El Mundo sobre las notas de “Cartagena” (supuestamente el testigo protegido 11304), se ajustaban efectivamente a las investigaciones de la UCIE y estas notas han sido elaboradas por su Unidad.

El motivo coincide en su desarrollo argumental con el ordinal 4 del recurso interpuesto por el otro condenado, debiendo seguir igual suerte desestimatoria, debiendo recordarse que este motivo de casación no trata de resolver denegaciones formales de prueba sino que es preciso que tal denegación haya producido indefensión, de manera que el motivo exige “demostrar, de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no pudieron probar por las pruebas inadmitidas y de otro lado, debe argumentar convenientemente que la resolución final del proceso “a quo” podría haberle sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia” (STS. 104/2002 de 29.1).

En definitiva la prueba denegada tiene que tener los caracteres de pertinente, necesaria, posible, útil y relevante, además de ocasionar indefensión al recurrente (STS. 1217/2003 de 29.9, 474/2004 de 13.4).

En el caso presente, las pruebas denegadas no guardaban auténtica relación con el objeto de enjuiciamiento en los hechos imputados a Abdelkrim, ni era necesaria pues de su práctica el Tribunal no podía extraer información sobre algún aspecto esencial que pudiera influir en la decisión última de la Sala, puesto que si el extremo objeto de acreditación se encuentra ya debidamente probados por otros medios –en este caso las declaraciones de las personas a las que se refieren las pruebas denegadas- o se observa anticipadamente que la eficacia acreditativa de la prueba no es bastante para alterar el resultado ya obtenido, ésta deviene obviamente innecesaria, máxime cuando el propio recurrente admite que en el acto del juicio comparecieron funcionarios de la UCIE que fueron interrogados sobre los contactos con el testigo protegido (Pág. 25 del recurso).

DECIMOSEXTO: El motivo cuarto al amparo del art. 5.4 LOPJ. en relación con el art. 852 LECrim. por infracción de precepto constitucional art. 24 CE., que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva y a ser informado de la acusación formulada.

Sostiene el recurrente que "habida cuenta que todas las diligencias de instrucción, auto de procesamiento y escrito de acusación, han versado sobre la imputación por un delito de integración en banda terrorista, la condena final por un delito de colaboración en banda armada, sin que la acusación haya sostenido esa tesis en ningún momento, vulnera el principio acusatorio, así como el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, en idéntica medida estima que contraviene este derecho al formular pasajes esenciales del relato fáctico de manera distinta al propuesto por la acusación".

El motivo debe ser desestimado.

Como ya hemos señalado en el motivo sexto del recurso interpuesto por Mohamed, son exigencias del principio acusatorio (según el cual, en ningún caso puede darse condena sin acusación:

- 1) Que el juzgador de instancia no puede penar por un delito más grave que el que ha sido objeto de acusación.
- 2) Que menos aún, lógicamente, no puede castigar infracciones por las que no se ha acusado.
- 3) Que tampoco puede hacerlo por delito distinto al que ha sido objeto de acusación; y
- 4) Que dicha la prohibición alcanza a la apreciación de circunstancias agravantes o de subtipos agravados no invocados por la acusación.

Todo ello con dos excepciones:

a) El uso de la facultad que el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) Que el delito calificado por la acusación y el delito calificado por la sentencia sean homogéneos, en el sentido de que todos los elementos del segundo estén contenidos en el tipo delictivo objeto de la acusación, es decir, que en la condena no exista elemento nuevo alguno del que el condenado no haya podido defenderse. O que sea de la misma naturaleza o especie.

Por ello sin varias los hechos que han sido objeto de acusación es posibles –respetando el principio acusatorio- condenar por delito distinto, siempre que sea homogéneo con el imputado, es decir de la misma naturaleza y especie, aunque suponga una modalidad distinta dentro de la tipicidad penal y sea de igual o menor gravedad que la expresamente imputada.

A esto es a lo que se refieren los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica: A la existencia de una analogía tal entre los elementos esenciales de los tipos delictivos que la acusación por un determinado delito posibilita también "per se" la defensa en relación con los homogéneos respecto a él.

