

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 1.140/2010

*RECURSO CASACION (P) N°:*10256/2010 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia: 29/12/2010

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

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: AMG

Integración en organización terrorista. Configuración para delinquir y delito de asociación terrorista. Requisitos y relación entre ambos. Presunción inocencia en casación. Ambito. Testigo protegido. Agente encubierto, delito provocado. Infiltrado o arrepentido. Distinción. Valoración como prueba. Prueba videográfica. Valor. Intervenciones telefónicas en otro proceso. doctrina de la Sala. No fueron valoradas en la sentencia como prueba. Investigación prospectiva. Derecho penal del enemigo. Terrorismo islámico. Peculiaridades que presenta. Asociación terrorista y colaboración. Distinción. Denegación de pruebas documentales y testificales sobre el terrorismo islámico. Delito de tenencia explosivos. Bien jurídico protegido. Error apreciación prueba pericial. Supuesto. Individualización pena. Motivación insuficiente.

Nº: 10256/2010P

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

Fallo: 15/12/2010

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 1140/2010

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. José Ramón Soriano Soriano
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Manuel Marchena Gómez

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 veintinueve de Diciembre de dos mil diez.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por **EL MINISTERIO FISCAL, MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI, ABDUL HAFEEZ AHMED, MOHAMED SHOAIB, MUHAMMAD TARIK, MEHMOOH KHALID, SHAIB IQBAL, ROSHAN JAMAL KHAN, IMRAN CHEEMA, QADEER MALIK, AQEEL UHR REHMAN ABBASI, MAROOF AHMED MIRZA**, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito de integración en organización 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 como parte recurrida Asociación Catalana Víctimas de Organizaciones Terroristas, representados por la Procuradora Sra. Bermejo García, y dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Morales Hernandez San Juan y Plasencia Baltes respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción número 2 de Madrid, instruyó Sumario con el número 26 de 2008, contra MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI, ABDUL HAFEEZ AHMED, MOHAMED SHOAIB, MUHAMMAD TARIK, MEHMOOH KHALID, SHAIB IQBAL, ROSHAN JAMAL KHAN, IMRAN CHEEMA, QADEER MALIK, AQEEL UHR REHMAN ABBASI, MAROOF AHMED MIRZA, y una vez concluso lo remitió a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cuya Sección Primera, con fecha 11 de diciembre de 2009, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

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

Entre finales de 2007 y principios del año 2008 un grupo de personas de origen pakistani e indio, de religión musulmana, residentes en Barcelona, se fueron radicalizando en su ideología, hasta el punto de decidir seguir los

postulados de violencia y empleo de la yihad, preconizados por el líder talibán BAITULLAH MEHSUD y entrar en contacto con los dirigente de este grupo, vinculado a Al-Qaeda, y localizado en Pakistán. La aceptación de estos planteamientos les llevó a tomar la decisión de llevar a cabo una acción violenta, empleando material explosivo contra el metro en la ciudad de Barcelona, que pudiese provocar un elevado número de víctimas.

Este grupo estaba compuesto por: 6- MAROOF AHMED MIRZA, que era el quien los dirigía, y por 11- MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI, 5- QADEER MALIK, 2- SHAIB IQBAL, 10- ABDUL HAFEEZ AHMED 4- MUHAMMAD TARIK, y 8- ROSHAN JAMAL KHAN.

La vinculación que mantenían con BAITULLAH MEHSUD permitió que desde distintos países se enviasen a Barcelona a otras personas, miembros de la misma organización, para que participasen en la acción, incluso como terroristas suicidas, si era necesario. Así fueron llegando a Barcelona: 9- MOHAMMED SHOAIB, 7- IMRAN CHEEMA, 3- MEHMOOH KHALID, y 1- AQEEL UHR REHMAN ABBASI.

El contacto entre los recién llegados y los miembros del grupo , siguiendo las instrucciones que había recibido, se llevaba a cabo en la mezquita Tariq Bin Ziyad, sita en de la calle Hospital de Barcelona, donde todos acostumbraban a reunirse. Una vez que entraban en contacto y para facilitarles la estancia en Barcelona y poder mantenerlos controlados, los alojaban con otros miembros del grupo. Así 1- AQEEL UHR REHMAN ABBASI se instaló en la calle La Cera nº 19, en el domicilio de 10- ABDUL HAFEEZ AHMED, mientras que 9- MOHAMMED SHOAIB, 7- IMRAN CHEEMA y 3- MEHMOOH KHALID lo hicieron en la calle Sta Madroña, en el domicilio que compartían 5- QADEER MALIK y 2- SHAIB IQBAL.

Para iniciar los preparativos necesarios para alcanzar a confeccionar los artefactos 5- QADEER MALIK y 2- SHAIB IQBAL consiguieron cierto número de bengalas, de uso pirotécnico, y empezaron a extraer la nitrocelulosa que contenían, además adquirieron varios minutereros, que pudiesen servir como temporizadores, que fueron extrayendo de sus carcargas. También consiguieron balines de plomo, para actuar como metralla. Este material lo guardaban en la calle Sta. Madroña en el domicilio que compartían, junto con pilas, cables, rollo de alambre y cinta adhesiva, todo ello destinado a la preparación de artefactos explosivos.

En la mañana del día 16 de enero de 2008 llegó a Barcelona, procedente de París, una persona, cuya identidad se ha acordado proteger, por lo que se denominará F-1., y que siguiendo las instrucciones que había recibido de BAITULLAH MEHSUD se presentó en la Mezquita de la calle Hospital, para contactar con el grupo de Barcelona. Una vez allí localizó a 6- MAROOF AHMED MIRZA, quién le fue presentando a los demás miembros del grupo. Así a lo largo de ese día F-1 estuvo en contacto, además de con 6-MAROOF AHMED MIRZA, con 5- QADEER MALIK, 2-SHAIB IQBAL, 10-ABDUL HAFEEZ AHMED, y ya por la tarde también con 1-AQEEL UHR REHMAN ABBASI, 8- ROSHAN JAMAL KHAN, y 11-MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI, y con otras dos personas no identificadas. Al llegar la noche 2- SHAIB IQBAL y 5- QADEER MALIK llevaron a F-1 dormir a su domicilio sito en Sta. Madroña 25.

Al día siguiente 17 de enero, F-1 conoció en ese domicilio 1-MEHMOOH KHALID y a 9-MOHAMMED SHOAIB, después todos ellos fueron a la Mezquita, de la calle Hospital, donde se encontraron con las personas que habían estado el día anterior. En las conversaciones que mantienen a lo largo de ese día los miembros del grupo antes mencionados, F-1 se entera de que 1-AQEEL UHR REHMAN ABBASI debe volar al día siguiente a Alemania, y además es informado de que la acción que estaban planeando iría dirigida a provocar una explosión en el metro, y que él debería de ir de pareja 7- IMRAN CHEEMA, actuando como suicidas, llevando una carga explosiva en una bolsa o mochila, y que también actuaría como suicidas 9- MOHAMMED SHOAIB y 3- MEHMOOH KHALID, así como otras dos personas que no han sido identificadas.

En la tarde de ese día 2- SHAIB IQBAL indicó a F-1 que podía hablar por teléfono con su familia, y después de que F-1 hablase con su esposa, le dijo que esta sería la última vez ya que la acción se haría en cuanto estuviesen preparados los artefactos. Como F-1 no se resignaba a actuar como suicida, logró, sin que los demás se diesen cuenta, llamar por teléfono a una persona en Francia, que sabía vinculado a la policía francesa, y le expuso la gravedad de la situación en que se encontraba, pidiéndole su ayuda.

Esa noche F-1 volvió a dormir a Sta Madroña 25 con los demás miembros del grupo que allí residían. Sobre las 22 horas de ese día, 5-QADEER MALIK salió de la casa con un bolsa y, en el cruce con la calle

San Beltrán, la tiró a la basura. Esa bolsa contenía un cortacables, un destornillador, un cutter, nueve guantes de latex, unos guantes de goma, ocho cilindros de bengalas de cartón vacíos y cuatro piezas de plástico también pertenecientes a las bengalas, una caja de metal para perdigones vacía, un bote de perdigones vacío, dos envoltorios de pilas, tres carcasas de minuterios, ocho conectores eléctricos, trozos de cables de unos 15cm. y una tarjeta de recarga de teléfono.

Al día siguiente 18 de enero 2- SHAIB IQBAL, siguiendo instrucciones de 6- MAROOF AHMED MIRZA, después de haber estado en la mezquita, fue a comprar un ordenador con F- 1. En la mañana de ese día 1- AQEEL UHR REHMAN ABBASI viajó a Alemania, y después se traslado a Holanda. Por la tarde se reunieron en la Mezquita de la calle Hospital:

6- MAROOF AHMED MIRZA

2- SHAIB IQBAL

4- MUHAMMAD TARIK

5- QADEER MALIK

7- IMRAN CHEEMA

8- ROSHAN JAMAL KHAN

11- MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI

F- 1

Todos ellos iban preparados para pasar la noche con sacos de dormir y además 2- SHAIB IQBAL y 5- QADEER MALIK llevaban una bolsa con los 18 gramos de nitrocelulosa, con partículas de perclorato potásico, que habían extraído de las bengalas, y otra bolsa dentro de la anterior conteniendo un rollo de alambre, 2 pilas de 4,5 voltios y 4 pilas de 1,5 voltios LR 20, y en otra bolsa cuatro temporizadores o minuterios, sin carcasas, y además otras 2 pilas LR20, varios trozos de cable, 783 perdigones para armas de aire comprimido, y cinta aislante.

Después de realizar distintas oraciones, sobre las 22 horas todos ellos se fueron caminando de dos en dos a la Mezquita de la calle Maçanet, para pasar allí la noche.

Sobre las 23,50 horas miembros de la Guardia Civil, provistos de autorización judicial entraron en la Mezquita de la calle Maçanet, y procedieron a la detención de las siguientes personas: MUHAMMAD TARIK, 5- QADEER MALIK, 8- ROSHAN JAMAL KHAN, 11- MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI, 7- IMRAN CHEEMA, 6- MAROOF AHMED MIRZA, 2-

SHAIB IQBAL y 6- MAROOF AHMED MIRZA. Además también fueron detenidas dos personas que se encontraban en la mezquita y que no han sido acusadas. En el registro se intervino la bolsa con los efectos antes mencionados.

En la calle Sta. Madroña fueron detenidos: 3- MEHMOOH KHALID y 9- MOHAMMED SHOAIB. En la calle la Cera fue detenido 10- ABDUL HAFEEZ AHMED.

MAULVI UMAR, portavoz del grupo liderado por BAITULLAH MEHSUD, y que desde diciembre de 2007 se nominaba Tehrik-e-Taliban Pakistán, TTP, en una entrevista realizada en agosto de 2008, por la fundación NEFA, y hecha público a través de Internet, afirmó al ser preguntado por los ataques producidos en occidente como Barcelona, Reino Unido o el 11 de septiembre, que “el ocurrido en Barcelona fue conducido por doce los nuestros, que estaban bajo las órdenes de BAITULLAH MEHSUD, y el TTP anunció su titularidad, debido a que España tomó parte en esta guerra con la presencia de tropas españolas en Afganistán, respecto a otros ataques no tengo información...”

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:

6- MAROOF AHMED MIRZA, como autor de un delito de pertenencia a grupo terrorista, como dirigente, a la pena la pena de 10 años y 6 meses de prisión, e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 12 años, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, y al pago de la parte proporcional de las costas.

1- AQEEL UHR REHMAN ABBASI, como autor de un delito de pertenencia a grupo terrorista, como integrante, a la pena de 8 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial por tiempo de 10 años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y al pago de la parte proporcional de las costas.

2- SHAIB IQBAL como autor de un delito de pertenencia a grupo terrorista, como integrante, a la pena de 8 años y 6 meses de prisión e inhabilitación

especial por tiempo de 10 años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo; y como autor de un delito de tenencia de explosivos a la pena de 6 años de prisión, e inhabilitación absoluta durante los seis años siguientes al de duración de la pena de privación de libertad, y al pago de la parte proporcional de las costas.

3- MEHMOOH KHALID, como autor de un delito de pertenencia a grupo terrorista, como integrante, a la pena de 8 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial por tiempo de 10 años, con la accesoria de inhabilitación especial para el sufragio pasivo, y al pago de la parte proporcional de las costas.

4- MUHAMMAD TARIK, como autor de un delito de pertenencia a grupo terrorista, como integrante, a la pena de 8 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial por tiempo de 10 años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y al pago de la parte proporcional de las costas.

5- QADEER MALIK, como autor de un delito de pertenencia u grupo terrorista, como integrante, a la pena de 8 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial por tiempo de 10 años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo; y como autor de un delito de tenencia de explosivos a la pena de 6 años de prisión, e inhabilitación absoluta durante los seis años Siguietes al de duración de la pena de privación de libertad, y al pago de la parte proporcional de las costas.

7- IMRAN CHEEMA como autor de un delito de pertenencia a grupo terrorista, como integrante, a la pena de 8 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial por tiempo de 10 años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y al pago de la parte proporcional de las costas.

8- ROSHAN JAMAL KHAN como autor de un delito de pertenencia a grupo terrorista, como integrante, a la pena de 8 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial por tiempo de 10 años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y al pago de la parte proporcional de las costas.

9- MOHAMMED SHOAIIB como autor de un delito de pertenencia a grupo terrorista, como integrante, a la pena de 8 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial por tiempo de 10 años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y al pago de la parte proporcional de las costas.

10- ABDUL HAFEEZ AHMED como autor de un delito de pertenencia a grupo terrorista, como integrante, a la pena de 8 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial por tiempo de 10 años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y al pago de la parte proporcional de las costas.

11- MUHAMMED AYUB ELHAI BIBÍ como autor de un delito de pertenencia a grupo terrorista, como integrante, a la pena de 8 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial por tiempo de 1 años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y al pago de la parte proporcional de las costas; øbsolviéndole del delito de integración como dirigente.

Que debemos absolver y absolvemos a:

5- QADEER MALIK del delito de falsificación de documentos, declarando de oficio la parte proporcional de las costas.

1- AQEEL UHR REHMAN ABBASI, 6- MAROOF AHMED MIRZA, 7- IMRAN CHEEMA- 8- ROSHAN JAMAL KHAN, 9- MOHAMMED SHOAIIB, 10- ABDUL HAFEEZ AHMED, 11- MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI, 3- MEHMOOH KHALID, 4- MUHAMMAD TARIK del delito de tenencia de explosivos, declarando de oficio la parte proporcional de las costas.

1- AQEEL UHR REHMAN ABBASI, 6- MAROOF AHMED MIRZA, 7- IMRAN CHEEMA, 8 ROSHAN JAMAL KHAN, 9- MOHAMMED SHOAIIB, 10- ABDUL HAFEEZ AHMED, 11- MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI, 2- SHAIB IQBAL, 3- MEHMOOH KHALID, 4- MUHAMMAD TARIK 5- QADEER MALIK, de los delitos de homicidio y estragos en grado de conspiración, declarando de oficio la parte proporcional de las costas.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley, por EL MINISTERIO FISCAL, MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI, ABDUL HAFEEZ AHMED, MOHAMED SHOAIIB, MUHAMMAD TARIK, MEHMOOH KHALID, SHAIB IQBAL, ROSHAN JAMAL KHAN, IMRAN CHEEMA, QADEER MALIK, AQEEL UHR REHMAN ABBASI, MAROOF AHMED MIRZA, 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 recurrentes, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL

MOTIVO UNICO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por inaplicación indebida de los arts. 579, 17.1 y 3, 571 y 346 CP.

RECURSO INTERPUESTO POR AQEEL UHR REHMAN ABBASI, MAROOF AHMED MIRZA, IMRAN CHEEMA, ROSHAN JAMAL KHAN y QADEER MALIK

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. en relación con el art. 852 LECrim. y 24 CE.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ. por vulneración de los arts. 18.3 y 4 y 24 CE.

TERCERO.- Al amparo del art. 852 LECrim. por vulneración art. 24 CE.

CUARTO.- Al amparo del art. 852 LECrim. por vulneración del art. 24 CE.

QUINTO.- Al amparo del art. 850.1 en relación con el art. 852 LECrim. por denegación de pruebas y vulneración art. 24 CE.

SEXTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 515 y 516 CP.

SEPTIMO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 573 CP.

RECURSO INTERPUESTO POR MOHAMMED AYUB ELHAI BIBI, MOHAMMED SHOAIB, ABDUL HAFEEZ AHMED, MEHMOOH KHALID, MUHAMMAD TARIK y SHAIB IQBAL.

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 LECrim. por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías art. 24.2 CE.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 852 LECrim. por vulneración del derecho a la presunción de inocencia art. 24.2 CE.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 515 y 516 CP.

QUINTO.-Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 573 CP.

SEXTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 66.6 CP.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria 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. Con asistencia de los letrados recurrentes D. Jacobo Teijelo Casanova en defensa de ROSHAN JAMAL KHAN, IMRAN CHEEMA, QADEER MALIK, AQEEL UHR REHMAN ABBASI, MAROOF AHMED MIRZA mantiene su recurso y solicita la absolución de sus defendidos; D. Benet Salellas Villar en defensa de MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI, ABDUL HAFEEZ AHMED, MOHAMED SHOAIB,

MUHAMMAD TARIK, MEHMOOH KHALID informa sobre los motivos solicitando la absolución de sus defendidos; El Ministerio Fiscal representado por la Sra. Garrido Lorenzo informa para mantener su recurso. Siendo parte recurrida D. José M^a Fuster, en representación de la Asociación Catalana de Víctimas de Organizaciones Terroristas. La Acusación apoya el motivo del Ministerio Fiscal e informa sobre ello.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día quince de diciembre de dos mil diez.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL

PRIMERO: El motivo único por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por inaplicación indebida de los arts. 579, 17.1 y 3, 571 y 346 CP.

Se señala, en síntesis, que la absolución del delito de estragos terroristas en grado de conspiración se basa en una supuesta absorción por el delito de asociación ilícita del art. 515.2, solución que sería válida solo para aquellos casos en que no existe un proyecto criminal definido y concreto, o, si lo hay, está pendiente de perfilar en la mayoría de sus extremos sin llegar a desbordar el propósito criminal genérico inherente a la mayoría de las modalidades típicas de asociación ilícita. Pero no es válida para supuestos como el presente en que se ha planificado ya por algunos de los integrantes del grupo terrorista una acción delictiva bien delimitada en sus trazos esenciales: un atentado mediante la actividad de explosivos en el metropolitano de Barcelona buscando la causación de víctimas mortales.

Los tipos de la parte especial del código describen, por lo general, delitos consumados, pero antes de la consumación la acción dolosa punible recorre un camino más o menos largo –iter criminis- que discurre desde el primer pensamiento en el hecho hasta su final, desde la resolución de cometer el hecho hasta su terminación.

El Código Penal, arts. 17 y 18, define lo que la doctrina denomina resoluciones manifestadas que tienen en común con los actos preparatorios, el

no ser comienzo de ejecución, por cuanto no afectan al núcleo del tipo, suponiendo que, superada la fase inicial de ideación, deliberación y resolución, el sujeto realiza un acto de voluntad, o más bien un acto de manifestación de voluntad, cuya naturaleza inmaterial las diferencia de los materiales actos preparatorios.

La conspiración pertenece a una fase del *iter criminis* anterior a la ejecución, por lo que tiene -hasta cierto punto- naturaleza de acto preparatorio, y se ubica entre la ideación impune y las formas imperfectas de ejecución, como una especie de coautoría anticipada que determinados autores desplazan hacia el área de la incriminación excepcional de algunas resoluciones manifestadas, pero que, en todo caso, se caracteriza por la conjunción del *pactum scaeleris* o concierto previo, y la resolución firme o decisión seria de ejecución (STS. 321/2007 de 20.4).

Como decíamos en las SSTS. 77/2007 de 7.2, 323/2006 de 8.3) " no es preciso que se inicie una ejecución material delictiva, bastando que los conspiradores decidan el desarrollo de una actividad precisa y concreta, que ponga de relieve su voluntad de delinquir no soportada por meras conjeturas o suposiciones, de ahí que el tribunal debe tener en cuenta la intencionalidad de los acusados en el caso, bien entendido que el desistimiento de la acción proyectada que tuvo lugar por la actividad policial, no puede producir la impunidad de los actos ya realizados que integran aquella tentativa o la conspiración delictiva concreta.

La STS. 10.3.2000, entre otras muchas, nos dice: " La conspiración para delinquir existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo (art. 17 CP. Pertenece a la categoría de las resoluciones manifestadas; y ya se trate de fase del "iter criminis" anterior a la ejecución, entre la mera ideación impune y las formas ejecutivas imperfectas, o se considere una especie de coautoría anticipada, la conspiración, caracterizada por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, es incompatible con la iniciación ejecutiva material del delito, que supondría ya la presencia de coautores o partícipes de un delito intentado o consumado". En similar sentido STS. 20.5.2003.

Por su parte, la STS. 18.6.2002, describiéndose en los hechos probados que el acusado estuvo en contacto con antelación con otro coacusado, para adquirir de éste una cantidad de droga no concertada, pero de cierta importancia, realizando incluso un viaje para comprobar la existencia de la

droga, cantidad y precio, compra que no se llevó a cabo debido a la intervención policial, con lo que esa intención de compra (en definitiva, tráfico) no llegó ni siquiera a iniciarse, afirma:

1º. Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como un delito de "dinámica propia", no es fácil olvidar que, al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o "dependiente" de otro que podemos llamar "principal", o lo que es lo mismo, podríamos decir que se trata de un delito simplemente "mediato" y no "inmediato", de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una tentativa de peligro.

2º. Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el artículo 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la "ejecución de un delito" y, de otras, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito "matriz"), en este caso concreto, al tratarse de tráfico de drogas, con la pena inferior en uno o dos grados a los previstos para aquél (art. 373).

3º. Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución.

4º. Se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse de "condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia" cual son, no sólo el carácter previo o "pactum scaeleris" entre esas formas sino también la decisión de su efectividad o "resolutio finis".

Asimismo la STS. 556/2006 de 31.5, se recuerda que "es doctrina constante que los conspiradores han de desarrollar una actividad precisa y concreta, que se manifieste en una realidad material y tangible, y que ponga de relieve la voluntad conjunta de delinquir, dirigida hacia la ejecución de un hecho concreto..." y que "...la conspiración para delinquir, prevista genéricamente en el artículo 17.1 del Código Penal, existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, perteneciendo a la categoría de las resoluciones manifestadas. Ya se trate de

una fase del "iter criminis" anterior a la ejecución -entre la mera ideación impune y las formas ejecutivas imperfectas-, ya se considere una especie de coautoría anticipada, caracterizada por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, en todo caso es incompatible con la iniciación ejecutiva material del delito, que supondría la presencia en grado de coautores o copartícipes de un delito intentado o consumado. Como hemos señalado en SSTs nº 1.581/2000 y nº 1.129/2002, la conspiración constituye una forma de actos preparatorios del delito que no pertenecen aún a la ejecución misma y cuya criminalización ha de ser interpretada de forma restrictiva. No es preciso que se inicie una ejecución material delictiva, pero sí que los conspiradores desarrollen una actividad precisa y concreta, con realidad material y tangible que ponga de relieve la voluntad de delinquir, sin recurrir a meras conjeturas o suposiciones, debiendo el Tribunal tener en cuenta la intencionalidad de los acusados en el caso concreto. Dentro del catálogo de infracciones en las que aparecen especialmente previstas la provocación, la conspiración y la proposición para delinquir, son perseguibles tales conductas de forma expresa en lo atinente a los delitos de terrorismo al amparo del artículo 579.1 CP.”.

