

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 706/2013

*RECURSO CASACION (P) N°:*11009/2012 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Procedencia: Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª

Fecha Sentencia: 02/10/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

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

Escrito por: ARB

Delito de asesinato en concurso con un delito de atentado.- Desestimatoria.-

Presunción de inocencia.-

Principio acusatorio.- Doctrina T. C.- Naturaleza del bien jurídico propio del delito de atentado.-

Nº: 11009/2012P

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Vista: 25/09/2013

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 706/2013

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Manuel Marchena Gómez
D. Alberto Jorge Barreiro

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída 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 dos de Octubre de dos mil trece.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, que ante Nos penden, interpuestos por **FRANCISCO MENDILUCE AGUIRRE, M^a CARMEN**

GARCÍA ESTEPA, JESÚS MARÍA IRIONDO ITURRIOZ y MIKEL MIRENA OTEGUI UNANUE, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (Sección Primera), con fecha treinta y uno de Julio de dos mil doce, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo partes recurrentes la acusación particular **FRANCISCO MENDILUCE AGUIRRE, M^a CARMEN GARCÍA ESTEPA y JESÚS MARÍA IRIONDO ITURRIOZ**, representados por el Procurador Don José Pedro Vila Rodríguez y defendidos por el Letrado Don Juan Carlos Rodríguez Segura; y el acusado **MIKEL MIRENA OTEGUI UNANUE**, representado por el Procurador Don Javier Cuevas Rivas y defendido por el Letrado Don Iñigo Santxo Uriarte.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción nº 5 de los de Madrid, instruyó el Sumario con el número 7/2.007, contra Mikel Mirena Otegui Unanue, y una vez declarado concluso el mismo, lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (Sección 1ª, rollo 10/2007) que, con fecha treinta y uno de Julio de dos mil doce, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Mikel Mirena Otegui Unanue, mayor de edad, sin antecedentes penales computables, en la fecha de los hechos simpatizaba con la ideología propia de la autodenominada izquierda abertzale sin que haya resultado acreditada su pertenencia en dicha fecha a JARRAI o cualquier otra de las organizaciones que integran o son afines a dicha ideología o forman parte del llamado Movimiento de Liberación Nacional Vasco. Fruto de dicha ideología y del aborrecimiento de quienes la integran a las fuerzas del orden y en el caso del acusado a la Policía Vasca, Ertzaintza, con la que había tenido distintos incidentes, había desarrollado la convicción, a partir de ideas sobrevaloradas, de que la citada policía le acosaba por su ideología, lo que no era cierto. Mikel Otegui tiene un carácter impulsivo propenso a reacciones furibundas y poco meditadas, lo que no afecta en condiciones

normales a sus facultades intelectivas y volitivas que conserva plenamente, aunque sus facultades volitivas pueden verse disminuidas por la ingesta de alcohol. Residía en el Caserío Oleizabal en las proximidades la localidad de Itsasondo.

La noche del 9 de diciembre de 1995, acudió a un concierto de Rock que se celebró en un frontón en Itsasondo. Finalizado el concierto permaneció en el gazteche o local de la juventud de la localidad hasta la madrugada. Durante el concierto, y posteriormente, bebió varias cervezas y otras bebidas alcohólicas en cantidad que no ha podido ser determinada. A lo largo de la noche coincidió con su sobrina Carmen Zurutza Otegui, con la que acordó dirigirse al bar Ibarre de Itsasondo a desayunar. Cuando se encontraba en el bar, sobre las 10:15 horas entró vestido de paisano para realizar unas compras el ertzaina nº 10.239, quien se encontraba libre de servicio. Mikel Otegui como consecuencia de su ideación fija y de su convicción de ser acosado por la Ertzaintza, entendió que la presencia del ertzaina se debía a la persecución a la que se creía sometido y dado que tenía levemente alteradas sus facultades como consecuencia de la ingesta alcohólica realizada, se dirigió al citado policía increpándole. El ertzaina, para evitar un conflicto mayor, pues el local se encontraba lleno de gente, abandonó el bar dirigiéndose a su vehículo que había estacionado en el exterior. Cuando estaba cerca de su automóvil fue alcanzado por Mikel Otegui quien le agredió golpeándole en la cara. El ertzaina prefirió no repeler la agresión, se introdujo en su vehículo, al que Mikel golpeó, y se dirigió a la comisaría de Beasaín a denunciar los hechos.

Tras producirse este incidente, Mikel Otegui cogió su automóvil y llevó a su sobrina Ana Carmen a su domicilio en la cercana localidad de Ordizia dirigiéndose a continuación a su propio domicilio familiar, el Caserío Oteizabal, donde residía con su madre y sus hermanos.

Por motivos que se desconocen con exactitud pero probablemente relacionados con la conducción de Mikel Otegui, pues circulaba a gran velocidad, la patrulla con indicativo 1041 de la policía autónoma vasca integrada por los ertzainas uniformados D. José Luis González Villanueva y D. Ignacio Jesús Mendiluce Echevarría, se dirigió al Caserío Oteizabal, con la finalidad de entrevistarse con Mikel Otegui. Cuando llegaron al citado caserío, pocos minutos después que lo hiciese el acusado, entre las 10:30 y la 10:50 horas, ambos policías se bajaron del vehículo. Al

apercibirse de su presencia Mikel Otegui, que era un experimentado cazador, cogió una escopeta semiautomática marca Benelli, para cuya tenencia y uso se encontraba autorizado, la cargó con tres cartuchos, y, situándose próximo a los dos ertzainas de modo que estos no tuviesen ninguna posibilidad de reacción y defensa, disparó a un tiro a D. José Luis González que se encontraba a dos metros y medio de distancia, y un tiro D. Ignacio Jesús Mendiluce que se encontraba a un metro y medio de distancia. El señor Mendiluce recibió el impacto en la espalda en la región escapular izquierda y externa. El señor Mendiluce recibió el disparo en la región infraclavicular derecha. En el momento de recibir el disparo el señor González había conseguido desenfundar su arma reglamentaria que no pudo llegar a utilizar. Los disparos recibidos causaron a los ertzainas lesiones incompatibles con la vida, falleciendo de forma casi instantánea a su producción. Ninguno de los dos ertzainas pudo hacer uso de su arma para defenderse.

Acto seguido, a las 10:50 horas, Mikel Otegui se dirigió al radio transmisor del coche patrulla y utilizando un distintivo de otro vehículo al que oyó llamar por la radio dijo "Batasun; Batasun. Para 1035. Un casero ha matado a dos cipayos por la política que seguís.

Producidos los disparos salieron del Caserío los hermanos de Mikel y su madre que le convencieron para que se entregase a la policía, llamando uno de ellos a la Ertzaintza para informar de lo sucedido. Acudieron también algunos vecinos que se encontraban en las cercanías. A presencia de uno de ellos Mikel Otegui refiriéndose a los dos policías muertos dijo "Bi puta semea gutxi", en castellano "dos hijos de puta menos". En el momento en el que era conducido a las dependencias de la Ertzaintza manifestó a los policías que le acompañaban que "yo les he matado gratis, y no como vosotros. Se lo tienen bien merecido por cipayos"

Tras su absolución por Tribunal Jurado, a primeros de julio de 1997 Mikel Otegui huyó de España a Francia, ingresando en la organización terrorista ETA. Fue detenido en Francia el 22 de febrero de 2003 por su pertenencia a ETA y por y actividades realizadas en el seno de dicha organización. Fue juzgado y condenado por el tribunal de Grande Instance de París en sentencia de 13 de febrero de 2003 por sentencia de la Cour D'Assises de París de 14 de mayo de 2008 por su pertenencia a la organización terrorista ETA. Cumplida la pena fue entregado por las

autoridades judiciales francesas a disposición de este Tribunal para su enjuiciamiento por estos hechos.

D. José Luis González Villanueva estaba casado con María del Carmen Estepa, quien en aquel momento estaba embarazada de 20 semanas. Dió a luz a su hija Naia González.

D. Ignacio Jesús Mendiluce era soltero en al fecha de los hechos. Sus padres eran D. Juan Francisco Mendluce Aguirre y D^a Severina Echevarría Aldalur.

El funcionario 10239 sufrió una grave afección sicológica que tuvo su causa esencial en el incidente que se produjo en el bar Ibarre, restándole como secuela un trastorno depresivo reactivo severo que le ha ocasionado una invalidez absoluta. Estuvo 550 días incapacitado para su trabajo"(sic).

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"CONDENAMOS a Mikel Mirena Otegui Unanue, conforme al Código Penal de 1995 en su redacción original, como autor responsable de un delito de asesinato en concurso con un delito de atentado, con la concurrencia de la atenuante analógica expresada, a la pena 18 años de prisión y como autor responsable de un delito de asesinato a la pena de 16 años de prisión, en ambos casos con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, fijando como límite máximo de cumplimiento 25 años de prisión. Le ABSOLVEMOS de los delitos de integración en organización terrorista, amenazas y coacciones de los que también había sido acusado. Abonará la mitad de las costas causadas con inclusión de las correspondientes a la acusación particular, declarando de oficio la otra mitad.

En concepto de responsabilidad civil indemnizará a María del Carmen Estepa en 200.000 euros; Naia González, en la cantidad de 300.000 euros; D. Juan Francisco Mendiluce Aguirre y D^a Severina Echevarría Aldalur en la cantidad 150.000 euros a cada uno de ellos, cantidades que devengarán el interés legal del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Se acuerda el comiso del arma intervenida a la que se dará el destino legal"(sic).

Tercero.- Que en fecha 27 de Septiembre de 2.012, se dictó auto en el se corrigen las grafías de los apellidos tanto del Letrado, como del Perito psiquiatra judicial, constando en dicha parte Dispositiva de la forma que sigue:

"....

2. *Rectificar el error material de la sentencia n° 63/12 de fecha 31/07/2012, en el sólo sentido de:*

"donde aparece el nombre del Letrado como IÑIGO SANTOS, debe decir IÑIGO SANTXO URIARTE; y donde aparece el nombre del perito psiquiatra ARDUA RUIZ, debe decir ALZÚA RUIZ"(SIC)".

