

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 439/2014

RECURSO CASACION N°: 2261/2013

Fallo/Acuervo: Sentencia Desestimatoria

Señalamiento: 13/05/2014

Procedencia: AUDIENCIA NACIONAL , SALA DE LO PENAL (Sección 3ª)

Fecha Sentencia: 10/07/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer

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

Escrito por: OVR

-Revelación de secretos. Colaboración con banda armada. Información proporcionada a miembros de la red de extorsión de ETA, para evitar su detención, desbaratando la operación internacional policial y judicialmente acordada (Juzgado Central de Instrucción nº 5 y Tribunal de Gran Instancia de París), por considerar los autores que ello entorpecería la situación política, abierta al diálogo, para acabar con la actuación de la organización terrorista.

-Recurso de los condenados. Jefe Superior de Policía e Inspector del Cuerpo Nacional de Policía.

Tutela judicial efectiva. Toma en consideración de los elementos de descargo.

Motivación. Doctrina de la Sala.

Derecho a un proceso con todas las garantías. Incorporación de elementos de prueba.

Derecho a juez imparcial. Quebrantamiento de forma. Rechazo de pruebas, y de preguntas. Dirección de los debates. No contestación a cuestiones planteadas por las partes. Doctrina de la Sala.

Presunción de inocencia.

Infracción de ley. Delito de revelación de secretos. Supuesto de grave daño a la causa pública.

Error de hecho en la apreciación de la prueba.

-Recurso de las tres acusaciones populares. Infracción de ley. Inaplicación del delito de colaboración con banda armada. Tutela judicial efectiva. -Imposibilidad de condena de los absueltos conforme a la doctrina del TEDH, del TC y de esta Sala, según la que no procede la condena ex novo en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia, cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la

convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación. No es admisible la evaluación de la intención del acusado sobre la base de una inferencia a partir de los hechos probados por el tribunal de instancia, cuando no se escuchó al acusado, que no tuvo oportunidad (ausente en casación) para argumentar ante el Tribunal, por qué negaba ser consciente de la ilegalidad de su conducta, es decir, de su intención delictiva.

VOTOS PARTICULARES: Voto disidente. Voto concurrente. Voto disidente y concurrente.

N°: 2261/2013

***Ponente Excmo. Sr. D.:* Francisco Monterde Ferrer**

***Vista:* 13/05/2014**

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 439/2014

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Alberto Jorge Barreiro

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Julio de dos mil catorce.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el n° 2261/2013, interpuesto por la representación procesal de los acusados **D. José Maria**

Ballesteros Pastor, D. Enrique Pamies Medina, y por las acusaciones populares: Asociación de Víctimas del Terrorismo, Asociación Dignidad y Justicia y Partido Popular, contra la sentencia dictada el 16 de octubre de 2013, por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, Sala Penal, en el Rollo de Sala Nº 11/2011, correspondiente al Sumario nº 1/2011, del Juzgado Central de Instrucción nº 5, que condenó a los acusados recurrentes, como autores responsables de los delitos de **Descubrimiento y revelación de información y colaboración con banda armada**, habiendo sido parte en el presente procedimiento los condenados recurrentes D. José María Ballesteros Pastor, representado por la Procuradora D^a Eva García Rey, y D. Enrique Pamies Medina, representado por el Procurador D. Alvaro de Luis Otero, la Asociación de Víctimas del Terrorismo, representada por la Procuradora D^a Esperanza Alvaro Mateo, la Asociación Dignidad y Justicia, representada por la Procuradora D^a Mónica Liceras Vallina, y el Partido Popular, representado por la Procuradora D^a Alicia Martín Yañez; habiendo intervenido el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Central de Instrucción nº 5, incoó Procedimiento Sumario con el nº 1/2011 en cuya causa la Sección Tercera de la Audiencia Nacional Sala Penal, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 16 de Octubre de 2013, que contenía el siguiente **Fallo: "Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a ENRIQUE PAMIÉS MEDINA, como autor material y directo de un delito de Descubrimiento y revelación de información obtenidos a través de su cargo, que no deben ser divulgados, con grave daño para la causa pública, a la pena de UN AÑO Y MEDIO de PRISIÓN, e INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por el tiempo de CUATRO AÑOS, así como la pena accesoria respecto a la pena de**

prisión acordada, de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

*Asimismo, **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a JOSÉ MARÍA BALLESTEROS PASTOR sin que concurran circunstancias modificativas de responsabilidad como **cooperador necesario de un delito de Descubrimiento y revelación de información obtenido a través de su cargo, que no deban ser divulgados, con grave daño para la causa pública** a la pena de UN AÑO Y MEDIO de PRISIÓN e INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por el tiempo de CUATRO AÑOS, así como la pena accesoria respecto a la pena de prisión acordada, de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.*

El tiempo que cada acusado hubiere estado privado de libertad le será abonado para el cumplimiento de la pena de prisión.

Cada acusado abonará una cuarta parte de las costas causadas, sin que en el pago de las costas como gastos del proceso deban incluirse a las acusaciones populares. Se declara de oficio la mitad de las costas causadas.

*Por último, **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a ENRIQUE PAMIES MEDINA y a JOSÉ MARÍA BALLESTEROS PASTOR del delito de colaboración con banda armada."*

2.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos**:
"PRIMERO.- Desde 1.998, la Unidad de Información de la Policía de San Sebastián venía realizando una investigación contra la red de extorsión de ETA, denominada GEZI, que parecía tener como centro neurálgico el Bar Faisán del barrio fronterizo de Behobia, en la localidad de Irún (Guipúzcoa). Dicha indagación, archivada en 2.003, fue retomada más tarde por la Comisaría General de Información a principios de 2.004, de forma coordinada con la Comisaría de San Sebastián, de modo y manera que las pesquisas eran conjuntas. La investigación se denominó UROGALLO, primitivo nombre del Bar Faisán.

En el ámbito de estas averiguaciones, al constatarse que la actividad de los miembros de la red se desarrollaba de forma simultánea en España y en Francia, y que algunos de esos miembros residían en este último país, con fecha 31 de enero de 2006, en el marco de las entonces Diligencias Previas 86/1998, abiertas para investigar este aparato de extorsión, las autoridades judiciales del Juzgado Central de Instrucción número 5 y del Tribunal de Gran Instancia de París acordaron la constitución de un equipo conjunto de investigación. Dicho equipo serviría para profundizar en las pesquisas sobre una posible sub-red de GEZI considerando que quien la dirigía era Joseba Elosúa Urbietta desde el Bar Faisán.

SEGUNDO.- *Mientras tanto, al margen de la actividad judicial, el día 17 de mayo de 2005, el Congreso de los Diputados en España, aprobaba por 192 votos a favor (PSOE, CIU, ERC, PNV, IU-ICV, CC Y Grupo Mixto), 147 en contra (P.P.) que el gobierno dialogara con ETA siempre que ésta deje plenamente las armas; iniciativa que trasladada al ámbito Europeo, hizo que el Parlamento Europeo adoptara el 25/10/2006, por 321 votos a favor, 311 en contra y 24 abstenciones, la resolución presentada por los partidos Socialistas, liberales, verdes e izquierda Unidad, apoyando la iniciativa de paz en el País Vasco emprendida por las Instituciones democráticas Españolas en el marco de sus competencias exclusivas.*

TERCERO.- *A raíz de considerar por las investigaciones efectuadas, a Joseba Elosúa Urbietta un eslabón importante en la red de extorsión de E.T.A., se acordó previa autorización judicial (Juzgado Central de Instrucción nº 5), instalar el dispositivo de balizamiento GPS-GSEM, en el vehículo Ford Focus, matrícula 7424-CYX utilizado habitualmente por el objetivo de la investigación Joseba Imanol Elosúa Urbietta, todo ello en el marco de unas diligencias penales abiertas, distintas a las que han motivado el presente proceso penal.*

Tras un periodo de escuchas, vigilancias y seguimientos, se tuvo conocimiento, en la tarde del miércoles 3 de mayo de 2006, a través del dispositivo de balizamiento referido, de una reunión en una sidrería de la localidad de Oyarzun, entre Elosúa Urbieta y Ramón Sagarzazu, y el fallecido Gorka Aguirre Arizmendi, miembro del Partido Nacionalista Vasco. Tras escuchar los datos que el balizamiento del vehículo arrojaba, la policía sospechó que se iba a producir una entrega de dinero- nueve millones de pesetas, deducción sacada de la expresión recogida por el dato que el balizamiento del vehículo de Elosúa Urbieta, mostró, de “nueve botellas de vino”-. Dicho dinero, según la Sección de Economía de la Comisaría General de Información, sería entregado al día siguiente (4 de mayo) a Cau Aldanur, otro de los investigados en la red de extorsión de ETA, residente en Francia, en el propio Bar de Elosúa Urbieta.

CUARTO.- *A raíz de la interceptación de esta conversación, se activó todo un dispositivo policial, por José Cabanillas Sánchez, Comisario del C.N.P.-Jefe accidental de la Unidad Central de Inteligencia de la Comisaría General de Información.*

En consecuencia, en la misma tarde-noche del 3 de mayo, activado el operativo policial encaminado a la intervención del dinero y detención de todos los posibles miembros de la trama de extorsión de ETA, se preparó una actuación conjunta con las autoridades judiciales y policiales francesas cuyas condiciones de puesta en marcha eran las siguientes:

- 1. Que Cau Aldanur mantuviera una cita con Elosúa Urbieta.*
- 2. Que los investigadores constataran que efectivamente esa cita se celebrase.*
- 3. Que en el control de identificación del paso fronterizo se constatará que Cau portaba el dinero anunciado o cualquier otro dato relevante para la investigación.*

Los detalles operativos se coordinaron en España, entre el responsable del equipo conjunto y jefe de la Sección de Economía de la Comisaría General de Información, Inspector jefe con carnet profesional nº 16.586, Carlos Germán Hernández, y el Comisario Jefe de Información de San Sebastián.

En la madrugada del día 4 de mayo, a primera hora, se distribuyeron equipos y objetivos, viajando diversos miembros del C.N.P. desde Madrid a la zona del País Vasco en que se iba a desarrollar la operación, a fin de actuar en su momento, para proceder a las detenciones oportunas en cuanto se produjeran las condiciones antedichas.

El entonces Jefe Superior de Policía del País Vasco, el acusado ENRIQUE PAMIES MEDINA, mayor de edad y sin antecedentes penales, tuvo conocimiento en la tarde anterior (3 mayo), del dispositivo que se iba a poner en marcha para detener a Joseba Elosúa y Cau Aldanur entre otros, entre los que se encontraban además, Sagarzazu y Gorka Aguirre, y con el designio de no entorpecer la situación política abierta de diálogo, para acabar con la actividad de ETA, a estos efectos, desarrolló una actuación tendente a tal fin, buscando una persona que no perteneciera a la plantilla del C.N.P. de San Sebastián para ponerle en contacto con Elosúa Urbietta, para poder lograr que no pudiera ser reconocida por los integrantes de ésta, o de la Sección de Economía de la Unidad Central de Inteligencia, y todo ello con el propósito de que entrara en el bar Faisán esa mañana del 4 de mayo de 2006, y, por su mediación le permitiera avisar a Elosúa Urbietta de que CAU Aldanur no acudiera a España, para evitar la detención de ambos.