La STS. 886/2007 de 2.11 insiste en que la conspiración siempre requiere un concierto de voluntades, con decisión dificultosa y concreta de realización de un delito conforme a un proyecto viable. Así pone de manifiesto “los elementos que la doctrina científica y jurisprudencial ha venido estableciendo para que pueda hablarse de conspiración:

- a) ha de mediar un concierto de voluntades entre dos o más personas.
- b) orientación de todas esas voluntades o propósitos al mismo hecho delictivo, cuyo castigo ha de estar previsto en la ley de forma expresa (art. 17-3 C.P.).
- c) decisión definitiva y firme de ejecutar un delito, plasmada en un plan concreto y determinado.
- d) actuación dolosa de cada concertado, que debe ser consciente y asumir lo que se pacta y la decisión de llevarlo a cabo.
- e) viabilidad del proyecto delictivo”.

En la STS. 120/2009 de 9.2, se recuerda “legalmente existe conspiración cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo (art. 17.1 CP). Nadie cuestiona que el derecho penal no puede sancionar todo peligro de afección de un bien jurídico cuando

aquél se muestra todavía lejano o poco intenso. Con la imaginación podría haberse cometido todos los delitos. De ahí que sólo la verdadera energía delictiva, aquella que conmueve el sentimiento jurídico de la sociedad, justifica la intervención del derecho penal. Conforme a esa idea, el CP sólo sanciona determinados actos preparatorios o pre-ejecutivos que, en realidad, son resoluciones manifestadas para delinquir.

En el plano objetivo, la conspiración supone un concierto de voluntades –no basta el mero intercambio de pareceres- y la resolución conjunta de cometer un delito concreto, siendo indispensable que no se llegue a dar comienzo a la ejecución del delito, pues de lo contrario hablaríamos de tentativa. En el ámbito subjetivo, el dolo del conspirador es único y se identifica con la realización de un delito concreto cuyos elementos han de ser captados por aquél”.

En efecto, la conspiración requiere la existencia de una decisión de cometer el delito, esto es, el dolo dirigido a la resolución del supuesto de hecho típico. El tipo subjetivo es idéntico que el tipo subjetivo del delito consumado, es decir, tiene que abarcar la totalidad de los elementos objetivos del tipo, incluidas las cualificaciones de los tipos agravados y en su caso, los especiales elementos de la autoría.

Por ello, cuando se trata de una conspiración, como modalidad de un delito principal al que va dirigida, se exige que haya prueba en un doble sentido:

1) que acredite que en el delito que se pretende cometer concurrían todos los elementos de hecho que se requieran para esa figura de infracción principal –en el caso presente un delito de estragos de los arts. 571 y 346 CP. según la calificación del Ministerio Fiscal.

2) que acredite la presencia de los requisitos que el art. 17.1 exige en su definición de la conspiración, a saber, que dos o más personas se pongan de acuerdo (“se conciertan”) para la ejecución de un delito y que resuelvan ejecutarlo.

En cuanto a la relación de la conspiración para delinquir con el delito de integración del art. 516 es indudable 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. 541/2007 de 14.6, 1346/2001 de 28.6, 1562/2002 de 1.10), que hablan

de concurso real , es decir una pluralidad de acciones, pues la integración en una organización terrorista es una acción típica diversa a la de tomar parte en otras acciones delictivas. Se trata de dos acciones diversas en sentido natural.

Ahora bien la finalidad colectiva de cometer acciones delictivas para desestabilizar el orden social y político es –como reconoce el propio Ministerio Fiscal- connatural a todo grupo terrorista estructurado. Estar integrado en este tipo de bandas no implica responsabilidad penal adicional por esas genéricas finalidades delictivas como la ideación genérica de futuros delitos y voluntad abstracta de colaborar en ellos.

Seria necesario la existencia de un plan específico para una concreta acción criminal, cuya ejecución ya ha comenzado o es inminente y se han llevado actos preparatorios concretos no al servicio genérico y global de la actividad terrorista, sino dirigidos de manera directa a esa concreta y singular acción delictiva.

En el caso que se analiza no nos encontramos ante un grupo terrorista preexistente sino que es la propia preparación del acto terrorista la que sirve para declarar la existencia de la organización, su calificación como terrorista y la condena de los acusados por pertenencia.

La conspiración exige concreción del acto delictivo, debe estar dirigida a un delito concreto, determinado y perfilado en todos sus aspectos, y además que éste sea viable. En el caso actual –como destaca la sentencia impugnada- el plan alcanzaba una acción con explosivos en el Metro de Barcelona, pero en el momento de la detención de los acusados, éstos no disponían más que de una mínima cantidad de una sustancia que pudiera usarse como explosivo y de otros elementos, insuficientes aún para la confección de los artefactos, es decir los explosivos idóneos para la comisión del delito de estragos, no estaban a disposición del grupo y en la sentencia no hay referencia alguna a cuando y cómo se conseguirían, ni tampoco a cómo se utilizarían, por lo que en el momento de la detención no habría posibilidad alguna de producir objetivamente resultado delictivo.

Asimismo la sentencia destaca que tampoco consta acreditado con precisión, el día y lugar, solo la decisión de colocarlo en el Metro. Siendo así la conclusión a que llega el Tribunal a “quo” de que no se habría aún avanzado lo suficiente en la planificación para estimar la existencia de un delito de conspiración, en cuya concreta calificación discrepan incluso las acusaciones: conspiración para cometer un delito de estragos, arts. 579.1 en

relación con los arts. 571, 346 y 351 CP, y arts. 17.1 y 3 el Ministerio Fiscal, y homicida terrorista en grado de conspiración, arts. 572.1.1 y 572.1 y 2, la acusación popular, diferenciado de la resolución para delinquir que integra el delito de pertenencia a asociación terrorista, es correcta, con la consiguiente desestimación del motivo.

RECURSO INTERPUESTO POR AQEEL UHR REHMAN ABBASI, MAROOF AHMED MIRZA, IMRAN CHEEMA, ROSHAN JAMAL KHAN y QADEER MALIK,

SEGUNDO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional presunción de inocencia, al amparo de los arts. 852 y 849.1 LECrim, en relación con el párrafo primero del art. 847 y art. 5.4 LOPJ. por falta de aplicación del art. 24.2 CE.

Se argumenta que en la sentencia impugnada se recoge como hechos probados supuestos de hechos basados en una falta de acreditamientos mínimos practicados con las debidas garantías.

Para ello desarrolla el motivo, impugnando los medios probatorios que la Sala valora, en los siguientes apartados:

1) Reconocimientos en foto por parte del testigo protegido que no los considera válidos para desvirtuar la presunción de inocencia.

2) El testimonio del testigo protegido que se estima no veraz.

3) El testigo del CNI que ratificó poco la versión del testigo protegido al ver solo a uno de los acusados tirar una bolsa a la basura con restos no aptos para la fabricación de bombas.

4) El registro de la mezquita en el que solo aparecieron 18 gramos de explosivos, pilas y el mecanismo sin carcasa.

5) El vídeo de reivindicación, a partir de la declaración del presunto autor del mismo.

El desarrollo argumental de los distintos apartados del motivo hace necesario recordar la doctrina jurisprudencial SSTS. 383/2010 de 5.5, 84/2010 de 18.2, 14/2010 de 28.1, 1322/2009 de 30.12, 728/2008 de 18.11, que precisa que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto

constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto, el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo “la revisión íntegra” entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 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 Juzgador de instancia, porque a éste 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 sus 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 un 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 le corresponde 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 a 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 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. 299/2004 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 STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE. que "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 intima 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).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

-en primer lugar, debe analizar el “juicio sobre la prueba”, es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

-en segundo lugar, se ha de verificar” el juicio sobre la suficiencia”, es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

-en tercer lugar, debemos verificar “el juicio sobre la motivación y su razonabilidad”, es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los

procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, -SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional –verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de las conclusiones alcanzadas en la instancia- la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esta misión le corresponde a dicho tribunal en virtud del art. 741 LECrim.; y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

En efecto –como hemos dicho en STS. 294/2008 de 27.5, la valoración de la prueba una vez considerada como prueba regularmente obtenida bajo los principios que permiten su consideración como tal, esto es por su práctica en condiciones de regularidad y bajo los principios de inmediación, oralidad y contradicción efectiva, se desarrolla en dos fases.

- a) La percepción sensorial de la prueba.
- b) Su estructura racional.

La primera está regida por la inmediación, por la presencia del Tribunal ante el que se desarrolla la actividad probatoria atento, por tanto, a lo que en el juicio se ha dicho y al contenido de la inmediación, la seguridad que transmite el compareciente e, incluso, las reacciones que provoca esa comparecencia y declaración.

La segunda aparece como un proceso interno del juzgador por el que forma su convicción a través de lo percibido, incorporando a esa percepción los criterios de la ciencia, de experiencia y de lógica que le llevan a la convicción.

Dejando aparte, por tanto, la percepción sensorial inmediata de la actividad probatoria, el segundo apartado antes enunciado puede ser objeto de control por el Tribunal encargado del conocimiento de la impugnación, pues esa valoración no requiere la percepción sensorial.

En este sentido la STS. 1507/2005 de 9.12, establece que: “El único límite a esa función revisora lo constituye la intermediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control”.

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la intermediación de que se dispuso –y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la

presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

Consecuentemente el principio de inmediación ya no puede ser esgrimido para excusarse el Tribunal de justificar y motivar las razones por las que le concede credibilidad y suficiencia para sostener la sentencia condenatoria. Tampoco la inmediación puede servir de argumento para excluir del ámbito de la casación penal el examen que esta Sala casacional debe efectuar para verificar la suficiencia y razonabilidad de la condena.

De esta jurisprudencia se pueden citar las SSTS. 2047/2002 de 10.9, que pone el acento en la elaboración racional o argumentativa del Tribunal que gozó de la inmediación que puede y debe ser revisado por el Tribunal superior que conoce de la causa vía recurso, para verificar la estructura racional del discurso valorativo, o la STS. 408/2004 de 24.3, en la que reconociendo la competencia del Juez sentenciador para valorar la prueba, en relación a aquella prueba afectada por el principio de inmediación se dice "... y ello no tanto porque se considera la inmediación como una zona donde debe imperar la soberanía del Tribunal sentenciador y en la que nada puede decir el tribunal ante el que se ve el recurso, sino, más propiamente como verificación de que nada se encuentra en este control casacional que afecta negativamente a la credibilidad del testimonio de la persona cuyo relato sirve para fundamentar la condena dictada en la instancia...", ó la STS. 732/2006 de 3.7 "... no se trata por tanto de establecer el axioma que lo que el tribunal creyó debe ser siempre creído, ni tampoco prescindir radicalmente de las ventajas de la inmediación, sino de comprobar si el razonamiento expresado por el Tribunal respecto a las razones de su decisión sobre la credibilidad de los testigos o acusados que prestaron declaración en su presencia... se mantiene en parámetros objetivamente aceptables...", la STS. 306/2001 de 2.3, ya ponía el acento en la exigencia de que el Tribunal sentenciador justificase en concreto las razones por las que concedía credibilidad a la declaración de la víctima, no bastando la sola referencia a que debía ser creído por no existir

nada en contra de dicha credibilidad. Por lo tanto es preciso situar el valor de la intermediación judicial en sus justos límites, y en tal sentido hay que decir:

a) La intermediación es una técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez.

b) La intermediación no es ni debe ser una coartada para eximir al Tribunal sentenciador del deber de motivar, en tal sentido, hoy puede estimarse totalmente superada aquella jurisprudencia que estimaba que "...la convicción que a través de la intermediación, forma el Tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición que no son expresables a través de la motivación..." --STS de 12 de Febrero de 1993--.

c) La prueba valorada por el Tribunal sentenciador en el ámbito de la intermediación y en base a la que dicta la sentencia condenatoria puede y debe ser analizada en el ámbito del control casacional como consecuencia de la condición de esta Sala Casacional como garante a la efectividad de toda decisión arbitraria --art. 9-3º C.E.--, actualmente más acentuado, si cabe, a consecuencia de la efectividad a que debe responder el presente recurso de casación como recurso efectivo que permita el reexamen de la culpabilidad y de la pena impuesta por el Tribunal sentenciador de acuerdo con el art. 14-5º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos..."; y por último la STS. 728/2008 de 18.11 antes referida que recuerda que: "el derecho constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. El respeto a las reglas de la intermediación y a la facultad valorativa del Tribunal enjuiciador conlleva – como ya hemos dicho ut supra- que el control en esta sede casacional del cumplimiento del referido principio constitucional no se limita a la constatación de una prueba de cargo lícitamente practicada, pues los límites de dicho control no agotan el sentido último de este derecho constitucional, el cual vincula al Tribunal sentenciador no solo en el aspecto formal de la constatación de la existencia de prueba de cargo, sino también en el material de su valoración, imponiendo la absolución cuando la culpabilidad no haya quedado acreditada fuera de toda duda razonable. No deben confundirse, por ello, los límites del control constitucional con la plena efectividad del derecho en su sentido más profundo.

TERCERO: Partiendo de estas premisas debemos analizar la queja de los recurrentes encaminada a entender producida la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, impugnando los elementos probatorios tenidos en cuenta por la sentencia de instancia que sustenta el pronunciamiento condenatorio y convicción de culpabilidad en las declaraciones del testigo protegido, F.1 y en el conjunto de elementos corroboradores que analizar para dar mayor credibilidad a fiabilidad a aquel testimonio –testigo del CNI, registro Mezquita; vídeo reivindicativo, e incluso la versión exculpatoria de los acusados, que no obstante admiten algunos de los datos que el testigo relata, y la realidad de su presencia en los lugares que éste detalla.

a) -Los recurrentes, pretenden, como punto de partida, impugnar los reconocimientos fotográficos, señalando que el testigo protegido no ha reconocido a dos de los acusados: Mohamed Shoaib y Aqueel Uhr Rehman Abbasi, los reconocimientos, dos, han sido siempre en foto; no se han exhibido álbumes sino colecciones de fotos repetidas en las que se cambiaba el imputado; las fotos de los acusados están marcadas para facilitar el trabajo al testigo protegido, el fondo es de otro color oscuro, las series están ordenadas de forma progresiva en las siete primeras casas; y no ha existido rueda o reconocimiento en Sala por el testigo protegido, núcleo central de relato condenatorio de hechos probados.

Impugnación que no cabe prosperar.

Ciertamente el reconocimiento del procesado es una de las diligencias fundamentales que se deben practicar en el sumario, sobre todo en un momento como el actual, en que por falta de medios de la Administración de Justicia los juicios orales pueden tardar en celebrarse, por lo que cuando se celebran, los testigos que presenciaron los hechos, dado el tiempo transcurrido, ya no pueden reconocer a los procesados.

Pero sobre todo esta diligencia es muy importante para el propio derecho de defensa de los imputados o procesados, ya que éstos tienen el derecho de que los que les identifican como autores de un delitos, les reconozcan o no con las garantías establecidas por la Ley, y la practica nos demuestra que muchos reconocimientos, incluso en atestados, luego, cuando se hace ante la autoridad judicial con las garantías previstas en la Ley, no se confirman.

En el caso presente la Sala de instancia valora los reconocimientos de las fotografías de los acusados, tomadas tras su detención, cuyos nombres figuran al folio 1088, y van relatando su concreta participación (folios 1075 a 1087).

Pues bien el reconocimiento en rueda de fotografías, o sin ella, puede constituir un punto válido de iniciación de la investigación de la persona o personas responsables, pero en ningún caso puede constituir por sí mismo, prueba apta para destruir la presunción de inocencia, si no va seguida de reconocimiento en rueda o el testigo actuante acude al juicio oral y allí declara sobre ese reconocimiento que se hizo en su día.

En este sentido la STS. 331/2009 de 18.5, hace un análisis detallado de este medio de identificación y su eficacia como medio probatorio, en los siguientes términos:

“...Entre las técnicas ampliamente permitidas a la Policía, como herramienta imprescindible para la realización de sus tareas investigadoras, se encuentra, por supuesto, la del denominado reconocimiento fotográfico, que ha sido reiteradamente autorizado, tanto por la Jurisprudencia de esta Sala como por la del Tribunal Constitucional, con ese específico alcance meramente investigador, que permite concretar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas conducentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en su momento en sustento de las pretensiones acusatorias”.

Incluso cuando, como en este caso y tras la oportuna práctica de nuevas diligencias de investigación, finalmente la única prueba de cargo esencial es la constituida por esa sola declaración identificativa de la víctima, nuestra doctrina ha mantenido el criterio de que, con ella y una vez debidamente judicializada, basta para fundar la convicción incriminatoria del Juzgador.

Evidentemente, dicha diligencia originaria de identificación mediante imágenes fotográficas, deberá producirse, dada su innegable trascendencia, con estricto cumplimiento de una serie de requisitos, tendentes todos ellos a garantizar la fiabilidad y ausencia de contaminación por influencias externas, voluntarias o involuntarias, que pudieran producirse sobre el criterio expresado por quien lleva a cabo dicha identificación.

En tal sentido, viene requiriéndose que:

a) La diligencia se lleve a cabo en las dependencias policiales, bajo la responsabilidad de los funcionarios, Instructor y Secretario, encargados del atestado, que fielmente habrán de documentarla.

b) Se realice mediante la exhibición de un número lo más plural posible de clichés fotográficos, integrado por fisonomías que, al menos algunas de ellas, guarden entre sí ciertas semejanzas en sus características físicas (sexo, edad aproximada, raza, etc.), coincidentes con las ofrecidas inicialmente, en sus primeras declaraciones, por quien procede a la identificación.

c) Así mismo que, de ser varias las personas convocadas a identificar, su intervención se produzca independientemente unas de otras, con la necesaria incomunicación entre ellas, con la lógica finalidad de evitar recíprocas influencias y avalar la apariencia de “acierto” que supondría una posible coincidencia en la identificación por separado. Incluso en este sentido, para evitar más aún posibles interferencias, resulta aconsejable alterar el orden de exhibición de los fotogramas para cada una de esas intervenciones.

d) Por supuesto que quedaría gravemente viciada la diligencia si los funcionarios policiales dirigen a los participantes en la identificación cualquier sugerencia, o indicación, por leve o sutil que fuera, acerca de la posibilidad de cualquiera de las identidades de los fotografiados.

e) Y, finalmente, de nuevo para evitar toda clase de dudas sobrevenidas, la documentación de la diligencia deberá incorporar al atestado la página del álbum exhibido donde se encuentra la fisonomía del identificado con la firma, sobre esa imagen, del declarante, así como cuantas manifestaciones de interés (certezas, dudas, reservas, ampliación de datos, etc.) éste haya podido expresar al tiempo de llevar a cabo la identificación.

Con posterioridad, y una vez obtenida la presencia en la sede policial del identificado, conviene proceder a su nueva identificación, esta vez “en rueda”, con la asistencia física del identificador y sometimiento a los requerimientos exigidos al respecto por la propia Ley de Enjuiciamiento (arts. 369 y 370 LECr), a pesar de que no debe olvidarse que aún nos hallamos ante una diligencia de mero carácter de investigación y, por ende, sin efectos probatorios de naturaleza procesal.

Este proceso se cierra, en dos diferentes fases ya de claro carácter procesal y, por ende, con posibilidad de plenos efectos en este ámbito, ante

sendas Autoridades judiciales: en primer lugar, en nueva “rueda”, constituida y practicada con respeto a la norma procesal, ante el Juez de Instrucción, con la posterior ratificación e interrogatorio contradictorio al respecto en el acto del Juicio oral, a presencia del Juzgador a quien, en definitiva compete la valoración sobre la credibilidad o el acierto de esa identificación.

Forma de proceder, en definitiva, tan meticulosa y precisa que, lógicamente, obedece a la constatada fragilidad de una diligencia de efectos tan influyentes como delicados en la ponderación de su acierto que, no obstante, se revela como imprescindible para la efectividad del enjuiciamiento de multitud de actos delictivos.

Ahora bien sobre la necesidad del reconocimiento en rueda esta doctrina ha sido matizada por la jurisprudencia. Así, tal como señala 101/2007 de 23.1, la diligencia de reconocimiento en rueda como prueba para la identificación del inculpado no es preceptiva ni necesaria en todo tipo de procesos, así resulta del art. 368 LECrim, que deberá practicarse si se considera necesaria por el Juez instructor, las acusaciones o el mismo inculpado, pero solo en los supuestos en que existan dudas acerca de la persona que aparece como inculpada. Por tanto, cuando el inculpado en el proceso penal aparece identificado por cualquier otro medio, como el reconocimiento casual o fortuito, el conocimiento previo del imputado, la propia confesión de éste, su identificación por vía testifical, no es preciso realizarla, ello aún cuando medie la solicitud de alguna de las partes del proceso, pues deviene en una diligencia innecesaria e inútil. La STS. 1145/98 de 7.10, seguida por las SSTS.731/99 de 6.5 y 954/2002 de 27.5, entre otras, señala que “ese reconocimiento en rueda sólo tiene lugar, como del art. 368 LECrim, se desprende, cuando haya dudas de tal identificación...”. Se destaca así por la jurisprudencia el carácter subsidiario de dicha diligencia probatoria con respecto a cualquier otro medio identificativo. Han sido admitidos por la jurisprudencia otros medios de identificación del imputado que hacen innecesario el reconocimiento en rueda, destacando entre ellos, el conocimiento previo, por relaciones de vecindad, la identificación casual en la calle por la víctima o con testigo presencial, identificación a través de una fotografía en un periódico (STS. 981/2003 de 4.4), detención in fraganti y reconocimiento en el mismo momento por la víctima o los testigos presenciales e incluso cuando, dicha identificación es posible inmediatamente después de la comisión del hecho al producirse la detención por las fuerzas de

seguridad, identificación por testimonios ajenos que aportan datos suficientes para identificar al imputado, también es posible dicha identificación cuando el imputado presenta características físicas esenciales, tales como una deformidad visible, tatuajes y otros y filmaciones de cámaras de seguridad de establecimientos que deben ser reproducidas en el acto del juicio. Finalmente, se admite la posibilidad de identificación del acusado en el acto del juicio oral, por todas la STS. 1202/2003 de 22.9, señala:

“El Tribunal Constitucional ha considerado prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin ningún género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimientos en rueda anteriores, (STC 323/1993 y STC 172/1997), y esta Sala ha declarado en la STS nº 177/2003, de 5 de febrero, que “cuando el testigo señala inequívocamente a una persona durante el plenario, su fuerza probatoria radica en la credibilidad o fiabilidad del testimonio de quien realiza la identificación”.

En definitiva es una diligencia discrecional del Juez practicada, no inexcusable, porque por las circunstancias concurrentes ofrezca duda la identificación (SSTS. 28.11.94, 5.6.95, 24.5.96), y la omisión del reconocimiento en rueda no significa por sí misma la vulneración de ningún precepto constitucional (STS. 28.11.94).

El caso presente ofrece la peculiaridad de que el testigo protegido conocía a los acusados, lo que es admitido por éstos que se refieren a aquél como la persona que acababa de venir de Francia.