Cuarto.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, por **FRANCISCO MENDILUCE AGUIRRE, M^a CARMEN GARCÍA ESTEPA, JESÚS MARÍA IRIONDO ITURRIOZ y MIKEL MIRENA OTEGUI UNANUE**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

Quinto.- El recurso interpuesto por **FRANCISCO MENDILUCE AGUIRRE, M^a CARMEN GARCÍA ESTEPA y JESÚS MARÍA IRIONDO ITURRIOZ**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Motivos del recurso por infracción de precepto constitucional e infracción de ley.

1.- Lo invoca al amparo del art. 849.2 en relación al 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, por error en la apreciación de la prueba, al no condenarse al acusado o no tener en consideración la pertenencia del acusado a organización terrorista, comisión delictual en orden al favorecimiento establecido en el art. 577 del CP, concretamente a ETA, dentro de la organización juvenil Jarrai de la que era miembro en la fecha de la comisión de las muertes, basando el error de la sentencia en documentos auténticos que han sido designados en el

anuncio del recurso, Informes periciales de inteligencia. Teniendo en cuenta que ha sido condenado en Francia por pertenencia a organización de malhechores.

2.- Lo invoco al amparo del art. 849.1 por infracción de precepto legal de carácter sustantivo, en relación al 852 por vulneración de derechos fundamentales, derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas, derecho a un juicio justo, por cuanto se debió condenar al acusado según la calificación del MF y de esta acusación, como autor de dos delitos de atentado del art. 233, último párrafo (atentado terrorista) del Código Penal de 1973 en relación con el art. 174 bis B del mismo texto y el MF concretaba en: Un delito de atentado del art. 233, último párrafo (atentado terrorista) del Código Penal de 1973 en relación con el art. 174 bis B del mismo texto. Un delito de asesinato del art. 406.1 CP en relación con el art. 174 bis B del mismo texto. Dado que ambos solicitábamos condena por integración en Banda Armada. CP vigente a la fecha de comisión de los hechos el CP de 1973.

3.- Lo invoca al amparo del art. 849.2 por error en la apreciación de la prueba, dado los hechos que se declaran probados, por este error se aplica el art. 9.10 del CP de 1973.

4.- En cuanto a las cuantías indemnizatorias, no da respuesta a los planteamientos hechos por esta acusación, por quebrantamiento de forma, art. 851.3 y por vulneración del art. 14 de la CE o ppio de igualdad al amparo igualmente del art. 852.

5.- Lo invoco al amparo del art. 849.2, dados los hechos que se consideran probados existe un error en la interpretación de la prueba en relación a la consideración de la relación de nuestro mandante Don Jesús Iriondo con el atentado juzgado.

Sexto.- El recurso interpuesto por **MIKEL MIRENA OTEGUI UNANUE**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- Por infracción de precepto constitucional, por el cauce del art. 5.4º de la LOPJ y 852 de la LECr. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), en relación con el derecho a la defensa y a la igualdad procesal de las partes, con el principio acusatorio y con el Juez ordinario predeterminado por la ley, y a la presunción de inocencia. Derecho a un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley (art. 6 C.E.D.H.).

2.- Por infracción de precepto Constitucional, por el cauce del art. 5º.4 de la LOPJ y 852 de la LECr. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), en relación con el derecho a la defensa y la igualdad procesal de las partes, con el principio acusatorio y con el Juez ordinario predeterminado por la ley, y a la presunción de inocencia. Derecho a un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley (art. 6 C.E.D.H.).

3.- Por infracción de precepto Constitucional, po el cauce del art. 5.4º de la LOPJ y 852 de la LECr. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24,2 C.E.), en relación con el derecho a la defensa y a la igualdad procesal de las partes, con el principio acusatorio y con el Juez ordinario predeterminado por la ley, y a la presunción de inocencia. Derecho a un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley (art. 6 C.E.D.H.).

4.- Por infracción de precepto constitucional, por el cauce del art. 5º.4 de la LOPJ y 852 de la LECr. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), en relación con el derecho a la defensa y a la igualdad procesal de las partes, con el principio acusatorio y con el Juez ordinario predeterminado por la ley, a la presunción de inocencia. Derecho a un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley (art. 6 C.E.D.H.).

5.- Por infracción de precepto constitucional, por el cauce del art. 5º.4 de la LOPJ y 852 de la LECr. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), en relación con el derecho a la defensa y a la igualdad procesal de las partes, con el principio acusatorio y con el Juez ordinario predeterminado por la ley, a la presunción de inocencia. Derecho a un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley (art. 6 C.E.D.H.).

6.- Por infracción de precepto constitucional, por el cauce del art. 5°.4 de la LOPJ y 852 de la LECr. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.). Presunción de inocencia (art. 6,2 C.E.D.H.), en relación con el derecho a la defensa, el juez ordinario predeterminado por la ley y a la igualdad procesal de las partes, con el principio acusatorio y con el Juez imparcial establecido por la ley (art. 6 C.E.D.H.), y a la presunción de inocencia.

7.- Por infracción de ley del 849 de la LECr. Y artículos 233 último párrafo (atentado terrorista) del Código Penal de 1973 en relación con el artículo 174 bis B del mismo texto y asesinato del 406,1 del citado Código Penal.

8.- Por infracción de precepto constitucional, por el cauce del art. 5°.4 de la LOPJ y 852 de la LECr. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.). Presunción de inocencia (art. 6,2 C.E.D.H.), en relación con el derecho a la defensa, el juez ordinario predeterminado por la ley y a la igualdad procesal de las partes, con el principio acusatorio y con el Juez imparcial establecido por la ley (art. 6 C.E.D.H.), y a la presunción de inocencia. Principio acusatorio.

9.- Por infracción de Ley del 849 de la LECr. Y los artículos 8.1 (trastorno mental transitorio) o subsidiariamente la atenuante del art. 9° 1ª, en relación con la eximente antes dicha del art. 8° 1 (trastorno mental transitorio incompleto).

10.- Por infracción de Ley del 849 de la LECr. Y los artículos 9.9 (Arrepentimiento y confesión de la infracción) o en su defecto la analógica del artículo 9.10 en relación subsidiariamente

Sétimo.- Instruido el Ministerio Fiscal, interesa la inadmisión a trámite de los recursos interpuestos, por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Octavo.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la misma prevenida para el día veinticinco de Septiembre de dos mil trece y su posterior deliberación en el referido día.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Mikel Mirena Otegui Unanue

PRIMERO.- La sentencia de instancia, dictada por la Sala Penal de la Audiencia Nacional, condenó al recurrente, con aplicación del Código Penal de 1995, como autor de un delito de asesinato en concurso con un delito de atentado, con la atenuante analógica del artículo 21.7^a en relación con el artículo 21.1^a y 20.1^a y 2^a, a la pena de dieciocho años de prisión; y como autor de un delito de asesinato, con la misma atenuante, a la pena de dieciséis años de prisión. Contra la sentencia interpone recurso de casación, expresando en una exposición preliminar, que su recurso se interpone contra la sentencia y contra el auto de 27 de setiembre de 2011, denegatorio de la declinatoria de jurisdicción, contra el que no se admitió recurso de casación según el Auto de la Sala 2^a de este Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2012. En cuanto al mencionado Auto de 27 de setiembre de 2011, formaliza cinco motivos interesando que se acuerde su nulidad, de forma que la causa sea remitida de nuevo a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa para la constitución de un nuevo tribunal de jurado, tal como se acordó en su día por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del tribunal del jurado que inicialmente juzgó estos mismos hechos, que fue anulada por el referido Tribunal Superior.

En los cinco motivos, se ampara en el artículo 5.4 de la LOPJ y del artículo 852 de la LECrim, y denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en relación con el derecho a la defensa y a la igualdad procesal de las partes, con el principio acusatorio y con el Juez ordinario predeterminado por la ley, y a la presunción de inocencia. Derecho a un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley. Y solicita se declare la nulidad del auto de 27 de setiembre de 2011, antes mencionado. Argumenta en el primer motivo que el Ministerio Fiscal impulsó fraude de ley utilizando un informe confeccionado por la Guardia Civil para plantear la

competencia ante la Audiencia Provincial de Guipúzcoa y remitir las actuaciones a la Audiencia Nacional, evitando así dar cumplimiento al fallo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que, al tiempo de anular por falta de motivación la sentencia dictada por el jurado, acordó la devolución de las actuaciones al órgano jurisdiccional de origen para la constitución de un nuevo tribunal de jurado y a la subsiguiente celebración de juicio oral. Con todo lo cual se privó al recurrente de su derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, causándole además una merma de su derecho de defensa, y a los ciudadanos de Guipúzcoa una vulneración de su derecho a participar en la Administración de Justicia.

1. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en sentencia de 26 de junio de 1997, estimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del tribunal del jurado que había acordado la absolución del recurrente. El Tribunal Supremo, en STS nº 364/1998, de 11 de marzo, declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra aquella, y el Tribunal Constitucional desestimó en STC 264/2004 de 20 de diciembre, el recurso de amparo interpuesto por el recurrente. La causa, en ejecución de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, fue devuelta en su momento al ámbito de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, y con fecha 13 de mayo de 2005, el Ministerio Fiscal presentó escrito planteando la competencia de la Audiencia Nacional, interesando la inhibición a favor de los Juzgados Centrales de Instrucción. Acordada ésta, se incoó sumario ordinario. En el momento adecuado, la defensa del ahora recurrente planteó la declinatoria de jurisdicción, que fue desestimada por auto de 27 de setiembre de 2011, intentando la interposición de recurso de casación, denegándose por la Audiencia la petición de tenerlo por preparado, interponiendo entonces recurso de queja que fue desestimado por esta Sala, acordando la no procedencia del recurso, en Auto de 14 de mayo de 2012.

Ha de señalarse, en primer lugar, que no es posible interponer ahora, ya dictada la sentencia de instancia, un recurso de casación autónomo contra el mencionado Auto de 27 de setiembre de 2011. Lo que dispone el artículo 677 de la LECrim, tal como ha sido interpretado en el Auto de esta Sala de 14 de mayo de 2012, es que el único recurso posible contra la resolución desestimatoria de la declinatoria es el que quepa contra la sentencia. En el

caso, la cuestión relativa al órgano competente fue alegada también en el plenario, de manera que ha de entenderse que la respuesta tácita de la Audiencia desestimando la alegación puede ser aquí recurrida como contenido de la sentencia, en tanto que el recurrente considera que el enjuiciamiento realizado por la Audiencia Nacional vulnera el derecho fundamental al juez ordinario.

2. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que una interpretación y aplicación razonable de las normas que regulan la competencia de los distintos órganos jurisdiccionales, aun cuando fuera discutible e incluso aun cuando fuera rectificada por esta Sala, no supone por sí misma una vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Efectivamente, este derecho exige que el órgano jurisdiccional haya sido creado previamente por una norma jurídica, esté investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho que motiva la actividad o proceso judicial, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional, y que su titularidad y composición esté determinada legalmente con las debidas garantías de independencia e imparcialidad. *«El derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley, que se recoge en el art. 24.2 CE, exige, en primer término y en lo que ahora interesa, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional» (...). «En este sentido el Tribunal Constitucional ha declarado, tras haber afirmado que la referencia del art. 24.2 CE a la Ley exige que el vehículo normativo para determinar el Juez del caso sea la Ley en sentido estricto, que la predeterminación legal del Juez significa que la Ley, con generalidad y anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer de la causa» (STC núm. 69/2001).*

La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado que las discrepancias interpretativas relativas a la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no pueden dar lugar a la infracción del derecho constitucional al Juez predeterminado por la Ley (SSTS, entre otras, 132/01 o 1864/02 y

1980/2000, de 25 de enero), al menos en los casos en los que la interpretación de las normas que establecen la competencia no pueda considerarse manifiestamente arbitraria. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (STC 183/1999, F. 2º), al señalar que *«no cabe confundir el contenido del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido. La interpretación de las normas que regulan la competencia, y, por consiguiente, la determinación de cuál sea el órgano competente, es cuestión que corresponde en exclusiva a los propios Tribunales de la jurisdicción ordinaria y los criterios de aplicación de la delimitación de competencias entre distintos órganos jurisdiccionales no constituyen por sí solos materia que sea objeto del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley (SSTC 43/1984, fundamento jurídico 2º; 43/1985, fundamento jurídico 1º; 93/1988, fundamento jurídico 2º; en sentido similar, STC 49/1999, fundamento jurídico 2º)»*. En el mismo sentido la STC núm. 171/1999.

3. Por lo tanto, en definitiva, se trata de establecer si la decisión jurisdiccional adoptada a instancias del Ministerio Fiscal, residenciando la competencia en la Audiencia Nacional, fue adoptada de forma razonable, de manera que no pueda calificarse de manifiestamente arbitraria.

Y para ello, de un lado, ha de prescindirse de las suposiciones del recurrente sobre los motivos y las intenciones del Ministerio Fiscal, no solo porque carecen de cualquier apoyo probatorio, sino porque, tras la pertinente contradicción, en cualquier caso habrían encontrado eco en las decisiones jurisdiccionales adoptadas sobre la cuestión, de manera que serían éstas las impugnables.

Y de otro lado, ya respecto del fondo de la cuestión planteada, ha de considerarse, en primer lugar, que el tribunal del jurado queda radicalmente excluido por la ley cuando se trate de delitos competencia de la Audiencia Nacional (artículo 1.3 de la LOTJ).

En segundo lugar, que desde la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 26 de junio de 1997, que acordaba la devolución de la causa a la Audiencia Provincial para la constitución de un nuevo jurado, y hasta el planteamiento de la cuestión de competencia que determinó la remisión de las actuaciones a la Audiencia Nacional, se obtuvieron nuevos datos que

podieran autorizar una distinta valoración de los hechos de 1995, imputados al recurrente, de manera que éstos pudieran ser calificados como constitutivos de delitos de terrorismo, lo cual determinaría la competencia de la Audiencia Nacional. Tales datos, según el escrito del Ministerio Fiscal de 13 de mayo de 2005, planteando la competencia e interesando la inhibición, se relacionaban con su huida posterior a su absolucióin inicial; con su incorporaci6n efectiva, tras la misma, a un comando armado de la organizaci6n terrorista ETA; con su detenci6n en Francia el 22 de febrero de 2003 en posesi6n de armas de fuego y documentos falsos; con su aparici6n en documentaci6n incautada a un dirigente de la banda y con su ulterior procesamiento por las autoridades judiciales francesas competentes en materia de terrorismo. Aspectos que, junto con otros contemplados en el informe que haba previamente solicitado a la Guardia Civil, y que se mencionan en el referido escrito de mayo de 2005 del Ministerio Fiscal, podían ser valorados junto con los ya disponibles con anterioridad, permitiendo una conclusi6n diferente a la inicialmente sostenida respecto de la correcta calificaci6n jurádico penal de los hechos.

Sostenía el Ministerio Fiscal en el referido escrito que la Disposici6n Transitoria de la LO 4/1988, de 25 de mayo, extendía la competencia de la Audiencia Nacional no solo a los delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas, sino tambi6n a los cometidos por personas relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisi6n del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuaci6n de aquellos grupos o individuos, así como los delitos conexos con los anteriores, y entendía que en este segundo supuesto tenían encaje los hechos imputados al aquí recurrente, por su concurrencia con los fines de la organizaci6n terrorista, dadas sus relaciones con Jarrai o con Gestoras pro Amnistía o su intervenci6n en hechos vinculados con tales organizaciones, valorados en relaci6n con su posterior integraci6n efectiva en la organizaci6n terrorista ETA. Señalaba el Ministerio Fiscal en su escrito que, "...en la presente causa no se enjuiciará a Mikel Otegui por su pertenencia al comando terrorista detenido en Irulegui (Francia) el 22 de febrero de 2003, pero es claro que las circunstancias que rodearon dicha detenci6n (posesi6n de armas y documentaci6n falsa, inclusi6n de su nombre en la documentaci6n incautada a Ib6n FERNANDEZ DE IRADI "Súspér", su procesamiento por el Juzgado francés competente en materia de terrorismo, etc.) aún siendo hechos posteriores a los dos asesinatos, no por ello dejan de ser un indicio

más (junto con las circunstancias ya explicitadas y anteriores al 10 de diciembre de 1995) de que los dos asesinatos no fueron un simple fenómeno de delincuencia ordinaria, sino por el contrario, un caso de delincuencia terrorista” (sic).

4. Y, en tercer lugar, debe tenerse en cuenta también que aunque es cierto que la ley no contempla expresamente la posibilidad de rectificar una acusación provisional con carácter previo al comienzo del juicio oral, sin embargo, si prevé la suspensión del plenario (de la apertura de las sesiones, dice el artículo 745 LECrim) para la práctica de una sumaria información suplementaria cuando aparezcan revelaciones inesperadas que produzcan alteraciones sustanciales, artículo 746.6 de la LECrim. Respecto de tal previsión, señalaba esta Sala en la STS nº 58/2002 que *”El precepto se refiere indudablemente a cambios sustanciales en las conclusiones fácticas de las partes, es decir, siempre que concurra una mutación de los hechos y por ende del objeto del proceso”*. Aclarando en la STS nº 1557/2002, que *“...es necesario que concurran los requisitos siguientes: 1º. Han de existir revelaciones (conocimiento de algo hasta entonces desconocido) o retractaciones (rectificaciones de lo antes declarado) que produzcan alteraciones en los juicios, es decir, que introduzcan nuevos hechos al lado de aquellos que constituyen el objeto del proceso, o que modifiquen los hechos ya introducidos antes por las acusaciones o las defensas. 2º. Tales revelaciones o retractaciones han de ser «inesperadas», es decir, sorpresivas o imprevistas, de modo que no hubiera sido posible tenerlas en cuenta antes cuando se realizaron las calificaciones provisionales y se propusieron las pruebas. 3º. El efecto que estas revelaciones o retractaciones ha de producir en el objeto del proceso, ha de ser una alteración «sustancial», esto es, una modificación que sea capaz de incidir de modo importante en algún pronunciamiento de aquellos que han de considerarse esenciales en el proceso penal”*.

Por lo tanto, aun cuando ello ocurra excepcionalmente, es posible completar el objeto del proceso con el resultado de una información suplementaria acordada en virtud de revelaciones extraordinarias que produzcan alteraciones sustanciales en el juicio.

Y, esto establecido, ningún precepto impide la modificación del órgano competente para el enjuiciamiento en atención al resultado de aquella

información y sin que se altere tampoco la posibilidad de que el Ministerio Fiscal plantee la competencia en cualquier estado de la causa. Podría argumentarse que esas previsiones se refieren literalmente a revelaciones o retractaciones producidas ya en el plenario, pero nada impide, excepcionalmente, su aplicación analógica, por evidentes razones prácticas, si las revelaciones son conocidas antes de iniciarse las sesiones del juicio y revisten suficiente consistencia para dar lugar a la suspensión.

La situación existente como consecuencia de los nuevos datos disponibles, se resolvió, por lo tanto, y aunque no se mencione expresamente, con un criterio equivalente a una aplicación analógica de las previsiones de la ley procesal para casos de similar contenido sustancial, utilizando los indicios aportados por el Ministerio Fiscal como base para la práctica de la información suplementaria prevista con carácter general por la ley, aunque, en el caso, ya a cargo del órgano jurisdiccional que resultaría competente para la misma según el contenido incriminatorio de los referidos indicios, es decir, el correspondiente juzgado Central de instrucción, que procedió a la incoación de sumario, al procesamiento del imputado y a la indagatoria del mismo, abriendo, al tiempo, la posibilidad de que el recurrente solicitara las diligencias que considerara pertinentes para su defensa. De forma que la utilización de los nuevos elementos de juicio, el planteamiento de la cuestión y la atribución de la competencia a la Audiencia Nacional, teniendo en cuenta los datos disponibles en aquel momento, no puede considerarse arbitraria, y, por ello, la decisión no ha vulnerado el derecho del recurrente al juez predeterminado por la ley.

5. Por otra parte, no puede entenderse que la sumisión de un acusado a uno u otro tribunal o a una u otra clase de procedimiento constituya un supuesto de indefensión o de merma del derecho de defensa, cuando, como en el caso ha ocurrido, ha podido disponer de la necesaria representación y asistencia letrada, ejercitando su defensa frente a la acusación formalizada ante la Audiencia Nacional en la forma en que consideró oportuna, utilizando los medios de prueba que consideró de su interés y el Tribunal consideró pertinentes, y alegando lo que consideró conducente a su interés en la causa.