El elegido fue, el también acusado JOSE MARÍA BALLESTEROS PASTOR, mayor de edad y sin antecedentes penales, en aquel momento Inspector destinado en la Brigada de Información de Vitoria, en cuyas funciones no estaba la investigación de terrorismo, de ETA sino, Jihadista, lo que le hacía especialmente apto para la misión, pues no era conocido en la zona. El acusado

Jose María BALLESTEROS, informado de los propósitos del acusado Enrique PAMIES, aceptó llevar a cabo la función que se le encomendó, dejando de asistir a un curso en Santander de conducción 4 x 4, para los que tenía concedida comisión de servicio, los días 3, 4 y 5 de mayo.

En la mañana del día 4 de mayo, a primera hora, Jose María BALLESTEROS se dirigió a Irún, encontrándose en las inmediaciones del domicilio de Elosúa a las 11:04 horas. Como quiera que Jose María Ballesteros no conocía la zona, abordó en las proximidades del domicilio de Elosua Urbietta, a una persona que resultó ser, Avelina Llanos, esposa de Elosúa Urbietta, preguntándole por el edificio Gaztelu-Tar, lugar que le habían indicado que vivía Elosúa Urbietta, diciéndole Avelina Llanos donde estaba ubicado dicho edificio. Una vez situado en el portal del edificio, Jose María Ballesteros fue visto por Elosúa Urbietta, siendo que el acusado Jose María Ballesteros quisiera contactar con Elosúa Urbietta en su domicilio para transmitirle la operación policial en marcha contra el aparato de extorsión de ETA, no consiguiéndolo al salir Elosúa Urbietta con su vehículo directamente desde el garaje de su casa hacia el Bar Faisán, lo que motivó, que Jose María Ballesteros no pudiera contactar en ese momento con Elosúa Urbietta.

Desde el lugar donde estaba el edificio Gaztelu-Tar de Irún, José María BALLESTEROS fracasado su intento, efectuó una llamada al acusado Enrique PAMIES a las 11:04:06, desde su teléfono móvil con número 630.52.64.21, tal y como acredita la localización de su terminal telefónico en el poste BTS que recoge la señal, San Marcial-Urdaine- Irún. El terminal de Jefe Superior de Policía del País Vasco, del procesado PAMIES, 629.27.84.85 se localizó en el repetidor FRANCIA EB, que da cobertura la localidad de Vitoria, ciudad de la que no se movió en toda la mañana.

A raíz de lo acontecido, el acusado Enrique PAMIES, le indicó al acusado Jose María BALLESTEROS, mediante la llamada de las 11.04:06, que

contactara con Elosúa Urbietta en el propio bar Faisán. A tal fin, el acusado Jose María BALLESTEROS se desplaza al bar Faisán, y estando ya en sus inmediaciones el acusado Enrique PAMIÉS llamó a Jose María Ballesteros a las 11:08:44 horas, entrando José María Ballesteros en el bar Faisán, pidiendo un café.

Ya dentro del bar Jose María Ballesteros; Elosúa Urbietta llegó un poco después de las 11:10 horas, y José María Ballesteros preguntó a Elosúa Urbietta por el propio Elosúa, a lo que éste le contesta si el padre o el hijo; en este momento, una vez identificada la persona de Elosúa Urbietta, el acusado Jose María BALLESTEROS le extendió un terminal telefónico, con la tarjeta correspondiente al número 630.52.64.21 desde donde previamente había llamado al número 629.27.84.85 del acusado Enrique PAMIES, diciéndole a Elosúa que alguien le iba a hablar. La llamada comenzó a las 11:23.31 y duró 8 minutos y 11 segundos, o 491 segundos, hasta las 11:30:42 horas, estando localizada de inicio y finalización en el poste Irún-Urdaine, que es el que da cobertura a la zona del bar Faisán.

A través de esa llamada, el acusado Enrique Pamies le dio a Elosúa Urbietta datos y detalles de la operación policial en marcha, para detener el aparato de extorsión de ETA. Para hacer creíble su mensaje, le indicó que bajo ningún concepto CAU Aldanur cruzara la frontera porque sería detenido. Concretamente, le dijo:

“ Ya te habrá dicho mi compañero, ya te habrá explicado por qué te llamamos, comentándole a continuación “ya sabes como nos encontramos, diciéndole a continuación que sus teléfonos estaban intervenidos, y que estaba al tanto de la reunión que el día 3 de mayo había tenido con Burutxuri (apodo de Cau Aldanur), manifestándole que sabía que el día 4 o 5 de mayo iba a tener una cita con él para darle 9 botellas de vino (en el argot se correspondía con 9 millones de pesetas), según le habría manifestado a Joseba Elosúa a Cau

Aldanur, manifestándole a continuación que no dijera a nadie que le había llamado para no fastidiar todo el proceso, pues se podría armar un zipizape si dices que te he llamado yo, para continuar diciendo que escuchara lo que le estaba diciendo, pues aquí hay gente que quiere que esto se rompa, pues ya sabes cuál es la situación política actual. Asimismo le manifestó que había policías en la frontera para coger a José Antonio Cau Aldanur, que si pasaba le iban a detener, ...”

Después de mantenida esta conversación entre Enrique Pamies y Joseba Elosúa Urbietta, Jose María Ballesteros salió del Bar Faisán permaneciendo en las inmediaciones hasta las 11:44:50, momento en que se produce una llamada entre Enrique Pamiés y José María Ballesteros, abandonando éste último el lugar.

QUINTO.- *Una vez recibido el aviso por parte de Enrique Pamies, Joseba Elosúa Urbietta se dirigió a una lonja de su propiedad sita en la calle Juncal Labandibar a unos 150 metros del bar Faisán, estando en dicho lugar por espacio de media hora hasta aproximadamente las 12 horas en que volvió al Bar Faisán, intentando contactar con Cau Aldanur a través del móvil de su hijo José María Elosúa Llanos, no acertando a marcar el número por su estado de nerviosismo, por lo que decide llamar desde las cabinas situadas al lado del establecimiento, sobre las 12:35 horas.*

Seguidamente, a las 12:40 horas, Elosúa Urbietta tras ver que no contactaba con Cau Aldanur, le comentó a su yerno Carmelo Luquín la conversación mantenida con Enrique Pamiés, decidiendo desplazarse ambos para avisar a Cau Aldanur a Francia, en el coche Ford Focus de Elosúa, deteniéndose en el trayecto a Bayona en una cabina situada cerca de la frontera, en Behobia, para llamar el teléfono 0559593144 de CAU Aldanur, sin conseguir contactar con Cau Aldanur. En el curso del viaje, Elosúa Urbietta le narró a su yerno lo que le ha ocurrido, detallándole repetidamente la

conversación telefónica con Enrique Pamiés Medina, mientras se dirigían hacia Bayona al domicilio de Jose Antonio Cau Aldanur, produciéndose el encuentro entre Elosúa Urbieta, su yerno y Jose Antonio Cau Aldanur, sobre las 13:30 horas, entregando Elosúa Urbieta a Cau Aldanur un paquete de periódicos que sacó de su vehículo, dejando Cau Aldanur los periódicos en su coche. Después de comer juntos Elosúa Urbieta, su yerno y Cau Aldanur sobre las 15:35 horas, Elosúa y su yerno salieron para España.

***SEXTO.-** Como quiera que el Inspector Jefe, Carlos Germán, ya el día 3 de mayo de 2006 por la tarde había comunicado al inspector del Cuerpo Nacional de Policía, Javier Gil de Sola, adscrito a la Agregaduría de la Embajada de España en París, y oficial de enlace en la Unidad de coordinación de la lucha antiterrorista, que los objetivos en España iban a efectuar una entrega de dinero, siendo estos objetivos los descubiertos en la investigación de una línea de financiación de E.T.A., basada en la extorsión a través del llamado “impuesto revolucionario” el día 4 de mayo de 2006, Carlos Germán contactó con Javier Gil de Sola, diciéndole que Elosúa Urbieta iba a ser detenido junto con Cau Aldanur en España cuando se produjera la entrega de la supuesta cantidad de dinero del primero al segundo, de forma tal, que la Policía Francesa procediera de forma coordinada a la detención de los objetivos en Francia, enviando Carlos Germán a Javier Gil de Sola un informe policial con sus conclusiones, para que fueran traducidos al francés y entregado al homólogo de Carlos Germán, el Comisario Bomet.*

A las 10:40 horas, del día 4 de mayo de 2006, Javier Gil de Sola recogió en el aeropuerto de París este informe (dos copias), entregándole una al Comisario Bomet, quien ordenó el traslado inmediato de una copia a la Juez Le Vert.

Ante la detención fallida en España de Cau Aldanur y Joseba Elosúa, en el puesto fronterizo con Francia, Carlos Germán comunicó a los miembros

del C.N.P. desplazados a Francia, que Joseba Elosúa iba con el dinero a Bayona para contactar con Jose Luis Cau Aldanur en el Petit Bayona, para hacerle entrega de varios periódicos entre los cuáles se encontraba según su criterio el dinero, y que se procediera a su detención, lo que no se llegó a realizar, al manifestar la policía francesa que no tenía instrucciones de París al respecto al no disponer según la juez Le Vert, de elementos suficientes para proceder a su detención, por lo que no se pudo comprobar el contenido de lo entregado por Joseba Elosúa a José Antonio Cau Aldanur entre los periódicos, lo que motivó un cierto incidente entre Carlos Germán y los miembros de la policía judicial francesa por no proceder a las detenciones solicitadas. Ante lo acontecido el dispositivo policial para efectuar las detenciones previstas en España de Sagarzazu y Gorka Aguirre, se levantó antes de las 14:30 horas del día 4 de mayo de 2006, sin que llegaran a efectuarse.

Con posterioridad el aparato de extorsión de ETA fue detenido, el día 22 de junio de 2006."

3.- Notificada la sentencia a las partes, las representaciones de los acusados D. José Maria Ballesteros Pastor, y D. Enrique Pamies Medina, así como las de la acusación popular; Asociación de Víctimas del Terrorismo, Asociación Dignidad y Justicia y Partido Popular, anunciaron su propósito de interponer recursos de casación que se tuvieron por preparados por auto de 12 de Noviembre de 2013, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4.- Por medio de escritos, que tuvieron entrada en la Secretaría de este Tribunal en 2 de Diciembre de 2013, la Procuradora Dña. Eva García Rey, 5 de Diciembre de 2013, el Procurador D. Alvaro de Luis Otero, la Procuradora D^a Esperanza Alvaro Mateo, la Procuradora D^a Mónica Liceras Vallina y la Procuradora D^a Alicia Martín Yañéz, interpusieron los anunciados recursos de casación articulados en los siguientes **motivos**:

Recurso de D.Enrique Pamies Medina

Primero.- En el primer motivo, así como en el decimocuarto y decimoquinto denuncia el recurrente, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 de la LECr., 120 y 24 CE, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la **tutela judicial efectiva sin indefensión**, y a la interdicción de la arbitrariedad.