Los recurrentes no niegan ser las personas que señala el testigo, sino lo que éste dice no es cierto. No se trata de un problema de identificación sino de veracidad. Los reconocimientos fotográficos, en este caso, no tienen por finalidad ni sirven para identificar a los posibles autores, sino para concretar la participación de cada uno de ellos –así del 6 Maroof Admed Mirza afirma que era el jefe del grupo y la persona que tomaba las decisiones sobre la acción a realizar, del nº 10 Abdul Hafeez Ahmed era una de las personas que tenía que fabricar los artefactos explosivos; del nº 7 Imran Cheema, era uno de los suicidas, el que tenía que actuar con él; del nº 3 Mehmooh Khalid, otra de las personas que tenían que ser suicidas; del nº 9 Mohamed Shoaib –uno de los dos acusados que en el motivo se señala como no reconocido- reconoce su fotografía y afirma que era otro de los suicidas; del nº 11 Huhammed Ayub

Elia Bibi era el asistente del nº 6 Maroof Ahmed Mirza, y uno de los que se encargaban de planificar la acción; del nº 4 Muhammad Tarik, era otro de los miembros del grupo, al que tuvieron que esperar en la mezquita de la calle Hospital, para hacer el rezo de despedidas de los suicidas; del nº 5 Qadeer Malik afirma que era una de las personas que se encargarían de fabricar las bombas; del nº 8 Roshan Jamal Khan, afirma que era otro de los asistentes del nº 6 Maroof Ahmed Mirza; y del nº 2 Shaib Izbai afirma que era otra de las personas que se encargarían de fabricar las bombas; y respecto al nº 1 Aqeel Uhr Rehman Abbasi, si bien no consta reconocimiento fotográfico, este acusado no fue detenido junto con el resto, sino entregado por la autoridad judicial de Holanda, el 13.8.2008, en virtud de una orden internacional de detención, las declaraciones del testigo protegido son concluyentes en el sentido de que también era miembro del grupo, que había estado presente cuando se planificaba la acción e inicialmente se habría proyectado que actuase como suicida y que antes de las detenciones se había ido a Holanda, vía Alemania, lo que está corroborado por la documental del vuelo realizado el 18 enero desde Barcelona a Munich (folios 1983 a 1986).

b) -Respecto a la falta de veracidad del testimonio del testigo protegido en cuanto al número de atentados, forma de las explosiones mediante control remoto, ausencia de bombas, ni materiales para fabricarlas, ya hemos señalado ut supra que esta Sala se ha referido en numerosas ocasiones a aspectos relacionados con la valoración de la prueba personal, que, sin desconocer la importancia de la inmediación, pretenden la objetivación de la conclusión alcanzada mediante un razonamiento que exprese el proceso valorativo llevado a cabo por el Tribunal. En este sentido, se debe insistir, en que valoración en conciencia no significa ni es equiparable a valoración irrazonada o a valoración oculta, de modo que la conclusión razonada del órgano jurisdiccional debe expresarse en la sentencia, como vía inexcusable para facilitar su conocimiento por parte del acusado y para hacer posible la revisión en vía de recurso (STS. 911/2008 de 23.12).

Ahora bien, como se dice en la STS nº 331/2008, de 9 de junio, con cita de la sentencia de 1 de junio de 2007, en la casación, “no se trata de evaluar la valoración del tribunal sentenciador conforme a criterios de calidad u oportunidad y ello porque el proceso, ya en este trance de la casación, no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y

contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas..., (como subraya el Tribunal Constitucional en su sentencia 262/2006 de 11 de septiembre, en relación con el ámbito del control en vía de amparo de la citada garantía, situación equiparable a la casación cuando es ésta el motivo invocado)”.

En el caso, el Tribunal valora expresamente la prueba del testigo protegido, tal como ha resultado tras su práctica en el juicio oral mediante el interrogatorio de las partes. Es cierto que algunas de las afirmaciones, tal como se señala en el motivo, no han podido ser constatadas, pero ello no supone dudar de su veracidad en el aspecto nuclear de su declaración, tal como razona el tribunal a quo que destaca como las manifestaciones de este testigo en el acto del juicio oral fueron coincidentes en lo esencial con las prestadas ante la Policía y el Juez Central de Instrucción. Asimismo resalta como este testigo no tenía motivo alguno para mentir y menos aún para implicar a los acusados con los que no tenía relación alguna, antes de llegar a Barcelona; y sin embargo, respecto a dos de las personas que habían sido también detenidas en el interior de la mezquita, dice ignorar que estuviesen al corriente de los proyectos criminales y que fuesen miembros del grupo, y además destaca que sus manifestaciones se ven corroboradas por las pruebas que detalla: declaración del testigo miembros del CNI sobre la bolsa que tiró a la basura uno de los acusados, resultado del registro de la mezquita y el contenido del vídeo grabado por la fundación NEFA con una entrevista al portavoz de TTP.

Por lo tanto, puede concluirse que la valoración del Tribunal de la prueba testifical ha sido respetuosa con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, de manera que no se aprecia vulneración de la presunción de inocencia.

c) -El testigo del CNI que vio al acusado Qadeer Malik tirar una bolsa a la basura, que contenía: un cortacables, un destornillador, un cutex nueve guantes de latex, unos guantes de goma, ocho cilindros de bengalas de cartón vacíos y cuatro piezas de plástico también pertenecientes a las bengalas, un caja de metal para perdigones vacía, un bote de perdigones vacíos, dos envoltorios de pilas, tres carcasas de minutereros, ocho conectores eléctricos, trozos de cables de 15 cms. y una tarjeta de telefónica. Contenido de la bolsa que debe ponerse en relación con el resultado del registro de la mezquita en el que se intervinieron una bolsa con 18 gramos de nitrocelulosa y perclorato

potásico, y otra bolsa dentro de la anterior conteniendo un rollo de alambre, 2 pilas de 4,5 voltios y 4 pilas de 1,5 voltios LR. 20, y en otra bolsa cuatro temporizadores o minuteros, sin carcasas, y además otras 2 pilas LR20, varios trozos de cable, 783 perdigones para armas de aire comprimido y cinta aislante.

La Sala deduce del contenido de la bolsa que se estaba preparando la confección de artefactos explosivos pues de otro modo no se explicaría que los minuteros se extraigan de sus carcasas, tirando las carcasas y que la pólvora se saque de los cilindros de las bengalas, tirando los cilindros vacíos y el tirar estos efectos se explicaría por tratar de deshacerse de todo vestigio de la preparación de un artefacto explosivo. Por ello la Sala considera que los efectos encontrados en la mezquita están en relación con el contenido de esa bolsa, porque la nitrocelulosa procede del vaciado de las bengalas cuyos cilindros fueron ocupados en la bolsa de la basura, y los minuteros se corresponden con las carcasas vacías, también encontradas en la basura, en la que también está la caja vacía de perdigones y los envoltorios de pilas.

Es cierto que la nitrocelulosa y los perdigones intervenidos eran insuficientes para llevar a cabo la acción plasmada y aún no se había llegado a confeccionar artefacto explosivo alguno, pero ello no les priva de su valor acreditativo desde el momento en que los acusados no han dado explicación convincente y verosímil sobre su tenencia y destino, salvo que fue el testigo protegido quien pudo traer ese material de Francia, lo que el Tribunal no considera así porque es Qadeer Malik quien tira la bolsa a la basura, no el testigo protegido y este acusado no explica los motivos por los que tiraba esos efectos si no eran suyos, a lo que podría añadirse que aunque fuese el testigo protegido quien trajera las bengalas de Francia –son de fabricación francesa– ello no sería incompatible con que Qadeer Malik y Shaib Iqbal realizasen la extracción de su contenido.

d) -Respecto a la admisión como prueba corroboradora del vídeo grabado por la Fundación Nefa con una entrevista a Mauvi Umar, hecho público a través de Internet, donde esta persona, portavoz del TTP, al ser preguntado por los ataques producidos en Occidente, como Barcelona, Reino Unido o el 11 de septiembre afirma que “el ocurrido en Barcelona fue conducido por doce de los nuestros, que estaban bajo las ordenes de Baitullah Mehsud y el TTP, anunció su titularidad, debido a que España tomó parte en esta guerra con la presencia de tropas españolas en Afganistán, respecto a

otros ataques no tengo información...”, se alega por la defensa que el supuesto autor del mismo reconoció que no coincidían voz e imagen, que son dos grabaciones separadas, que admite no hablar la lengua que se habla en la grabación de audio, que cuando se grabó el vídeo en Pakistán o Afganistán, él estaba en Londres, que no sabe las preguntas que respondía el que hay hable, que no vio la entrevista y que se limitó a mandar unas preguntas a un colaborador desconocido hasta la fecha y aquél fue quien preguntó, por lo que se debe concluir que nadie ha avalado que la voz grabada sea la misma de quien dicen que es.

Es obvio que una grabación de este tipo no puede ser objeto de control judicial en su ejecución, pues se produce, en todo caso, extraprocesalmente. Sin embargo no puede ser tachado el medio de prueba afectado por vicios derivados de vulneración de derecho fundamental alguno.

A partir de esta afirmación ha de reconocérsele validez como material susceptible de aportar al Tribunal conocimiento de lo realmente acontecido, no existiendo, en principio, motivo apreciable para su rechazo.

En efecto determinados procedimientos técnicos de reproducción de sonidos e imágenes como el vídeo, constituyen un supuesto de prueba documental y son validos en el proceso penal, son una medida de investigación y una fuente de prueba documental, valida y licita, salvo que se viole el domicilio, la intimidad o la dignidad de la persona (SSTS. 6.4.94, 25.11.96, 26.10.2000) si no se manipula o altera su contenido y se acredita su autenticidad (SSTC. 16.11.92 y STS. 19.4.96).

La STS. 4/2005 de 19.2, precisa no sólo que esta clase de pruebas está ya expresamente contemplada en las normas procesales civiles, con su carácter general de supletoriedad, sino que además, en nuestro proceso Penal específicamente, imbuido de principios tales como el de oficialidad y búsqueda de la verdad material, no puede hablarse de exclusión “a priori” de ninguna clase de prueba o actividad que pudiera proporcionar datos que faciliten al Tribunal la averiguación de lo realmente acontecido.

Cosa distinta será la valoración que esa prueba posteriormente merezca y, en concreto, la fiabilidad que a la misma se otorgue por quien ostenta la facultad para ello, por cuanto, de todos modos, un vídeo no puede probar más de lo que pueda probar una percepción visual o auditiva, esto es lo que la persona filmada dice, no la veracidad de sus manifestaciones, por cuanto en nada difiere la aportación del documento videográfico de la declaración

testifical de quien directamente presenci6 lo acontecido, o tuvo conocimiento de ello, en la que tambi6n pueden haber razones para dudar de su credibilidad o de la integridad y fiabilidad en la percepci6n de lo ocurrido y posteriormente narrado.

La STS. 184/94 de 7.2, recuerda que el Tribunal a quo fundament6 su convicci6n “valorando como prueba de cargo inculpativa la cinta de v6deo que fue visionada en el acto del juicio oral”. En este sentido la decisi6n de la Audiencia es correcta, porque el testigo que tom6 las im6genes compareci6 en el juicio oral. En efecto, el v6deo no es m6s que la fijaci6n de im6genes percibidas por alguien. La 6nica forma que conoce nuestro derecho procesal de acreditar las percepciones sensoriales de una persona en el proceso es su declaraci6n testifical prestada bajo las formalidades previstas en la Ley. Ello es consecuencia de dos principios constitucionales de car6cter esencial del proceso penal: el principio de inmediaci6n (que requiere a su vez una percepci6n directa de la prueba por el Tribunal) y el de oralidad (que exige que los testigos y peritos se manifiesten oralmente ante los jueces). (SSTC 31/81; 217/89; 41/91; 118/91).

La postura de esta Sala se resume en la siguiente forma:

1) Corresponde a los jueces determinar la legitimidad de este medio de tan gran actualidad ahora. El trucaje, la manipulaci6n o la distorsi6n de las cintas grabadas se evitar6 no solo por medio de la t6cnica m6s depurada, sino tambi6n si la prueba se pr6ctica, a trav6s de lo que las partes hayan solicitado, en el juicio oral con publicidad e inmediaci6n, incluso con la visualizaci6n y audici6n de las mismas y la intervenci6n pericial oportuna en los casos en que sea necesario porque, se insiste, as6 haya sido pedido y as6 haya sido entendido por el Tribunal.

Cualquier medio, en tanto en el proceso penal no rige el sistema de prueba tasada ser6 v6lido si se respetan los derechos de las partes y sirve para algo tan esencial como es en la investigaci6n criminal, la identificaci6n y el reconocimiento de las personas presuntamente culpables.

2) La validez de la prueba practicada con la filmaci6n o grabaci6n de cintas de v6deo supone que, en la l6nea de lo explicado antes, no se vulneren derechos esenciales tales como la intimidad o la dignidad de la persona o personas afectadas por la filmaci6n llevada a cabo previa autorizaci6n judicial en los casos en que 6sta sea necesaria, o por los particulares, Polic6a judicial,

cuerpos de seguridad privada, etc... cuando la misma no sea precisa (SSTS. 353/96 de 19.4, 620/97 de 5.5).

En definitiva queda, con ello remitida la cuestión sometida a la censura casacional de esta Sala a los aspectos propios de esa valoración, en concreto la suficiencia probatoria para enervar o coadyuvar al enervamiento del derecho a la presunción de inocencia del acusado y a la razonabilidad de la misma, pero sin que, en cualquier caso, por el mero hecho de la admisión de semejante prueba y su consiguiente incorporación al Juicio se pueda hablar de vulneración de derecho fundamental, especialmente si la libre intervención de las Defensas en dicho acto y a lo largo del procedimiento desde que la prueba tuvo en él entrada permite confirmar que se cumplió también con el debido sometimiento al principio de contradicción, haciendo posible incluso la propuesta de prueba pericial que complementase, de haberse así solicitado, la documental videográfica.

En el caso presente confunde la parte recurrente la validez de una prueba y su fiabilidad. Una prueba puede no ser fiable o puede dudarse de su fiabilidad, pero ello no la convierte en nula. Las irregularidades que señala el motivo en relación al vídeo afectarían a su autenticidad, lo que es distinto de la valoración que debe realizar el tribunal a quo de un vídeo publico, incorporado en la fase de instrucción obtenido de Internet, realizado por la Fundación Nefa y en el que una persona que aparece como portavoz de un grupo terrorista alude a lo ocurrido en Barcelona. Valoración que realiza la Sala, Fundamento Jurídico segundo, Pág. 24 a 26, concretando las razones por las que considera auténtico el vídeo y su contenido en cuanto a la entrevista con Mauvi Umar, portavoz del grupo talibán dirigido por Baitullah Mehsud, entrevista que fue confirmada por el testigo Claudio Franco periodista, que trabajaba como conductor para Nefa, y que afirmó la condición de Mauvi Umar como uno de los líderes de TTP y miembro del gabinete central de la organización y su constante contacto con medios de comunicación para hacer reivindicaciones, que la entrevista se hizo el 1.8.2008, que existió un problema técnico que provoco la separación entre audio y vídeo y que durante la entrevista él se encontraba en Londres pero envió las preguntas a su colaborador, que fue el que se las hizo a Mauvi Umar.

La Sala de instancia tiene en cuenta las manifestaciones de este testigo, el propio contenido del vídeo y la entrevista con referencia y asunción

expresa del ataque de Barcelona concordando el numero de personas implicadas, y exclusión de otros ataques por lo que es preguntado y dice no saber; la coincidencia de su fecha con la posterior de su publicidad en Internet, la forma en que aparecen vestidas las personas que aparecen, el paisaje que les rodea y armas que portan, que concuerda con un campamento terrorista talibán; la misma declaración del testigo protegido ante la policía el 22.1.2008 y la ratificación ante el Instructor el 21.5.2008, que se refirió a los acusados como vinculados al grupo del líder talibán Baitullah Mehsud de cuyo grupo era portavoz el entrevistado Mauvi Umar; y el dato que el contenido de este vídeo, colgado en la red, no haya sido rechazado por aquel –ciertamente no puede, sin más, aceptarse como prueba de autenticidad de un vídeo que la persona a que se refiere no lo haya rechazado, pero en el caso presente, se trata de una reivindicación de una acción terrorista de gran repercusión mediática, por lo que la falta de manifestación, en cualquier medio, sobre su inautenticidad, si puede ser un indicio corroborador de la veracidad y realidad de la entrevista.

Consecuentemente la utilización del vídeo como elemento corroborador de la declaración del testigo protegido no vulnera derecho fundamental alguno de los recurrentes y tal como señala el Ministerio Fiscal en su informe sería una coincidencia insólita que se falsificase esa entrevista, si la hiciese pasar por autentico ante una fundación para reforzar el valor incriminatorio de las declaraciones de ese testigo y además se hiciese con harta torpeza, al aludirse a atentados consumados cuando no ha sido así.

CUARTO: El motivo segundo, submotivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ. y art. 852 LECrim. por diversas actuaciones consideradas nulas al amparo de los arts. 238 y 240 LOPJ. concretamente se considera vulnerado el derecho a la intimidad y muy especialmente el derecho al secreto de comunicaciones y protección de datos de carácter personal, art. 18.1.3 y 4 CE. y el derecho a un proceso con todas las garantías, art. 24 CE, todo ello en relación con el RD. 424/2005 de 15.4, la Directiva 2202/58 CE y la Ley 25/2007 de 18.10.

Se argumenta en el motivo que esta investigación, diligencias previas 30/08 trae causa por desglose de otra anterior que corresponde con las diligencias previas 29/08, que se basó en interceptación de conversaciones electrónicas (LI), escuchas, sin que se hayan incorporado el auto inicial de aquellas a esta causa –Jurisprudencia reiterada dice que no basta con saber que existe, sino que es necesario traerlo a la causa para someterlo a debate. Queja que no puede ser asumida.

Ciertamente hemos de poner de manifiesto que el derecho al secreto de las comunicaciones, proclamado en el art. 18.3 CE, es uno de los derechos fundamentales de la persona, integrante de su derecho a la intimidad, el cual se halla reconocido igualmente en los Convenios y Tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España [la Declaración Universal de los Derechos Humanos –art. 12-, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos –art. 17-, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales –art. 8-, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –art. 7- (v. art. 9.3, 10.2 y 96.1 CE)], por lo que únicamente puede ser restringido mediante resolución judicial motivada.

Como quiera que el art. 11.1 de la LOPJ establece que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, y, por otra parte, las resoluciones judiciales restrictivas del derecho al secreto de las comunicaciones -por razones obvias- no son notificadas a las personas afectadas por ellas hasta el cese de las mismas, por lo cual éstas no pueden recurrirlas hasta ese momento, recae fundamentalmente sobre las autoridades judiciales la grave obligación de velar escrupulosamente por el pleno respecto de las garantías legales y constitucionales de las medidas restrictivas de estos derechos.

Llegados a este punto, hemos de reconocer que la iniciación de un proceso penal partiendo de testimonios deducidos de otra causa, sobre la base de unos indicios de delito obtenidos en el curso de una intervención telefónica previa, plantea problemas respecto de los cuales no existía una jurisprudencia consolidada y pacífica, como prueban claramente, entre otras resoluciones que podrían citarse al respecto, las sentencias de esta Sala de 29 de diciembre de 2003 y la de 30 de octubre de 2008, dado que, en la primera, se defiende una absoluta dependencia de la nueva causa respecto de las intervenciones ordenadas en la anterior, hasta el punto de imponerse al juzgador el deber de

controlar, en todo caso y por propia iniciativa, la plena validez jurídica de aquéllas a la hora de llevar a cabo la valoración de las pruebas practicadas en el segundo proceso, en tanto que, en la segunda, se justifica una razonable autonomía entre ambos procedimientos.

Mas dicho esto, es preciso reconocer también que la tesis de la plena dependencia de la intervención telefónica ordenada en la segunda causa respecto de las practicadas en la primera y que le han servido de fundamento para ordenar la nueva intervención telefónica cuestionada parte –como hemos dicho en SSTs. 187/2009 de 3.3, 326/2009 de 24.3, 6/2010 de 27.1, y 406/2010 de 11.5- de una premisa- implícita, pero evidente- que no puede admitirse, cual es la de que, en principio, hay que presumir que las actuaciones judiciales y policiales son ilegítimas e irregulares, vulneradoras de derechos fundamentales, mientras no conste lo contrario. Ello supondría la paradoja de que mientras que tratándose de los acusados ha de presumirse siempre su inocencia, en tanto no se pruebe su culpabilidad, a los jueces y tribunales, en el mismo marco procesal, ha de presumírseles una actuación contraria a la Constitución y a las leyes, en tanto no se pruebe que han actuado conforme a Derecho. Frente a tal premisa, hemos de afirmar que ni el derecho a la presunción de inocencia, ni el principio “in dubio pro reo”, que siempre deben proteger a los acusados, pueden llegar a significar que, salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son, en principio, ilícitas e ilegítimas. El principio de presunción de inocencia no puede extender su eficacia hasta esos absurdos extremos. Estaríamos atentando la creación jurisprudencial de la nulidad presente, aquella predicable de actos limitativos de derechos aparentemente validos, pero a los que privamos de efectos al no constar la legitimidad de otro acto precedente.

En línea de principio proclamar que la legitimidad de un acto jurisdiccional no puede presumirse no se concilia bien con los principios que informan el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 117.1 CE). Es cierto que la abstracta proclamación de esos principios no blinda a los actos jurisdiccionales de su condición de potencial fuente lesiva de los derechos fundamentales, también lo es –y la experiencia se encarga cada día de recordarlo- que la validez de los actos procesales no puede hacerse descansar en un voluntarioso acto de fe. Pero aceptar la petición de nulidad porque la legitimidad no puede presumirse, no resulta, en modo alguno, una exigencia de nuestro sistema de garantías.

La nueva causa penal, por otra parte, -dice la STS. 326/2009 de 24.3- no puede constituir un cauce procesal idóneo para que el Juzgador examine, en todo caso y con carácter previo, la regularidad constitucional de las restricciones de los derechos fundamentales ordenadas en otro proceso, y se pronuncie sobre su validez y eficacia jurídicas, con lo que, además, se daría ocasión a posibles resoluciones jurisdiccionales contradictorias sobre el particular. Ello no puede ser obstáculo, sin embargo, para que cualquiera de las partes que pudiera tener una duda o una razón fundadas sobre la posible irregularidad o ilegalidad de las intervenciones telefónicas previas pueda instar en la segunda causa, para superar la duda o esclarecer la cuestionada legalidad de la injerencia, con las obligadas consecuencias que de ello pudieran derivarse, en su caso, para el segundo proceso, las diligencias que considere pertinentes al efecto (como sería el testimonio de particulares del otro proceso), sin olvidar, por lo demás, las exigencias inherentes al principio de la buena fe y lealtad procesal en la defensa de sus legítimos intereses con la que siempre deben actuar las partes en el proceso (art. 11.1 LOPJ).

En esta línea el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26.5.2009 que si bien relativo a la habilitación de escuchas telefónicas procedentes de diligencias distintas a las que corresponden al juicio, cuyo contenido es el siguiente: “En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones – en este caso de la inviolabilidad del domicilio- es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad. En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba”.

De la lectura de dicho acuerdo se desprende, según explica la Sentencia de 26 de junio y 605/2010 de 24 de junio, lo siguiente:

- a) que no existen nulidades presuntas;
- b) que la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de condena, incumbe a la parte acusadora;
- c) pese a ello, la ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias.

QUINTO: En el presente caso se alega por los recurrentes que por su defensa se planteó este motivo de nulidad en sus conclusiones provisionales, al tiempo que proponía prueba para confirmar y acreditar ese dato fáctico, prueba que le fue denegada, Por lo que no podría imputársele inacción por su parte, pero lo cierto es que no hay constancia alguna de que las presentes diligencias fuesen incoadas a través de fuentes probatorias vinculadas a intervenciones telefónicas u obtención de datos de tráfico de comunicaciones alguno, y la propia sentencia recurrida, tras explicar que por ninguna de las defensas se solicitó la incorporación de las diligencias previas 29/08 en las que se dice se realizaron las intervenciones telefónicas, razona que en este procedimiento las intervenciones telefónicas no han sido presentadas como prueba de cargo, y como diligencias de investigación no dieron resultado positivo y no permitieron la incautación del material buscado, ni la detención de otras personas; su expulsión de la causa no afectaría a las pruebas practicadas en el juicio oral, esto es, a las declaraciones del testigo protegido y demás elementos probatorios utilizados en la sentencia.