En palabras del ATC 244/1995, son delitos o faltas "generalmente homogéneos" los que "constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse". Debe así advertirse, en primer lugar, que aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente las formas de comportamiento respecto de los que se protegen; en segundo lugar, que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta generalidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia. En suma, el apartamiento del órgano judicial de las calificaciones propuestas por la acusación "requiere el cumplimiento de dos condiciones; una es la identidad del hecho punible, de forma que "el mismo hecho señalado por la acusación, que se declaró probado en la sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación". La segunda condición es que ambos delitos, el sentado en la sentencia recurrida y el considerado como el más correcto por el Tribunal ante el que se ha recurrido aquella decisión "sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo" (STC. 225/97 de 15.12).

Pues bien sobre la cuestión aquí debatida, se ha pronunciado ya esta Sala, en el sentido de entender que los delitos de pertenencia a Banda Armada y el de colaboración con dichas Bandas son homogéneos, y que, por ende, puede condenarse por colaboración con Banda Armada existiendo acusación por delito de pertenencia a ella. Así, en la sentencia de 15 de febrero de 1.991 se dice que "el delito de integración en banda terrorista tiene, efectivamente, entidad propia, se ubica en el área de las asociaciones ilícitas, y aunque bastaría una adscripción nominal o formal, normalmente se configura a través de una serie de actos de cooperación a sus fines de forma permanente; la colaboración se exterioriza en actividades de la misma naturaleza que las

anteriores, pero que no revelan una integración en la organización armada con la nota de permanencia aludida". En el mismo sentido, pueden examinarse la sentencia de 14 de diciembre de 1.989 y las que en la misma se citan.

En efecto entre ambos delitos concurre una homogeneidad evidente, en el delito de pertenencia o integración en organización terrorista concurren todos los elementos del delito de colaboración y uno más, cual es la nota de permanencia (STS. 1127/2002 de 17.6). Por tanto, el delito de colaboración es una degradación del delito de integración, sin que se comprenda en su tipo elemento alguno distinto de los que configuran el delito de pertenencia a banda terrorista, no existiendo, por ello, vulneración del principio acusatorio.

Incide en esta argumentación la STS. 380/2003 de 22.12, "es claro que la participación en banda armada y la colaboración con banda armada son delitos que guardan entre sí una relación de consunción, dado que la participación importa una acción en la que el autor realiza actos de cooperación de forma permanente, sea al cumplir ordenes dirigidas a los fines de la organización o participando en la dirección de la misma".

Invariables los hechos imputados al recurrente –que realmente constituyen el objeto propio del proceso penal-, no siendo mayores las penas del delito aplicado en la sentencia que el solicitado por la acusación, y siendo común el bien jurídico protegido por ambos, es preciso concluir que no ha sido vulnerado el principio acusatorio ni, por consiguiente, el principio constitucional de la tutela judicial efectiva citado por la parte recurrente, estrechamente vinculado con él.

Y en cuanto a la modificación de la fecha, principios del año 2003, en que el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación fija el inicio de la actividad de Mustapha, de captar jóvenes para convertir al islamismo y utilizarlos en la Yijad y que la Sala, en los hechos probados retrotrae a los años 2001 y 2002, esta impugnación plantea una cuestión similar a la estudiada en el motivo sexto del recurso interpuesto por el otro recurrente, Mohamed, por lo que no puede ser acogida, dándose por reproducido el Fundamento Jurídico octavo de la presente resolución. En efecto esta modificación no es sino consecuencia de la prueba practicada en el plenario, en el que tal fecha fue objeto de debate, no produciéndose indefensión alguna al recurrente, que tuvo perfecto conocimiento y posibilidad de defenderse, no implicando alteración de la calificación jurídica y han sido sometidos a la investigación probatoria. Lo fundamental es que con estos aditamentos fácticos pervivan los supuestos

básicos de la calificación entonces no alterada, esto es, el hecho o los hechos básicos, la intención y finalidad y la calificación jurídica no modificada en ningún sentido (STS. 865/97 de 13.6).

DECIMOSÉPTIMO: El motivo quinto por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 576 CP. por cuanto del relato fáctico no cabe deducir en modo alguno la actividad terrorista llevada a cabo en el mes de mayo 2002 por Mustapha El Maimouni, pues no se alude a los miembros que componían la célula, ni a los actos para subvertir el orden pretendían llevar a cabo, ni las acciones violentas, ni elemento de ninguna clase del que se pueda deducir, con los requisitos que ha establecido la jurisprudencia de esta Sala, que formaba un grupo terrorista.