Segundo.- El segundo motivo, se articula por infracción del derecho fundamental a **un proceso con todas las garantías** (art. 24.CE)

Tercero.- El motivo cuarto, tras la renuncia del tercero, se formula, al amparo del art 852 LECr, por vulneración del **derecho a los medios de defensa**, dada la desigualdad de armas producida entre acusación y defensa, denunciada en la petición de sobreseimiento, escrito de defensa, conclusiones definitivas e informe; no habiendo contestado la sentencia a las peticiones concretas.

Cuarto.- Los motivos, quinto, sexto y decimonoveno, se articulan, al amparo del art 852 y 850.3 y 4 LECr, por vulneración de precepto constitucional y del derecho al juez imparcial, a la tutela judicial efectiva; y por quebrantamiento de forma, por rechazo indebido de preguntas formuladas por la defensa del acusado.

Quinto.- Tras la renuncia a los motivos séptimo y octavo, el noveno se formula **por infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr, por indebida aplicación del art 417.1, CP.

Sexto.- El motivo décimo se basa en **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr, por indebida aplicación del art 417.1, párrafo segundo CP.

Séptimo.- Renunciado el motivo undécimo, el duodécimo se ampara en el art 849.2 LECr, para esgrimir **error de hecho en la apreciación de la prueba**.

Octavo.- El motivo decimotercero, se basa en **quebrantamiento de forma**, al amparo el art 851.3 LECr, por no contestarse a todos los puntos que fueron objeto de defensa por el recurrente.

Noveno.- Los motivos decimoséptimo y decimooctavo, se formulan, por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr., por vulneración de los arts 267, 268, 317, 318, 382 a 384 LECiv. Y 230 LOPJ; y por infracción de los arts 11 y 238 LOPJ.

Recurso de D. José M^a Ballesteros Pastor

Décimo.- Los motivos primero y segundo se formulan por vulneración de **precepto constitucional** y del art 117 de la CE, al amparo del art 852 de la LECr; y por **quebrantamiento de forma**, al amparo del art. 850.1 LECr. Se alega el quebrantamiento del principio de independencia de Jueces y Tribunales; y no permitirse la práctica de prueba testifical, interrumpiendo el Presidente los interrogatorios con tono grandilocuente y desafiante.

Undécimo.- Se articula el tercer motivo, al amparo del art. 852 de la LECr, por vulneración del derecho constitucional a **presunción de inocencia** del art 24.2 CE.

Duodécimo.- El motivo cuarto se articula, por **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por indebida aplicación de los arts. 28 y 417 CP.

Decimotercero.- El quinto motivo busca su apoyo, al amparo del art 849.2 de la LECr en el **error de hecho en la apreciación de la prueba**.

Recurso de las Acusaciones Populares: Asociación de Víctima del Terrorismo, Asociación Dignidad y Justicia y Partido Popular.

Decimocuarto.- Las tres acusaciones populares formulan un motivo coincidente, al amparo del art 849.1 LECr, por **infracción de ley**, por inaplicación indebida del art.576 CP.

Decimoquinto.- Como segundo motivo, al amparo del art 852 de la LEcr, formula la Acusacion popular, *Asociación de Víctimas del Terrorismo*, la vulneración del derecho constitucional a la **tutela judicial** efectiva, del art 24-1 CE.

5.- El Ministerio **Fiscal** por medio de escrito fechado el 3 de Febrero de 2014, y las **acusaciones populares** por medio de escritos de fecha 8 de Enero de 2014 la representación de la Asociación de Víctimas del Terrorismo, el 9 de Enero de 2014, la representación del Partido Popular y el 10 de Enero de 2014, la representación de Asociación Dignidad y Justicia, evacuando el trámite que se les confirió, y por las razones que adujeron, interesaron la inadmisión de todos los motivos del recurso de contrario, que subsidiariamente impugnaron.

6.- Por providencia de 25 de Abril de 2014, se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para **VISTA**, el pasado día **13 de Mayo de 2014**. Teniendo en cuenta la complejidad del tema objeto de estudio y el volumen de la documentación, la Sala convino mediante auto de fecha 28 de Mayo de 2014, prorrogar el término ordinario de diez días para dicta sentencia establecido en el art. 899 LECr., por **treinta días**.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE D. ENRIQUE PAMIES MEDINA

PRIMERO.- En el primer motivo, así como en el decimocuarto y decimoquinto denuncia el recurrente, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 de la LECr., 120 y 24 CE, la vulneración del derecho a la presunción inocencia, a la **tutela judicial efectiva sin indefensión**, y a la interdicción de la arbitrariedad.

1. Para el recurrente la vulneración constitucional se produce por haber quedado la prueba de descargo, fuera del acervo probatorio valorado por el tribunal, que ha desconocido los elementos de descargo aportados por su defensa que desvirtúan totalmente la prueba indiciaria en que se basa la condena. Por ello, se ha producido una valoración sesgada y parcial de la prueba .

2. Como nos recuerda la STS 29-6-2001, nº 1282/2001, el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface básicamente mediante la facilitación del acceso al proceso o al recurso de las partes y por la expresión de una motivación pertinente y suficiente en las resoluciones que dicten los tribunales.

El derecho a la *tutela* judicial efectiva, tal y como viene siendo perfilado en la jurisprudencia constitucional, permite anular aquellas decisiones judiciales basadas en criterios no racionales, o apartados de toda lógica o ajenas a cualquier parámetro de interpretación sostenible en derecho; pero no permite corregir cualquier supuesta deficiencia en la aplicación del derecho o en la valoración de la prueba. Otorgar al derecho a la *tutela* judicial efectiva mayores dimensiones significaría convertir el recurso de casación y, lo que todavía sería más disfuncional desde la perspectiva del reparto de funciones constitucionales, también el recurso de amparo en un medio ordinario de impugnación. El derecho a la *tutela* judicial efectiva no garantiza el acierto en la decisión judicial, aunque sí repele aquellas respuestas ofrecidas por los órganos jurisdiccionales que se aparten de unos estándares mínimos de "razonabilidad". Tal derecho queda satisfecho con la obtención de una respuesta judicial fundada en derecho, aunque se desestime la pretensión que se reclamaba del Tribunal. Pero no cualquier

respuesta judicial colma las exigencias de ese derecho: sólo aquéllas razonadas que se muevan dentro de ciertos cánones elementales de razonabilidad y que se funden en una interpretación de la norma jurídica no extravagante, sino defendible, aunque se aparte de otras posibles igualmente las sostenibles (Cfr. STS 11-7-2013, nº 615/2013).

3. Las alegaciones de la defensa sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar también 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).

Y, en todo caso queda extramuros del ámbito casacional, una vez verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de las conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo la de instancia, en virtud de la inmediación de la que dispuso y de las facultades que le otorga el art 741 LECr, en cuanto que ese juicio valorativo no resulte contrario a la reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia.

Y también ha señalado esta Sala (Cfr. STS 25-9-2012, nº 731/2012) que, cuando se trata de prueba indiciaria, la prueba directa no se traduce en tal caso en afirmaciones de tal carácter sobre la imputación, sino que establece otras premisas fácticas desde las cuales el juez puede, siguiendo cánones de lógica y experiencia, inferir la concurrencia de los elementos fácticos típicos. En tal caso merece una específica consideración la enervación de presunción de inocencia.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2011 ha dicho al respecto que: A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:

1) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados. 2) Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados. 3) Se pueda controlar la razonabilidad de la *inferencia*, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes". Y concluye advirtiendo que, en el ámbito del amparo constitucional, sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia....cuando "la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada".

Es decir que en tales supuestos ha de constatarse tanto la solidez de la inferencia desde el canon de la lógica y la coherencia, como la suficiencia o carácter concluyente que se considerará ausente en los casos de inferencias excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas (Sentencia del Tribunal Constitucional 117/200 . Y SSTs nº. 122/2012 de 22 de febrero, 103/12 y 99/12 de 27 de febrero, 1342/11 de 14 de diciembre, 1370/11 y 1432/11 de 16 de diciembre, 1385/11 de 22 de diciembre, 1270/2011 de 21 de noviembre, 1276/11 de 28 de noviembre, 1198/11 de 16 de noviembre, 1192/2011 de 16 de noviembre, 1159/11 de 7 de noviembre).

4. El examen de la sentencia constata que el Tribunal de instancia, por lo que se refiere al ahora recurrente explica las razones que le han llevado a la condena del recurrente, y las pruebas que han conducido a tal conclusión

condenatoria. De hecho la sentencia viene a dividir en su fundamento de derecho primero el apartado de valoración de la prueba en dos partes, la de cargo y la de descargo, analizando en cada una de ellas las diferentes pruebas y valorándolas en su conjunto.

La sentencia sale al paso de cada una de las objeciones a la prueba de cargo que ahora en el motivo expone el recurrente. Al mismo tiempo relaciona las pruebas de cargo entre si y enmarca tales objeciones de descargo de la defensa en ese entramado de indicios para, de una manera motivada y completa, concluir que tales objeciones no desvirtúan las conclusiones alcanzadas por la Sala a quo.

En realidad, la lectura de los folios 15 a 42 de la sentencia (siendo los folios 15 a 21 dedicados a la prueba de cargo y los folios 21 a 42 dedicados a la de descargo) permite concluir en la ausencia de fundamento de la queja del recurrente.

No cabe sostener que no se ha valorado toda la prueba cuando toda está aludida y tratada en las partes citadas de la sentencia.

Otra cosa distinta, ajena al ámbito de la casación, es que el recurrente por la vía de invocar un trato sesgado de la prueba, que no ha existido, venga a efectuar una valoración personal de la misma y a interesar un nuevo juicio donde hacerla valer de nuevo.

5. En concreto, en primer lugar afirma el recurrente que Elosúa ha negado -en instrucción y en el plenario- que fuera la persona que le entregó el teléfono. Y tilda esto de “clamorosa prueba de la inocencia”. La Sala no desconoció en modo alguno ese dato, pero estima poco creíble en este punto su declaración. Lo explica la sentencia y para ello se refiere al testimonio del agente 16586 -quien tomó declaración a Elosúa- que señaló que todas las veces

éste dijo que no iba a reconocer a nadie. Y se fija también para restar valor a ese no reconocimiento en la conversación entre Elosúa y su yerno Carmelo Luquín cuando van en coche hacia Bayona, relatada por éste en el plenario, en la que deja claro que la persona que le dio el teléfono en el Bar es el mismo que estaba en su domicilio, a quien vio su mujer, que era un policía, quien además efectúa una llamada que se registra en el repetidor de tal domicilio.

De otra parte, Ballesteros ha reconocido que estuvo en el Faisán, ese día y a esas horas, pese a las quejas igualmente de la defensa sobre la posibilidad de que las cámaras del Faisán no recojan todos los movimientos de personas al interponerse vehículos o sobre que no se reconoce a Ballesteros en las fotos o de que no se ha investigado a todas las personas que se asoman a tales cámaras.