En efecto debemos recordar la doctrina de esta Sala, mantenida, entre otras, en sentencias 416/2005 de 31.3, 261/2006 de 14.3, 25/2008 de 29.1, 1045/2009 de 4.11, 1183/2009 de 1.12, al examinar cual es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, en el sentido de superar las diversas interpretaciones y la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscripción del uso de practicas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, impone una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del Tribunal

Constitucional 8/2000 de 17.1 y la de esta Sala 550/2001 de 3.4, entre otras, asentadas sobre las siguientes aseveraciones en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

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

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

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

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

derecho vulnerado que justifiquen unas consecuencias más allá de la inutilización del propio producto de esa vulneración.

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

En palabras de la STS 161/99 de 3.11, es la conexión de antijuricidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada, de suerte que si las pruebas incriminadoras "tuvieran una causa real diferente y totalmente ajenas (a la vulneración del derecho fundamental) su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible..." Doctrina que constituye un sólido cuerpo jurisprudencial del que pueden citarse las SSTC 81/98, 49/99, 94/99, 154/99, 299/2000, 138/2001.

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

En similar dirección el Tribunal Constitucional en reciente sentencia 66/2009 de 9.3, ha precisado que la valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar,

ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de una prueba derivada. Sólo si existiera dicha conexión procedería el análisis de la conexión de antijuricidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesaria ni procedente analizar la conexión de antijuricidad, y ninguna prohibición de valoración de juicio recaería sobre la prueba en cuestión. En definitiva, se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, esto es, las pruebas derivadas o reflejas (por todas SSTC. 81/98 de 2.4, 22/2003 de 10.2).

Por último el Tribunal Constitucional ha afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose el control casacional a la comprobación de la razonabilidad del mismo (STC. 81/98 de 2.4, citando ATC. 46/83 de 9.2, y SSTS. 51/85 de 10.4, 174/85 de 17.12, 63/93 de 1.3, 244/94 de 15.9).

En el caso presente la desconexión de antijuricidad por gozar de independencia jurídica de las declaraciones del testigo protegido, y las vigilancias policiales debe ser mantenida.

SEXTO: El submotivo segundo en relación con la actuación del “testigo protegido”, F-1, verdadera longa manu de la Guardia Civil, por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOP. y el art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del art. 24 CE. y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 del mismo texto constitucional; y se alega también, consecuencia, violación del art. 11.LOPJ, en el sentido de no surtir efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

Se denuncia, en síntesis, en este submotivo, que la segunda vía de investigación utilizada fue la actuación de un individuo vinculado

supuestamente a los aquí condenados, desplazado desde Francia ex profeso, que informa a los investigadores valiéndose de su relación de convivencia siquiera temporal con ellos y de modo absolutamente inveraz. Individuo que según admitió tenía una vinculación previa con los servicios secretos franceses a través de un miembro específico de éstos con el que comunicaba por un cauce directo, por tanto dicho testigo protegido actuaba por cuanto de los servicios secretos franceses, sirviendo a un Estado extranjero en su función policial, consideración fáctica de que deduce que su actuación fue ilegal por ser una técnica de investigación limitadora de derechos fundamentales y no autorizada legalmente, por cuanto la Ley si bien permite el agente infiltrado en las condiciones señaladas en el art. 282 bis LECrim, no autoriza a valerse de particulares para llevar a cabo una forma de investigación similar obviando el cumplimiento de aquellas garantías formales.

Con carácter previo debemos recordar que la protección de los derechos fundamentales invocados por los recurrentes no es absoluta y puede ser restringida en función de la necesidad de atender a intereses que, en el caso, sean considerados prevalentes en una sociedad democrática. En la actual situación en la que la delincuencia terrorista se organiza de forma tal que puede dificultar seriamente la acción de la justicia e incluso puede llegar a cuestionar la propia supervivencia del sistema, se impone la búsqueda de equilibrios entre la salvaguardia de esos derechos y la necesidad de obtener estándares aceptables de seguridad, entendida ésta como orientada fundamentalmente a garantizar el ejercicio pacífico y normalizado de los derechos. Por otra parte, es razonable que los poderes públicos cumplan sus finalidades mediante el empleo de los medios de investigación a su alcance, dentro de las posibilidades que les otorga la Ley.

Sin embargo, -como dice en la STS. 1313/2009 de 16.12- lo que se consideran niveles deseables de seguridad con la finalidad de defender la estabilidad del sistema y asegurar el pacífico ejercicio de los derechos, en lo que aquí interesa mediante la persecución de conductas delictivas graves, -como son las relacionadas con el terrorismo- no puede obtenerse precisamente a costa de la vigencia de los derechos individuales cuya eficacia real lo caracterizan como sistema de libertades, y cuya integridad, precisamente, se trata de proteger. La calidad del sistema de convivencia en libertad desciende seriamente, hasta correr el riesgo de desaparecer, si la

vigencia de los derechos fundamentales se supedita indiscriminadamente a la seguridad. Ello no suprime la posibilidad de restricciones. La naturaleza relativa de algunos derechos supone la posibilidad de que puedan ceder, en todo o en parte, ante otros intereses relevantes en una sociedad democrática. Pero solo en el caso, en la medida y en la forma en que tal interés estrictamente lo requiera, y nunca en tales condiciones que el derecho restringido venga a transformarse de manera general en una mera enunciación teórica.

Por ello, como en supuestos de delincuencia organizada – singularmente terrorismo- la investigación criminal puede encontrarse con serias dificultades pues el avance de la información queda seriamente dificultado por la opacidad de tales asociaciones criminales, se han arbitrado, -junto con las tradicionales fuentes confidenciales de información o datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales, cuya legalidad ha sido admitida por la jurisprudencia del T.E.D.H. (sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989, Sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990) siempre que se utilice como medio de investigación y no tenga acceso al proceso como prueba de cargo no sometida a contradicción de las partes, por cuanto ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un animo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, así como el antiguo brocardo de “quien ocultan rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa”-, otras técnicas de investigación nuevas tales como el agente encubierto –introducción de un miembro de la policía en la asociación criminal, potenciando los arrepentidos, esto es, el desmarque de los miembros facilitando información sensible con la posibilidad de un beneficio penal, vía art. 579 CP, agente provocador o mediante colaboradores particulares, más o menos estables, con las fuerzas de seguridad que realizan labores de infiltración.

En cuanto a los agentes encubiertos, su regulación en el art. 282 bis tiene su antecedente en el Derecho alemán. El termino “undercover” o agente encubierto, se utiliza para designar a los funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito.

Agente encubierto, en nuestro ordenamiento será el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos

propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos, debiéndose aclarar que es preciso diferenciar esta figura del funcionario policial que de forma esporádica y aislada y ante un acto delictivo concreto oculta su condición policial para descubrir un delito ya cometido o cuando –supuesto de las SSTS. 25.6.2007 y 6.2.2009- un funcionario policial lleva a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282 bis, lo que no implica que no pueda servir validamente como testigo respecto de lo visto y oído en tiempo anterior –lo que diferenciará uno y otro tiempo, es que la exención de responsabilidad penal, que regula el n° 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan provocación al delito, no será aplicable al periodo previo.

Pues bien, tanto la doctrina penal como la jurisprudencia han abordado el análisis de esta figura desde la perspectiva del delito provocado, habiendo sido admitida la licitud de la infiltración policial –con anterioridad incluso a la LO. 5/99 de 13.1 que reguló en nuestro ordenamiento, por primera vez, art. 282 bis, la actuación de los agentes encubiertos- por el TC. S. 21.2.83 y por la Sala Segunda Tribunal Supremo como medio para descubrir actividades criminales en curso, considerando que estos comportamientos de los agentes se encuentran dentro de los límites que la Constitución (art. 126), la Ley Orgánica Poder Judicial (art. 443); la LECrim. (arts. 282 y ss.) y la LO. 2/86 de 13.3 (art. 11) les imponen en el ejercicio de las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, por cuanto las fuerzas policiales para el cumplimiento de sus funciones cuentan con el procedimiento de la infiltración, actuando de incógnito y sin revelar su identidad, ni su condición pública, en organizaciones delictivas, con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y de procurar su detención. Así las SSTS. 4.3.92, 21.6.93, 2.7.93, y 3.11.93 ya consideraban lícita la actuación policial, aunque se utilicen procedimientos engañosos y se finjan intenciones irreales, cuando no se origina un delito inexistente, sino que tal proceder sirve para descubrir aquel que ya se había cometido con anterioridad y por tanto, tal infiltración es práctica policial que no ofrece ningún reparo.

El problema que suscitan los agentes encubiertos en lo concerniente a sus declaraciones y a la ponderación de las mismas, se refiere, por lo general, a casos en los que se pretende hacer valer mediante testigos de referencia, las informaciones proporcionadas por el agente infiltrado sin que éste haya comparecido en el juicio oral (ver SSTC. 146/2003 de 14.6, 41/2003 de 27.2, 119/2002 de 25.11), no siendo factible tal posibilidad.

Situación, en todo caso, perfectamente diferenciable de la provocación delictiva o mediación engañosa, que supone injertar en otra persona el dolo de delinquir y cuando esto se hace con la colaboración policial –se dice en la STS. 1166/2009 de 19.11- se produce el efecto perverso de que la policía lejos de prevenir el delito, instiga a su comisión --elemento subjetivo-- bien que sin poner en riesgo ningún bien jurídico, pues en la medida que lo apetecido es la detención del provocado --elemento objetivo--, toda la operación está bajo el control policial por lo que no hay tipicidad ni culpabilidad, ya que los agentes de la autoridad tienen un control absoluto sobre los hechos y sus eventuales consecuencias --elemento material--, siendo estos tres elementos los que vertebran y arman la construcción del delito provocado, figura que como también se ha dicho por esta Sala es distinta a la actividad del agente encubierto, figura regulada en el art. 282 bis LECriminal, que tiende exclusivamente a hacer aflorar a la superficie, la actividad delictiva de quien por su propia voluntad y sin instigación ajena, está dedicado a una actividad delictiva, o como se dice, entre otras STS 1114/2002, "...cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre los que la llevan a cabo en busca de información o pruebas que permitan impedir a sancionar el delito....".

En tal sentido, sobre la figura del delito provocado SSTS 23 de Enero de 2001, 702/97 de 20 de Mayo ó 53/1997 de 21 de Enero, 2470/2001 de 27 de Diciembre ó 262/2003 y sobre la figura del agente provocador o encubierto SSTS 114/2002; 262/2003; 843/2003; 1160/2004; 1154/2006; 975/2007 ó 571/2008.

Como hemos dicho en nuestra Sentencia 848/2003, de trece de junio, el delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los

sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución, y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas (STS 1344/1994, de 21 de junio). Hemos dicho en la STS 1992/1993, de 15 de septiembre, que «para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación –en realidad, una forma de instigación o inducción– parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el “iter criminis”, desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista “ab initio” intervención policial. Esta clase de delito provocado, tanto desde el punto de vista de la técnica penal –por el carácter imposible de su producción– como desde el más fundamental principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (art. 11.1 LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune». En estos casos, por lo tanto, además de la infracción de principios constitucionales, no puede decirse que exista infracción criminal más que en apariencia, pues no se aprecia riesgo alguno para el bien jurídico, como consecuencia del absoluto control que sobre los hechos y sus eventuales consecuencias tienen los agentes de la autoridad encargados, precisamente, de velar por la protección de aquellos bienes.

No existe delito provocado, como dice la Sentencia 1114/2002, de 12 de junio, cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a

cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere concretamente a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del «iter criminis», en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es siempre libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (art. 282 bis de la LECrim), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial.

Tampoco existe delito provocado en casos de comprobación delictiva de una previa ideación criminal, cuando el investigado no comete el delito como consecuencia de la actuación policial, a modo de inducción o instigación, sino que ya está resuelto a cometerlo, o bien se dedica a una permanente actividad criminal, que únicamente pretende comprobarse. En esos casos, los funcionarios policiales no provocan nada, sino que se limitan a comprobar la veracidad de la “notitia criminis”, mediante técnicas de investigación, que bien pueden consistir en la comprobación directa de los hechos denunciados. Obsérvese, que no solamente se trata de obtener pruebas de lo que un tercero les informa –acerca de una realidad delictiva ya existente–, o, si se quiere, permanente, sino de impedir la continuación del delito, y eventualmente, la detención de sus autores, para frustrar nuevas realidades delictivas.

SEPTIMO: En el caso presente, conforme el relato fáctico establecido por la sentencia de instancia, es incuestionable que el testigo protegido F.1 no integra la figura legal denominada “agente encubierto”, regulada en el art. 282 bis, porque no es miembro de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, en funciones de policía judicial, y por tanto ni actuó ni pudo actuar en el desempeño de esas funciones, que es presupuesto de hecho esencial para poder utilizar la previsión legal. Se trata de un particular que no ocultó la identidad con la que es conocida a los demás integrantes del grupo, que llega a Barcelona procedente de París, para, en principio, colaborar con el mismo en el plan delictivo, y que en un momento determinado por los motivos que relaciona y a iniciativa propia, decide apartarse de los fines delictivos del grupo y ponerse en contacto con una persona en Francia, vinculada a la policía de dicho país, exponiendo la gravedad de la situación en la que se encuentra, y a partir de ahí, colabora con la policía en la investigación de los hechos e identificación de los partícipes.

Condición, por tanto, más próxima a la de arrepentimiento o confidente que a la de agente infiltrado o encubierto. La figura del arrepentido en el contexto de lo que ha sido denominado “prueba cómplice”, supone una intervención durante el delito y antes de la sentencia. Este informador debe ser tratado de forma semejante a la de un coimputado en lo que respecta a la valoración de la prueba –bien entendido que es un testigo y como tal presta juramento o promesa de decir verdad (arts. 706 y 434 LECrim.) y sujeto a las eventuales responsabilidades previstas conforme al art. 715 LECrim-, y como un confidente, que aporta datos fundamentales a partir del momento en que empieza a actuar en función de ese arrepentimiento. Refiriéndonos a la figura del infiltrado hemos de indicar que es en el plenario en donde la prueba testifical habrá de culminar con objeto de que los Jueces valorasen en su exacta medida las manifestaciones del confidente infiltrado, como testigo especialmente cualificado (STS. 210/95 de 14.2), pero con acierto se destaca por el Ministerio Fiscal en su detallado escrito de impugnación del recurso, no supone descalificar su testimonio y sí analizarlo con precauciones y con un especial rigor, por cuanto la reforzada necesidad de razonar la credibilidad de un testigo que ha sido también partícipe en los hechos se acentúa por exigencias del derecho a un proceso con todas las garantías cuando se trata de declaraciones de quien puede obtener beneficios personales con la misma o

incluso la exclusión de responsabilidad penal. Este dato debe valorarse a efectos de determinar su credibilidad o fiabilidad pero si su declaración se revela convincente y capaz de generar certeza, puede servir como base de un pronunciamiento condenatorio. El Tribunal Constitucional viene afirmando que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización del testimonio que suponga en sí mismo la lesión de derecho fundamental alguno (AATC. 1/89 de 13.1, 899/85 de 13.12) y el TEDH por resolución de 25.5.2004, caso Corneils contra Holanda inadmitió la demanda del condenado por pertenecer a una organización dedicada al tráfico de drogas, condena que se basaba en las declaraciones de otro integrante de la organización que había llegado a un pacto de inmunidad con el Fiscal. En la medida en que el demandante pudo contradecir esas pruebas y cuestionar su fiabilidad y credibilidad, aunque no llegase a tener acceso a todas las conversaciones entre el procurador y el testigo inmune, no habrá afectación de ninguno de los preceptos del Convenio.

En cuanto a la posible afectación de los derechos a la autodeterminación informativa y necesidad de una previsión legal específica, y violación de los derechos a la intimidad personal y a no declarar contra uno mismo, debemos recordar que el privilegio entre la autoincriminación o el derecho a permanecer en silencio, el TEDH, sentencia Allan contra el Reino Unido de 5.11.2002, ha reiterado que esos derechos se encuentran en el núcleo de un proceso equitativo. Su finalidad es proporcionar a un acusado la protección contra una coacción impropia por parte de las autoridades y evitar así errores judiciales y garantizar los fines del artículo 6 Convenio (Sentencia John Murray contra el Reino Unido de 8 febrero 1996). El derecho a no autoincriminarse afecta en primer lugar al respeto a la voluntad de la persona acusada a permanecer en silencio y presupone que la acusación en un proceso penal busca probar el caso contra el acusado sin recurso a las pruebas obtenidas por medios no previstos legalmente desafiando la voluntad del acusado (Sentencia Saunders contra el Reino Unido de 17 diciembre 1996), por cuanto -decimos nosotros en STS. 513/2010 de 2.6- la verdad no puede ser hallada en el proceso penal a cualquier precio sino que se encuentra limitada por el escrupuloso respeto a los derechos fundamentales.

Al examinar si el proceso ha hecho desaparecer la verdadera esencia del privilegio contra la autoincriminación, el Tribunal deberá examinar la naturaleza y el grado de la coacción, la existencia de cualquier protección

importante en el proceso y el uso que se hace del material así obtenido (véase sentencia Heaney y McGinness contra Irlanda de 27.12.2000 y sentencia J.B. contra Suiza de 3.5.2001).

Cuando la policía utiliza un subterfugio -por ejemplo, introducir en la celda otra persona, de acuerdo con la Policía- para sonsacarle información, para interrogar a su acusado, después -o antes- de que éste haya advertido que no quiere hacer declaraciones, está consiguiendo de manera incorrecta información que no habría podido obtener de haber respetado el derecho constitucional del detenido o permanecer en silencio, se violan sus derechos porque se le priva de su opción.

Ello supondría en el caso presente que el testigo protegido se hubiera introducido en el grupo controlado por los poderes públicos para obtener de manera inducida y no libre y espontánea, confesiones de otros miembros del grupo, mediante engaño, que posteriormente pone en conocimiento de la policía, lo que no consta haya sucedido, pues no se trata de alguien que se infiltra en el grupo confabulado con la Policía, y actué por encargo del Estado, sino de alguien previamente integrado en el grupo, que, como tal, es testigo de actividades y acciones que pondrá en conocimiento de la policía al desistir de continuar participando en la ideación del plan delictivo.

OCTAVO: El motivo tercero por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 852 y 849 LECrim. en relación con el art. 847.1º y art. 5.4 LOPJ. por falta de aplicación del art. 24.2 CE, principio acusatorio como obstativo de las investigaciones prospectivas, inquisitoriales y en abierta contradicción con el principio de lesividad u ofensividad.

Se sostiene en el motivo la investigación se inicia sin motivo aparente alguno, dado que el testigo protegido no hace ningún aviso hasta el día 18.1 entre las 16 y 17 horas, y entonces ya habría miembros del CNI y Guardias civiles vigilando a los acusados.

El verdadero motivo es que en los recurrentes concurrían perfiles de riesgo compatibles con la condición de terroristas. Se ha empezado un procedimiento de investigación basado en perfiles y patrones sociológicos, penalmente irrelevantes pero tomados en si mismos como noticia criminis que

juntamente con los datos referidos en el anterior motivo, dan lugar a toda la actuación procesal subsiguiente, pretendiendo dar carta de naturaleza a esta forma de proceder abiertamente contraria a los principios más elementales y consagrada del derecho penal del enemigo.

El motivo –aún reconociendo el meritorio análisis doctrinal que realiza en orden a la crítica del sistema prospectivo, y la vigencia de los principios de lesividad y utilidad penal, no debe ser atendido en cuanto a los efectos pretendidos de la absolución de los acusados.

En efecto es cierto que en la doctrina se ha cuestionado como medio de persecución de determinados grupos terroristas la posibilidad de recurrir a un Derecho penal especial, un "Feindstrafecht" o "Derecho penal del enemigo" con el que el Estado no trate simplemente de castigar a los delincuentes, sino de luchar contra sus enemigos.

Las señas de identidad de este Derecho penal serían las siguientes:

1) Aumento de la gravedad de las penas más allá de la idea de la proporcionalidad, lo que puede significar aplicar penas de prisión de larga duración a hechos de escasa gravedad, o por lo menos no tan graves como para justificar la imposición de penas tan graves.

2) Abolir o reducir los derechos fundamentales y garantías procesales del imputado, como el derecho al debido proceso, a no declarar contra si mismo, a la asistencia de letrado, o también la admisión de pruebas conseguidas ilegalmente, derogar la competencia de Juez natural y crear Tribunales especiales, permitir que las autoridades políticas o administrativas, sin intervención judicial, puedan decidir el internamiento o el arresto por tiempo indefinido de personas meramente sospechosas.

3) Criminalización de conductas que no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos y adelantar la intervención del Derecho penal, aún antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito, penalizando simples manifestaciones ideológicas, producto del derecho a la libertad de expresión, convirtiendo en delito hechos como mostrar simpatía hacia ciertas ideologías, sobre todo si éstas coinciden con las que defienden los grupos radicales terroristas, aunque los que muestren esa afinidad o simpatía ideológica no defiendan el empleo de la violencia para alcanzarlas.

Pues bien en línea de principio resulta evidente que aunque esos grupos terroristas, por obvias razones, no van a respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos militares o no, víctimas de sus atentados, ni

el Derecho Humanitario, esto no quiere decir que los Estados víctimas -o potenciales víctimas- de estos ataques puedan emplear cualquier medio para repeler esos ataques.

En efecto la investigación directa de los hechos con una función que es en parte inquisitiva y en parte acusatoria –dirigida frente a una determinada persona- es la que puede considerarse integrante de una actividad instructora. Para ello la simple noticia criminis es suficiente para que se ponga en marcha la investigación judicial del delito (SSTC. 169/90, 32/94).

La finalidad a que ha de tender toda instrucción criminal es la de averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos (art. 299 LECrim.). El cumplimiento de tales fines, basados en un indudable interés público, hace que la Ley autorice con las garantías necesarias la imposición de determinadas restricciones en los derechos fundamentales, de manera que se posibilite la investigación y se impida la frustración de los fines que la misma persigue.

En la medida en que las diligencias acordadas en el curso de una investigación criminal se inmiscuyan o coarten los derechos fundamentales y libertades públicas de una persona, habrán de estar debidamente motivadas en la resolución judicial que así las acuerde, ser necesarias y adecuadas al fin que con las mismas se persigue y practicarse con todas las garantías constitucionales, pues, de lo contrario, se estaría legitimando, con la excusa de seguirse una instrucción criminal una suerte de inquisición general incompatible con los principios que inspiran el proceso penal de un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución Española.

Ahora bien la mera pertenencia a una organización terrorista, aunque no se haya perpetrado todavía actuación delictiva concreta, posibilita por sí misma la puesta en marcha de los aparatos de investigación del Estado. Las funciones policiales se refieren también al ámbito preventivo (art. 11 Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y art. 1 LO. 1/92 de 21.2 de Seguridad Ciudadana), en particular en relación a delitos que de forma más directa atenten contra el orden constitucional y la pacífica convivencia.

Esta Sala es consciente –y así nos pronunciamos en STS. 618/2008 de 7.10- de que la investigación de hechos de esta naturaleza reviste una gran complejidad por la forma en que se generan y, por las amplias posibilidades

de que el número de personas que puedan resultar seducidas por las predicaciones de fanáticos religiosos sea imprevisible y totalmente aleatoria.

Las manifestaciones de este fenómeno son mucho más complejas, en cuanto a su investigación y prueba, que cualquier otra modalidad delictiva, sobre todo, cuando la actividad que se detecta en las actuaciones policiales y judiciales es embrionaria, sin haberse concretado, afortunadamente, en resultados catastróficos. Por ello no es reprochable que los servicios de inteligencia o las unidades policiales extiendan sus investigaciones a un amplio espectro de personas que pudieran sentirse atraídas por las prácticas que incitan a la violencia en nombre de creencias religiosas y, una vez agotadas sus posibilidades, centren sus sospechas en un número de personas que, finalmente, ponen a disposición de la autoridad judicial.