Y, finalmente, el derecho de los ciudadanos a participar en la Administración de Justicia mediante el jurado queda limitada a aquellos casos en los que la ley así lo prevea. Y, como se ha señalado, ésta excluye los

supuestos de competencia de la Audiencia Nacional, como ocurre con los delitos de terrorismo, lo que fue invocado por el Ministerio Fiscal en el caso, y correctamente resuelto por los órganos jurisdiccionales.

En definitiva, aun cuando pudiera ser discutible el cauce procesal utilizado o la forma en la que se utilizó, no puede afirmarse que la pretensión del Ministerio Fiscal careciera en absoluto de consistencia, y, además, no se ha acreditado que se haya vulnerado ningún derecho fundamental de los que correspondían al recurrente como acusado en la causa.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, argumenta que se ha vulnerado el artículo 118 de la Constitución en cuanto al obligado cumplimiento de las sentencias, respecto de la dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que ordenó la constitución de un nuevo jurado, lo que debiera haber impedido la incoación de procedimiento ordinario.

1. Efectivamente, el artículo 118 de la Constitución dispone que es obligado cumplir las sentencias de los tribunales. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, acordó en la sentencia mencionada la nulidad del juicio celebrado ante el jurado y la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa para la constitución de un nuevo tribunal de jurado y celebración de un nuevo juicio oral.

2. Sin embargo, tal decisión se basaba en los elementos fácticos entonces disponibles, que resultaron modificados al añadirse otros como resultado de investigaciones posteriores. Entre ellos, algunos, que, aun producidos con posterioridad a los hechos que se iban a enjuiciar, permitían una valoración distinta de otros datos ya conocidos, por sí mismos poco significativos a los efectos de un cambio en la valoración jurídico penal de los hechos; y otros conocidos con posterioridad pero relativos a conductas anteriores o coetáneas con los hechos, de forma que una valoración conjunta de todo ello permitía afirmar, aunque fuera provisionalmente, pero de forma razonable, que los hechos podían ser calificados como constitutivos de delitos de terrorismo.

De esta forma, la decisión del Tribunal Superior de Justicia fue cumplida en cuanto a la devolución de la causa a la Audiencia Provincial, aunque una vez allí, como consecuencia de una investigación análoga a la información suplementaria prevista en el artículo 746.6 de la LECrim, se dispuso de nuevos datos que determinaron la modificación del procedimiento y del órgano competente para el enjuiciamiento al dar lugar a una nueva calificación provisional de los hechos, previa la correspondiente imputación mediante el auto de procesamiento y la declaración indagatoria del procesado.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el tercer motivo se queja de que el Ministerio Fiscal suscitó la cuestión de competencia de manera totalmente extemporánea, pues el trámite para tal planteamiento se encontraba precluído. En el motivo cuarto insiste en que el incidente promovido por el Ministerio Fiscal no tiene amparo legal en la ley procesal, pues tras la sentencia y los recursos la competencia del jurado quedó establecida en firme sobre los hechos contenidos en la acusación, precisados en el auto de hechos justiciables, sin que sea posible posteriormente introducir otros hechos distintos de aquellos.

1. La cuestión que plantea el recurrente en los dos motivos que se examinan se refiere a la posibilidad de que el Ministerio Fiscal o la acusación en general, introduzca nuevos hechos en la causa, distintos de los sustancialmente ya contemplados en la acusación, tal como viene recogida en el auto de hechos justiciables, cuando se trata de procedimiento ante el tribunal del jurado. La respuesta es negativa en los supuestos ordinarios, pues el auto de hechos justiciables configura el objeto del proceso. Sin embargo, la aplicación de los artículos 680 y siguientes de la LECrim, relativos a la celebración del juicio oral, Libro III, Título III de la referida Ley procesal, permite acudir al mecanismo de la información suplementaria previsto en el artículo 746.6 de la dicha ley cuando existan méritos para ello, lo que determinaría la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 47 de la LOTJ y, si fuera procedente, la consiguiente disolución del jurado, con devolución de las actuaciones al juez instructor para la práctica de las diligencias de investigación pertinentes. Y una vez practicadas, como ya se ha

dicho, nada en la ley impide un replanteamiento de la competencia para el enjuiciamiento, con el consiguiente cambio en el procedimiento a seguir.

2. En el caso, el Ministerio Fiscal tuvo conocimiento de la detención del acusado en Francia y de su integración en ETA, lo cual, junto con otros datos ya disponibles con anterioridad y con los contenidos en el ya referido informe de la Guardia Civil, le permitió plantear de forma razonable la posibilidad de calificar los hechos como constitutivos de delitos de terrorismo, lo que determinaría la modificación del órgano competente para el enjuiciamiento y la continuación del procedimiento por las reglas generales de la LECrim.

Es cierto que el Ministerio Fiscal pudo haber acudido expresamente a las previsiones del artículo 746.6 de la ley procesal, solicitando una ampliación de la investigación, en tanto que solo entonces se conoció, como hecho nuevo, que tras su huida el acusado se había integrado efectivamente en la organización terrorista, lo cual, junto con los demás datos, autorizaba una diferente valoración jurídico penal de los datos ya disponibles relativos a la conducta a enjuiciar. En esa nueva investigación, que no había razones objetivas para denegar, se habría aportado el informe policial elaborado por la Guardia Civil. En lugar de hacerlo así, el Ministerio Fiscal aportó directamente dicho informe y planteó directamente la modificación de la competencia y del procedimiento. Aun cuando, como ya se ha dicho más arriba, se pudiera discutir la mejor adecuación formal de una u otra forma de actuar, en cuanto al fondo de la cuestión es lo cierto que existían elementos nuevos, principalmente la integración en ETA, que podían ser incorporados a la causa, y que valorados de forma razonable conducían a rectificar el criterio mantenido hasta entonces respecto a la calificación provisional de los hechos, al procedimiento a seguir y al órgano competente para el enjuiciamiento.

En consecuencia, aunque el Fiscal podría haber acudido a otra fórmula para incorporar los nuevos datos a la causa, el planteamiento de la modificación de la competencia y del procedimiento no puede considerarse extemporánea, pues precisamente se basaba en nuevos datos no conocidos cuando se adoptó la decisión anterior sobre el mismo extremo, y la ley procesal le autoriza al planteamiento de la cuestión en cualquier estado de la causa.

Por lo tanto, ambos motivos se desestiman.

CUARTO.- En el motivo quinto, reproduciendo con las invocaciones ya reseñadas e insistiendo en la solicitud de nulidad del auto de 27 de setiembre de 2011, argumenta que la Audiencia no da por acreditados los elementos que podían haber justificado el enjuiciamiento de los hechos por la Audiencia Nacional, y que la única prueba aportada por el Ministerio Fiscal fue un informe policial no ratificado y no sometido a contradicción. Hace referencia, además, a la solicitud del Ministerio Fiscal relativa a la declaración de los Médicos Forenses de la Audiencia Nacional, y a la declaración de tres agentes de la Ertzaintza. Finalmente reitera su planteamiento respecto a la imposibilidad de modificar la competencia del órgano de enjuiciamiento eludiendo lo dispuesto en el artículo 1 de la LOTJ y basándose solamente en un informe policial no sometido a contradicción y no ratificado.

1. En gran parte, el motivo resulta una reiteración de cuestiones ya planteadas en los motivos ya examinados y que han sido resueltas en los fundamentos jurídicos precedentes. Así las relativas a la posibilidad de aportar nuevos elementos susceptibles de valoración y de plantear en relación con ellos la incompetencia del tribunal del jurado para el enjuiciamiento de los hechos de la causa. Igualmente las relativas a la existencia de indefensión o merma del derecho de defensa al corresponder el enjuiciamiento a la Audiencia Nacional. Respecto de todas ellas, se da por reproducido lo ya dicho con anterioridad.

2. En cuanto a la cuestión que parece central del motivo, esto es, la relativa a que la Audiencia rechazó declarar probados los elementos que habrían justificado la alteración de la competencia, y a la insuficiencia de los informes utilizados por el Ministerio Fiscal, ha de señalarse lo siguiente. En primer lugar, que la valoración de los elementos a los que se refiere el motivo debe realizarse con referencia al momento en que fueron alegados, y no en relación al tiempo de la sentencia, dictada tras la valoración de la prueba practicada en el juicio oral. En ese sentido, en la misma sentencia, el Tribunal de instancia, además de reconocer que se trata de un caso límite, declara

probado que el recurrente, tras disparar causando la muerte a los dos agentes policiales, que actuaban en el ejercicio de sus funciones, comunicó por la emisora del vehículo de aquellos que “un casero ha matado a dos cipayos por la política que seguís”; que inmediatamente después, ante alguno de los vecinos que acudieron al lugar manifestó “dos hijos de puta menos”, y que a los policías que lo acompañaban, ya detenido, les manifestó “yo les he matado gratis, y no como vosotros. Se lo tienen bien merecido por cipayos”. Todas estas expresiones, que podían en un primer momento relacionarse con una negativa visión o consideración de la policía autónoma vasca, pueden adquirir otro significado, penalmente relevante, si se ponen en relación con el nuevo dato fáctico aportado mediante el informe policial por el Ministerio Fiscal, consistente en su huida posterior a su absolución y, principalmente, su incorporación efectiva a la organización terrorista ETA. Es todo ello lo que conduce a la Audiencia a entender en el fundamento jurídico 1.4 de la sentencia recurrida que “existían por lo tanto indicios que podrían indicar que el acusado ya pertenecía a la organización terrorista cuando mató a los ertzainas”. Por lo tanto, el que tras la práctica de la prueba la Audiencia entienda que no está probada la pertenencia a ETA en ese momento ni tampoco los elementos que permitirían calificar los hechos como constitutivos de un delito de terrorismo, no significa que en el momento en el que la cuestión se plantea no existieran suficientes razones para hacerlo, tal como lo entendió la Audiencia al denegar la estimación de la declinatoria planteada por la defensa como artículo de previo pronunciamiento.