Igualmente es de resaltar que Ballesteros, desmontada como lo ha sido en la sentencia la coartada de Pamiés para estar en el lugar, no tenía otro sentido que estuviera allí, primero en el domicilio y luego en el bar, en secuencia cronológica acorde con las llamadas registradas y acorde con el relato de Elosúa a su yerno.

En segundo lugar, para el recurrente la camarera miente o yerra en su recuerdo. Sin embargo, la camarera del bar corrobora que entró al bar, le sirvió un café, llegó después Elosúa, preguntó por él y le pasó un teléfono para que hablara con alguien. La queja del recurrente en este motivo de que la camarera testifica sobre los hechos, 7 años después, serviría para cualquier testigo. Tampoco invalida su testimonio que dijera que entró a trabajar a una hora posterior a la que realmente entró.

En tercer lugar, se pone por el recurrente en tela de juicio los informes del Equipo investigador. Se dice que están confeccionados por personas con la “condición de primeros sospechosos al ser los mismos que vigilaban el bar”, y que han cometido enormes deficiencias, afirmación genérica, conjetural y que en nada desvirtúa la calidad de los informes. Se señala que no se han investigado

los repetidores franceses, con cobertura en la zona del Bar Faisán, que se han investigado solo las llamadas en la franja entre las 11,10h a 11,40h, cuando Elosúa estuvo en el bar mucho más tiempo, se queja de que la duración de la llamada de interés se fijó en 4 minutos y que se debió haber investigado acotando las llamadas desde 1 minuto de duración, que tampoco se han investigado llamadas con tarjetas prepago, y que con todo ello se han dejado sin investigar aproximadamente más de 3000 llamadas. De modo que ante el hallazgo en 10-7-2066 en los oficios de Telefónica de una llamada entre Pamiés y Ballesteros a las 11'23, ninguna otra gestión o investigación se realizó.

Nuevamente no estamos ante una prueba de descargo sino ante la queja de cómo se ha practicado la de cargo. La Sala explica la valoración de este informe pericial y también la valoración del informe pericial contrario de la defensa. Señala, folio 28, cuál ha sido el procedimiento técnico para identificar la llamada, con solicitud a las distintas compañías, la fijación de los criterios de selección de las llamadas (la franja horaria desde la hora que está acreditada la llegada al bar Faisán de Joseba Elosúa para la que inicia a las 11,10 hasta las 11,40, porque según su propia declaración la persona que le aborda lo hace 10 o 15 minutos después de su llegada al bar, es decir, en torno a las 11,20-11,25, ampliándose incluso el margen del análisis hasta 15 minutos antes y después, de 11,10 a 11,40); se analizan las llamadas salientes ya que Ballesteros le pasa un teléfono desde el que previamente llamó, según declaró Elosúa; y se fija en 5 minutos la duración de la llamada ya que habiéndose practicado por los investigadores diversos ejercicios de simulación para cronometrar el tiempo que el policía pudo emplear en transmitir la información a Elosúa en atención a los datos del contenido de la llamada que posteriormente éste relata, resulta un margen temporal superior a los 5 minutos, tiempo que, no obstante, se rebajó como criterio de selección hasta los 4 minutos para que el análisis comprendiera también un hipotético margen de error.

Con tales criterios, no caprichosos sino justificados por los peritos sobre la base de la declaración de Elosúa y sobre las simulaciones, se identifica la totalidad de 63 líneas telefónicas, se procedió a recibir declaración a todas esas personas (60, porque de las 63, 2 llamadas salientes tienen el mismo titular y 1 es la llamada de interés) y se explica en la pericial cómo la llamada entre Ballesteros y Pamiés es la única que responde a tales criterios de la investigación.

En cuarto lugar, según el recurrente hubieran sido necesarios otros criterios de búsqueda, y por ello solicita se repita la investigación con nulidad de lo actuado. Petición apoyada en meras conjeturas sobre la base de ampliar artificiosamente la pericial, a redes francesas, a llamadas de duración de un minuto, a teléfonos satelitales (aunque sobre este extremo se practicó prueba pericial acreditativa de que no funcionarían en el interior del bar o a lo sumo lo harían cerca de una ventana y con una antena del teléfono desplegada, lo que no era el caso declarado por Elosúa).

Frente a la queja del recurrente de que la llamada debió fijarse en 1 minuto y no en 4 como se hizo, ya se ha señalado que la Sala admitió, a la luz de los datos que refirió sobre la llamada Elosúa y sobre las simulaciones periciales para fijar su duración, que el tiempo debió ser no inferior a 5 minutos. No era un cálculo caprichoso sino sobre la base de elementos que fueron expuestos y contrastados en juicio.

En todo caso, la confirmación de la llamada señalada entre Ballesteros y Pamiés no solo es vista por la Sala como un hecho aislado, a confrontar solamente con otras posibles llamadas, sino que la localización de tal llamada se halla enmarcada en otra serie de datos entrelazados y explicativos de la situación que dotan a esa llamada de la importancia que la Sala le atribuye: Pamiés termina reconociendo que sabía del operativo la tarde anterior; su coartada de que iba a entrevistarse en la zona con un confidente es desmontada según la Sala

por varios testimonios policiales que se explican en los folios 22 a 25 de la sentencia; siendo así carece de sentido que mientras Pamiés está en Vitoria, Ballesteros, que debía estar en un curso de conducción en Santander, esté en el Faisán (e incluso aun con la versión de Pamiés carecería de sentido que siguiera en el Faisán cuando la entrevista de Pamiés con el confidente se había cancelado); los movimientos de Ballesteros y las llamadas son elocuentes, pues pasa previamente por la casa de Elosúa y llega a preguntar a su mujer en la calle por el edificio, como revela la declaración de ambos, el registro de una llamada de Ballesteros en el repetidor de la casa y, sobre todo, la conversación con su yerno camino de Bayona en la que señala Elosúa que el del bar y el del domicilio eran la misma persona, y que era un policía. Corrobora además la declaración de la camarera la existencia de la dinámica de la llamada pasándole el teléfono Ballesteros a Elosúa.

En quinto lugar, se queja el recurrente de la ausencia de investigación de las personas que entraban y salían del bar Faisán. Sobre lo cual hay que decir, que no es cierto, porque lo que sucede es que el reconocimiento por Ballesteros de que estuvo allí, unido a los restantes datos que lo corroboran y a la localización de las llamadas desde su teléfono y a que previamente estuvo en las inmediaciones del domicilio de Elosúa, llevan a la Sala a estimar irrelevante como elemento de descargo que la Defensa señale el hecho de que entre la cámara y el bar se interpusieran en ese tiempo varios vehículos que obstaculizaban la visión durante un tiempo o que no se investigara a todos los que entraban y salían del bar en esa mañana.

En sexto lugar, apoyándose en sus dos periciales se lamenta el recurrente de que en la fijación horaria existen errores. Indica que si el vehículo de Elosúa se apaga -la baliza- a las 11,12, no puede llegar a las 11,10 al bar. De donde se deduce que el cuadro Excell del equipo investigador es erróneo. En la medida en que se efectúan cálculos con posteriores márgenes de error de 15 minutos en el

rastreo de llamadas, ese tiempo no es esencial ya que en el rastreo de llamadas se fijó la hora desde las 11,10 hasta las 11,40.

Y critica el recurrente que se diga que se investigaron 63 llamadas sospechosas dentro de la franja horaria acotada, cuando Pedro Beriguistain que testificó en el Plenario, funcionario de la Diputación Foral de Guipúzcoa, negando haber realizado llamada a las 11'23 con duración superior a 4 minutos, y no se investigara tal llamada para saber quien la realizó; como tampoco se han investigado las realizadas con tarjeta prepago de un súbdito pakistaní, que testificó, o por Farid Brouzza que no lo hizo, y otras atribuidas a los súbditos sudamericanos igualmente no investigadas.

También alega que si la filtración se da por buena a las 11'23, según fº 1485, 1486, a esa hora existieron 36 llamadas inferiores a cuatro minutos que no se han investigado

La sentencia, en todo caso no dice que llegara a las 11,10. Al folio 32 dice: “La entrada de Joseba en el Bar Faisán tuvo lugar *poco tiempo después de las 11,10*, una vez concluida la maniobra de aparcamiento y la entrada que hacía todos los días para saludar a su hija y a su yerno en la perfumería que regentan ambos, a escasísimos metros del Bar Faisán según el testimonio de Elosúa Urbietta y Carmelo Luquín. Además, la baliza instalada en el vehículo marca como hora de parada y estacionamiento del coche, las 11,10”. Si la baliza, como se queja el recurrente, se paró a las 11,12 y no a 11,10 como dice la sentencia, la diferencia de dos minutos no incide en las conclusiones que en las páginas siguientes de la sentencia desarrolla la valoración probatoria de la Sala, más aún cuando la Sala indica que entró al bar “poco tiempo después de las 11,10”.

De todos modos, sobre ese punto, las mediciones difieren en escasos minutos en lo que no es sino una lógica consecuencia de la intervención de varios aparatos medidores y de un factor humano. Por ello: la llegada de Elosúa al bar se dice en el acta de vigilancia que es a las 11.05, en el vídeo a igual hora,

en la baliza a las 11,12 y en el cuadro de Excell levantado por los investigadores a las 11,10. La Sala, como se vio, señala que la entrada de Joseba en el Bar Faisán tuvo lugar “poco tiempo después de las 11,10”. A ello debe añadirse que se estableció como criterio de búsqueda de la llamada un margen de ampliación o error de 15 minutos.

En séptimo lugar, se efectúa queja sobre la valoración de las pruebas testificales del Comisario 12180, funcionarios 19424, 12189 y del comisario francés Cristian Pommès. Con tales declaraciones la Sala a quo reputó poco creíble la coartada de Pamiés de que iba a entrevistarse con un confidente y que para eso envió al lugar a Ballesteros. Tiene razón el recurrente de que existen otras declaraciones -la de Pamiés, la del confidente, la de Ballesteros- que aluden a la realidad de la programación de tal encuentro y a que se suspendió finalmente. Ahora bien, no es irracional al valorarlas en conjunto estimar, como hace la Sala, que son más creíbles unas que otras. La sala no desconoce toda la prueba. Valora toda. Pero no como quiere y pretende el recurrente. La lectura de la sentencia -página 22- prueba de descargo, en este punto sirve para apreciar la ausencia de fundamento de la queja.

En octavo lugar, el recurrente se refiere a la prueba de los peritos de telefónica, Informe de Criminalística de la Guardia Civil, con un sistema que considera en desuso; sobre el vídeo y audición de la baliza. Para él tal material probatorio en que se basa la sentencia corrobora el encuentro de Pamiés con su confidente y, en definitiva la presunción de inocencia. Y señala que en la baliza del día 3 no figuraban determinados datos -que Cau Aldanur bajaría al Faisán, que iba a recoger 9 botellas de vino- que, hallándose en la intervención telefónica del día 2, son algunos de los revelados en la llamada del chivatazo. Que por ello si se dice en la sentencia que Pamiés conoció los datos de la operación por la baliza del día 3 existe un error ya que no pudo conocer precisamente esos datos.