NOVENO: En el presente caso, con independencia de que el inicio de la investigación sea la llamada que el testigo protegido efectúa a los servicios policiales franceses poniendo ya en conocimiento unos hechos determinados y concretos, se aduce en el motivo que el grupo ya estaba siendo investigado por el CNI.

Pues bien es algo conocido que todos los Gobiernos disponen de Servicios de inteligencia que pretenden obtener información relevante con objeto de garantizar su seguridad interior y exterior. En nuestro país se ha regulado tal control mediante LO. 11/2002 de 6 mayo, reguladora del control judicial del Centro Nacional de Inteligencia, en aquellas actividades que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE.

Respecto a este control judicial de los Servicios de Inteligencia, hay que distinguir, ante todo, entre la investigación de un delito y la investigación de inteligencia. La primera –como ya se ha explicitado- se realiza con objeto de conseguir pruebas que acrediten la comisión de un delito. La investigación de inteligencia pretende facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación, las informaciones, análisis, estudios o propuestas, que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de Derecho y sus instituciones (art. 1 Ley 11/2002). Para ello el Gobierno determina y aprueba anualmente los objetivos del

Centro Nacional de Inteligencia, mediante una Directiva que tendrá carácter secreto (art. 3 de la Ley).

Por tanto, la función legal de este Servicio no es la investigación de delitos concretos, sin perjuicio de que si en el curso de sus labores averiguan o tienen indicios de acciones delictivas lo pongan en conocimiento de los órganos policiales y judiciales competentes, pero –se insiste- su actividad no va encaminada directamente al descubrimiento de delitos, ni tiene como condicionante la previa comisión de alguno.

La información que recaba el Servicio de Inteligencia al Servicio de la Seguridad del Estado, no puede estar al alcance de cualquier persona. La Constitución impone de manera directa, el reconocimiento de que los asuntos que afectan a la seguridad o a la defensa del Estado han de permanecer secretos (art. 105 b), y el art. 5 Ley 11/2002, dispone que las actividades del CNI –así como su organización y estructura interna, medios y procedimientos, personal, instituciones, bases y centros de datos, fuentes de información y las informaciones o datos que pueden conducir al conocimiento de las anteriores materias –constituyen información clasificada con el grado de secreto, que no tiene acceso al proceso penal y no puede ser tenida en cuenta y valorada por el Tribunal para formar su convicción sobre la culpabilidad de los acusados.

Y respecto a la incorporación al proceso de las pruebas obtenidas por los Servicios de Inteligencia y que se refieran a material desclasificado, puede ser valorado desde dos prismas diferentes. O bien actúa en el proceso penal como documental, cuando se trata de una prueba de estas características, o bien sirve para conducir la investigación criminal mediante la declaración testifical de los autores del mismo.

Así aconteció en el caso analizado, en el que el Agente del CNI que estaba realizando funciones de vigilancia y observó como uno de los acusados tiraba una bolsa a la basura, compareció al plenario y estuvo a disposición de las partes en relación a qué información se disponía con anterioridad a la intervención del testigo protegido.

DECIMO: El motivo cuarto por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ. en concreto el derecho a la

motivación de las resoluciones judiciales, insito en el derecho de defensa del art. 24 CE.

Se argumenta que el contenido de la resolución no se ajusta a las reglas elementales de la lógica, incurriendo en defectos que desvirtúan sus conclusiones últimas, en concreto en la justificación del relato de hechos probados; en la falta de acreditación de los elementos de los tipos aplicados, al no darse justificación coherente a los mismos; ni porqué entiende probada la participación de dos de los acusados; sin que el testigo protegido los haya reconocido, y en el resto no se esgrime argumento donde se haya estimado prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, y no se condena por los atentados supuestamente preparados y el explosivo que sirve integrar el tipo de banda armada es inocuo según los peritos, sin que se motive la justificación de la motivación en el terrorismo.

La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales forma parte del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE.

La STS. 24/2010 de 1.2, recoge la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en SS. 160/2009 de 29.6, 94/2007 de 7.5, 314/2005 de 12.12 subrayando que el requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo y de controlar la aplicación del Derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción; pero el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener en la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial (SSTC. 14/91, 175/92, 105/97, 224/97), sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha

determinado aquella (STC. 165/79 de 27.9) y en segundo lugar, una fundamentación en Derecho (SSTC. 147/99 de 4.8 y 173/2003 de 19.9), bien entendido que la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que es necesario examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales (por todas, SSTC. 2/97 de 13.1, 139/2000 de 29.5, 169/2009 de 29.6).

Del mismo modo el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de alcanzar una respuesta razonado y fundada en Derecho dentro de un plazo prudente, el cual se satisface si la resolución contiene la fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico, permitiendo saber cuáles son los argumentos que sirven de apoyatura a la decisión adoptada y quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad, pero no comprende el derecho a obtener una resolución favorable a sus pretensiones.

En definitiva, como precisa la STS. 628/2010 de 1.7, podrá considerarse que la resolución judicial vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurrirá en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque “La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial”, ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo “comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada” (STC. 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que “en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas”. (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. 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 manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva “no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1, 199/96 de 4.6, 20/97 de 10.2).

Según la STC. 82/2001 “solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento”.

Las STS. 483/2003 de 5.4 y 1132/2003 de 10.9, explican que 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, tradicionalmente se ha denominado «incongruencia omisiva».

Además, la motivación requiere del Tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios utilizados para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado y que, junto a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente, y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva. De esta manera, la motivación de las sentencias constituye una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la Ley, permite conocer las pruebas en virtud de las cuales se le condena (motivación fáctica) y las razones legales que fundamentan la subsunción (motivación jurídica) al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento y, finalmente, constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial.

Por lo que se refiere específicamente a las sentencias penales, la motivación debe abarcar, 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 (STS. 584/98 de 15.5).

En este sentido la STS. 771/2002 de 26.4, recuerda que la motivación opera en una triple dirección:

a) Motivación fáctica, relativa a la explicitación de los procesos intelectuales que han llevado a la Sala sentenciadora a efectuar una determinada valoración de la prueba justificadora de la versión exteriorizada en el juicio de certeza que integra los hechos probados, frente a otras posibilidades en relación a cada uno de los acusados así como, en su caso, de todos los datos que pudieran ser relevantes en orden a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad. Al respecto debemos recordar que todo juicio es un decir y contradecir, por ello ante la existencia de prueba de cargo y de descargo se precisa una suficiente identificación de las pruebas tenidas en cuenta y una suficiente motivación del porqué de la superior credibilidad que se concede a la versión que se acepta en la

sentencia, aspecto este último que resulta de la mayor importancia cuando la naturaleza de las pruebas sea documental --en el sentido casacional del término--, en razón a que frente a ellas esta Sala Casacional se encuentra en idénticas condiciones que el Tribunal sentenciador lo que posibilita el control de la razonabilidad de la argumentación, así como en relación a la prueba indiciaria por el mayor grado de subjetivismo que esta encierra.

b) Motivación jurídica, relativa la traducción jurídico penal de los hechos declarados probados tanto en relación a la calificación jurídica de los hechos y grado de desarrollo, como a la participación de las personas que en ellos hubiesen intervenido y circunstancias que pudieran concurrir.

c) Motivación decisional, es decir, de las consecuencias de la participación de la persona en el hecho delictivo enjuiciado, lo que abarca singularmente, pero no de forma exclusiva, la individualización judicial de la pena, extremo que ha sido resaltado en el vigente Código Penal en el art. 66 párrafo 1º y art. 72; también que en su caso pudiera declararse, --art. 115 C.P.--, costas procesales y las consecuencias accesorias --arts. 127 y 128 C.P.--.

En el caso presente, en cuanto a la motivación fáctica, la sentencia impugnada examina en el fundamento jurídico segundo los elementos probatorios que sustentan la declaración de hechos probados --tal como se ha analizado en el motivo primero, razonando porqué llega a la conclusión de que los hechos acaecieron en la forma que relató el testigo protegido, apoyada en los elementos corroboradores que detalla, descartando otra hipótesis como insostenible porque hubiese exigido no solo que el testigo protegido mintiese y además que actuase de acusado con los servicios secretos franceses y con el CNI español para implicar sin motivo a unos ciudadanos, sino que además estuviese de acuerdo hasta el portavoz del TTP. Maulvi Umar.

Respecto a la falta de reconocimiento fotográfico de Aqeel Uhr Rehman Abbasi --único de los dos acusados cuyo reconocimiento se cuestiona, cuya defensa y representación ostenta esta parte recurrente- nos remitimos a lo ya razonado en el motivo primero en orden a su suficiencia de la declaración del testigo protegido.

Y con referencia a la motivación jurídica en el fundamento de derecho tercero se razona sobre la subsunción de los hechos probados en el delito de pertenencia a organización terrorista, arts. 515.2 y 516 CP, y en el fundamento de derecho quinto en el delito de tenencia de sustancias o

aparatos explosivos cuando quienes los realicen pertenezcan o actúen al servicio o colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, art. 573 CP, por lo que desde la óptica del contenido genérico del art. 24 CE, como derecho a obtener una resolución fundada en derecho sobre el fondo del litigio, no puede entenderse producida vulneración alguna, al no apreciarse una aplicación arbitraria, irracional o manifiestamente errónea de la legalidad (SSTC. 31.10.2001, 10.2.2003) –cuestión distinta es que esta Sala casacional a través de otras vías impugnatorias –presunción inocencia, infracción de Ley...- puede estar o no conforme con aquella subsunción-, sin que la absolución de los acusados por el delito proyectado sea obstáculo para entender acreditada la motivación terrorista. En primer lugar la absolución se produce no por la falta de esta motivación sino por la falta de la suficiente concreción y progreso del plan criminal, absolución que ha sido objeto de impugnación y recurso por parte del Ministerio Fiscal. Y en segundo lugar el elemento finalístico propio de la tipicidad de los hechos como organización terrorista se deduce de las mismas características del grupo, seguidor de los postulados de violencia y empleo de la yihad y del proyecto criminal –aún en fase embrionaria que pretendían llevar a cabo.

El motivo por lo expuesto se desestima.

DECIMO PRIMERO: El motivo quinto por quebrantamiento de forma art. 850 LECrim. al haberse denegado pruebas propuestas en tiempo y forma siendo esa denegación causante de indefensión y viola el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, art. 24 CE.

Es doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS. 771/2006 de 18.7, 181/2007, 771/2010 de 23.9, que "la formulación en tiempo y forma de una proposición de prueba no es bastante, aun siendo necesario, para originar en caso de inadmisión, el quebrantamiento de forma que se denuncia, es preciso además que la prueba merezca la calificación de «pertinente». Como ha recordado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de abril de 1998, la constitucionalidad, por virtud del artículo 24 de la Constitución Española del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba como inseparable del derecho mismo a la defensa no se configura como un derecho absoluto e

incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ya que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la pertinencia de las propuestas «rechazando las demás» (artículos 659 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y en cuanto a su práctica la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas (Sentencias del Tribunal Supremo 1661/2000 de 27.11).

No existe para el tribunal la obligación de admitir toda diligencia de prueba propuesta, o, en su caso, de suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Por ello, para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios, el de la pertinencia y el de la relevancia. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS. 136/2000 de 31.1). Así pues, para que tenga éxito un recurso de casación basado en este motivo, es preciso que "el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecen la calificación de "pertinentes", porque no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales". Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: «pertinencia» es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye «thema decidendi»; «relevancia» existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a 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 ésta, a cuyo tenor el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone, por ello ha de ser necesaria, es decir que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica (STS. 21.5.2004).

Como ya hemos subrayado, la casación por motivo de denegación de prueba establecido en el art. 850.1 LECrim., según se deduce de los términos de tal precepto, de lo dispuesto en los arts. 659, 746.3, 792 y 793.2 LECrim. (actuales arts. 785.1 y 786.2 LECrim.) y de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional requiere las condiciones siguientes:

1.º La prueba denegada tendrá que haber sido pedida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones provisionales y también en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abreviado (art. 793; ap. 2 de la citada Ley actual art. 786.2). 2.º La prueba tendrá que ser pertinente, es decir relacionada con el objeto del proceso y útil, esto es con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo; exigiéndose, para que proceda la suspensión del juicio, que sea necesaria; oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo para evitar dilaciones innecesarias; habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio, para decidir la improcedencia o procedencia de aquella cuya admisión se cuestiona. 3.º Que se deniegue la prueba propuesta por las partes, ya en el trámite de admisión en la fase de preparación del juicio, ya durante el desarrollo del mismo, cuando se pide en tal momento la correlativa suspensión del juicio. 4.º Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa; y 5º) Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación (SSTS. 1661/2000 de 27.11, 869/2004 de 2.7, 705/2006 de 28.6).

En efecto como se dice en la STS. 760/2001 de 7.5, la estimación del quebrantamiento de forma previsto como motivo casacional del artículo 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, exige entre los requisitos formales que el solicitante en tiempo y forma de la prueba inadmitida por la Sala formule la correspondiente "protesta" como previene el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, equivalente a la "reclamación" a que se refieren los artículos 855 y 874.3º, por la que se expresa la disconformidad con la resolución denegatoria. La protesta tiene por finalidad plantear ante el Tribunal que acordó la denegación de la prueba, la proporcionalidad de la

decisión adoptada, teniendo en cuenta, únicamente, los intereses en conflicto desde la posición de la parte que la propuso, manifestando así su no acatamiento a la decisión adoptada, al tiempo que proporciona criterios que permiten el replanteamiento de la decisión. La protesta excede la naturaleza propia de un puro requisito formal en cuanto exterioriza la falta de aceptación de la decisión judicial; de modo que si no se realiza se entenderá que el proponente se conforma con la decisión en la instancia, y por ello no podrá plantear luego en casación una cuestión resuelta antes con su aquiescencia. De otra parte ante el silencio del artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre el plazo para formalizar la protesta y la imposibilidad de quedar indefinidamente sin plazo el ejercicio de los derechos, esta Sala ya ha dicho que la protesta debe hacerse en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de notificación del Auto denegatorio, cuyo término coincide con el señalado en el artículo 212 para la preparación del recurso de casación (Sentencias de 12 de mayo de 1986; 11 de noviembre de 1987; 6 de junio de 1988; 26 de junio de 1992).

Prevenición ésta no cumplida por la parte recurrente que contra el pronunciamiento de la Sala inadmitiendo las pruebas que detalla no formuló protesta ni reclamación alguna.

DECIMO SEGUNDO: No obstante como la parte plantea tal denegación no solo por el cauce del quebrantamiento de forma, art. 850.1 LECrim., sino por la vulneración de derechos fundamentales de carácter procesal, reconocidos en el art. 24 CE –proceso con todas las garantías, derecho a la tutela judicial efectiva y el de utilizar los medios de prueba pertinentes- y aunque se prescindieran de estos requisitos o exigencias formales, habría que plantarse la concurrencia de los presupuestos materiales o de fondo de necesidad y relevancia de la prueba.

En efecto el Tribunal Constitucional ha venido configurando el derecho de defensa y a la utilización de todos los medios de prueba pertinentes, en múltiples resoluciones y las conclusiones que se extraen en dichos pronunciamientos podemos rehuirlos (STS. 150/2010 de 5.3) en:

a) La conculcación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, situado en el marco de un 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 sí sola suficiente para que la pretensión de amparo adquiera relevancia constitucional, pues para que así sea el defecto procesal ha de tener una indefensión 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, límite 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, que una prueba ostente la cualidad de pertinente por hallarse relacionada o entrelazada con el proceso, no supone que inexcusablemente debe ser admitida.

Los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso sin dilaciones indebidas y los principios de economía procesal, pueden mover al órgano jurisdiccional a 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 último 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 eliminen 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).

En el caso presente la defensa, según expone, pretendía acreditar con la prueba los siguientes extremos:

- Que habría interceptaciones de comunicaciones, escuchas telefónicas, anteriores a este procedimiento.
- Que se habían empleado procedimientos de investigación puramente prospectivos con análisis de patrones y perfiles y minería de datos.
- Que se tomaban como base, elementos de los autos que los refieren y se portaban documentos obtenidos en Internet y otras fuentes que así lo evidencian el Juzgador al objeto de obstaculizar el derecho a la defensa, lo denegó sin justificación (sic).

Así las pruebas propuestas eran:

- Documental que se aportaba:

Doc. 1. Artículo titulado Hacia una caracterización social del terrorismo yihadista en España: implicaciones en seguridad interior y acción exterior (Fernando Reinares), sobre patrones y perfiles.

Doc. 2 Artículo del profesor Javier Jordán relativo a la 1-ZUMINT (inteligencia) en materia de lucha antiterrorista.

Doc. 3 Acerca del programa SPSS y su utilización por la Guardia Civil española.

Doc. 4 El reclutamiento yihadista: colaboración con banda armada y prueba pericial de inteligencia (Luis Aparicio Díaz)

Doc. 5 Derechos Humanos y Nuevas Tecnologías (G. Díaz Dionis)

Doc. 6 Indicios externos de radicalización y militancia yihadista (Javier Jordán y Fernando M. Mañas, Universidad de Granada), sobre patrones y perfiles nuevamente.

Doc. 7 Programa del Curso de Verano de la Universidad Complutense del año 2008 sobre “Matemáticas para la Seguridad contra la Criminalidad”, con la participación del presidente de Interligare, empresa, de facto, filial del CNI. La conferencia versa sobre “Modelos matemáticos para la determinación del COG (Center of Gravity) en organizaciones terroristas y criminales”.

Doc. 8 Sobre la metodología de análisis de redes; sociales

Doc. 9 Artículo sobre Perfil sociocomportamental y estructura organizativa de la militancia yihadista en España de Javier Jordán y F. Mañas.

Doc. 10 REDES- Revista hispana para el análisis de redes sociales. Inmigración y redes personales de apoyo de Verónica de Miguel Luken,

Doc. 11 REDES— Revista hispana para el análisis de redes sociales. La vulnerabilidad relacional: Análisis del fenómeno y pautas de intervención de Jordi Bonet i Martí.

Doc. 12 REDES— Revista hispana para el análisis de redes sociales. Tipos de redes personales de los inmigrantes y adaptación psicológica, de Isidro Maya Jariego.

Doc. 13 Profiles of Jihadist Terrorists in Europe de Peter Nesser.

Más documental:

d) Que se oficie al Juzgado Central de Instrucción nº 2 para que expida certificación de cuantos desgloses se hayan efectuado en esta causa. En su caso, de si otro procedimiento se desglosado del presente. También impresión de la pantalla del programa de gestión de ese Juzgado donde conste el N.I.G., determinación de todos los procedimientos vinculados a ese N.I.G. que consten en ese u otro Juzgado.

e) Que se libren testimonios del libro de Diligencias Previas de ese Juzgado correspondientes a las páginas en que aparezca este procedimiento incoado (días anteriores y posteriores en dos semanas en torno al 18 de enero de 2008).

f) Que se pida al Decanato y al Departamento de informática de esta Audiencia Nacional que faciliten el N.I.G. de este procedimiento y de cuantos procedimientos a ese número aparezcan vinculados: Desgloses de este procedimiento y procedimiento del que se ha desglosado el mismo, en su caso.

Finalmente, se solicita que se traigan a la Sala en el acto del juicio los materiales que en teoría iban a servir para construir artefactos explosivos.

Pericial-testifical:

A los fines de esclarecer los conceptos manejados en el punto primero de este escrito, de vital importancia para la defensa, y su aplicación práctica al procedimiento de referencia, se proponen las siguientes pruebas:

1. Declaración de Don Fernando Reinares Nestares, Catedrático de Ciencia Política y Estudios de Seguridad en la Universidad Rey Juan Carlos y autor de un estudio arriba aportado sobre patrones y perfiles aplicables a investigaciones sobre lo que se ha dado en llamar “terrorismo yihadista”.

2. Javier Jordán, profesor del Departamento de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad de Granada, autor de otro de los Escritos aportados experto en la técnica citada de perfiles y patrones en el ámbito reseñado.

3. D. José Luis Martín Alonso, Alférez E.F.T. (Estadística) de la Guardia Civil, experto en el manejo del software SPSS.

4. D. José Luis Martín Juárez, Presidente de Interligare, Compañía Europea de Investigación y desarrollo de sistemas de información aplicados a la Inteligencia militar, policial, política y empresarial. A la postre, empresa filial del CNI.

5. D. Gregorio Díaz Dionis, Presidente del Equipo Nizkor.

— En relación con el vídeo incorporado a las actuaciones y que aparece reflejado en el f. 1823 del Tomo y, se pide:

Declaración de D. Claudio Franco, periodista de la Fundación NEFA.

Declaración de D. Evan Kohlmann, que, como se refleja en el Informe en cuestión, ha participado como experto en numerosos juicios de terrorismo en los EE.UU. (también en el ámbito de los Tribunales Militares de Guantánamo Ray) y Europa.

De forma alternativa se propone la prueba como testifical

Más documental:

Se propone como prueba a través de Comisión Rogatoria ante las autoridades competentes estadounidenses la remisión de informe detallado acerca de las cuentas, balances y patrimonio de la Nefa Foundation, oauce/s de financiación, participación en otras sociedades, etc.

Asimismo se propone, por la misma vía, la remisión de las resoluciones judiciales que hayan puesto fin a los procesos que se citan en los folios 1825 y 1826 del Tomo V y en los que han intervenido como supuestos testigos- expertos en terrorismo los miembros de la Nefa Foundation, como también el envío de las declaraciones vertidas en los procesos de referencia por los citados expertos (Sr. Kohlmann)

Que se oficie a los operadores de telefonía (sujetos obligados) -Movistar, Orange, Vodafone y Yoigo, según se desprende de los autos— para que expida información debidamente documentada de:

—Tráficos de llamadas entrantes y salientes (ICC), o sea, información complementaria de las interceptaciones.

—Datos de la comunicación referidos en el art. 85 del RD 424/2005 y, en general, los datos (en los términos del Reglamento 424/2005 y la ley 25/2007) correspondientes a las interceptaciones legales llevadas a cabo (“metadatos”) en su caso, sobre cada una de las líneas telefónicas que aparecen en la causa (identificadas por el número de terminal, IM ...) y que han sido intervenidas.

—Copia de cuanta comunicaciones se hayan producido por la vía segura electrónica o no (H11 y H12) entre sujeto autorizado y obligado, incluyendo los datos legales de las interceptaciones.

H11: información de administración

H12: información asociada (IRI)

H13: contenido de la comunicación (CC)

- Copia de la documentación en soporte de papel o electrónico (correos y faxes) remitidos entre el coordinador del sujeto facultado (para pedirlos) y el coordinador de referencia en el sujeto obligado (operador telefónico) referente a las ordenes de interceptación de cada uno de los números. Esto es, faxes, imeails etc. remitidos por el sujeto autorizado (en términos del RD de 2005 y de estándar ETSJ) al operador, además del contenido de las escuchas y los datos asociados a esos números. Pedimos, para entendernos, las comunicaciones entre policía y operador que obligatoriamente deben conservar:

2 Las órdenes de interceptación los registros de auditoría, las copias de seguridad, la documentación del sistema de interceptación y cualesquiera otros documentos en papel o electrónicos importantes para la segunda del sistema de interceptación deberán guardarse en cajas fuertes, armarios o archivadores dotados de sistema de apertura mediante llave u otro dispositivo equivalente.