En lo que se refiere al contenido de la información contenida en el mencionado oficio policial, el dato más relevante, que, como se ha dicho, permitía una distinta y razonable valoración de otros datos previamente disponibles, era la integración efectiva en la organización terrorista ETA tras su huida a Francia. Este elemento, aunque el informe no hubiera sido ratificado en un primer momento, no suscitó controversia alguna respecto a la realidad de lo que se afirmaba, pues el recurrente había sido detenido en Francia precisamente por esa razón, de manera que la afirmación provisional de la concurrencia de sus fines con los propios de ETA encontraba un apoyo suficiente a los efectos de la determinación de la competencia sobre la base de una modificación de la acusación del Ministerio Fiscal. De manera que, a los efectos del cuestionamiento de la competencia del tribunal del jurado, los datos contenidos en el mismo, necesariamente provisionales, eran suficientes,

sin perjuicio de que para establecerlo como hechos probados en la sentencia fuera precisa la existencia de prueba suficiente respecto de lo que de ellos se podía desprender.

En consecuencia, el motivo se desestima.

QUINTO.- En el motivo sexto, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia en relación con el derecho de defensa, al juez ordinario predeterminado por la ley, a la igualdad procesal de las partes, al principio acusatorio, al juez imparcial establecido por la ley y a la presunción de inocencia. Luego de tan amplia referencia a derechos fundamentales vulnerados, argumenta en el desarrollo del motivo que “la lectura de la sentencia evidencia que el Tribunal tenía decidido no otorgar al señor Otegi la presunción de inocencia” (sic), y que ante la existencia de duda el Tribunal ha optado por escoger la posibilidad más perjudicial para el reo, señalando cinco ejemplos, relativos a la afirmación de que simpatizaba con la ideología propia de la autodenominada izquierda abertzale, que el recurrente considera falta de prueba alguna; a que, tras los disparos, los hermanos y la madre del acusado le convencieron para que se entregase a la Policía; a que luego de decir que la versión fáctica del acusado no resulta coherente, recoge como posibles varias versiones, ofreciendo tres hipótesis diferentes; al consumo de alcohol, respecto a la que se interpretan contra reo los datos existentes; y en cuanto a la entrega voluntaria del acusado a la policía, que no se aprecia como atenuante.

1. Dejando a un lado la desafortunada referencia a una supuesta intención del Tribunal contraria al reo, que carece de cualquier base razonable, lo que el recurrente alega en el fondo, aunque se refiera a una amplia lista de derechos fundamentales, es la vulneración de la presunción de inocencia, pues viene a sostener que se han declarado probados unos hechos perjudiciales para el acusado sin que existan pruebas sobre los mismos, o valorando las pruebas siempre en sentido desfavorable a sus intereses.

Hemos señalado en otras ocasiones que la alegación de la presunción de inocencia conduce a “...verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado

incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007, 111/2008 y 25/2011, entre otras)”. (STS nº 617/2013, de 11 de julio).

Por lo tanto, para entender que se ha considerado enervada indebidamente la presunción de inocencia no basta con expresar la discrepancia con la valoración efectuada por el Tribunal, sino que es preciso acreditar que no ha existido prueba de cargo; que las pruebas practicadas no deben ser consideradas válidas, o que su valoración no ha respetado la lógica, ha sido contraria injustificadamente a las máximas de experiencia o no ha respetado conocimientos científicos aplicables, es decir, que ha sido ilógica, arbitraria o manifiestamente errónea.

2. Ha de señalarse que la autoría del acusado no ha sido cuestionada en ningún momento. El recurrente hace referencia a varias cuestiones concretas. En cuanto a que el recurrente, en la fecha de los hechos simpatizaba con la ideología propia de la autodenominada izquierda abertzale, se trata de una conclusión del tribunal que no puede considerarse irrazonable si se tiene en cuenta que en el fundamento jurídico 1.4 lo que afirma es que “no hay duda que el acusado en el tiempo de los hechos compartía con organizaciones terroristas su ideología abertzale” (sic), lo cual apoya en que resultó probado un incidente del año anterior con la Ertzantza, se refirió a los agentes con términos despectivos después de causarles la muerte, llamándolos “cipayos”; aludió como justificación de su acto “a la política que seguís”, en relación con la policía autonómica, e ingresa en ETA tras huir a Francia luego de su absolución inicial. No es, por lo tanto, una afirmación caprichosa, aunque, en realidad carezca de trascendencia a los efectos de la calificación jurídica de los hechos.

Se refiere en segundo lugar a que, tras los hechos su madre, y sus hermanos lo convencieron de que llamara a la Policía. Se trata de una cuestión puramente anecdótica, pues el Tribunal no extrae de ella

consecuencia alguna. Se deniega la atenuante de confesión por la inveracidad de lo confesado y por su huida posterior, y no porque la iniciativa partiera del acusado o de un tercero.

En tercer lugar, respecto a la incoherencia de la versión del acusado, lo que se desprende del razonamiento de la sentencia es que no es posible aceptar como verosímil, dados los datos acreditados, que los hechos sucedieran como sostiene el recurrente, sino que, por el contrario, dados precisamente esos datos, cualquier versión de los hechos que pudiera considerarse razonable conduciría a afirmar que la agresión se produjo de forma que se suprimieron las posibilidades de defensa de los agentes al ejecutarse de modo sorpresivo. No se trata de expresar dudas sobre este extremo, relevante a los efectos de la calificación, sino de excluir la posibilidad de que los hechos sucedieran de modo que no debiera apreciarse la sorpresa en la acción agresiva.

En lo que se refiere a la valoración de los datos relativos al consumo de alcohol, en la sentencia se expresa de forma razonada que el sentido ascendente del resultado de las pruebas indicaba a juicio de los peritos que el acusado estaba en fase de absorción, lo que permitía concluir que el consumo era posterior a los hechos, señalando como alternativa que la prueba estuviera mal hecha. En ningún caso esos datos permitían concluir que en el momento de los hechos el acusado estuviera afectado por una fuerte intoxicación alcohólica, por lo que el Tribunal no ha incurrido en ninguna valoración contra reo no justificada por los elementos valorables de los que disponía.

Y, finalmente, en cuanto a la entrega voluntaria del acusado, es irrelevante que la iniciativa fuera suya o de su madre o hermanos, pues la razón que justifica que no haya sido apreciada es, principalmente, que no ha reconocido la realidad de los hechos, es decir, que no se trató de una confesión veraz, aunque no sea irrelevante y así se mencione también en la sentencia, el que se situó fuera de la acción de la justicia tras la anulación del primer juicio.

Por todo ello, el motivo se desestima.

SEXTO.- En el séptimo motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim y los artículos 233, último párrafo del Código Penal de 1973 en relación con el artículo 174 bis B del mismo texto y asesinato del 406.1 del

citado Código Penal (sic). Señala que no hubo alevosía, que las acusaciones plantearon inmotivadamente la finalidad terrorista buscando dar por acreditada la alevosía, que de la reconstrucción de los hechos, no impugnada por las partes, se desprende que existió una discusión previa, que en la sentencia se exponen hasta cuatro hipótesis fácticas diferentes, que las dimensiones del arma impiden que pudiera ser escondida, que el acusado tuvo que recorrer unos 18 metros, y que no llegó a disparar el tercer cartucho cargado en el arma. Finalmente argumenta que uno de los peritos médicos admitió la posibilidad de la existencia de acción de defensa, al considerar posible que uno de los agentes pudiera haber tenido, al recibir el impacto, una posición de huida en rotación teniendo el brazo izquierdo levantado para apoyar el brazo derecho en posición de estar apuntando.

1. Dispone el artículo 22.1ª del Código Penal que es circunstancia agravante «ejecutar el hecho con alevosía» y que hay alevosía «cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». De acuerdo con esta definición legal, para apreciar la alevosía, es necesario, en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, que el autor ejecute los hechos empleando medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar el resultado, precisamente mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su significado tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en cuarto lugar, como consecuencia, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades, (STS nº 1866/2002, de 7 noviembre).

De lo antes expuesto se desprende que la esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y correlativamente a la supresión

de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados; y que, subjetivamente, venga caracterizada por el conocimiento por parte del autor del significado de los medios, modos o formas empleados en la ejecución, en cuanto tendientes a asegurar el resultado, impidiendo la defensa del atacado y suprimiendo los riesgos que de ella pudieran derivarse para el agresor.

La forma tradicional del ataque alevoso viene constituida por la agresión a traición, pues es claro que en esos casos la acción agresiva pretende principalmente la supresión de una posible defensa. Así, es ataque alevoso el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino (STS nº 382/2001, de 13 de marzo y las que se citan en ella), ejecutado contra quien está confiado en que tal clase de ataque no se produzca. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión, es decir, la acción a traición, lo que tiende a suprimir la posibilidad de defensa, pues quien, confiado, no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso. Pero también reviste este carácter cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, se produce, imprevisiblemente, un cambio cualitativo en la situación (STS nº 178/2001, de 13 de febrero, ya citada), de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno en función de las concretas circunstancias del hecho. (STS nº 1031/2003, de 8 de setiembre).

2. La jurisprudencia de esta Sala ha reiterado que la vía de impugnación regulada en el artículo 849.1º de la LECrim impone el respeto a los hechos que se han declarado probados. Desde esa perspectiva, en el hecho probado se declara como tal que el acusado, al aperebirse de la presencia de los agentes policiales, cogió una escopeta “...y situándose próximo a los dos ertzainas de modo que éstos no tuviesen ninguna posibilidad de reacción y defensa, disparó un tiro a D. José Luis González que se encontraba a dos metros de distancia, y un tiro a D. Ignacio Jesús Mendiluce que se encontraba a un metro y medio de distancia”. Es claro que la conducta descrita constituye una acción agresiva que, en la forma en la que fue llevada a cabo, excluía cualquier posibilidad de defensa por parte de las personas atacadas, al tiempo que aseguraba la ejecución en la forma en que era

pretendida por el sujeto. Por lo tanto, ha sido apreciada correctamente la agravante de alevosía.