Resulta absurdo pretender que quien era Jefe Superior de Policía del País Vasco, como era Pamiés, no pudiera tener otro conocimiento añadido al de la baliza del día 3, cuando se trataba de una operación conjunta en la que participaban agentes del País Vasco. De hecho la sentencia, sobre la manifestación de Pamiés de que no se le había informado formalmente de la operación, señala “lo cual es extraño siendo como era Jefe Superior de Policía del País Vasco, máxima autoridad policial en dicha comunidad, y por lo tanto siendo como ha puesto de relieve el miembro del C.N.P. con carnet profesional nº 16.586, quien llevaba la gestión de los servicios de información del territorio”. Y más adelante señala tras resaltar la declaración del agente 87188 que escuchaba la baliza el día 3 y la llevó a la Comisaría de San Sebastián: “parece poco creíble, que el Comisario de la Brigada Provincial de Información de San Sebastián no comunicara a Enrique Pamiés las circunstancias de este hecho, así como aunque no tenga mayor relevancia, una circunstancia que el principio de inmediación ha puesto de relieve en el juicio oral, pero que entendemos que debe ponerse de relieve para situar el contexto de lo acontecido, es la discrepancia existente en la interpretación de los datos extraídos de la baliza sobre el momento en que Cau Aldanur iba a venir a España desde Francia, entre el Comisario de la Brigada Provincial de Información de San Sebastián y los miembros de la Sección de Economía de la UCI, llegando a decir en el juicio oral dicho Comisario de la Brigada de Información de San Sebastián, que era una operación policial ficticia lo que se iba a realizar. Lo cierto, es que fuera el día 4 de mayo por la mañana o por la tarde, o el día siguiente 5 de mayo cuando Cau Aldanur iba a ir al bar Faisán, el aviso de que no cruzara la frontera porque le iban a detener junto con el resto de los miembros del aparato de extorsión de E.T.A., queda invariable en cuanto a su significación”.

En noveno lugar, ya dentro de las conclusiones del motivo, alega el recurrente que cuando se produce la llamada entre Ballesteros y Pamiés, Elosúa no está en el bar sino en la perfumería de su hija, por lo que la llamada no pudo ser la del chivatazo. Apoya esta afirmación en el acta de vigilancia que sitúa a

Elosúa en torno a las 11,15 en la perfumería de su hija, lo que, a su juicio, no permite dar por válida que la llamada del chivatazo fuera la de los acusados. Señala que la baliza del coche se apagó a las 11,12, no a las 11,10, y que estuvo primero en la perfumería, por lo que la llamada a las 11,23 no tuvo tiempo de ser él quien recibiera de Ballesteros el teléfono en el bar.

La sentencia establece la franja horaria a los folios 31 y ss. Ciertamente es que el acta de vigilancia levantada señala que sobre las 11,15h Elosúa está en la perfumería. Pero no cabe sentar como definitiva y válida la apreciación horaria de quien levanta el acta.

La sala de instancia conoció de las pruebas sobre esa franja horaria y estableció como posible la secuencia de salida de Elosúa de su casa, llegada al bar, saludo en la perfumería cercana a su hija y presencia en el bar a las 11,23 ya que indica –folio 31 de la sentencia- que valora correctos los informes de llamadas y análisis de horas de la Guardia Civil y CNP que establecen que Elosúa sale del garaje de su domicilio, aproximadamente, entre las 11,04 y las 11,06, toda vez que el vehículo Ford Focus conducido por él llega a la rotonda situada frente al Bar Faisán, a las 11,08; que en respuesta a lo solicitado en el punto número 03 del Oficio de 05 de septiembre, el tiempo que regularmente se invierte en recorrer, en coche, la distancia existente entre el domicilio de Elosúa y su bar, es de 3 a 4 minutos aproximadamente, conforme las diligencias de comprobación practicadas por los investigadores; que la baliza instalada en el vehículo marca la hora de puesta en marcha (movimiento) del coche, en el garaje de su domicilio, a las 11,00; que existe relación espacial y temporal entre la hora en la que Elosúa sale de su domicilio y la llamada realizada a las 11,04,06 desde el número 630.52.64.21 del Inspector de Vitoria al número 629.27.84.85 del Jefe Superior. Esta llamada se registra de inicio en el repetidor "Irún-San Sebastián, y de fin en el repetidor "Irún-Urdaine"; que los repetidores "Irún- San Marcial" e "Irún- Urdaine" dan cobertura a la zona donde radica el domicilio familiar de Elosúa (Edificio Gazteluzar de Irún), evidenciando que el Inspector de Vitoria,

titular del teléfono 630.52.64.21, que es quien efectúa la llamada, se encuentra en ese momento en esa zona; que Pamiés, usuario del teléfono móvil de la D.G.P. N° 629.27.84.85 y receptor de la llamada, se encuentra en ese momento bajo la cobertura del repetidor "Francia EB", en Vitoria, lo que evidencia que se encontraba físicamente en esta ciudad; que la entrada de Joseba en el Bar Faisán tuvo lugar poco tiempo después de las 11,10, una vez concluida la maniobra de aparcamiento y la entrada que hacía todos los días para saludar a su hija y a su yerno en la perfumería que regentan ambos, a escasísimos metros del Bar Faisán según el testimonio de Elosúa Urbietta y Carmelo Luquín. Además, la baliza instalada en el vehículo marca como hora de parada y estacionamiento del coche, las 11,10; que a las 11, 08,44 cuando el Jefe Superior (Pamiés) llama al Inspector (Ballesteros) y habla con él por espacio de 58 segundos, el Inspector ya se encuentra en la zona del repetidor de "Zaisa", que es el que da cobertura al bar Faisán. Es decir, entre las 11,04,06 (cuando el inspector está en la zona del domicilio de Elosúa) y las 11,08,44 (cuando está en la zona del bar Faisán), transcurren 4 minutos y 38 segundos, tiempo suficiente para el desplazamiento desde el domicilio al bar, conforme se ha comprobado reiteradamente en el curso de la investigación (entre 3 y 4 minutos); que la persona que aborda a Elosúa en el interior del bar lo hace entre 10 y 15 minutos más tarde de la llegada de Elosúa Urbietta al Bar Faisán (llega a las 11,10). Por lo tanto la comunicación de Joseba ELOSUA con el "policía" a través del móvil se produce entre las 11,20 y las 11,25; que el tráfico de llamadas determina que entre esas horas, concretamente a las 11,23,31 se produce una llamada saliente, de duración superior a los 5 minutos, entre los funcionarios del C.N.P. (el Jefe Superior de Policía, Enrique Pamiés y el Inspector José María Ballesteros), hallándose el funcionario que efectúa la llamada (el Inspector), en la zona que cubre el repetidor de Zaisa, es decir, el que da cobertura al Bar Faisán.

6. Pues bien, admitido que en los cálculos horarios pueda existir un margen de escasos minutos de variación, atribuible a varios factores (a la apreciación de quien levanta el acta o a la posible disparidad de horario entre los

diferentes aparatos medidores) que en ningún caso acreditan que a la hora de la llamada no estuviera Elosúa en el bar, por el contrario son varios los elementos indiciarios que inciden en la autoría de Ballesteros como la persona que entrega el móvil a Elosúa.

Ya hemos hecho referencia a ellos líneas atrás y la sentencia los señala - folios 27 y 35-: “podemos concluir que quien estuvo en el portal de su casa, fue el que estaba en el bar y le entregó el teléfono móvil, y que además era policía, y que además estaba en el bar Faisán cuando Joseba Elosúa llegó, tomándose un café, extremos éstos corroborados en gran medida por el testimonio de Avelina Llanos, esposa de Elosúa Urbietta, quien ha manifestado, que un hombre le llamó y abordó y le preguntó por Garztelu-Tar, lugar donde viven, así como por la declaración testifical de María del Carmen Gogorza, que trabajaba de camarera ese día en el Bar Faisán, quien ha narrado, como iniciaba su jornada laboral a las 11:00 horas y que "a las 11 y poco" llegó una persona preguntando por Joseba Elosúa, que llegó antes que este último y que hasta que llegó le sirvió un café, entregando esta persona a Elosúa Urbietta un teléfono móvil”.

Y sobre lo anterior la Sala de instancia insiste: “Las personas que mantuvieron los contactos con Joseba Elosúa en el interior del Bar Faisán eran policías, como lo son los dos acusados. En el viaje a Bayona, Joseba Elosúa le dice a su yerno (Carmelo Luquín), testimonio de éste prestado en el juicio oral corroborando los datos arrojados por la baliza, que la persona que le entregó el móvil en el Bar Faisán, era la misma que le dijo que si, "que era la que estaba en el portal de la casa de Elosúa Urbietta para darle el recado". Luego si Elosúa Urbietta sale de su domicilio entre las 11,04 horas y 11,06 horas y a las 11, 04,06 y se registra una llamada desde el teléfono del acusado José María Ballesteros a Enrique Pamiés, razonablemente podemos concluir que esa persona era el policía José María Ballesteros; y ese dato se corrobora además, cuando Elosúa Urbietta al hablar con el interlocutor telefónico dice que éste le dijo "ya te habrá dicho mi compañero". Además debemos tener en cuenta, que la llamada de las 11, 04,06 horas entre Ballesteros y Pamiés se registra de inicio en el repetidor

"Irún-San Marcial" y en su final en el repetidor "Irún-Urdaine", que dan cobertura a la zona donde radica el domicilio familiar de Elosúa Urbietta, (Edificio Gaztelu-zar de Irún). Si esa misma persona es la que le entrega el móvil en el bar Faisán, a Elosúa Urbietta, (dato de la baliza del vehículo Ford Focus que se recoge en el viaje tan aludido hacia Bayona), las reglas de la lógica nos llevan de nuevo a que esa persona (policía) que le dio el móvil a Elosúa Urbietta para hablar con otra persona, era José María Ballesteros. Y si la llegada de Joseba Elosúa al Bar Faisán es sobre las 11,10 horas y el teléfono móvil, que la persona que no puede ser otro que el acusado José María Ballesteros, según lo expuesto, se lo entrega a Joseba Elosúa a las 10 o 15 minutos de estar Elosúa en el bar, si la llamada de teléfono de Ballesteros hacia Pamiés se registra a las 11,23 horas, 31 segundos, el interlocutor que comunicó a Joseba Elosúa la operación policial en marcha para detener el aparato de extorsión de ETA no puede ser otro que el acusado Enrique Pamiés. Pensemos además, que esa llamada desde el teléfono de Ballesteros llamando al teléfono de Pamiés a las 11:23 horas y 31 segundos está registrada en el repetidor de Zaisa, que es el que da cobertura al Bar Faisán”.

7. Es por ello que, aunque el recurrente formalmente establezca que su queja es debida a la desatención de las prueba de descargo, realmente se queja de la valoración de la prueba y pretende hacer valer la suya propia en casación.