4 Deberá establecerse por cada sujeto obligado un sistema de registro de entrada y salida de documentos en papel y electrónicos, en el que deberá constar la fecha y hora, además la identidad de la persona que los saque o introduzca

Debe remitirse, por tanto, a la Sala, copia informática autenticada de tráficos de llamadas y, en general, los datos (en los términos del Reglamento 424/2005 y la ley 25/2007) correspondientes a las interceptaciones legales llevadas a cabo (“metadatos”), en su caso, sobre cada una de las líneas telefónicas que aparecen en la causa (identificadas por el número de terminal, IMEI ...) y que hayan sido intervenidas.

Los números a que se hace referencia son:

(Tomo 1)

1. Teléfono. Nokia con IME n° 350605/80/001544/0, con tarjeta Movistar no 1100140831102
2. Tarjeta móvil n° 219391024323
3. Teléfono Alcatel IME n° 350946542939491
4. Teléfono Panasonic IME 449123878274322
5. Teléfono Samsung IMEI 359308/00594261/4 con tarjeta Vodafone no 34568540700020473
6. Tarjetas de telefonía móvil Wind n° 3286890953, Jazz 8992200091 300281240, marca Prepay n° PTML 033001239146
7. Teléfono Ericsson, con tarjeta marca MTN, n° serie PY7A1022013
8. Teléfono móvil Nokia de Muharnrnad Irnran Cheena
9. Teléfono LO de Kader Malik
10. Teléfono Nokia de Sabih Iqbal
11. Teléfono Nokia IME 35299/01/873710/5 con tarjeta Vodafone n° 34568920707015984
12. Teléfono Samsung con tarjeta Vodafone de Mohamed Sarosh
13. Teléfono Nokia n° 355040/00/339472/0, con tarjeta Movistar n° 4100146437026

14. Teléfono Samsung con tarjeta Vodafone de Hafeez Ahmed.
15. Teléfono Nokia IMEI 450071—00—267071
16. Tarjetas telefónicas Amena 691114635, Vodafone 3456 982070410168 8, Jazz 8992100043000694124, tarjeta Movistar 6100015012361, Vodafone 3456 952070093753 7, tarjeta Amena 8934013470612414211

(Tomo II)

1. Teléfono de Qadeer Malik 660502079 (Tomo III 1.

Teléfono 663184862

2. Teléfono 650215279

3. Teléfono 662224627

4. Teléfono 697229865

5. Teléfono 647033191

6. Teléfono 636963549 (Tomo IV)

1. Teléfono tarjeta prepago 634221752, a nombre de P Ur Rehman Abbasi

2. Teléfono 686003650 con IME 8934075100125934448 (Tomo V)

1. Teléfono con IME S30880—S5100—P507—1

2. Tarjeta Vodafone del no 600308830

3. Teléfono n° 3286890953 (Jknexo II

4. Teléfono 392651165

5. Teléfono 600023636 cori IME 355040003394720

6. Teléfono 03621790893

7. Teléfono 3293882627

8. Teléfono 65353535106

9. Teléfono 00393333836422

10. Teléfono 653535106

- Que se oficie a la Guardia Civil y al CNI a fin de que determinen los teléfonos intervenidos en la presente causa, los metadatos transmitidos y recabados de las compañías y el contenido de las escuchas, amén de la cobertura judicial del acopio de datos e intervenciones.

Posteriormente, tras la incorporación de una pieza nueva al sumario y con la finalidad de evidenciar que el procedimiento se deriva de escuchas telefónicas anteriores no incorporadas en forma a los autos, esto es con los autos judiciales habilitantes, pero si se han utilizado su contenido, lo que las haría nulas, y conforme al contenido del acuerdo del Pleno de esta Sala de

26.5.2009, sobre desglose de procedimientos y escuchas telefónicas, se propuso la prueba que se oficie a los operadores de telefonía (sujetos obligados de la interceptación legal de la comunicación) — Movistar, Orange, Vodafone, ONO, Telefónica para que remitan cuantos datos, metadatos y documentos de cualquier tipo ya en soporte papel ya en soporte informático sobre interceptaciones legales de cualquier tipo de comunicaciones sobre esos soportes.

IMEI	OPERADOR	USUARIO
354544017305953		(f. 72 Anexo 1)
Nº TELEFONO	OPERADOR	USUARIO
663184862	Vodafone	(f.13 Anexo 1)
650215279	Vodafone	(f. 13 Anexo 1)
627040200	Movistar	(f. 13 Anexo 1)
931628752	ONO	(f. 13 Anexo 1)
663642979	Vodafone	Zulfiqar Ahmed
617730371	Vodafone	Taimoor Arif
662224627	Vodafone	Ah Rafaqat
677088371	Vodafone	(f. 49 Anexo 1)
600308830	Vodafone	(f. 49 Anexo 1)
664544361	Vodafone	(f. 49 Anexo 1)
660502079	Vodafone	(f. 49 Anexo 1)
663545070	Vodafone	(f. 49 Anexo 1)
657386379	Vodafone	(f. 49 Anexo 1)
61033804€	Vodafone	(f. 49 Anexo 1)
600023636	Vodafone	(f. 49 Anexo 1)
687150188	Vodafone	f. 49 Anexo 1)
600779325	Vodafone	(f. 49 Anexo 1)
659103006	Telefónica Móviles	(f. 49 Anexo 1)
933025683	Telefónica	(f. 49 Anexo 1)
934416653	Telefónica	(f. 49 Anexo 1)
663678237	Vodafone	(f. 100 Anexo 1)
671992671	(f. 105 Anexo 1)	

IP

IP 8133.11322 - el 14-01-2005 a las 00:08:1B (hora empallola) IP 81.33.113,221 el 17-01-2008 a las 12:00,33 (hora española). IP 83.67 180.88- el 17-01-2008 a las 1S:32:41 (hora española).

La Sala inadmitió la prueba documental 1,2,5,6,7,8,9,10,11,12 por ser innecesarias para el enjuiciamiento de éste procedimiento. Las numeradas 3 y 13, al estar en inglés y no aportar la parte su traducción. Y la 4 por afectar principalmente aspectos penales sobre los que el propio letrado en su informe podrá ilustrar al Tribunal.

La más documental d, e y f, por ser diligencias de investigación. Impropias de esta fase y que parecen dirigidas a investigar si puede existir otra causa vinculada a ésta, de lo que carece de base.

Respecto a la testifical-pericial, la numerada 1 y 2 se in admite porque la documental elaborada por estas personas ya se ha indicado que no resultan útiles para el enjuiciamiento de los hechos.

La numerada 3,4 y 5 se inadmiten porque tampoco parece que puedan resultar de utilizar para los concretos hechos que aquí se ventilan. Debe señalarse que estas declaraciones sean en conceptos de peritos o de testigos se basan en fuentes de conocimiento públicas, al alcance de las partes y del propio Tribunal, incluso en muchos casos las fuentes son procedimientos judiciales seguidos en este tribunal, a diferencia de la pericial mixta de los miembros del servicio de inteligencia, cuyas fuentes en gran parte no son públicas y a diferencia de lo que ocurre con la pericial de la profesora Sra. Borreguero, que se refería a una concreta reivindicación por un grupo, estas periciales-testificales se proponen en relación a cuestiones genéricas sobre el terrorismo islamista, ya conocidas por el Tribunal, y que en cualquier caso pueden ser objeto de informe del letrado.

-La proposición de Evan Colman se justifica sobre la base de que ha participado como experto en numerosos juicios de terrorismo en EEUU, pero ello no es suficiente para considerar que su declaración pueda resultar de utilidad a los efectos de este procedimiento.

-Con referencia a la más documental, 5 Comisión rogatoria a las Autoridades competentes estadounidenses para la remisión del informe detallado acerca de los concretos balances y patrimonio de la Nefa Foundation, no se admite por cuanto tal fundación no es objeto de este procedimiento y no cabe una prueba dirigida a investigar a esta fundación en este juicio oral.

Las núm. 6 y 7 que se justifican indicando que no consta resolución judicial alguna acordando intervenciones telefónicas, se inadmiten, al no ser ello así, pues tales resoluciones constan en el anexo 1 del sumario, por lo que

todas las pruebas en su mayor parte diligencias de investigación que se solicitan en este apartado, deben ser rechazadas y también se hace constar que las intervenciones telefónicas acordadas a instancia del Centro Nacional de Inteligencia, son secretas por LO. 2/2002, con lo que en ningún caso cabría la prueba que en este sentido solicita la parte.

Consecuentemente no puede entenderse que el tribunal a quo haya incurrido en la censurable práctica de no motivar el acuerdo denegatorio de parte de la solicitud de prueba, y su decisión, por el contrario, ha sido fundada y tal rechazo no es irrazonable, y no podemos olvidar que el juicio sobre la pertinencia de la prueba corresponde al órgano judicial de instancia, de modo que este tribunal solo puede revisar la valoración si la decisión denegatoria de la prueba aparece carente de todo fundamento o su fundamentación de motivación es incongruente, arbitraria o irrazonable, lo que no se aprecia en el supuesto sometido a nuestro análisis casacional en el que no se justifica que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia –bien entendido que la eventual estimación del motivo no podría implicar como se infiere de la petición final de la parte- la absolución de los recurrentes, sino, conforme a lo preceptuado en el art. 901 bis a), la anulación de la sentencia y devolución de la causa al Tribunal, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, y la sustancie y termine con arreglo a derecho, esto es con la práctica de la prueba indebidamente denegada y el dictado de una nueva sentencia.

En efecto la existencia de intervenciones telefónicas anteriores y la aportación a la causa del profuso estado de datos de tráfico de llamadas, así como esa dualidad inicial de procedimientos, no tendrían especial relevancia, desde el momento que la propia sentencia no utiliza aquellas como medio de prueba, tal como se ha explicado en motivos precedentes.

La aportación de trabajos y ensayos doctrinales de tipo teórico sobre terrorismo islámico, sin especificar que es lo que se intenta probar, ha sido correctamente desestimada. La prueba que las partes deben proponer se contrae a los hechos objeto del proceso, los hechos sometidos a su enjuiciamiento. El Juzgador debe apoyarse en la prueba que sobre los mismos se practique como única fuente de conocimiento para afirmar el relato fáctico.

La construcción del enjuiciamiento penal parte de la diferenciación entre el hecho y el derecho, correspondiendo a las partes la aportación de

elementos probatorios de los hechos y al Juzgador la valoración de la prueba y la aplicación de la norma penal correspondiente.

Por ello, la proposición de una prueba sobre una cuestión jurídica – como es la naturaleza del terrorismo islámico, es algo ajeno al hecho objeto de enjuiciamiento y perteneciente a la interpretación de la Ley sobre la que no cabe peritaciones ajenas a los órganos judiciales (STS. 1231/2003 de 25.9).

El motivo por lo expuesto se desestima.

DECIMO TERCERO: El motivo sexto por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación de precepto sustantivo donde los hechos que se declaran probados, en concreto los arts. 515 y 516 CP, pertenencia a organización terrorista como integrante. Alternativamente con la misma base procesal, por inaplicación del art. 576 CP, colaboración con banda armada.

Se señala en el motivo la falta de justificación de uno de los elementos esenciales del tipo penal cual es el elemento armas y todo lo más colaboración.

Como hemos señalado en las SSTs. 503/2008 de 17.7 y 480/2009 de 22.5 La jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la idea del terrorismo que se extrae de los preceptos que sancionan este tipo de conductas.

Así el Tribunal Constitucional abordó la ausencia de definición de delito de terrorismo ya que fue éste, precisamente, el argumento principal del recurso de inconstitucionalidad contra la LO 3/88, de 25 de mayo de reforma del CP en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

La cuestión fue resuelta por la STC 89/93, de 12 de marzo. En ella se lee que el "terrorismo" (y también la actuación de "bandas armadas" o de "elementos rebeldes") "aparece en la reforma como elemento configurador de tipos específicos de asociación ilícita y de colaboración -arts. 174.3 y 174.bis.a)-, ciertamente, pero también como causa determinante de la agravación de la responsabilidad criminal por cualesquiera delitos -art. 57.bis.a) y art. 174.bis.b), que se refiere a delitos para cuya perpetración se hayan utilizado "armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos

explosivos, *inflamables o medios incendiarios de cualquier clase*"- o por infracciones penales determinadas (art. 233: atentado contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales)".

Y en ella se señala que la expresión "elementos terroristas" "está ya presente en el art. 1 LO 11/1980 y que la referencia a las "organizaciones terroristas" aparece, por su parte, en los arts. 2.1, 7.1 y 8.1, entre otros, LO 9/1984, textos legales que han sido objeto de interpretación y aplicación, al igual que los hoy impugnados, por nuestros tribunales penales, en cuya jurisprudencia cabe ya identificar -como no podía ser de otro modo- una delimitación, suficientemente clara y precisa, de nociones como las empleadas por la LO 3/1988. Se encuentra en dicha jurisprudencia, en efecto, la determinación de los rasgos inherentes a la delincuencia terrorista, tanto a su carácter de criminalidad organizada como a los medios empleados y finalidades perseguidas". Y que "es preciso recordar, en fin, la existencia de instrumentos internacionales (muy en particular, el Convenio Europeo 27 enero 1977 para la represión del terrorismo, ratificado por España: BOE 8 octubre 1980), que como dijo la citada STC 199/1987 (f. j. 5º), establecen criterios objetivos para la determinación de aquel concepto. La criminalidad terrorista *conlleva un desafío a la esencia misma del Estado democrático* y también, por decirlo con las palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un *riesgo especial de sufrimientos y de pérdidas de vidas humanas* (S 30 agosto 1990: caso Fox, Campbell y Hartley) que ha impuesto regulaciones específicas en el ámbito de la comunidad internacional y en muchos ordenamientos estatales, regulaciones que contribuyen también a aportar criterios definidores, por vía de aplicación directa o de comparación normativa".

Y aún antes de que la sentencia anterior dejara sentada la doctrina de que la falta de un concepto de terrorismo no afectaba a la Constitución, defendiendo el carácter conocido de dicha noción y el valor de la jurisprudencia a la hora de elaborar uno, la sentencia del Tribunal Constitucional 199/87, del Pleno de 16 de diciembre, que resolvía el recurso contra la LO 9/84, de 26 de diciembre sobre actuación de *bandas armadas o elementos terroristas* y supresión de derechos y libertades en desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, que introdujo el art. 520 bis LECr. (prolongación de la detención) y reformó los arts. 553 y 579 LECr. (detención y registro

inmediato), afirmaba “el carácter de constituir un *riesgo para el desarrollo de la vida de los ciudadanos* por el *terror* que su actividad creaba”.

Y remarcaba, en su fundamento de derecho cuarto, que “el terrorismo característico de nuestro tiempo, *como violencia social o política organizada*, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como terroristas, se manifiesta ante todo como una comunidad propia de organizaciones o grupos, de bandas, en las que usualmente concurrirá el carácter de armadas. Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado de esta actividad delictiva”.

Y en esta misma línea, señalando, como efecto de los grupos terroristas y de los que los sirven, *la intención* de causar mal *-intimidar-* a los habitantes de una población o de una colectividad, el auto del Tribunal Constitucional de fecha 27-7-03, que resuelve el recurso de amparo interpuesto por Batasuna contra la sentencia de 27 de marzo de 2003, por la que se declaraba la ilegalidad de Herribatasuna, Batasuna, y Euskal Herritarrok, en el fundamento de derecho séptimo decía que “no menos claro sería el menoscabo de derechos fundamentales y libertades públicas de terceros, especialmente de quienes residen en el País Vasco y viven bajo amenaza de muerte, de exilio o de graves males... reconociendo la sentencia impugnada como probados hechos imputados al partido recurrente en muchos de los cuales es evidente la *finalidad de intimidación* a categorías o clases enteras de personas”.

La sentencia nº 48/2003, del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 12-3-03, que desestima el recurso interpuesto frente a determinados preceptos de la Ley 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, recuerda que “Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, algunos de los cuales se mencionan en los arts. 6 y 9 de la Ley impugnada. Principios todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto ésta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecido en su Título X. Esto sentado, desde el respeto a

esos principios, y como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley recurrida, según acabamos de recordar, *cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales*. Hasta ese punto es cierta la afirmación de que la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7).

Y recuerda que “los "principios democráticos" no pueden ser, en nuestro ordenamiento, sino los del *orden democrático que se desprende del entramado institucional y normativo de la Constitución*, de cuyo concreto funcionamiento resulta un sistema de poderes, derechos y equilibrios sobre el que toma cuerpo una variable del *modelo democrático* que es la que propiamente la Constitución asume al constituir a España en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)”.

Y señala que “lo cierto es que la legitimación de las acciones terroristas o la exculpación o minimización de su significado antidemocrático y de la violación de derechos fundamentales que comportan puede llevarse a cabo de modo implícito, mediante actos concluyentes, en determinadas circunstancias, siendo claro que, en tales supuestos, no puede hablarse de vulneración de la libertad de expresión... Que así entendido deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto de colaboración con el terrorismo o la violencia... y lo mismo cabe decir, cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principio democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático”.

De todo ello se desprende que la jurisprudencia del TC ha configurado un concepto de terrorismo sobre la *base del propósito de difundir una situación de inseguridad* por la repetición de actividades, *con una capacidad intrínseca* necesaria para *producir esas situaciones de terror en la colectividad*, situación de terror por la inseguridad ciudadana que la actuación de esos grupos conlleva.

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, igualmente mantiene la doctrina según la cual la determinación del carácter de actividad terrorista *por la naturaleza de las acciones de quien las comete*, es respetuosa con la Constitución, dado que ésta no la define de modo completo, no siendo,

por tanto, necesario que exista un concepto legal de terrorismo para que puedan ser castigadas como tales determinadas acciones.

En la STS. 33/93 de 25.1 se puede leer que “el terrorista es algo más que el criminal común, pues no sólo viola los derechos de los particulares, sino que rechaza los principios en los que se asientan los derechos y pretende la destrucción de la capacidad del Gobierno para protegerlos. No sólo viola los derechos de los demás con violencia sino que lo hace con el propósito de hacer inseguros los derechos de todos”.

La STS. 2/97 de 29.11, además de defender que la ausencia de una definición de terrorismo no impide, sino que obliga a los juzgadores a configurar un concepto de terrorismo en atención a las acciones cometidas, sienta el carácter absolutamente ilegítimo de la acción violenta cuando señala que: “Es evidente que con las fórmulas legales contenidas en los preceptos analizados se reafirma el designio constitucional de que ninguna actividad que incluya la violencia como método de lucha política resulte homologada para participar en la vida pública. Se garantiza así el pluralismo político, y la libertad ideológica, como lo demuestra el dato de que el título básico incriminador del terrorismo -concepto de obligada referencia en todas esas conductas- no es su teórica finalidad política tomada aisladamente, sino la actividad violenta que los terroristas diseñan y ejercitan para alcanzar sus objetivos y el efecto social que el mismo produce, dirigido a torcer los normales mecanismos de decisión política”.

Para la STS. 546/2002 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, 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”.

Como se lee en la STS. 633/2002 de 21.5: “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.

La STS. 556/2006 de 31.5 señala que “el Código Penal vigente configura los delitos de terrorismo según dos criterios, uno de tipo teleológico y otro de carácter estructural u orgánico. El primero está representado por la finalidad de “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”. El segundo criterio reclama que las acciones incriminables objeto de imputación hayan sido realizadas por sujetos integrados en grupos dotados de una articulación orgánica idónea para la realización de aquéllos objetivos. En consecuencia, lo requerido para que, en rigor, pueda hablarse de delincuencia terrorista es la presencia de bandas o grupos armados que recurran a la violencia contra las personas o las cosas para provocar alarma o pánico, haciéndolo de forma organizada”.

Por su parte la STS. 50/2007 de 19.1 concluye que “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, 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” .

Por último la STS. 503/2008 de 17.7, declara que “el concepto de terrorismo está asociado a la finalidad de alterar, incluso hasta hacerlo desaparecer, un orden, o forma de vida, político, económico, cultural y social caracterizado en nuestro ámbito por un sistema democrático de libertades, finalidad que se pretende conseguir mediante la ejecución de actos, generalmente violentos, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y atemorizar a la población. De ahí que, cuando se aprecie la existencia de uno o varios grupos organizados que realizan esa clase de hechos con el objetivo de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, deberá estimarse la existencia de terrorismo”.

Y continúa diciendo: “...la acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito. Puede justificar, en función de las circunstancias, y siempre con respeto al principio de proporcionalidad, una investigación, un control policial e incluso una restricción temporal de algunos derechos individuales, como por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones, en la medida en que tal forma de expresarse representa un indicio razonable de la existencia de un peligro, constituido por la posibilidad cierta de que algunos de los que participan de una u otra forma en la expresión o en la difusión de tales ideas puedan avanzar hacia la acción, o de que ya lo hayan hecho, lo que generalmente se traduce en el primer paso para la constitución de un grupo más o menos organizado orientado al favorecimiento en una u otra forma, o incluso a la ejecución directa de actos terroristas.

Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o

acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida.

Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo.

Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos penales siempre será preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho.

No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción.

Asimismo, continúa diciendo la STS. 17.7.2008 aunque muchos de los pronunciamientos jurisprudenciales se refieren al terrorismo de ETA o de otras organizaciones terroristas similares, su sentido puede ser aplicado a otras formas de terrorismo que actúan sin límites territoriales, como ocurre con el de raíz islamista radical o yihadista, siempre caracterizado por el empleo de la violencia contra la visión occidental del mundo, aunque se pueda manifestar con distintas variaciones o matices que no alteran su naturaleza terrorista. Desde la perspectiva de una sociedad libre y del Estado de Derecho, no caben diferencias en cuanto a la valoración y al rechazo de la actividad terrorista. No obstante, la aplicación de aquellos pronunciamientos puede requerir ocasionalmente de algunas precisiones, pues la concepción de la organización terrorista y la concreción de sus finalidades, pueden presentar algunas diferencias.

A título de ejemplo, de un lado, la finalidad de alterar o destruir el orden constitucional, tal como se menciona en algunas sentencias, debe ser entendida no solo en cuanto al orden constitucional político, sino de forma más amplia, en relación a la Constitución y a los Tratados internacionales, como el conjunto de derechos y libertades reconocidos en ellos, tanto los de orden individual como los de naturaleza colectiva.

De otro lado, lo que en algún terrorismo se manifiesta como una organización jerarquizada en su totalidad, en esta otra clase de terrorismo la experiencia habida hasta el momento, especialmente en relación con Al Qaeda, demuestra que puede aparecer en formas distintas, en ocasiones como una fuente de inspiración ideológica de contenido o raíz fuertemente religiosa orientada a servir de fundamento y justificación a las acciones terroristas, acompañada de la constitución de grupos, organizaciones o bandas de menor tamaño, vinculadas con aquella y orientadas a hacer efectiva la difusión de ideas, a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento, auxilio y distribución de los ya captados, a la obtención de medios materiales, a la financiación propiamente dicha, a la ejecución directa de actos terroristas o a la ayuda a quienes los han perpetrado o se preparan para hacerlo, o bien a otras posibles actividades relacionadas con sus finalidades globales. Tales grupos, bandas u organizaciones, reciben generalmente su inspiración y orientación de la fuente central, aunque incluso en este aspecto pueden presentar variaciones ordinariamente no sustanciales.

Pero, además de estas manifestaciones, es posible apreciar la existencia de otros grupos, bandas u organizaciones en los que, aunque inspirados en el mismo sustento ideológico, tanto su estructura como su actuación son independientes de aquella fuente, de forma que disponen de sus propios dirigentes, obtienen sus propios medios y eligen sus objetivos inmediatos. Todo ello, siempre en atención a las peculiaridades de cada caso, permite considerar que cada una de ellas, incluyendo la fuente ideológica, constituye un grupo, organización o banda terrorista, de forma que sería posible que una sola persona se integrara en varias.