3. Entendido el motivo como una queja relativa a la falta de pruebas concluyentes respecto de la base fáctica de la alevosía, tampoco la alegación puede ser estimada. Es cierto que el Tribunal parte de la imposibilidad de contar con un testigo presencial, pues la única persona viva que se encontraba en el lugar de los hechos es el propio acusado, quien sostiene una versión diferente, en la que relata una fuerte discusión previa. Sin embargo, la conclusión del Tribunal es razonable. Parte de datos objetivos, como son el relativo a la distancia a la que fueron hechos los disparos y a la no utilización del arma por parte de los agentes policiales, pues el que recibió el disparo a un metro y medio ni siquiera llegó a intentarlo y el segundo, que se encontraba algo más lejos, pudo desenfundar el arma pero no llegó a dispararla. Junto a esos datos, la constatación de que los agentes no llevaron a cabo ninguna maniobra de evasión o alejamiento del lugar. Todo ello indica que los disparos se produjeron mediante una acción sorpresiva, pues de otra forma, lo lógico, es que los agentes hubieran iniciado, al menos, los actos de defensa mediante el uso de sus armas reglamentarias, o se hubieran alejado del lugar. El Tribunal, dado el cuadro probatorio, admite la posibilidad de varias ocurrencias fácticas, pero afirma de forma contundente y, además, acertada, que en todo caso la agresión final habría sido sorpresiva. Bien porque el recurrente encañonó de forma sorpresiva a los agentes y luego, igualmente de forma para ellos inesperada, les disparó; o bien porque, de alguna forma, consiguió acercarse a ellos sin que se percataran, hasta el último momento, de que portaba una escopeta y que procedía a utilizarla contra ellos. En ambos casos es de apreciación la agravante de alevosía.

Ningún significado tiene, por el contrario, el que el recurrente no utilizara el tercer cartucho, pues es claro que pudo percatarse, sin dificultad, de los efectos mortales de los dos primeros disparos que realizó. Tampoco es decisivo el que uno de los peritos admitiese una posibilidad diferente, pues, en todo caso, el carácter sorpresivo de la agresión resultaría del resto de los datos valorados por la Audiencia.

Finalmente, en cuanto a la reconstrucción de hechos, de un lado, el Tribunal no está vinculado por la misma, pudiendo valorar razonadamente otras pruebas, y de otro lado, resulta con claridad de las actuaciones que las

acusaciones sostenían una relación de hechos diferente que pretendieron acreditar mediante las pruebas practicadas en el plenario, y que, sustancialmente, ha sido recogida en el relato fáctico en cuanto a la forma de producirse la agresión.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEPTIMO.- En el motivo octavo, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y artículo 852 de la LECrim, denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia en relación con el derecho de defensa, al juez ordinario predeterminado por la ley, a la igualdad procesal de las partes, al principio acusatorio y al juez imparcial. En el desarrollo del motivo, concreta que las acusaciones calificaron los hechos como constitutivos de un delito de atentado agravado del último párrafo del artículo 233 del CP de 1973, en relación con el 174 bis B, sin recoger como subsidiario el tipo básico, por lo que entiende que en base al principio acusatorio no cabe la condena por el artículo 231 y 232, como se hace en la sentencia impugnada.

1. El principio acusatorio exige la separación total entre las funciones de acusar y juzgar, y asimismo supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él, en condiciones tales que pueda defenderse. Por lo tanto, de un lado, el Tribunal no puede ocupar de ninguna forma la posición propia de la acusación. Y, de otro lado, es necesaria una correlación entre acusación y sentencia, pues el límite máximo de la última vendrá constituido por el contenido de la primera.

Aunque no aparece formulado expresamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional, en Sentencias 17/1988, 168/1990, 47/1991, 14 febrero 1995 y 10 octubre 1994, ha consagrado una constante doctrina que reflejada, entre otras, en Resoluciones de esta Sala de 14 febrero 1995, 14 marzo, 29 abril y 4 noviembre 1996, es del siguiente tenor: «los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 CE conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera

contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa. Ello significa, además, que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo». (STS nº 1590/1997, de 30 de diciembre).

Esta correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de la acusación. En lo que se refiere a la calificación jurídica, puede ser modificada por el Tribunal siempre que se trate de delitos homogéneos y que el delito recogido en la sentencia no sea más grave que el de la acusación.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ya señaló en la STC nº 225/1997, de 15 de diciembre, que “so pena de frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos «y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo (STC 204/1986, recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso» (STC 10/1988, fundamento jurídico 2). En este sentido, «el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación» que en la acusación se verifique (STC 11/1992, fundamento jurídico 3)”.

2. En el caso, las acusaciones consideraron que los hechos constituían un delito de atentado agravado al ser cometido por quienes estuvieran integrados en una organización terrorista o actuaran en colaboración con sus objetivos o actividades, artículo 233 del CP de 1973. La definición de la conducta constitutiva del delito de atentado se encuentra en el artículo 231, señalando el artículo 232 las penas para los casos generales, distinguiendo tipo básico y supuestos agravados, mientras que el artículo 233 contiene otras agravaciones, en el caso del último párrafo, en atención a las características del sujeto activo.

La Audiencia no incorporó al relato ningún elemento fáctico no contenido en las acusaciones, sino que, por el contrario, suprimió, al no considerarlo debidamente probado, el relativo a la integración del acusado en

organización terrorista al momento de la comisión de los hechos o a la existencia de una determinada finalidad en su conducta. La supresión de esa base fáctica impedía la aplicación del artículo 233, pero no suponía la desaparición de los demás elementos fácticos aludidos por las acusaciones relativos a la condición de las víctimas como agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones y a la agresión con armas, lo que permitía la aplicación del artículo 232 como delito homogéneo de menor gravedad que el contenido en la acusación.

Consiguientemente, no se aprecia infracción del principio acusatorio, lo que determina la desestimación del motivo.

OCTAVO.- En el motivo noveno al amparo del artículo 849.1º de la LECrim y de los artículos 8.1ª, trastorno mental transitorio, o en su defecto, 9.1ª como eximente incompleta. Argumenta que el Tribunal se limita a señalar que las conclusiones de los médicos que se refieren a una disolución global de la conciencia se basaban en una situación de hecho que no considera acreditada. En cuanto al consumo de alcohol, entiende que se valoran los datos disponibles contra el reo, pues la aplicación de un error del 5% conduciría a afirmar que el alcohol se encontraba en fase de absorción y que era una cantidad no desdeñable.

1. Como hemos señalado más arriba, esta vía de impugnación impone el respeto al relato fáctico.

No sostiene el recurrente que de los hechos probados resulten las bases fácticas precisas para afirmar la existencia de un trastorno mental transitorio o una intoxicación etílica relevante cuando el acusado ejecuta los hechos que en aquellos se describen. Y, efectivamente, en el relato fáctico de la sentencia impugnada nada se dice acerca de esos extremos. Por lo tanto, sobre la base de lo que se declara probado, el motivo no puede ser estimado.

2. Por otra parte, en la sentencia impugnada se considera, fundamento jurídico 1.2, tras el análisis de las pruebas periciales, que el acusado no padecía en el momento de los hechos ninguna enfermedad mental; que tenía una idea sobrevalorada o una fijación que le llevaba a creer que era víctima de una persecución por parte de la Ertzaintza, y que tenía un carácter

explosivo. En consecuencia, afirma el Tribunal que en circunstancias normales controlaba perfectamente sus actos, pero cuando consumía alcohol, aun sin sufrir una merma de sus facultades intelectivas, tenía una limitación de su capacidad volitiva, que considera suficiente para apreciar una atenuante analógica.

En cuanto al consumo de alcohol, en la fundamentación jurídica, FJ 1.3, en algún caso con valor fáctico, se recogen los resultados de las pruebas de alcoholemia y la prueba pericial, según la cual el alcohol estaba en fase de absorción, lo que situaba el momento del consumo con posterioridad a los hechos; o bien, como alternativa, se dice que las pruebas estarían mal realizadas.

En ambos casos, la valoración de la prueba es razonable. En cuanto al estado mental, el Tribunal tiene en cuenta las pruebas periciales y su grado de coherencia con la conducta del acusado, descartando aquellas que se basan en una ocurrencia fáctica sostenida por el acusado pero que considera no probada. Y en cuanto al consumo de alcohol, aunque lo considera probado por otros elementos probatorios, descarta de forma razonada que la posibilidad de un margen de error pueda aplicarse solamente en el sentido que pretende aquí el recurrente. Y efectivamente, si la prueba estaba bien practicada y los resultados son fiables, el alcohol se encontraba en fase de absorción, tanto si se aplica a todos los resultados el margen de error como si no se aplica a ninguno, de manera que el acusado habría bebido también después de los hechos, lo que impide considerar fiable el resultado en cuanto a la determinación del grado de impregnación alcohólica al momento de los hechos. Y si la prueba estuviera mal hecha, el resultado no sería fiable en ningún caso. De todos modos, el máximo apreciado, 0,60 mg de alcohol por litro de aire, no conduciría, por sí solo a la apreciación de una eximente completa o incompleta, lo cual tampoco sería posible teniendo en cuenta su conducta inmediata a los hechos.

Por todo ello, el motivo se desestima.

NOVENO.- En el décimo motivo, por la misma vía de impugnación, se queja de la inaplicación de la atenuante de arrepentimiento espontáneo, o subsidiariamente la circunstancia atenuante analógica a la anterior.

1. Nuevamente el respeto a los hechos probados impide la estimación del motivo. Se declara probado que el recurrente se dirigió al radio transmisor del coche patrulla y dijo: “Batasun, Batasun. Para 1035. Un casero ha matado a dos cipayos por la política que seguís”. Que a presencia de un vecino dijo, refiriéndose a los agentes a los que había disparado, “dos hijos de puta menos”. Que cuando era conducido a las dependencias policiales manifestó a los policías que lo acompañaban “yo les he matado gratis, y no como vosotros. Se lo tienen bien merecido por cipayos”. Y, finalmente, que uno de los hermanos llamó a la Ertzaintza para informar de lo sucedido.

2. El Tribunal rechaza esta atenuante, como ya se ha dicho, principalmente porque el acusado no reconoció en ningún momento la realidad de los hechos.

Desde la perspectiva de su regulación en el Código Penal derogado, en la que se hacía referencia al arrepentimiento espontáneo, las frases antes transcritas proferidas por el recurrente inmediatamente después de los hechos son incompatibles con cualquier sentimiento de arrepentimiento o próximo a él que hubiera podido motivar la reacción, aceptando ser convencido para entregarse a la policía.

Si la alegación se refiere a la regulación contenida en el Código Penal actualmente vigente, no consta en los hechos probados que la llamada a la policía fuera seguida de la confesión de los hechos, sino de la aportación de una versión de lo sucedido que el Tribunal no ha considerado mínimamente veraz, más allá de la admisión del hecho de haber disparado la escopeta contra los agentes, lo cual resultaba incontestable desde el primer momento.