A la vista de los señalados elementos de prueba, y sin dejar de reconocer como hizo el Tribunal a quo la existencia de otros elementos que no han dado resultado de cargo (tampoco de descargo directo), sin embargo, centrándonos ahora en la prueba indiciaria sobre la participación de los acusados, debe reiterarse que la sentencia lleva a cabo un análisis de la concurrencia de numerosos indicios y que la interrelación de los mismos permite concluir que son suficientes para tener por acreditada la autoría de los acusados.

Cada uno de los elementos de cargo ya señalados anteriormente tal vez por si solo no sería suficiente, pero la fuerza probatoria de los mismos procede precisamente de la interrelación y combinación de todos ellos, que concurren y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS de 14 de febrero y 1 de marzo del 2000, entre otras muchas).

Y esos elementos de cargo eran múltiples como señala la sentencia por lo que el análisis aislado de cada indicio, fuera del contexto integrado por la dinámica de los hechos y el resto de los elementos indiciarios interrelacionados, resulta manifiestamente contrario a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos sobre la teoría de las probabilidades, como ya ha señalado esta Sala en la sentencia de 24 de octubre de 2000.

Por todo, la Sala llegó a la convicción expresada en la sentencia, sin que ello tenga, en consecuencia, nada que ver ni con la presunción de inocencia que exigiría que se denunciase un vacío probatorio ni con una visión sesgada de la prueba.

Así, nada hay que no haya sido tomado en cuenta por el tribunal de instancia, llegando a las conclusiones que explicita, aunque sean distintas de las pretendidas por el recurrente.

Por lo tanto, en la medida en que el derecho constitucional de referencia queda satisfecho con la obtención de una respuesta judicial fundada en derecho, que no se aparta de unos estándares mínimos de "razonabilidad", el motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- El segundo motivo, se articula por infracción del derecho fundamental a **un proceso con todas las garantías** (art. 24.CE).

1. Se alega que se ha utilizado como base de la condena el contenido de un vídeo y el del balizamiento del vehículo de Elosúa, incorporado a la causa sin respetar las formalidades legales para constituir prueba de cargo.

El motivo pretende que se acuerde la nulidad de todo el sumario y que se dicte sentencia absolutoria ya que señala:

A) En la intervención telefónica del día 2 de mayo de Elosúa, una con "Xempe", y otra con Can Aldanur: no constan los autos de intervención dictados en la otra causa -Operación Urogallo-, y no se han escuchado las conversaciones sino que se han incorporado por lectura de su transcripción que consta a fº 7570 a 7573. Debieron ser aportadas del acerbo probatorio.

B) La baliza del coche Focus de Elosúa del día 3: se ha incorporado mediante lectura de sus transcripciones, sin escucharse el audio, fº 3352 y ss. Se trata de conversación de Elosúa y Gorka Aguirre, tras comer juntos. Nada se refiere sobre 9 botellas de vino. No se menciona a Cau, ni el Bar Faisán. También debió ser aportada como prueba.

C) La cinta de vídeo 122 del bar Faisán tiene dos cortes, uno a las 10,52 de 2 minutos y medio y el otro de 15 segundos a las 11,11. No consta sea original, y no se ha averiguado. No es predicable su exactitud. Estuvo bajo la custodia de un agente -nº 18724- dos años hasta que se presentó en el Juzgado, fº -5489- a su requerimiento. Ha sido manipulada intencionalmente, y falla la cadena de custodia.

D) La baliza del coche del 4 de mayo no tiene soporte original ya que se grabó, copió a pendrive y reseteó el original. Era una copia de una copia del original Fª 2 y ss y 3652, T.8. El balizamiento para ser considerado prueba directa, si está afecto de irregularidades en la incorporación de su resultado al proceso, no queda afectado el derecho a un proceso con todas las garantías, entrando en este grupo de irregularidades relativas a la entrega y selección de las cintas grabadas, custodia de los originales y transcripción de su contenido (STS 1191/2004 de 21 de octubre).

E) Se sostiene que la impugnación no es por las razones que dice la sala de instancia; y sólo contestan respecto de la baliza de 4 de Mayo. Las páginas. 43 a 48 de la sentencia al respecto, carecen de sentido. No se ha impugnado por ausencia de autorización judicial, pues consta en la pieza de "Documental", sino por no haberse escuchado en el plenario con la aportación de los folios 7571 y ss y 3352, no existe acreditación directa o indirecta, del conocimiento de Pamiés de los detalles de la operación.

2. Las conversaciones telefónicas y la baliza del día 3 no son prueba de los hechos objeto de condena -ver sentencia fº 38-. El conocimiento de Pamiés de la operación no deja de ser un dato que está acreditado aunque se suprimieran tales cintas y baliza. Como se explicó en el motivo anterior, Pamiés reconoció finalmente conocer la operación la tarde del 3 y siendo Jefe Superior del País Vasco no cabe sostener que al suprimir como elemento de cargo las conversaciones del día 2 y la baliza del 3 no pudiera él saber datos de la operación que son los que recibió en la llamada Elosúa.

Sobre la baliza del día 4 (cuyo auto de intervención consta en autos) y sobre la cinta de vídeo 122, consta la práctica de periciales. Que existan cortes y se haya cuestionado su carácter de originales; que se haya procedido a su lectura o a escucharse en juicio, son elementos que inciden en la mayor o menor fiabilidad valorativa que la Sala estime que tienen, pero no las anula como medios de prueba, más aún cuando los intervinientes en las conversaciones y vídeo han reconocido la existencia de la misma (reconocen Elosúa y su yerno la conversación de la baliza, y Luquín la relató en el juicio) y reconoce Ballesteros que estuvo y entró y salió reiteradamente del Faisán y Elosúa que llegó al mismo y estuvo en él esa mañana.

Las irregularidades que se dicen serían a lo sumo infracciones de legalidad ordinaria que no afectan al derecho fundamental invocado.

La sentencia señala al respecto: “las cintas de videovigilancia, sobre las que hemos de insistir, que en todo caso los cortes que se observan, ni se ha probado que fueran intencionados, pues como ha narrado el policía Nacional n° 87.492, había veces que fallaban, y lo que es más importante, los cortes no afectan a la franja horaria en que ocurrieron los hechos (entre las 11 horas y 12 horas) del día 4/05/2006; han determinado hecho alguno de los que han permitido llegar a inferir la autoría de los acusados en los hechos objeto de este proceso penal; como fácilmente y sin más explicación, se infiere de todas la pruebas analizadas”.

Aunque el corte de las 10,52, de 2 minutos y medio, efectivamente no afecta (lo que ya de por si habla de la nula intencionalidad de los mismos y de su carácter casual como explicó el agente), el otro de 15 segundos a las 11,11 si está en esa franja. En todo caso quedaron explicados en juicio por el agente policial 87.492.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El motivo cuarto, tras la renuncia del tercero, se formula, al amparo del art 852 LECr, por vulneración del **derecho a los medios de defensa**, dada la desigualdad de armas producida entre acusación y defensa, denunciada en la petición de sobreseimiento, escrito de defensa, conclusiones definitivas e informe; no habiendo contestado la sentencia a las peticiones concretas.

1. El recurrente pretende que se acuerde la nulidad de la sentencia recurrida para que vuelvan las actuaciones a la fase de sumario y pueda entonces unirse todo el sumario relativo a la operación Urogallo sobre la red de extorsión a ETA (sumario 2/08, antes Previas 86/98). Alega el recurrente que todas las acusaciones de esta causa están personadas en dicho Sumario y que la defensa al

no poder estarlo no conoce íntegramente tales actuaciones de las que podrían derivarse elementos de descargo para el presente procedimiento.

2. Es cierto que ambos sumarios tienen relación. Éste, el actual, se abre por un incidente surgido en aquella investigación -ver fº 40 sentencia-. Pero los hechos y los implicados son distintos. Existe un diferente objeto procesal en ambos procedimientos. Esta causa se refiere a hechos muy concretos: el aviso del día 4 de mayo a Elosúa de que se van a producir detenciones. Ciertamente parte de la existencia de hechos de aquél: la existencia de una red de extorsión, que radica en el bar Faisán, que se tienen datos del chivatazo por los movimientos y conversación de Elosúa. Ahora bien, esos datos están confirmados por numerosa prueba. Lo que se discute en esta causa es si los acusados son o no autores de la llamada que sirvió de aviso. No existe controversia sobre los extremos relativos a la red y a las personas que iban a ser detenidas. Ni tienen interés para esta causa las actuaciones posteriores de aquél sumario. Estas circunstancias justifican que la Sala haya considerado acertadamente, por tanto, que la petición de la defensa de que se uniera la totalidad de aquél sumario a éste, excedía de la necesidad de defensa, era por ello una prueba innecesaria.

Con ser cierta la alegación de que el Fiscal es parte en aquella causa y no lo es la Defensa de este recurrente no se incide sin más en una desigualdad de armas. Solo cuando ello suponga la imposibilidad de practicar pruebas. No cuando la solicitada, por su generalidad y ausencia de relación directa con la causa, se estime por la Sala no necesaria.

Tal generalidad se da incluso en la relación que recoge el recurrente. (Fº 173 del recurso).

Sobre la petición del sumario señala -en Fº 41-, la sentencia: “la defensa de Enrique Pamiés, se queja de que pidió testimonio de toda la operación Urogallo y no se accedió a ello. Realmente tal petición genérica que hizo, parece que desborda el derecho de defensa, pues la prueba que ha de practicarse en el

juicio oral, se refiere a hechos concretos, siendo estos hechos lo que apoyan la tesis defensiva del acusado, y aquellos que contradigan la tesis acusatoria. Por ello pedir testimonio de todo un sumario, sin acotar que hechos son los que se quieren probar alegando en términos genéricos, de que si no se vulnera su derecho de defensa pues las acusaciones tenían acceso íntegro a dichas actuaciones, y sin haber intentado siquiera la personación en dichas actuaciones, no es atendible, además de no poder realizar el tribunal ponderación alguna sobre la pertinencia de tal prueba, pues las pruebas, tienen que versar sobre hechos o datos concretos que la parte quiera probar para hacer valer el objeto de su concreta pretensión. Pero es que en orden al balizamiento del vehículo, hubiera bastado, con pedir, cosa que no ha hecho la defensa, testimonio de la resolución del juzgado acordando dicha diligencia y sus sucesivas prórrogas.

No obstante también debe significarse de nuevo que lo realmente esencial de los datos obtenidos de la baliza, es la conversación entre Elosúa Urbietta y su yerno donde el primero revela al segundo la llamada telefónica sobre la filtración, debiendo recordarse a tal fin, que el Tribunal como prueba propuesta por las partes ha escuchado en el juicio oral, el audio de la baliza”.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- Los motivos, quinto, sexto y decimonoveno, se articulan, al amparo del art 852 y 850.3 y 4 LECr, por vulneración de precepto constitucional y del derecho al **juez imparcial**, a la tutela **judicial efectiva**; y por **quebrantamiento de forma**, por rechazo indebido de preguntas formuladas por la defensa del acusado.