Y en tercer lugar, en estos casos, la recluta, el adoctrinamiento y la afiliación se inician sobre la base de la transmisión de concepciones radicales de la religión islámica, a las que son más sensibles quienes menos formación religiosa poseen, difundidas en centros o en lugares adecuados, de donde se evoluciona a la disposición efectiva de los nuevos fieles a la ejecución de

actos terroristas o a cualquier forma de favorecimiento de esa actividad. La trascendencia de estas actividades en relación a las posteriores acciones violentas es innegable, pues “ese fundamento religioso justifica la acción violenta en sí e inhibe los frenos morales del autor de tal acción”, (STS nº 119/2007).

En cuanto a la pretensión de que la conducta de los acusados se subsuma en el delito de colaboración del art. 576 y no en el de integración del art. 516.2 respecto al delito de pertenencia o integración en la STS. 480/2009 de 22.5, hemos recordado como en la STS. 134/2001 de 28.6, se decía: “La pertenencia, impone por sí misma una prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda, ya en el campo ideológico, económico, logístico, de aprovisionamiento o reejecución de objetivos de mayor intensidad que las conductas de colaboración previstas en el art. 576”.

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

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

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

De ahí que aquellas personas no integradas en la organización que realizan esporádicamente actos de colaboración definidos en el art. 576 del Código penal son autores de un delito de dicha clase, pero los que perteneciendo a la organización, como miembros de la misma, realizan tales

acciones deben ser sancionados conforme al art. 516 del Código penal, salvo que tales actos sean “per se” constitutivos de otro ilícito penal, lo que producirá un concurso delictivo.

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

A su vez la STS. 785/2003 de 29.5, señalaba al diferenciar una y otra figura, que: “En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha efectuado el deslinde entre los delitos de integración en banda armada de los arts. 515 y 516 y de colaboración con banda armada del art. 576, ambos del Código Penal, en relación a la intensidad y persistencia de la persona en la estrategia y métodos de la organización terrorista, de tal modo que el integrante en banda armada aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vértebra la actividad terrorista en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la actividad terrorista participando de sus discursos y de su actividad, sin perjuicio de que sí, se acreditara la intervención del integrante en concretos actos de terrorismo, sin riesgo de vulneración del principio *non bis in idem*, procedería, además de la sanción por el delito de integración, el que pudiera corresponder por el acto de terrorismo enjuiciado --SSTS 1346/2001 de 28 de Junio y 1562/2002 de 1 de Octubre--”.

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

En la STS. 119/2007 de 16.2, se citaban los requisitos establecidos jurisprudencialmente para apreciar la pertenencia a banda armada, grupo u organización terrorista, se decía en esta sentencia, recogiendo doctrina de otras precedentes, que al respecto, hemos establecido (Sentencia nº 1.127/2002, de 17 de junio; o nº 556/2006, de 31 de mayo) que los requisitos que se exigen para la apreciación del delito de integración en organización terrorista, son los siguientes:

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

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

Respecto al delito de colaboración con banda armada.

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

finés. 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 vértebra la actividad terrorista en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la actividad terrorista participando de sus discursos y de su actividad, sin perjuicio de que si, se acreditara la intervención del integrante en concretos actos de terrorismo, sin riesgo de vulneración del principio «non bis in idem», procedería, además de la sanción por el delito de integración, el que pudiera corresponder por el acto de terrorismo enjuiciado –SSTS 1346/2001, de 28 de junio y 1562/2002, de 1 de octubre–.

Por contra, el delito de colaboración con banda armada supone un grado claramente inferior en la medida que partiendo de una cierta adhesión ideológica (no exigida estrictamente por el tipo), lo relevante es la puesta a disposición de la banda, de informaciones, medios económicos, transporte, en definitiva ayuda externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en aquélla, realiza una colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece conectada con concreta actividad delictiva. Por ello, son notas distintivas del delito de colaboración –entre otras, STS 29 de noviembre de 1997–, a) su carácter residual respecto del delito de integración; b) es un tipo autónomo que supone un adelantamiento de las barreras de protección por razones de política criminal, de suerte que si los actos de

colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto se estaría en el área de la participación en tal delito –nuclear o periférico– pero no el de la colaboración; c) por ello, es un delito de mera actividad y de riesgo abstracto que se suele integrar por una pluralidad de acciones por lo que tiene la naturaleza de tracto sucesivo, el propio tipo penal se refiere a la colaboración en plural «...son actos de colaboración...» 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 coadyuvan a las actividades de la Organización armada, tanto si proporcionan directamente datos sobre víctimas seleccionadas previamente por la organización para un eventual atentado, como si se limitan a facilitar información genérica sobre víctimas posibles, no contempladas todavía en la planificación de la organización para un atentado previsto pero que, por sus características personales o profesionales (miembros de las fuerzas de seguridad, por ejemplo), constituyen eventuales objetivos, e incluso si dicha información constituye una aportación eficaz al funcionamiento de la banda (facilita la comunicación entre los comandos o de éstos con la cúpula de la organización, favorece la obtención de medios económicos, transportes, entrenamiento, reclutamiento, etc.), en cuestiones distintas a las acciones armadas, propiamente dichas.

En definitiva, la esencia del delito de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la misma, conociendo sus métodos,

determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la organización obtendría más difícilmente –o en ocasiones le sería imposible obtener–, sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quiénes, sin pertenecer a ella, le proporcionan su voluntaria aportación.

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

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

Expuestas estas consideraciones previas el motivo deviene inadmisibile.

Como ya hemos anticipado el concepto de terrorismo acoge 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, y dicho concepto no siempre se identifica con el de banda armada, sino que es la naturaleza de la acción cometida, o proyectada, la que determina el carácter terrorista o no de la misma, para cuya comisión se constituye o en la que incurre una vez constituida, pero el delito de asociación terrorista –como cualquier otro de

asociación ilícita- no se consuma cuando el desenvolvimiento de su actividad se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, bastando con que se acredite alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción (STS. 290/2010 de 31.3).

En el caso presente en el factum se detalla como entre finales 2007 y principios 2008 se constituyó un grupo que decidió seguir los postulados de violencia y empleo de la yihad, preconizados por el líder talibán Baitullah Mehsud, lo que les llevó a tomar la decisión de llevar a cabo una acción violenta empleando material explosivo contra el Metro de Barcelona que pudiera provocar un numero elevado de víctimas.

Consecuentemente no nos encontramos en una mera inmersión fanática en teorías fundamentalistas y ante una predisposición genérica a luchar contra los infieles, sino que ya habían decidido o aceptado participar en la imposición de esas ideas mediante la violencia terrorista. Que todavía los materiales intervenidos no fueran suficientes para preparar los artefactos explosivos necesarios –o que éstos no hayan sido ocupados- no desvirtúa su consideración penal como grupo organizado terrorista. Que estuviesen o no “armados” es irrelevante desde el momento en que se considera probado que pretendían cometer un atentado con finalidad vinculada al yihadismo.

Siendo así la calificación de integrantes debe aplicarse a los recurrentes cuya responsabilidad individual se deriva en estos casos, precisamente, por la propia pertenencia al grupo que ilícitamente actúa y por el desempeño de las atribuciones concretas que el correspondiente “reparto de papeles” le corresponda a cada uno, dentro de la estructura funcional de la organización.

Por consiguiente, en principio, obtenida la calificación como terrorista del grupo de referencia, es acertada la atribución de integrante de la misma para todos aquellos que cumpliendo las existencias del conocimiento de sus fines, fueran sus miembros, ya que quien forma parte activa, cualquiera que sea su cometido personal concreto, de una organización con un designio terrorista del mismo, no requerirá inicialmente una actividad determinada, puesto que las acciones concretas constitutivas de infracciones penales autónomas son independientes del delito de integración y suponen sustratos de hechos diferentes (STS. 16.7.2004), bastando la constancia de su contribución y sometimiento, los dirigentes de la plural actividad terrorista, si

como la participación en la obediente ejecución y control de las instrucciones recibidas.

-Sobre el carácter de “directivo” de Marrof Ahmed Mirz la sentencia de instancia considera probado que era quien dirigía el grupo, quien fue presentando al testigo protegido F.1 a los demás miembros del grupo, y quien dio instrucciones a Shaid Iqhal para comprar un ordenador con F.1 tal como señaló en su declaración este último (“que era el jefe del grupo y la persona que tomaba las decisiones sobre la acción a realizar y con quien debía contactar al llegar a Barcelona”). Calificación correcta por cuanto para calificar la conducta como de dirección, el sujeto debería poner en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orienten la actuación del grupo, en cuanto a la comisión de los delitos –aunque no signifique intervención efectiva en ninguno de ellos en concreto- predeterminando con ellas el marco de actuación de los meros integrantes.

DECIMO CUARTO: El motivo séptimo por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 573 CP. por cuanto la sentencia condena a dos de los acusados Sabih Iqbal y Qadeer por tenencia de explosivos, haciendo expresa mención a que no afecta la cantidad de los mismos, lo que supone un olvido grave del principio de lesividad u ofensividad ya que debe exigirse la lesión o amenaza del bien jurídico.

Dado que el motivo debe entenderse interpuesto solo por el condenado Qadeer, al no ostentar esta parte la representación y defensa del otro condenado por este delito, Shaib Iqbal –quien, a su vez, **en el motivo quinto** de su recurso ha denunciado igualmente y por la misma vía casacional, **art. 849.1 LECrim. la infracción del art. 573 CP;** cuestionando la calificación de explosivos de la sustancia ocupada por encontrarnos ante material pirotécnico, procede su conjunto análisis para evitar repeticiones innecesarias.

Para la correcta resolución de los motivos debemos recordar que el delito del art. 573 CP. es un tipo penal de cierre que exige la ausencia de todo resultado, de suerte que producido éste, correspondería, en su caso, la aplicación del tipo penal correspondiente a la infracción cometida, si como consecuencia del resultado correspondería pena mayor, en cuyo caso quedaría

absorbido el delito del art. 573, que es una cláusula específica de agravación que produce sus efectos sobre las distintas modalidades delictivas que se describen por el legislador en los arts. 566^a 568 CP. (STS. 1327/98 de 24.10).

Por tanto, la figura del art. 573 CP. constituye un tipo específico de la modalidad conocida como delito de terrorismo y es de preferente aplicación por virtud del principio de especialidad frente a otras modalidades en las que el medio empleado y el resultado conseguido es idéntico, pero se actúa movido por otros fines. Tipo penal que absorbe, en consecuencia, en su propia redacción las figuras genéricas de posesión, tenencia, y depósito, cuando se actúa como integrante o en colaboración con organización terrorista (STS. 699/2007 de 17.7).

El tipo penal contempla dentro de su ámbito de aplicación tanto el depósito como la tenencia de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, así como de sus componentes. El bien jurídico, según la doctrina, dada la ubicación del precepto genérico, lo constituye la seguridad pública, en cuanto se proyecta sobre los riesgos para los bienes, vida e integridad personal, el patrimonio y el orden público, consistiendo el elemento subjetivo en que el autor haya tenido conocimiento de que la tenencia de las sustancias descritas en el tipo penal suponga un riesgo prohibido (SSTS. 1.3.2001, 601/2002 de 8.3), se trata, por tanto, de un delito formal o de simple actividad, de peligro abstracto y de comisión únicamente dolosa, y que no requiere para existir que se produzca un resultado dañoso para que esa pública seguridad, ya que es de peligro abstracto (SSTS. 854/99 de 16.7, 226/2001 de 21.3, 878/2001 de 18.5, 394/2002 de 15.2, 1944/2002 de 9.4.2003, 1235/2004 de 25.10).

Por su parte, el Tribunal Constitucional (STC Pleno de 24-2-2004, nº 24/2004), precisa que el bien jurídico protegido por la norma penal, conforme a la interpretación doctrinal y jurisprudencialmente más extendida, es la *seguridad ciudadana* (y, mediatamente, la vida y la integridad física de las personas).

Ahora bien, debe hacerse una interpretación restrictiva del tipo que la haga compatible con las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad, tanto desde la perspectiva de las garantías formales y materiales inherentes al principio de reserva de Ley, como desde la perspectiva de la proporcionalidad de la reacción penal, lo que implica que se trata de sustancias que posean una especial potencialidad lesiva y que su tenencia se

produzca en condiciones y circunstancias que la convierta en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concurra realmente ese peligro.

Y respecto a la tenencia de sus “componentes” –en cuanto supone de adelantamiento de las barreras de protección del derecho penal- debe limitarse a aquellos objetos, sustancias o compuestos químicos que constituyen o son parte integrante per se de aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, y en todo caso, en cantidad suficiente para preparar o llevar a cabo la confección de aquellos aparatos.

Condición ésta que difícilmente puede predicarse de 18 gramos de nitrocelulosa, procedente de bengalas de uso pirotécnico, y de otros objetos como perdigones para armas de aire comprimido, y minutereros cuyo destino y finalidad puede ser muy variado y no inequívocamente dirigido a fabricar sus artefactos explosivos o incendiarios.

En base a lo expuesto los motivos debiendo ser estimados con la consiguiente absolución de estos dos recurrentes del delito del art. 573 CP.

RECURSO INTERPUESTO POR SHAIB IQBAL, MEHMOOH KHALID, MUHAMMAD TARIK, MOHAMED SHOAIB, ABDUL HAFEEZ AHMED, MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI

DECIMO QUINTO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ. y art. 852 LECrim. concretamente art. 24.2 CE, que consagra el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, al haber aportado al proceso pruebas incompatibles con el concepto de proceso debido y por hallarse por ello afectadas de nulidad y al haberse tenido en cuenta en la instrucción y enjuiciamiento de la causa actos derivados de dichas pruebas, contraviniendo de ese modo al art. 11.1 LOPJ.

Se aduce en el motivo que tal como se interesó en el trámite de calificación definitiva, la declaración de nulidad del vídeo relativo a una presunta entrevista a Mauvi Omar por tratarse de una prueba incorporada al proceso sin las debidas garantías y, por tanto tuvo que ser declarada nula y expulsada del procedimiento, por cuanto no puede afirmarse que nos

hallemos ante un vídeo autentico, pues lo que queda de manifiesto es que se trata de un medio videográfico de origen dudoso y confección defectuosa, sometido a una meditación-manipulación gráfica necesaria para poder ser visionado, medio probatorio que no fue en modo alguno ratificado en el plenario por cuanto no depuso ni quien captó el audio en su momento, ni quien captó la imagen, ni ninguna otra persona que estuviera presente en dicha captación, ni la persona que aparece en el mismo por lo que al no respetar los principios de publicidad, contradicción e inmediación, especialmente en el plenario, debió ser declarado nulo y expulsado del procedimiento, y al no hacerlo así se ha vulnerado su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

Las cuestiones que se plantean en el motivo –que el vídeo por encontrarse colgado en la red no es garantía de su autenticidad, que no conste que haya sido rechazado por el entrevistado Mauvi Omar, las inconcreciones, lagunas y desconocimientos que presenta la declaración en el plenario del testigo Claudio Franco –ya han sido analizadas en el motivo primero del recurso precedente, emitiéndonos a lo ya razonado en aras a la brevedad.

No obstante debemos diferenciar (STS. 1328/2009 de 30.12- a efectos del art. 11.1 LOPJ. un concepto de prueba ilícita referido exclusivamente a la que es obtenida violentando derechos y libertades fundamentales, y otra suerte de ilicitud probatoria simplemente ordinaria, que se ha dado en llamar prueba irregular, cuyos efectos no podrían ser parejos a la anterior por mor del derecho fundamental a la prueba (art. 24.2 CE). Las primeras carecen de cualquier virtualidad probatoria, no pueden ser valoradas por el tribunal, son ineficaces con la lógica consecuencia de ser fuente de contaminación de las pruebas derivadas de las mismas. Las segundas –entre las que estaría el vídeo controvertido- no producen tal radical consecuencia, sus defectos originales pueden ser subsanados a lo largo del proceso y pueden por ello ser utilizados para formar la convicción de la Sala sobre el hecho a que se refieren.

DECIMO SEXTO: El motivo segundo por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ. y art. 852 LECrim. concretamente el art. 24.2 CE. en lo referente al principio de presunción

de inocencia, por no haber existido prueba de cargo suficiente para desvirtuarla.

Impugna la prueba central del proceso: el testigo F.1 que se presenta en la sentencia como un terrorista arrepentido que habría participado en actividades terroristas anteriores al servicio de Al Qaeda, que en el caso del pretendido atentado en Barcelona habría decidido echarse atrás y abortar el cometido yihadista a través de una llamada a un conocido relacionado con los servicios secretos franceses, y cuya naturaleza o condición entiende podría asumirse desde una triple perspectiva: agente encubierto de los servicios secretos, terrorista arrepentido, o agente semiencubierto, destacando la relevancia de su condición de terrorista arrepentido que debió haber dado lugar a la inaplicación de la figura del desistimiento, que hubiera llevado a calificar los hechos como de tentativa, lo que es contrario a la configuración dogmática de los delitos de terrorismo como de consumación anticipada, y en todo caso, debería haber sido procesado por su anterior actividad en Pakistán y Afganistán a tenor del art. 23.4 LOPJ y extraterritorialidad de la jurisdicción penal en la persecución del terrorismo, y si se quiere dar credibilidad a este testigo, lo mínimo hubiera sido procesarle y aplicarle, en su caso, la atenuación prevista en el art. 579.3 CP.

Asimismo destaca la inexistencia de corroboración más allá de lo expresamente aportado al proceso por el propio testigo F.1, elementos corroboradores que serían necesarios dada su condición de coimputado o de agente semiencubierto, dado que tanto lo hallado en la bolsa de basura tirada delante del agente del CNI como lo hallado en la mezquita fue introducido por aquel testigo F.1

- Hay exclusión más que corroboración de lo manifestado por dicho testigo, por cuanto el agente del CNI y los agentes de la Guardia Civil se refieren a investigaciones anteriores al día 17, lo que es incompatible con la llamada del testigo realizada el mismo día 18, de las desencones. El testigo refiere una inminencia del ataque y los hallazgos encontrados no permiten mantener esa hipótesis, y su relato no coincide con las declaraciones del vigilante de la Mezquita, con lo que pudo ver y oír el testigo de la oración que desmintió su contenido radical, y con la testifical del chico que también fue detenido en la mezquita y no ha sido acusado.

- En cuanto a la individualización de los hechos y la identificación de los acusados por parte del testigo protegido, solo se realizaron

reconocimientos fotográficos en sede policial y no reconocimientos en rueda pese a encontrarse todos ya detenidos.

- Y por último no hay prueba de la conexión de los acusados con grupos terroristas internacionales, por cuanto si la organización a que pertenecerían se constituye el 14 diciembre 2007, existe una dificultad cronológica para preparar un atentado un mes después en Barcelona, siendo incompatible con el envío de los suicidas –Mohamed Shoaib, Memo Khalid y Aqeel Uhr Rehman Abbasi- porque habían llegado a Barcelona con anterioridad a la constitución de la propia organización.

Por ello la Sala concluye –con vulneración del derecho a la presunción de inocencia que si bien los acusados no formarían parte de la organización TTP de la que venían siendo acusados, si mantenían contactos con Baitullah Mehsud que ya antes aparecen como líder de un grupo terrorista vinculado a Al Qaeda.

El motivo no debe prosperar.

Sobre la condición del testigo protegido F.1 ya nos hemos pronunciado en el submotivo segundo del motivo segundo de los anteriores recurrentes. Así en principio se trata de un testigo que como tal declara, prestando juramento o promesa de decir verdad (art. 706 y 434 LECrim.) y sujeto a las responsabilidades penales de la falsedad de su declaración –falso testimonio o acusación y denuncia falsa-. En este supuesto y en relación a su exención de responsabilidad no puede compartirse y no es correcto el razonamiento de la Sala en relación al art. 16.2, precepto que regula la figura del desistimiento, cuyos requisitos, conforme STS. 804/2010 de 24.9, son los siguientes:

a) Que nos hallemos ante la comisión de un delito en grado de tentativa, cualquiera que fuere el grado de ejecución alcanzado, siempre que el mismo, obviamente, no hubiere llegado a consumarse.

b) Que dicha ausencia de consumación se debiera a una actuación llevada a cabo por el propio autor del delito, no de la víctima o de terceros.

c) Que esa actuación consista bien en un comportamiento pasivo, como el mero *"desistimiento de la ejecución ya iniciada"*, o activo, *"impidiendo la producción del resultado"*.

d) Que semejante comportamiento del autor sea completamente voluntario y no influido o condicionado por causas ajenas a su voluntad libre.

Condicionamientos que implican su inaplicación a los efectos de la total y absoluta irresponsabilidad en delitos, como el de integración en grupo terrorista,

dada la naturaleza de delito de consumación anticipada y permanente, en el que basta la búsqueda de la finalidad delictiva del art. 571 CP, aunque no se produzca un resultado delictivo alguno y en el que el desistimiento activo opera a través de las previsiones del art. 579.3 CP.

Ahora bien los recurrentes no están legitimados para pedir su condena por un delito de integración en asociación terrorista cometido no solo en nuestro país sino también en el extranjero. En efecto el principio de igualdad ordena tratar de distinto modo a lo que es diferente (STC. 50/91). Por lo demás, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, por cuanto la desigualdad, en si misma, no constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, ha de entenderse como parificación ante el ordenamiento positivo en idénticas circunstancias y con paralelo comportamiento o conducta, es decir, que si los casos son idénticos, el tratamiento legal debe ser el mismo para todos (STS. 28.10.2004).

El principio de igualdad se vulnera, dice la STS. 999/2005 de 2 de junio, cuando se produce un trato desigual, carente de justificación objetiva y razonable (STC 106/1994). La alegación sobre su posible vulneración debe examinarse, por lo tanto, desde la perspectiva de la existencia de un tratamiento desigual a supuestos de igualdad, o incluso desde el tratamiento igualitario de situaciones patentemente desiguales, siempre constatando la inexistencia de una justificación suficiente (STS. 10.4.2003), pero bien entendido que como recordó la STC. 88/2003, "el principio de igualdad ante la Ley no da cobertura a un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad" (por todas, SSTC 43/1982, de 6 de julio; 51/1985, de 10 de abril; 40/1989, de 16 de febrero), de modo que aquél a quien se aplica la Ley no "puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido" (STC 21/1992, de 14 de febrero), ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues, la impunidad de algunos "no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos (STS. 502/2004 de 15.4).

Consecuentemente cada cual responde de su propia conducta penalmente ilícita con independencia de lo que ocurra con otros (SSTC 17/1984, de 7 de febrero; 157/1996, de 15 de octubre; 27/2001, de 29 de enero). La no imposición de sanciones en otros casos en nada afecta a la

corrección de las sanciones efectivamente impuestas, pues, a estos efectos sólo importa si la conducta sancionada era o no merecedora de dicha sanción.

Es cierto que los eventuales beneficios derivados de esa falta de imputación puede llevar a la Sala de instancia a entender que su testimonio no era totalmente neutral u objetivo y a la necesidad de un razonamiento reforzado sobre su credibilidad en la búsqueda de elementos corroboradores de su declaración, -tal como realiza la sentencia impugnada-, pero las posibles inexactitudes en cuanto detalles como la fecha del aviso a los servicios policiales franceses, la inminencia o número de atentados proyectados y su simultaneidad con otros en Europa, no desvirtúan la credibilidad de su testimonio, pues un testimonio interesadamente falso no introduciría esas inexactitudes.

Respecto a los reconocimientos fotográficos su eficacia probatoria ya ha sido analizada en esta sentencia. Solo insistir en que aquellos no se utilizaron para identificar a los acusados, dado que estos no niegan conocer previamente al testigo, sino para individualizar que intervención o papel tenía encomendado cada uno de ellos.