En consecuencia, el motivo se desestima.

Recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de D. Francisco Mendiluce Aguirre, Dña. M^a Carmen García Estepa y D. Jesús María Iriondo Iturrioz

DECIMO.- En el primer motivo del recurso, al amparo del artículo 849.2º en relación al 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, por error en la apreciación de la prueba al no apreciar la pertenencia del acusado a organización terrorista ni su intención de contribuir o colaborar a los fines de esa organización. Basando el error en informes periciales de inteligencia, ratificados por sus firmantes en sus declaraciones en el plenario, y en la

declaración de varios agentes como testigos. Entiende el recurrente que el acusado pertenecía a Jarrai al tiempo de los hechos, asesinando a los dos agentes en función de su ideología y con fines de favorecer a la organización.

1. Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 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 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; y 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.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

2. A través de las llamadas pruebas periciales de inteligencia o informes policiales de inteligencia, respecto a cuya naturaleza la jurisprudencia no ha sido unánime, se aportan al tribunal una serie de consideraciones sobre los hechos, efectuadas por profesionales en relación a su actividad de esa clase, que les permiten obtener conclusiones razonadas

sobre algunos aspectos fácticos de interés para la causa. Se trata, en definitiva, de la expresión de razonamientos acerca de la valoración y significado de otros elementos fácticos desde la óptica de personas que, por su actividad profesional, son expertos en la materia. Contienen, generalmente, la explicitación de la posible relevancia de determinados hechos y de la posible relación de varios de ellos entre sí, facilitando de esta forma la construcción del razonamiento inferencial propio de la prueba indiciaria. Aunque, consiguientemente, pueden, según los casos, resultar útiles para el tribunal, no vinculan a éste, en tanto que al contener un razonamiento de un profesional sobre la relevancia de algunos hechos, su relación con otros hechos y las conclusiones que pueden extraerse de todo ello, pueden ser o no compartidos, razonadamente, por el tribunal. Tampoco constituyen una auténtica prueba pericial, pues acreditados los hechos sobre los que los expertos se basan en sus conclusiones, el razonamiento para alcanzar las mismas partiendo de aquellos no precisa de especiales conocimientos técnicos, pues tal como señalaba esta misma Sala en otras sentencias, 119/2007, 556/2006 y 1029/2005 en las que no calificaba estos informes de inteligencia como prueba pericial, “...es claro que apreciaciones como la relativa a la adscripción o no de alguien a una determinada organización criminal, o la intervención de un sujeto en una acción delictiva a tenor de ciertos datos, pertenecen al género de las propias del común saber empírico. Salvo, claro está, en aquellos aspectos puntuales cuya fijación pudiera eventualmente reclamar una precisa mediación técnica...”.

Como se acaba de decir, no se niega con ello su utilidad. Pero, de un lado, su valoración por el Tribunal requiere de la previa prueba suficiente acerca de los datos fácticos en los que tales informes se basan, y exige asimismo que el Tribunal explicita en la sentencia el razonamiento mediante el cual decide asumir las conclusiones de los referidos informes, total o solo parcialmente. Y, de otro lado, como ha reiterado esta Sala, (STS nº 974/2012, de 5 de diciembre) “...los informes policiales de inteligencia, aun ratificados por sus autores no resultan en ningún caso vinculantes para el Tribunal y por su naturaleza no podrán ser considerados como documentos a efectos casacionales”. En el mismo sentido STS nº 352/2009, de 31 de marzo y STS nº 480/2009, de 22 de mayo.

3. El recurrente basa el motivo en los informes periciales de inteligencia, que, como hemos dicho, no pueden ser considerados documentos a efectos del artículo 849.2º de la LECrim, con la finalidad de alterar el relato fáctico de la sentencia. Tampoco las declaraciones de los agentes que los redactaron o de otros distintos, pues se trata de pruebas personales aunque aparezcan documentadas en la causa.

Ello bastaría para rechazar el motivo. Además, de un lado, en la sentencia se afirma la inexistencia de prueba sobre los elementos fácticos en los que se basan los referidos informes, rechazando mediante una valoración razonada de la prueba la pertenencia del acusado a organización terrorista en el momento de los hechos, o la existencia del móvil característico de los actos terroristas.

De otro lado, aunque no sea precisa su exposición detallada, la doctrina del TEDH, del Tribunal Constitucional y de esta Sala acerca de la rectificación de los hechos declarados probados en sentencias absolutorias para dictar una de condena, o bien para empeorar la situación del acusado respecto de la condena de la instancia, no resulta posible sin una vista pública cuando sea preciso valorar pruebas personales, tal como aquí ocurre. Y, según esa misma doctrina, el derecho de defensa exige que el acusado sea oído cuando se rectifique el hecho probado en su perjuicio antes de dictar la condena, lo cual no es posible en el ámbito del recurso de casación.

En consecuencia, el motivo se desestima.

UNDECIMO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, alega que debió de condenarse por dos delitos de atentado terrorista ya que se produjeron dos muertes como consecuencia de de actos realizados en el marco de la integración y colaboración del acusado con los fines de la banda terrorista.

1. La jurisprudencia ha entendido que aunque la pluralidad de actos agresivos contra distintas personas pueda dar lugar a distintos delitos contra la vida o la integridad física, la naturaleza del bien jurídico propio del delito de atentado conduce a afirmar que una agresión realizada al tiempo o inmediatamente contra más de un agente no supone la comisión de varios delitos de atentado, tantos como agentes acometidos o atacados, sino un solo

delito. En este sentido se decía en la STS nº 72/2002, de 21 de enero, que *“Consecuencia de la naturaleza del bien jurídico protegido, es que la realidad de una actividad agresiva frente a varios agentes o funcionarios públicos, no da vida a tantos atentados cuantos agentes existan, sino sólo a una sola infracción, porque el bien jurídico es uno y único, aunque sean varios los agentes; cuestión distinta es que la realidad de múltiples agresiones den vida a otro delito --contra la integridad física--, en concurso ideal con el delito de atentado, y en esta situación en virtud de la propia substantividad del ataque causado, puedan existir y existan tantos delitos de lesiones u homicidios como víctimas, unidos, como ya se ha dicho, en concurso ideal con un único delito de atentado --SSTS 650/93 de 22 de Marzo, 1437/2000 de 25 de Septiembre—“.*

2. En el caso, por una parte, la agresión contra los dos agentes policiales se ejecuta sin solución de continuidad, de forma inmediata la segunda a la primera, por lo que la calificación efectuada por le Audiencia en la sentencia impugnada es correcta, considerando los hechos probados como constitutivos de un solo delito de atentado en concurso con un delito de asesinato y de un segundo delito de asesinato.

Por otro lado, de los hechos probados no resultan los elementos propios y característicos del delito terrorista, por lo que tampoco en ese sentido puede ser asumida la posición del recurrente.

El motivo, por lo tanto, se desestima.

DUODÉCIMO.- En el motivo tercero, nuevamente al amparo del artículo 849.2º de la LECrim, denuncia error en la apreciación de la prueba al estimar el Tribunal la concurrencia de la atenuante, dados los resultados de las pruebas médicas y de alcoholemia, de las que, a su juicio, resulta la inexistencia de padecimientos mentales y la imposibilidad de afirmar la intoxicación etílica.

1. Como hemos señalado más arriba, una de las exigencias que caracterizan este motivo de casación por error en la apreciación de la prueba acreditado por prueba documental, es que sobre el particular no existan otras pruebas, pues en esos casos se reconduce la cuestión a un problema de

valoración y no de error. Además, cuando se trata de dictámenes periciales, y no se trate de cuestiones a resolver mediante análisis de laboratorio, es preciso que se trate de un solo dictamen, o de varios coincidentes, del que el tribunal se aparta inmotivadamente, o que recoge de modo erróneo o fragmentario, variando su sentido, a pesar de que lo considera la base de aspectos fácticos que recoge como hechos probados.

2. En el caso, en lo que se refiere al estado mental del acusado, el Tribunal menciona varios dictámenes periciales médicos no coincidentes, recogiendo de ellos aquellos aspectos en los que considera que coinciden sustancialmente, en concreto, su carácter explosivo y la idea sobrevalorada acerca de una persecución por la Ertzaintza de la que creía ser objeto. En cuanto al consumo de alcohol, de las pruebas de alcoholemia resulta la evidencia de la existencia de un consumo anterior a su práctica. Aunque por las razones expuestas en la sentencia impugnada a las que ya se ha hecho referencia, haya de prescindirse de la prueba de alcoholemia como elemento decisivo, el Tribunal contó con la prueba testifical, de la que resulta que el acusado había consumido alcohol a lo largo de toda esa noche, y aunque considera que no se ha acreditado, dada su conducta, que el consumo fuera de tal entidad que causara una seria disminución de sus facultades, entiende razonadamente que la combinación de ambas circunstancias, dada la forma en la que se produjeron los hechos previos a la acción agresiva desarrollada contra los agentes, permiten considerar concurrente una circunstancia analógica.

Así, pues, acerca del consumo de alcohol el tribunal contó con otras pruebas además de las de alcoholemia, y respecto del estado mental valoró razonadamente las distintas pruebas periciales practicadas en el plenario.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

DECIMOTERCERO.- En el cuarto motivo, al amparo de los artículos 851.3º y 852 de la LECrim, denuncia que la Audiencia no ha dado respuesta a sus alegaciones respecto de la cuantía de las indemnizaciones y que, además, ha vulnerado el principio de igualdad al conceder cantidades menores que en otros casos.

1. Se trata de cuestiones muy distintas que deberían haber dado lugar a motivos diferentes. En todo caso, respecto de la primera de ellas, esta Sala ha señalado que el vicio de incongruencia ha de ser entendido como un desajuste material entre el fallo judicial y los términos en los cuales las partes formulan sus pretensiones.

Constituye doctrina del Tribunal Constitucional en relación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que este derecho “incluye el de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada que se ajuste al núcleo de las pretensiones deducidas por las partes, de modo que si la resolución que pone término al proceso guarda silencio o deja imprejuizada alguna de las cuestiones que constituyen el centro del debate procesal se produce una falta de respuesta o incongruencia omisiva contraria al mencionado derecho fundamental”, (STC 67/2001, de 17 de marzo). No obstante, también ha precisado (STC 67/2001) que *“No toda ausencia de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Para apreciar esta lesión constitucional debe distinguirse, en primer lugar, entre lo que son meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues, si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas –y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial–, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más posible excepción que la existencia de una desestimación tácita de la pretensión sobre la que se denuncia la omisión de respuesta explícita (SSTC 56/1996, 85/1996, 26/1997 y 16/1998)”*.