1. En exposición conjunta de todos los motivos citados, afirma el recurrente que el tribunal de instancia, a través de su Presidente, ha mantenido durante el desarrollo de las sesiones del juicio una actitud parcial, arbitraria y “aparentemente prejuiciosa” hacia los acusados, y de obstáculo hacia las defensas, especialmente en el interrogatorio del testigo principal de la acusación

PN 16586. Actitud general que estima no ha sido así con el Fiscal ni las acusaciones. De ahí concluye en la parcialidad del Tribunal e interesa la repetición del juicio ante Tribunal de distinta composición.

Y se refiere a diversos momentos del juicio que comprenden intervenciones del Presidente al cortar o impedir que se formulen determinadas preguntas, decisiones de denegación de preguntas que se motivan en ocasiones acompañadas de comentarios no exentos de ironía. Son incidentes de diverso signo acaecidos durante las sesiones del juicio.

2. El motivo, como iremos viendo, no puede ser acogido. La STS 798/2013, de 5 de noviembre, enmarca la cuestión: “Esta Sala Segunda ha dicho con reiteración, SSTS 24/2010, de 1 de febrero, 901/2009, de 24 de septiembre, 716/2009, de 2 de julio, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, sentencia 8 de mayo de 2006, que la imparcialidad del Tribunal forma parte de las garantías básicas del proceso (art. 24.2 CE) constituyendo incluso la primera de ellas: ser tercero entre partes, permanecer ajeno a los intereses del litigio y someterse exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio son notas esenciales que caracterizan la función jurisdiccional desempeñada por Jueces y Magistrados, de modo que sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso judicial”.

La STC núm. 60/2008, de 26 de mayo, recuerda que “la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra (STC 5/2004, de 16 de enero)”.

Continúa la sentencia: “Ahora bien, según la misma doctrina, aun cuando es cierto que en este ámbito las apariencias son muy importantes ... no

basta con que tales dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 69/2001, de 17 de marzo; 140/2004, de 13 de septiembre). Por ello la imparcialidad del Juez ha de presumirse y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas (SSTC 170/1993, de 27 de mayo; 162/1999, de 27 de septiembre) y han de fundarse en causas tasadas e interpretadas restrictivamente sin posibilidad de aplicaciones extensivas o analógicas” .

3. Enmarcada así la cuestión, hay que precisar que no añade ningún riesgo al estatuto de imparcialidad el hecho de que a lo largo de la vista oral el Magistrado Presidente resuelva una cuestión en contra de los intereses de la defensa.

Entrando en las diferentes quejas cabe concluir que, al margen de la mayor o menor paciencia del Presidente del Tribunal como director de los debates, -y del mayor o menor grado de cortesía empleado- resulta que están justificadas plenamente las decisiones que toma acerca de las preguntas que declara impertinentes. Así: en el interrogatorio de la Defensa de Pamiés al Jefe del Equipo Investigador se le pregunta “¿cómo se descartan ustedes a si mismos en ese proceso de investigación sobre si mismos? Y el Presidente declarando improcedente la pregunta señala “Ahí está, venga, suficiente. No están acusadas más que dos personas, punto”; en el interrogatorio de tal defensa a Avelina Llanos, esposa de Elosúa, sobre el tiempo que se tarda en ir de su casa al bar, el Presidente declara impertinente la pregunta y afirma “pues depende, unos días se queda con la pescadera tarda más, otro día pasa a comprar el pan y tarda menos...”, siendo así una manera de expresar que se habían practicado periciales sobre horarios y se habían tomado tiempos por el equipo investigador pericial y que se trataba en fin de solicitar a una testigo un dato pericial. En igual línea se comprenden diferentes cuestiones: se le dice al letrado de Ballesteros a tenor del

curso del interrogatorio “qué, pretende desacreditar al testigo? Pues muy mala defensa”; e incluso comentarios o apostillas en el interrogatorio del Fiscal, como cuando en el interrogatorio a Elosúa sobre las características físicas del autor, tras preguntar el Fiscal si se refiere al que le pasa el teléfono y responder Elosúa con un “Claro! Porque el otro no lo puedo descifrar, no, no, el que me pone el teléfono”, el Presidente, ante lo obvio de la pregunta, señala "Ya llegaremos a verle. Pero vamos, ya se puede ver, entonces no se veía, vamos."

La queja de estos motivos se sitúa en la conducta o comportamiento en general del Tribunal, pero lo cierto es que la facultad de dirección de los debates y de "policía de vistas" se halla encomendada al Presidente del Tribunal por la Ley procesal y que, en su ejercicio, las discrepancias han de hacerse valer no tanto en un sentido general sino en relación a cada acto o decisión concreta que haya podido de hecho provocar indefensión o comprometer la imparcialidad del Tribunal.

4. Como vimos, no se queja el recurrente de la decisión de fondo acerca de la declaración de impertinencia de determinadas preguntas, sino de los comentarios que rodean la decisión; ni se queja de la posibilidad que se reconoce al Tribunal para dirigir los interrogatorios a testigos o peritos e inclusive de aclarar cuestiones en tal interrogatorio mediante preguntas (lo que se admite en SSTS 94/2006, de 10 de febrero, 1333/2009, de 14 de diciembre y 28/2011, de 26 de enero), y en la dirección de tal interrogatorio es perfectamente posible que se recuerde a las partes que tratan de establecer determinadas hipótesis que las mismas implican la acusación a los funcionarios públicos de la comisión de determinados delitos en la emisión de sus dictámenes.

Una queja de semejante naturaleza ha sido ya abordada por la STS 94/2006, de 10 de febrero, en la que se alegaba infracción del art. 24 CE (derecho al Juez imparcial) ante la actitud del Presidente de la Sala, cuya imparcialidad se vio comprometida con los comentarios vertidos en la sesión del

juicio al formular determinadas preguntas a un perito, preguntas de "si conocía o hablaba los idiomas faris, azeri, turco o kurdo", "si había escuchado las conversaciones intervenidas a los procesados" y "si había algún dato de los traductores y/o de los intérpretes que tradujeron las mentadas conversaciones que se imputan a nuestro defendido". La sentencia consideró que el motivo carecía de cualquier fundamento .

Y es preciso tener presente en esta materia, según doctrina del propio Tribunal Constitucional y del T.E.D.H. (por ejemplo, S. 1996/27, caso Pullar, y con anterioridad caso De Cubber y caso Piersack, SSTEDH, respectivamente, de 26/10/84 y 01/10/82), el principio según el cual debe presumirse que un Tribunal está exento de prejuicio o de parcialidad y las sospechas sobre la idoneidad del Juez han de ser probadas, lo que refleja un elemento importante de la preeminencia del Derecho, cual es "*que el veredicto de un Tribunal es definitivo y con fuerza obligatoria, a no ser que sea revocado por una Jurisdicción superior por vicios de procedimiento o de fondo*" (S.T.C. 136/99, fundamento noveno, citada en la 69/01). Pues bien, el instrumento para asegurar la imparcialidad del órgano judicial son las causas de abstención y recusación que figuran en las Leyes.

El derecho vigente ha objetivado, en un catálogo extenso, los supuestos en los que el Juez no reúne las condiciones que, en una sociedad democrática de Derecho, permiten considerarlo como Juzgador imparcial. Tal extensa enumeración de las causas de abstención y recusación, referida a los casos en los que la imparcialidad resulta comprometida, no puede ser susceptible, lógicamente, de una interpretación que suponga la creación de causas inexistentes, al tratarse de una materia que afecta a la propia seguridad jurídica, respecto de la composición legalmente preordenada del Tribunal. Esta especial configuración normativa en nuestro Derecho, mediante una enumeración pormenorizada de causas, se diferencia de otros sistemas legales que sólo establecen una cláusula general, a concretar jurisprudencialmente en cada caso

(par. 24.2 de la Ley Procesal alemana, por ejemplo), teniendo que considerar el contenido del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por tanto, como suficiente, en principio, para satisfacer el cumplimiento de las condiciones objetivas de imparcialidad, máxime cuando, a las ventajas que se derivan de una concreción positiva que excluye cualquier sensación de inseguridad, se une la evidente coincidencia entre este desarrollo legal y el que la Jurisprudencia, tanto nacional como supranacional, ha alcanzado como producto de su elaboración doctrinal.

Consecuentemente, los motivos han de ser desestimados

QUINTO.- Tras la renuncia a los motivos séptimo y octavo, el noveno se formula **por infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr, por indebida aplicación del art 417.1, CP.

1. Niega el recurrente la existencia del delito de revelación de secretos. Afirma que el bien jurídico protegido por este delito es la credibilidad de las instituciones y que no existió intencionalidad alguna de atacar dicho bien. Niega la existencia de antijuridicidad material. Señala que la finalidad de la revelación de secretos es la de no entorpecer la situación política, que las detenciones se produjeron un mes después, que no se vislumbra daño alguno para la causa pública, que la opinión policial sobre si se hubieran producido las detenciones era dispar; no constando que se abortaran por la filtración que la autoridad judicial francesa acordó no realizarlas en suelo francés; y que actualmente se hallan, los finalmente detenidos un mes después, pendientes de juicio.

2. Por lo que se refiere a la infracción de ley, ha señalado esta Sala en reiteradas ocasiones (SSTS. 8.3.2006, 20.7.2005, 25.2.2003, 22.10.2002; ATC 8-11-2007, nº 1903/2007), que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 LECr. es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos

aplicados son los precedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los *hechos* que se declaran *probados* en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los *hechos probados* o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr.

El *factum* de la sentencia recurrida proclama probado que: “Desde 1998, la Unidad de Información de la Policía de San Sebastián venía realizando una investigación contra la red de extorsión de ETA, denominada GEZI, que parecía tener como centro neurálgico el Bar Faisán del barrio fronterizo de Behobia, en la localidad de Irún (Guipúzcoa). Dicha indagación, archivada en 2.003, fue retomada más tarde por la Comisaría General de Información a principios de 2.004, de forma coordinada con la Comisaría de San Sebastián, de modo y manera que las pesquisas eran conjuntas. La investigación se denominó UROGALLO, primitivo nombre del Bar Faisán.

Tras un periodo de escuchas, vigilancias y seguimientos, se tuvo conocimiento, en la tarde del miércoles 3 de mayo de 2006, a través del dispositivo de balizamiento referido, de una reunión en una sidrería de la localidad de Oyarzun, entre Elosúa Urbietta y Ramón Sagarzazu, y el fallecido Gorka Aguirre Arizmendi, miembro del Partido Nacionalista Vasco. Tras escuchar los datos que el balizamiento del vehículo arrojaba, la policía sospechó que se iba a producir una entrega de dinero- nueve millones de pesetas, deducción sacada de la expresión recogida por el dato que el balizamiento del vehículo de Elosúa Urbietta, mostró, de “nueve botellas de vino”-. Dicho dinero, según la Sección de Economía de la Comisaría General de Información, sería entregado al día siguiente (4 de mayo) a Cau Aldanur, otro de los investigados en la red de extorsión de ETA, residente en Francia, en el propio Bar de Elosúa Urbietta.