Retomando la doctrina expuesta al analizar el motivo octavo (SSTS. 783/2007 de 1.10 y 240/03 de 3.3) del recurso interpuesto por Mohamed, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado, que el tipo de colaboración con banda armada descrito en el artículo 576 CP, despliega su más intensa funcionalidad en los supuestos de colaboraciones genéricas, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada, constituyendo su esencia poner a disposición de la organización, conociendo sus métodos, informaciones, medios económicos y de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la 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 imprecisiones 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 vertebró 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...» y 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 coadyuven 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 quiénes, sin pertenecer a ella, le aportan 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 esta dirección se decía en la STS. 580/2005 de 6.5, que la esencia del delito de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la banda, 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 quiénes, sin pertenecer a ella, le aportan su voluntaria aportación.

Según la STS. 797/2005 de 21.6, “El art. 576 CP. castiga a los que lleven a cabo, recaben o faciliten, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista, precisando, seguidamente, que son actos de colaboración, entre otros, “la ocultación o traslado de personas vinculadas a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”. Para la comisión de este delito, basta, por tanto, la conciencia de que el acto o la conducta de que se trate sirva o favorezca a la banda u organización terrorista, y la voluntad de llevarla a cabo, sin necesidad de ningún otro requisito.

DECIMO OCTAVO: Llegados a este punto, la doctrina examinada tanto constitucional como de esta Sala, permite comprobar que será el

carácter reiterado de forma regular, de las acciones violentas, capaces de crear en la población la situación de alarma o inseguridad, así como la finalidad perseguida, lo que configurará la acción como terrorista, frente a las acciones aisladas o no permanentes que no alcanzarían tal consideración. Y, que, de cualquier modo, el concepto *terrorismo, organización o grupo terrorista*, piensa la STS. 50/2007 de 19.1, **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, para cuya comisión se constituye, o en la que incurre una vez constituida.

Este concepto de terrorismo (y consecuentemente de organización o de grupo terrorista) es el que acoge el Código Penal en su art. 571, refiriéndose a los que *pertenecen, actúan al servicio o colaboran* con bandas armadas, organizaciones o grupos **cuya finalidad** sea la de *subvertir* el orden constitucional o *alterar gravemente* la paz pública.

Consecuentemente, nos corresponderá examinar ahora, dado el cauce casacional seguido por el recurrente, si desde el respeto a los derechos declarados probados, la conducta que le es imputada constituye el delito de colaboración con banda, organización o grupo terrorista del art. 576 CP.

En principio este carácter, respecto Al Qaeda, se deduce de forma nítida e inequívoca del relato fáctico.

"A lo largo de los últimos años miembros de distintas facciones de la organización Al Qaeda se han venido desplazando por países europeos para tratar de captar, entre los jóvenes musulmanes, miembros para su organización. Para ello se sirven de una enseñanza radical del Islam, dirigida a justificar la Yihad –también denominada jihad o hijad- (guerra santa), entendida como la obligación de combatir con los hermanos musulmanes so pretexto de la persecución de que están siendo objeto por los Estados Unidos y por otros países de Occidente incluida Europa, a fin de lograr el aniquilamiento de todos aquellos que por no compartir sus principios reputan infieles, mediante el empleo de la violencia contra personas y cosas, aceptando su propia inmólación. Una vez que en el plano ideológica consiguen crear sus adeptos a la guerra santa, algunos de ellos llegan incluso a recibir formación en el manejo de explosivos o hasta de formación militar. Para ello en ocasiones se llega a acudir a bases que ya se encuentran fuera de Europa, principalmente en Afganistán y Pakistán. De ese modo van logrando

adeptos que o bien están preparados para combatir directamente en los países en conflicto, como Afganistán o Irak, o bien están dispuestos a constituir en su país de residencia lo que se denominan células durmientes, en las que sus miembros llevan una vida aparentemente dentro de la legalidad, pero en una completa disposición a cumplir cualquier instrucción de ataque, que se les pueda hacer llegar, en cualquier momento.

Uno de estos miembros de una facción de Al Qaeda, que desde los años 2001 y 2002 se desplazaba a España con esta finalidad, era Mustapha el Maimouni, (que actualmente cumple condena en Marruecos, por delito de pertenencia a una asociación terrorista islámica, tras su detención en ese país en mayo de 2003). Para desarrollar en España esta actividad de captación actuaba junto con Sarhane Ben Abdelmajid Fakheth –Sarhane el Tunecino-, (fallecido en abril de 2004 en la explosión del piso de la calle Martín Gaité de Leganes".