En lo que se refiere al principio de igualdad, como recuerda la STC. 58/2006 de 27.2 FJ. 3: *“En una línea jurisprudencial iniciada en la STC 8/1981, de 30 de marzo (F. 6), este Tribunal ha venido señalando que la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la Ley seguida en casos esencialmente iguales; de modo que son requisitos de la apreciación de dicha vulneración la existencia de igualdad de hechos (por todas, STC 91/2004, de 19 de mayo F. 7; 132/2005, de 23 de mayo F. 3; de alteridad personal (SSTC 150/1997, de 29 de septiembre F. 2; 64/2000, de 13 de marzo F. 5; 162/2001, de 5 de julio F. 4;*

229/2001, de 11 de noviembre F. 2; 46/2003, de 3 de marzo F. 3); de identidad del órgano judicial, entendiendo por tal la misma Sección o Sala aunque tenga una composición diferente (SSTC 161/1989, de 16 de octubre F. 2; 102/2000, de 10 de abril F. 2; 66/2003, de 7 de abril F. 5); de una línea jurisprudencial consolidada que es carga del recurrente acreditar (por todas SSTC 132/1997, de 15 de julio F. 7; 117/2004, de 12 de julio FF. 3 y 4 y 76/2005, de 4 de abril F. 2); y, finalmente, el apartamiento de dicha línea de interpretación de forma inmotivada, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la Ley «es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam» (STC 117/2004, de 12 de julio F. 3; en sentido similar, entre muchas, SSTC 150/2004, de 20 de septiembre F. 4 y 76/2005, de 4 de abril F. 2)».

2. En lo que se refiere a la incongruencia omisiva denunciada por el recurrente, es claro que sus pretensiones indemnizatorias han encontrado una respuesta expresa en la sentencia impugnada a través de la fijación de unas determinadas cantidades como cuantías correspondientes a cada perjudicado, y del razonamiento del Tribunal en tanto que aclara que no se ha apreciado que las víctimas no lo fueron de una organización terrorista, con lo que razona el apartamiento de las cuantías concretamente solicitadas por la parte recurrente.

De otro lado, y ya en relación al principio de igualdad, ha de tenerse en cuenta que, por una parte, la pérdida de una vida no puede ser compensada de modo absoluto por una cantidad de dinero, y, de otra, que, como se reconoce en el mismo motivo, cada caso es individual y diferente de cualquier otro. Además, en estos casos se indemnizan principalmente daños morales, los cuales, por su naturaleza, no son susceptibles de cuantificación con criterios objetivos aplicados en atención a la demostración o prueba de lesiones materiales, por lo que su traducción en una suma de dinero sólo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada, (STS nº 1336/2002, de 22 de julio), lo que aquí no se aprecia.

En consecuencia, el motivo se desestima.

DECIMOCUARTO.- En el quinto motivo, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim, denuncia error en la apreciación de la prueba resultante de informes periciales médicos respecto a la relación entre la afección psicológica sufrida por D. Jesús Iriondo y la agresión a los dos agentes policiales. Los médicos forenses adscritos a la Audiencia Nacional apreciaron un cuadro de estrés postraumático que evolucionó a un trastorno depresivo dando lugar a una incapacidad absoluta, derivada de los hechos ocurridos el 10 de diciembre de 1995, no solo el incidente del bar Ibarre sino como consecuencia de la muerte de los dos agentes, la asunción del hecho por el acusado, que oyó en la radio de la comisaría o el velar los cuerpos de los fallecidos. El informe fue ratificado en el plenario. Argumenta el recurrente que según esos informes, las secuelas padecidas estaban directamente relacionadas con los hechos objeto del juicio, iniciadas con la agresión y el incidente previo, pero agravadas con la muerte de los compañeros.

1. Es claro que las decisiones adoptadas durante la instrucción de la causa o en la fase intermedia respecto del origen del padecimiento del recurrente tenían carácter provisional, y no pueden condicionar el sentido de la sentencia sobre este particular. En definitiva, se orientaban a permitir el debate sobre esa cuestión en particular.

En segundo lugar, es claro igualmente que el informe pericial puede tener carácter documental a los efectos del artículo 849.2º de la LECrim, con los límites en que lo admite la jurisprudencia, solamente en la materia propia del mismo, y no en cuestiones jurídicas vinculadas a aquella. En el examen de unas lesiones, el perito médico podrá determinar sus características, el tiempo de curación, las secuelas e incluso su etiología. Pero no podrá establecer si procede la indemnización como perjuicio estrictamente derivado del delito, decisión que corresponde al Tribunal.

En la sentenciase describe lo ocurrido en el bar Ibarre entre el acusado y el recurrente; sustancialmente, el primero se encontraba en el lugar sobre las 10,15 horas cuando el recurrente, ertzaina, entró vestido de paisano para realizar unas compras; el aquí acusado, como consecuencia de su ideación fija y de su convicción de ser acosado por la Policía autonómica vasca, entendió que la presencia de agente se debía a esa persecución, y teniendo sus

facultades levemente alteradas por la ingestión de alcohol, se dirigió al agente, increpándole; éste, para evitar un conflicto mayor, abandonó el lugar dirigiéndose a su vehículo; el acusado lo alcanzó golpeándole en la cara; elertzaina prefirió no repeler la agresión, se introdujo en su vehículo, que fue golpeado por el acusado y se dirigió a la comisaría de Beasaín a presentar denuncia. Más adelante, se declara probado que “sufrió una grave afección psicológica que tuvo su causa esencial en el incidente que se produjo en el bar Ibarre...”. En el fundamento jurídico 1.5, el Tribunal recoge un informe pericial del Dr. Larrazábal según el cual, tal como se recoge en el citado fundamento jurídico, los trastornos que padece se inician a resultas de la agresión física sufrida en el año 1995 (en el bar Ibarre). A continuación, el Tribunal recoge como contenido del informe lo siguiente: *“aunque es obvio que la agresión personal en sí, uno o varios puñetazos, es bastante irrelevante para desencadenar trastornos síquicos tan graves como los que presenta el peritado, y por lo tanto es fundamental considerar el contexto”*. Dentro de ese contexto, el informe tiene en cuenta que la agresión fue ejecutada por una persona que una hora más tarde mata a dos policías, que era conocido por sus actividades de kale borroka y que posteriormente fue identificado como miembro de ETA, todo lo cual entiende el informante que aumenta el sentimiento de riesgo personal. Y añade que posteriormente a esos hechos el recurrente sufrió otros acontecimientos traumáticos relacionados con su profesión de policía, como pintadas amenazadoras de muerte en las cercanías de donde vive, así como la muerte de un familiar asesinado. Con esos datos, el Tribunal concluye que las secuelas tienen su origen en el hecho del que fue víctima directa, confluyendo en sus efectos un conjunto de elementos propios del contexto en el que vivía y desarrollaba su profesión. En consecuencia, dado que ese hecho no es objeto de enjuiciamiento, no es posible en esta causa establecer una indemnización civil por las secuelas derivadas del mismo.

2. El Código Penal, artículo 109, prevé la indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito. El concepto no puede extenderse tanto que incluya también a los daños y perjuicios que pudiera sufrir cualquier persona que tuviera conocimiento de la comisión del hecho delictivo, y que, a causa de tal conocimiento, pudiera resultar afectada en su ánimo, con mayor o menor profundidad, en virtud de su sensibilidad, o incluso de su cercanía al

hecho o a las personas implicadas, en una u otra forma en él. En esos casos, el daño o perjuicio no es causado directamente por el delito cometido, sino por el conocimiento o la noticia del mismo, que causa en quien lo recibe un trastorno anímico.

En la STS nº 1055/2011, de 18 de octubre, FJ 5º.3, se decía lo siguiente sobre esta cuestión: *“Sin duda es posible la existencia de perturbaciones psíquicas, con o sin somatización, a causa de la impresión que puede causar un hecho delictivo, especialmente si es de las gravísimas características del aquí enjuiciado, en terceras personas que presencian su ejecución, o tienen un conocimiento cercano del mismo o tienen con los directamente afectados una relación cercana, de cualquier clase que sea, o que por cualquier razón pueden sentirse más estrechamente relacionados con los efectos del suceso.*

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

3. En el caso, la afección psíquica sufrida por el recurrente tiene su origen en una agresión ejecutada por el acusado en el bar Ibarre, a la que, para establecer sus efectos y su gravedad, sería procedente añadir un determinado contexto, del cual, el delito enjuiciado en esta causa no es más que una parte, como se desprende del informe pericial antes mencionado, que tiene en cuenta el Tribunal.

Por lo tanto, en la sentencia impugnada no se ha desconocido un informe pericial o varios informes coincidentes, apartándose de sus conclusiones de forma inmotivada, sino que, por el contrario, se ha realizado una valoración de los datos disponibles sobre la base de otro informe pericial que pone de relieve el origen del padecimiento del recurrente en un hecho

distinto, la agresión directamente sufrida por el mismo en el bar Ibarre y la importancia que en sus efectos haya podido tener un amplio contexto, del que formaría parte el conocimiento acerca de los hechos ejecutados por el agresor y las circunstancias de su persona.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

III. FALLO

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, interpuesto por la representación procesal del acusado **MIKEL MIRENA OTEGUI UNANUE**, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª, con fecha 31 de Julio de 2.012, en causa seguida contra el mismo, por delito de asesinato y otros. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, interpuesto por la representación procesal de la acusación particular en nombre de **D. FRANCISCO MENDILUCE AGUIRRE, DÑA. Mª CARMEN GARCÍA ESTEPA y D. JESÚS Mª IRIONDO ITURRIOZ**, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª, con fecha 31 de Julio de 2.012, en causa seguida contra Mikel Mirena Otegui Unanue, por delito de asesinato y otros. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

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

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

Juan Saavedra Ruiz

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Francisco Monterde Ferrer

Manuel Marchena Gómez

Alberto Jorge Barreiro

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.