En relación a la imposibilidad de que constituido el grupo TTP en diciembre de 2007, estuviese en disposición de actuar en Barcelona un mes después, el delito de asociación ilícita en la configuración que le otorga nuestro derecho positivo posee una justificación político-criminal, que con las conductas descritas en el tipo penal se está “abusando” de la libertad de asociación, al emplear el espacio constitucionalmente reconocido a dicha libertad para llevar a cabo conductas que son ilegales.

Así en la STS. 745/2008 de 25.11, con cita de la STS. 421/2003 de 10.4, decíamos que en el delito de asociación ilícita, el bien jurídico protegido lo constituye el ejercicio del derecho constitucional de asociación, comportando los supuestos tipificados claras extralimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho. Lo relevante es que una cosa es el bien jurídico que protege el tipo de asociación ilícita y otra el que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa, de forma que el delito de asociación ilícita tiene sustantividad propia basada en un bien jurídico singular, como lo demuestra el hecho que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva.

Como expone la S.T.S. 234/01 de 3.5, en el delito de asociación ilícita el bien jurídico protegido el derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o según otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, en hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla. En todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias:

a) una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad.

b) la existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista.

c) la consistencia o permanencia de la misma en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio.

d) el fin de la asociación, - en el caso del artículo 515.1, inciso 1º, C.P.-, ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

El delito de asociación no se consuma cuando en ese desenvolvimiento se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva (STS. 28.10.97).

Por ello como se señala en la STS. 50/2007 de 19.1, el delito de asociación ilícita, cuando se orienta a la comisión de delitos o cuando la asociación decide cometerlos una vez constituida “no requiere que el delito perseguido por los asociados llegue a cometerse, ni siquiera que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo”. Sin embargo, será preciso acreditar alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción, aunque sea bastante a estos efectos con la decisión de hacerlo, traducida en actos externos. Tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento y medios materiales para sus fines, a la preparación o ejecución de acciones o a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan o a quienes ya lo hayan hecho.

Por último no cabe confundir –dice la STS. 415/2005 de 23.3- el delito de asociación ilícita para delinquir con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin social; ni puede tampoco considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codelincuencia o coparticipación en los delitos de posterior comisión, ni siquiera cuando ésta lo es a título de conspiración para delinquir, la diferencia está en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar, que la conspiración presenta, frente a la asociación ilícita para delinquir en la que existe estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa y una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar.

Asociación Terrorista será la constituida para cometer delitos de terrorismo o bien la que una vez constituida decide proceder a la comisión de tal clase de actos.

Por tanto las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, constituyen una modalidad cualificada del delito de asociación ilícita.

El terrorismo constituye una de las violaciones más graves de los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los que se basa toda sociedad democrática. También representa uno de los ataques más graves contra la democracia y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros de la Unión Europea.

La amenaza terrorista ha crecido y se ha desarrollado rápidamente durante estos últimos años, con cambios en el modus operandi de los terroristas y sus partidarios o colaboradores, incluida la sustitución de grupos estructurados y jerarquizados por grupúsculos ligados entre ellos con flexibilidad.

En el caso presente lo que la Sala de instancia entiende probado es que entre finales de 2007 y principios de 2008, un grupo de personas de origen paquistaní e indio, de religión musulmana, radicalizó su ideología hasta el punto de decidir seguir los postulados de violencia y empleo de la yihad preconizados por el líder talibán Baitullah Mehsud y entrar en contacto con los dirigentes de este grupo –por tanto ya existente con anterioridad- vinculado a Al Qaeda y localizado en Pakistán. La aceptación de estos planteamientos les llevó a tomar la decisión de una acción violenta, empleando material explosivo contra el metro de Barcelona.

Siendo así la calificación como grupo terrorista que realiza la sentencia es acertada.

Como ya hemos precisado en el motivo sexto de los anteriores recurrentes, las características del terrorismo islámico permite la coexistencia de distintos grupos inspirados en el mismo sustrato ideológico, con sus propios dirigentes, medios y objetivos inmediatos, de forma que cada uno de ellos, incluyendo la fuente ideológica, constituye un grupo, organización o banda terrorista, siendo factible que una misma persona se integre en varios de ellos.

Por último debe insistirse en que si bien el delito de integración en organización terrorista exige una cierta vocación de permanencia y estabilidad de la propia organización y su infraestructura, ello no se identifica con una duración concreta o un tiempo mínimo de integración del autor cuando la organización preexiste y puede abarcar otras personas no detenidas en el presente procedimiento.

DECIMO SEPTIMO: El motivo tercero por infracción de Ley al amparo del art. 849.2 LECrim. por entender que existe un error en la apreciación de la prueba derivada de documentos que constan en autos que demuestran la equivocación del juzgador, y más concretamente en cuanto a las pruebas periciales relativas a las sustancias explosivas que se dice se hallaron en el presente procedimiento obrantes a los folios 1051 y ss. y 1651 y ss. de las actuaciones.

Debemos recordar que la vía del art. 849.2 LECrim. solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

Por ello, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim. que ...”constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim. obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de

un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ, que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala – a que nos referiremos más adelante con más profundidad- que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10, viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim.;

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares en los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del “factum” derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del “factum” que no es un fin en si mismo sino un hecho para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

En relación a la prueba pericial, decíamos en la STS. 812/2010 de 6.10, lo cual, en último término, significa que la valoración de los dictámenes periciales es libre para el Tribunal, como, con carácter general, se establece en el art. 741 de la LECrim. para toda la actividad probatoria (“el Tribunal, apreciando según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia”), sin que pueda olvidarse, ello no obstante, la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E). El Tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales; únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica –que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común- las cuáles, lógicamente, le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.); debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia las razones que le han impulsado a aceptar o no las conclusiones de la pericia (STS. 1102/2007 de 21.12).

No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe

perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación (SSTS. 5.6.2000, 5.11.2003, 937/2007 de 28.11).

a) Existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen (SSTS. 534/2003 de 9.4, 58/2004 de 26.1, 363/2004 de 17.3, 1015/2007 de 30.11, 6/2008 de 10.1, y AATS. 623/2004 de 22.4, 108/2005 de 31.11, 808/2005 de 23.6, 860/2006 de 7.11, 1147/2006 de 23.11, o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8.2, 1224/2000 de 8.7, 1572/2000 de 17.10, 1729/2003 de 24.12, 299/2004 de 4.3, 417/2004 de 29.3). En ambos casos cabe estimar acreditado documentalmente el error del tribunal. En el primer caso porque, asumiendo el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo a los hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo, porque, al apartarse del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos –como dice la STS. 310/95 de 6.3, ante un discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico, esto es, se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo STS. 2144/2002 de 19.12).

Fuera de estos casos las pericias son un medio de prueba de carácter personal, aunque con características propias que deben ser valoradas en función de las conclusiones expuestas por sus redactores y suficientemente contratadas en el momento del juicio oral.

Ahora bien, aunque como dijimos, en ciertos casos un informe pericial pueda ser considerado documento a los efectos del art. 849.2 LECrim., sin embargo no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a tales efectos no lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba.

La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de inmediación procesal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental. Si en definitiva, la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de esta norma de la LECrim. art. 849.2, en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efecto nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio (SSTS. 275/2004 de 5.3, 768/2004 de 18.6, 275/2004 de 5.2). Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim., y además cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 de la LECrim).

En el caso presente los informes periciales que se invocan en el motivo como acreditativos del error pues el Tribunal solo contaba con estos respecto al extremo que tratan y ha llegado a las conclusiones divergentes sin expresar razones que lo justifiquen, son:

-el informe pericial elaborado por el Servicio de Criminalística de la Guardia Civil, especialistas de su departamento de química, con tarjeta de identidad profesional núms. F-37053-V y B-45001-Z de fecha 25.1.08 (folios 1651 y ss.) agentes que ratificaron dicho informe en el plenario.

-informe judicial elaborado por los guardias civiles Tedax con TIP X93453M y 1334465 sobre el material incautado, de fecha 22.1.08, obrante a los folios 1051 y ss., agentes que también ratificaron en el plenario dicho informe.

En ambos informes se concluye que nos hallamos ante material pirotécnico, perteneciente a un producto pirotécnico, de fabricación china e importado por Francia, denominado Fontaine Royal, producto tipo bengala de colores, homologado y permitido en Francia y catalogado como poco peligrosos, siendo destinado “a niños a partir de 8 años” y por lo tanto “de lo más accesibles”, por lo que la sentencia recurrida al afirmar que la nitrocelulosa encontrada, por el mero hecho de hallarse fuera del contenedor propio de la bengala, debe considerarse explosivo, amplía sin motivación alguna, las conclusiones de los peritos, por lo que procede declarar la existencia del error en la apreciación de la prueba denunciada y en consecuencia, expulsar del relato fáctico la consideración de explosivo de los 18 gramos de nitrocelulosa procedente de unas bengalas de colores, halladas en la bolsa incautada durante las actuaciones policiales.

El motivo se desestima, pues en el relato fáctico no se recoge nada que esté en contradicción con los informes periciales.

Así en el párrafo 5 (Pág. 8) se dice: *Para iniciar los preparativos necesarios para alcanzar a confeccionar los artefactos 5- QADEER MALIK y 2- SHAIB IQBAL consiguieron cierto número de bengalas, de uso pirotécnico, y empezaron a extraer la nitrocelulosa que contenían, además adquirieron varios minutereros, que pudiesen servir como temporizadores, que fueron extrayendo de sus carcasas. También consiguieron balines de plomo, para actuar como metralla. Este material lo guardaban en la calle Sta. Madroña en el domicilio que compartían, junto con pilas, cables, rollo de alambre y cinta adhesiva, todo ello destinado a la preparación de artefactos explosivos, y en el párrafo 11 (Pág. 10), se concreta que: llevaban una bolsa con los 18 gramos de nitrocelulosa, con partículas de perclorato potásico, que habían extraído de las bengalas, y otra bolsa dentro de la anterior conteniendo un rollo de alambre, 2 pilas de 4,5 voltios y 4 pilas de 1,5 voltios LR 20, y en otra bolsa cuatro temporizadores o minutereros, sin carcasas, y además otras 2 pilas LR20, varios trozos de cable, 783 perdigones para armas de aire comprimido, y cinta aislante, siendo en el fundamento jurídico quinto, cuando al referirse a la comisión del delito del art. 575 CP. razona por qué en las circunstancias que fue ocupada la nitrocelulosa debía ser considerada material explosivo y no un artefacto pirotécnico, conclusión que no es descartada por los informes periciales que también señalaron como dicha sustancia, en determinadas circunstancias, podría conformar una carga*

explosiva –al menos como un iniciador, siendo el modus operandi de ciertos grupos el vaciado de productos pirotécnicos con tal finalidad.

En todo caso el destino que pensaba darse a los 18 gramos de nitrocelulosa no es una consideración fáctica sino jurídica y su consideración como explosivo debe ser atacada por la vía del art. 849.1 LECrim. Infracción de Ley, en concreto del art. 573 CP.

DECIMO OCTAVO: El motivo cuarto por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim porque en la sentencia se han infringido los arts. 515 y 516 CP.

Se señala en el motivo la imposibilidad de subsumir los hechos probados en un delito de pertenencia a organización terrorista, planteando cuestiones que ya han sido articuladas en los motivos anteriores relativos a derechos fundamentales (motivo tercero), en relación al grupo indeterminado vinculado con su líder talibán y a la mera carácter “indiscriminado” de la acción que se pretendía –pues nunca llegó a prepararse- preparar, y que por sí solo no debe merecer la calificación de terrorista, dado que lo que sirve para tal calificación no es la gravedad como delitos sino la capacidad e idoneidad para poner en peligro las estructuras del orden constitucional y de los derechos fundamentales que le son inherentes.

El motivo, dando por reproducidas las consideraciones expuestas en el motivo segundo de este recurso y en el sexto de los anteriores recurrentes, debe ser desestimado.

En el relato fáctico se recoge expresamente la existencia de un grupo de personas constituido por los acusados, vinculadas con su líder talibán del entorno de Al Qaeda, que siguiendo sus postulados de violencia y empleo a la yihad, toman la decisión de llevar a cabo una acción violenta, empleando material explosivo entre el metro de Barcelona. Obvio resulta que este ataque indiscriminado, en estas condiciones y perpetrado por estas personas, debe merecer la consideración de atentado terrorista.

DECIMO NOVENO: El motivo quinto por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 573, ya ha sido analizado conjuntamente con el motivo séptimo de los anteriores recurrentes.

VIGESIMO: El motivo sexto por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción del art. 66.6 CP. y los principios de proporcionalidad y culpabilidad en la determinación de la pena impuesta por el delito de pertenencia a organización terrorista por falta de motivación de la condena a escasos meses del límite inferior a la mitad superior.

Como hemos dicho en SSTS, 919/2010 de 14.10, 665/2009 de 24.6, y 620/2008 de 9.10, el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida. En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de Enero.

"...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. --conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional-- resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo; 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003 de 10 de Febrero; 170/2004, de 18 de Octubre; 76/2007, de 16 de Abril).

Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003, de 10 de Febrero; 148/2005, de 6 de Junio; 76/2007, de 16 de Abril)."

"...El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión....".

Reiteradamente ha señalado esta Sala –por todas STS. 809/2008 de 26.11- que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE. ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTs. 976/2007 de 22.11, 349/2008 de 5.6, que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal, cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y,

en otras ocasiones, se ha precisado (STS de 18-6-2007, nº 599/2007), que aún habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

En este sentido, el art. 66, regla primera, del Código Penal, disponía que: «cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurran unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia». Esta es la redacción hasta la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que retocó dicho artículo 66, convirtiendo la regla primera, para lo que aquí afecta, en regla sexta, y si bien es cierto que desaparece el aserto: «razonándolo en la sentencia», no puede ser interpretado de manera que conduzca a la ausencia de motivación, pues ésta resulta del art. 120.3 de la Constitución Española y el art. 72 del Código penal, modificado por LO 15/2003, de 2.11, aclara ahora que para verificar tal individualización penológica, se razonará en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta.

En concreto y en cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. En cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de

valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta.

Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim. para la infracción de Ley.

Ante una ausencia de motivación de la individualización de la pena, caben tres posibles remedios, como recuerda, entre otras, la STS. 13.3.2002:

- a) Devolver la sentencia al órgano jurisdiccional de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado;
- b) Subsanan el defecto en el supuesto de que el órgano jurisdiccional de apelación le facilite la sentencia de instancia los elementos necesarios para

motivar la individualización de la pena, bien en la misma extensión fijada por el de instancia, bien en otra que el de apelación considere adecuada;

c) Imponer la pena establecida por la ley en su mínima extensión.

La primera opción, que implica la nulidad parcial de la sentencia, tiene como limitación lo dispuesto en el art. 240.2 párrafo 21 LOPJ. en su redacción dada por la LO. 19/2003 de 23.12 (“*en ningún caso podrá el Juez o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal*”). La segunda opción es posible, cuando los elementos contenidos en la propia sentencia permitan al juzgador de apelación (o casación) hacer las valoraciones necesarias para la fijación concreta de la pena en cumplimiento de las reglas de los distintos apartados del art. 66 CP. y demás aplicables a la penalidad del hecho delictivo enjuiciado. En cuanto a la tercera, procede únicamente y de forma excepcional cuando se haya intentado infructuosamente la subsanación en la omisión o ésta ya no sea posible y, además, de la sentencia no resulten elementos que permitan al juzgador ad quem la individualización de la pena.

En el caso presente la sentencia de instancia en el marco penológico del art. 516 (8 a 14 años dirigentes y 6 a 12 años integrantes) tiene en cuenta “la gravedad de los hechos, derivada de la enorme peligrosidad de esta organización, evidenciada en la acción proyectada y las gravísimas consecuencias que hubiese podido generar, en el país que ha dado acogida a los acusados, a lo que se añade el uso de instituciones religiosas como cobertura, e impone la pena de 10 años y 6 meses para Maroof Ahmed Mirza por tratarse de dirigente, y 8 años y 6 meses para el resto de los acusados reputados integrantes.

Motivación insuficiente para esta exasperación punitiva.

La gravedad de los hechos ya es tenida en cuenta por el legislador para conformar la penalidad del delito de los arts. 515 y 516 CP. La acción proyectada estaba en una fase tan embrionaria que la propia sentencia absolvió del delito de conspiración para delinquir. En el relato fáctico no se recoge el tiempo de residencia de los acusados en España, si bien se infiere que al menos cuatro de ellos: Mohamed Shoaib, Miran Cheema, Mehmooh Khalid y Aqeel Uhr Rehman Abbasi acababan de hacerlo. El uso de instituciones religiosas es connatural con el terrorismo islámico en el que las

doctrinas religiosas integristas y fanáticas constituyen uno de sus componentes.

Consecuentemente, partiendo de que la pena imponible no debe superar la medida determinada por la gravedad de la culpabilidad por el hecho, se debe tener en cuenta:

-la gravedad de la ilicitud cometida.

Las circunstancias que permitan juzgar sobre una mayor o menor exigibilidad del cumplimiento de la norma.

-el mayor o menor desvalor ético social del motivo que impulsó al autor.

-para aplicar penas distintas a acusados por el mismo delito deberán concurrir circunstancias concretas que justifiquen trato dispar positivo y también expresarse específicamente cuales son las razones justificativas de las diferencias de pena para los distintos encausados.

Valorando todos los datos expuestos considera la Sala que las penas a imponer no deben superar el mínimo legal.

VIGESIMO PRIMERO: Estimándose parcialmente los recursos de los acusados y desestimándose el interpuesto por el Ministerio Fiscal se declaran de oficio las costas art. 901 LECrim.

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar parcialmente a los recursos de casación**, interpuestos por **MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI, ABDUL HAFEEZ AHMED, MOHAMED SHOAIB, MUHAMMAD TARIK, MEHMOOH KHALID, SHAIB IQBAL, ROSHAN JAMAL KHAN, IMRAN CHEEMA, QADEER MALIK, AQEEL UHR REHMAN ABBASI, MAROOF**

AHMED MIRZA, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Primera, de fecha 11 de diciembre de 2.009, que les condenó como autores de un delito de terrorismo islámico; y en su virtud **CASAMOS Y ANULAMOS** parcialmente meritada resolución dictando segunda sentencia más conforme a derecho, declarando de oficio las costas de sus respectivos recursos. Y debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación** interpuesto por el **Ministerio Fiscal** contra referida sentencia.

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. Juan Saavedra Ruiz

D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Manuel Marchena Gómez

10256/2010P

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

Fallo: 15/12/2010

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 1140/2010

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. José Ramón Soriano Soriano
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Manuel Marchena Gómez

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 veintinueve de Diciembre de dos mil diez.

En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción nº 2, con el número 26 de 2008, y seguida ante la Sala de lo Penal, Sección Primera de la Audiencia Nacional, por delito de integración en organización terrorista, contra **MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI**, nacido en Mirpur (Pakistán), el día 3.3.1944, hijo de Fazal y de Raj, con CNI. 46.773.122, se encuentra privado de libertad desde el 19.1.2008; **ABDUL HAFEEZ AHMED**, nacido en Rawalpindi (Pakistán), el día 1.5.1967, hijo de Abdul Rahim y de Nassem Aktar, con NIE X-3155855-W, se encuentra privado de libertad desde el 19.1.2008; **MOHAMED SHOAIB**, nacido en Gujranwala (Pakistán), el día 29.11.1982, hijo de Mir Muhammad Akbar y de Azra Parvin, con pasaporte KC158019, se encuentra privado de libertad desde el día 19.1.2008; **MUHAMMAD TARIK**, nacido en Multan (Pakistán), el día 11.8.1971, hijo de Hussain y de Hamida Bibi, con NIE X-4499735- se encuentra privado de libertad desde el día 19.1.2008; **MEHMOOH KHALID**, nacido en Karachi (Pakistán), el día 13.1.1980, hijo de Abdul Ghafoor y de Fátima Bibi, con pasaporte paquistaní nº FA0153701, se encuentra privado de libertad desde el día 19.1.2008; **SHAIB IQBAL**, nacido en Kohat (Pakistán), el día 15 de febrero de 1981, hijo de Khalid Iqbal y Gulshan Bibi, con NIE X-3520796-W, se encuentra privado de libertad desde el día 19.1.2008; **ROSHAN JAMAL KHAN**, nacido en Bombay (India), el día 3.8.1957, hijo de Babu Peshrar Khan y de Hadisunnissa Khan, se encuentra privado de libertad desde el día 19.1.2008; **IMRAN CHEEMA**, nacido en Gujranwala (Pakistán), el día 1.1.1979, hijo de Mohammad Ilyas y de Anwar Bibi, con pasaporte AC4157091, se encuentra privado de libertad desde el día 19.1.2008; **QADEER MALIK**, nacido en Rawalpindi (Pakistán), el día 15.1.1976, hijo de Malik Abdul Majeed y de Sakina Bibi, con NIE X-6555426-N, se encuentra privado de libertad desde el día 19.1.2008; **AQEEL UHR REHMAN ABBASI**, nacido en Islamabad (Pakistán), el día 28.4.1981, hijo de Gul Eehman Abbasi y de Zatoon Bibi, con pasaporte nº KF805328, se encuentra privado de libertad desde el día 13.8.2008; **MAROOF AHMED MIRZA**, nacido en Jhelum (Pakistán), el día 5.10.1969, hijo de Mirza Nizam Ud Din y de Gulzar Begur, con NIE X-2184381-W, se encuentra privado de libertad desde el día 19.1.2008; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta 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 los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida incluyendo los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Conforme se ha razonado en nuestra sentencia precedente los hechos probados no constituyen el delito de tenencia de explosivos, art. 573 CP, por el que habían sido condenados Qadeer Malik y Shaib Iqbal.

Segundo.- En base a lo explicitado en el Fundamento Jurídico vigésimo de la sentencia precedente, las penas a imponer serían:

- A MAROOF AHMED MIRZA 8 años prisión con inhabilitación especial para empleo o cargo público por igual tiempo.

- Al resto MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI, ABDUL HAFEEZ AHMED, MOHAMED SHOAIB, MUHAMMAD TARIK, MEHMOOH KHALID, SHAIB IQBAL, ROSHAN JAMAL KHAN, IMRAN CHEEMA, QADEER MALIK, AQEEL UHR REHMAN ABBASI, 6 años prisión con inhabilitación especial para empleo o cargo público por igual tiempo.

III. FALLO

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 11 diciembre 2009, **debemos absolver y absolvemos a QADEER MALIK y SHAIB IQBAL** del delito de tenencia de explosivos de que venían siendo condenados, con declaración de oficio de las costas correspondientes.

Y debemos condenar y condenamos:

1) **-MAROOF AHMED MIRZA** como autor responsable de un delito de pertenencia a grupo terrorista, como dirigente, sin concurrencia de circunstancias

modificativas a la pena de **OCHO AÑOS PRISION** e inhabilitación especial para empleo o cargo público por igual periodo.

2) - **AQEEL UHR REHMAN ABBASI** como autor responsable de un delito de pertenencia a grupo terrorista, como integrante, sin concurrencia de circunstancias modificativas a la pena de **SEIS AÑOS PRISION** e inhabilitación especial para empleo o cargo público por igual periodo.

Y debemos condenar y condenamos:

3) - **MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI, ABDUL HAFEEZ AHMED, MOHAMED SHOAIB, MUHAMMAD TARIK, MEHMOOH KHALID, SHAIB IQBAL, ROSHAN JAMAL KHAN, IMRAN CHEEMA, QADEER MALIK**, como autores responsables de un delito de pertenencia a grupo terrorista, como integrantes, sin concurrencia de circunstancias modificativas a la pena de **SEIS AÑOS PRISION** e inhabilitación especial para empleo o cargo público por igual periodo.

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

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Manuel Marchena Gómez

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.