Y la concreta colaboración del recurrente en esta actividad se recoge asimismo en los hechos probados, al añadir: *“Durante sus estancias en Madrid, MUSTAPHA EL MAIMOUNI organizó, junto con SARHANE BEN ABDELMAJID FAKHETH -Sarhane el Tunecino-, varias reuniones con miembros de la comunidad musulmana, en su labor de captación de adeptos para la guerra santa, con el objetivo expuesto, en las que se justificaba el islamismo más violento y radical. Estas reuniones se llevaron a cabo en varios lugares y entre ellos en el domicilio de ABDELKRIM EL OUZZANI, marroquí de origen, mayor de edad, sin antecedentes penales, en la calle Moncada, nº 116-5º, en San Cristóbal de los Ángeles, Villaverde, Madrid.*

ABDELKRIM EL OUZZANI aceptaba dejar su casa de la calle Moncada a MUSTAPHA EL MAIMOUNI para que se celebrasen estos encuentros, sabiendo que en estas reuniones eran para buscar adeptos para la yihad”.

Por tanto, debe mantenerse la calificación jurídica efectuada por la Sala de instancia. El recurrente considera que el relato de hechos probados no define una pluralidad de personas que reúnan las condiciones de organización terrorista. Sin embargo, esta apreciación no es adecuada, ya que los hechos no dicen que el recurrente forma parte de una organización que se componga de las personas que se señalan en ellos, sino que de su lectura se deduce que deja su casa para que dos personas pertenecientes Al Qaeda lleven a cabo una labor de proxenetismo, conociendo la finalidad de esos encuentros,

colaborando, en suma, con esas personas, y no podemos olvidar que el delito de colaboración con banda armada, incluye aquellas acciones que, realizadas voluntariamente con este fin, facilitan cualquiera 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 existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política.

DECIMONOVENO: Estimándose el recurso de MOHAMED EL AOUAZZANI se declaran de oficio las costas correspondientes y desestimándose el interpuesto por ABDELKRIM EL OUAZZANI se le imponen las costas de dicho recurso.

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **MOHAMED EL OUAZZANI**, contra sentencia de 27 de marzo de 2007, dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Primera, y en su virtud, **CASAMOS Y ANULAMOS** referida resolución, dictando nueva sentencia más conforme a derecho, con declaración oficio costas del recurso.

Y debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación** interpuesto por **ABDELKRIN EL OUAZZANI**, contra la misma sentencia, condenándole al pago de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta 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

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. Francisco Monverde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Diego Ramos Gancedo

1484/2007

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Fallo: 22/05/2008

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N^o: 304/2008

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Diego Ramos Gancedo

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Junio de dos mil ocho.

En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción n^o 5 con el número 6 de 2005, y seguida ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional,

Sección Primera, por delito de colaboración y pertenencia a grupo terrorista, contra **ABDELKRIM EL OUAZZANI** nacido en Casablanca (Marruecos) el día 15.04.68, con DNI. X-01318607-V, en prisión provisional por esta causa desde el día 27.10.2004; **MOHAMED EL OUAZZANI**, nacido en Taza (Marruecos) el día 30.08.81, hijo de Sellam y Fátima, con DNI. X-4494902-N, en prisión provisional por esta causa desde el día 14.12.04, contra sentencia de 27 de marzo de 2007; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida, suprimiéndose de los hechos probados a continuación de "*se marchó con ellos*", la expresión "*porque estaba dispuesto a seguir sus postulados en su labor de llevar a cabo la yihad*", y a continuación de "*excepto con Mohamed El Ouazzani*" la de "*que continuó a su disposición*".

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se ha razonado en los Fundamentos de Derecho, noveno, décimo, decimoprimeros de la sentencia precedente no ha quedado acreditada la comisión por parte de Mohamed del delito de integración en banda terrorista, arts. 515.2 y 516.2 CP.

III. FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Primera, de fecha veintisiete de marzo de dos mil siete, debemos **absolver y absolvemos a**

MOHAMED EL AOUZZANI del delito de pertenencia a banda terrorista por el que había sido condenado, declarando de oficio las costas correspondientes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. Francisco Monverde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Diego Ramos Gancedo

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