A raíz de la interceptación de esta conversación, se activó todo un dispositivo policial, por José Cabanillas Sánchez, Comisario del C.N.P.-Jefe accidental de la Unidad Central de Inteligencia de la Comisaría General de Información.

Los detalles operativos se coordinaron en España, entre el responsable del equipo conjunto y jefe de la Sección de Economía de la Comisaría General de Información, Inspector jefe con carnet profesional nº 16.586, Carlos Germán Hernández, y el Comisario Jefe de Información de San Sebastián.

En la madrugada del día 4 de mayo, a primera hora, se distribuyeron equipos y objetivos, viajando diversos miembros del C.N.P. desde Madrid a la zona del País Vasco en que se iba a desarrollar la operación, a fin de actuar en su momento, para proceder a las detenciones oportunas en cuanto se produjeran las condiciones antedichas."

Y a partir de este momento el juicio histórico precisa que: "El entonces Jefe Superior de Policía del País Vasco, el acusado ENRIQUE PAMIES MEDINA, mayor de edad y sin antecedentes penales, tuvo conocimiento en la tarde anterior (3 mayo), del dispositivo que se iba a poner en marcha para detener a Joseba Elosúa y Cau Aldanur entre otros, entre los que se encontraban además, Sagarzazu y Gorka Aguirre, y con el designio de no entorpecer la situación política abierta de diálogo, para acabar con la actividad de ETA, a estos efectos, desarrolló una actuación tendente a tal fin, buscando una persona que no perteneciera a la plantilla del C.N.P. de San Sebastián para ponerle en contacto con Elosúa Urbieto, para poder lograr que no pudiera ser reconocida por los integrantes de ésta, o de la Sección de Economía de la Unidad Central de Inteligencia, y todo ello con el propósito de que entrara en el bar Faisán esa mañana del 4 de mayo de 2006, y, por su mediación le permitiera "avisar" a

Elosúa Urbietta de que CAU Aldanur no acudiera a España, para evitar la detención de ambos."

El elegido fue, el también acusado JOSÉ MARÍA BALLESTEROS PASTOR, en aquél momento Inspector destinado en la Brigada de Información de Vitoria.

En la mañana del día 4 de mayo, a primera hora, José María BALLESTEROS se dirigió a Irún, encontrándose en las inmediaciones del domicilio de Elosúa a las 11:04 horas. Como quiera que José María Ballesteros no conocía la zona, abordó en las proximidades del domicilio de Elosúa Urbietta, a una persona que resultó ser, Avelina Llanos, esposa de Elosúa Urbietta, preguntándole por el edificio Gaztelu-Tar, lugar que le habían indicado que vivía Elosúa Urbietta, diciéndole Avelina Llanos donde estaba ubicado dicho edificio. Una vez situado en el portal del edificio, José María Ballesteros fue visto por Elosúa Urbietta, siendo que el acusado José María Ballesteros quisiera contactar con Elosúa Urbietta en su domicilio para transmitirle la operación policial en marcha contra el aparato de extorsión de ETA, no consiguiéndolo al salir Elosúa Urbietta con su vehículo directamente desde el garaje de su casa hacia el Bar Faisán, lo que motivó, que José María Ballesteros no pudiera contactar en ese momento con Elosúa Urbietta.

A raíz de lo acontecido, el acusado Enrique PAMIES, le indicó al acusado José María BALLESTEROS, mediante la llamada de las 11.04:06, que contactara con Elosúa Urbietta en el propio bar Faisán. A tal fin, el acusado José María BALLESTEROS se desplaza al bar Faisán, y estando ya en sus inmediaciones el acusado Enrique PAMIÉS llamó a José María Ballesteros a las 11:08:44 horas, entrando José María Ballesteros en el bar Faisán, pidiendo un café.

Y sigue señalando el tribunal a quoque: “Ya dentro del bar José María Ballesteros; Elosúa Urbietta llegó un poco después de las 11:10 horas, y José María Ballesteros preguntó a Elosúa Urbietta por el propio Elosúa, a lo que éste

le contesta si el padre o el hijo; en este momento, una vez identificada la persona de Elosúa Urbieta, el acusado José María BALLESTEROS le extendió un terminal telefónico, con la tarjeta correspondiente al número 630.52.64.21 desde donde previamente había llamado al número 629.27.84.85 del acusado Enrique PAMIES, diciéndole a Elosúa que alguien le iba a hablar. La llamada comenzó a las 11:23.31 y duró 8 minutos y 11 segundos, o 491 segundos, hasta las 11:30:42 horas, estando localizada de inicio y finalización en el poste Irún-Urdaine, que es el que da cobertura a la zona del bar Faisán.

A través de esa llamada, el acusado Enrique Pamiés le dio a Elosúa Urbieta datos y detalles de la operación policial en marcha, para detener el aparato de extorsión de ETA. Para hacer creíble su mensaje, le indicó que bajo ningún concepto CAU Aldanur cruzara la frontera porque sería detenido."

3. Castiga el art 417.1 CP a la autoridad o funcionario público que *“revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados”*

Por su parte, el art 5 de la LO. de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dispone:

“Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes:

5. Secreto profesional.

Deberán guardar riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones”.

Por tanto, la actuación de los dos acusados, trasladando a los sujetos investigados en una actuación policial y judicial conjunta española-francesa, con un dispositivo desplegado, información acerca de la propia operación y de las posibles detenciones, vulnera el deber específico de secreto que pesaba sobre ellos.

No es posible, como pretende el recurrente, trasladar a este tipo penal los argumentos establecidos en la sentencia para el delito de colaboración con banda armada.

Si los acusados en aras de no perjudicar el proceso de paz negociado hubieran acudido al estamento judicial o policial en cuyo seno se hubiera decidido posponer o suspender la operación, este delito de revelación de secretos no tendría vida. Ahora bien, al no haber actuado así, al haber informado directamente a los propios implicados y a espaldas del operativo en marcha y de las autoridades judiciales implicadas, ello sí que implica un delito de revelación de secretos.

El bien jurídico, señalado en la STS 1249/2003, de 30 de septiembre, como “el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas” se ve frontalmente atacado, pese a la queja del recurrente, en tanto que: en el marco de una operación antiterrorista, comprometidos sobre el terreno efectivos, con dispositivo judicial conjunto español y francés en el marco de la cooperación, se produce por vía de hecho una información que procede de la propia Policía hacia los implicados, con la consiguiente sorpresa de éstos y la posibilidad de movimientos de ocultación de elementos de cargo.

Esa Sala ha enjuiciado y estimado delito de esta naturaleza en situaciones de revelación por agentes policiales de datos conocidos en el ejercicio profesional.

La STS 1249/2003, de 30 de septiembre, enjuició la conducta de un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía que prestaba sus servicios en la Delegación de Informática de la Jefatura Superior de Policía de Barcelona, y que suministró información, a cambio de dinero, sobre los vehículos de que eran titulares determinadas personas así como antecedentes policiales de ciudadanos tanto nacionales como extranjeros (se enjuiciaba también en tal causa a un

Funcionario del Cuerpo de Gestión de la Hacienda Pública que se sirvió de su puesto de Jefe de Sección de Gestión Tributaria para conseguir declaraciones de unas empresas por los conceptos de “operaciones a terceros” y “operaciones intracomunitarias” que facilitó a la empresa de la que recibía determinadas sumas de dinero).

En la STS 1027/2002 de 3 de junio, además de por el delito de cohecho, se condenó por el delito de revelación de secretos -acogiendo de ese modo el recurso del Ministerio Fiscal- a quien en su condición de funcionario de Policía y por las competencias que tenía en el Grupo de Extranjeros conocía las redadas e intervenciones que se iban a realizar en los clubes de alterne de los coacusados y para impedir la detención y posterior expulsión de las extranjeras que ilegalmente trabajaban en esos clubes, informaba a esos otros acusados de las redadas e intervenciones policiales que se iban a realizar.

La STS 68/2013, de 27 de enero, analiza un supuesto de delito continuado de revelación de secretos por guardia civil de profesión, que era consumidor de cocaína en la fecha de los hechos, que alertó al vendedor que le suministraba la cocaína sobre la presencia de agentes de Policía en las inmediaciones de su domicilio y también le dijo que tenía el teléfono intervenido porque era objeto de una investigación policial. El vendedor de la cocaína era un sujeto que se dedicaba a ventas a pequeña escala. El penado recurrente considera que la infracción en que incurrió es de índole administrativa y no penal, por lo que debió quedar fuera del marco punitivo, especialmente si se atiende a la escasa trascendencia que pudo tener en la causa por tráfico de drogas.

El delito se consuma en el momento de la revelación del dato, sin que por ello las consideraciones acerca de que los advertidos indebidamente serían detenidos tiempo después, de que hoy están pendientes de juicio, o de que no se consideró posible la detención en Francia, sean relevantes para la comisión o no

de este delito, al tratarse de circunstancias posteriores a la consumación delictiva y ajenas.

4. Por último se queja el recurrente de que el delito no ha podido ser cometido ya que Pamiés no pudo conocer por la baliza del día 3 los datos (que se iba a detener a determinadas personas o que se iban a entregar 9 millones de pesetas) que se conocieron por la intervención telefónica del día 2 y a los que no se alude en la conversación de la baliza del día 3. Se trata de una queja ajena a un motivo por la vía del art. 849.1, que viene a cuestionar la autoría de Pamiés y que incide en causa de inadmisión del art. 884.3 LECrim. En todo caso, como se dijo en la contestación al motivo primero en el que se reitera esta queja, el conocimiento por Pamiés de los detalles de la operación, a la vista de su cargo como Jefe superior de Policía del País Vasco, se explica prácticamente por sí solo. Según el Tribunal de instancia los datos no solo se contenían en la transcripción de la baliza sino en la comunicación a Pamiés de las circunstancias de este hecho.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- El motivo décimo se basa en **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr, por indebida aplicación del art 417.1, párrafo segundo CP.

1. Se combate la aplicación del subtipo agravado del párrafo 2 del art. 417.1 CP, esto es, que la revelación causó *grave daño a la causa pública*.

Señala el recurrente que no se recoge en los hechos de la sentencia ninguna circunstancia que permita evidenciar ese grave daño, que "solo se refiere la sentencia para justificarlo, a que se trataba de una causa antiterrorista."

2. El art 417 exige daño a la causa pública en su tipo básico (multa e inhabilitación de 1 a 3 años) y grave daño a la causa pública en su tipo cualificado (prisión e inhabilitación de 3 a 5 años).

La sentencia de instancia aplica este subtipo al señalar -folio 46-: “el Tribunal estima que tratándose de una acción de los acusados realizada en el ámbito de la lucha antiterrorista contra el aparato de extorsión de E.T.A., debe considerarse que su acción causó un grave daño a la causa pública, tal y como pide el Ministerio Fiscal y las acusaciones populares, independientemente de que dicho aparato de extorsión de ETA fuera detenido el 22 de junio de 2006”.

Cierto que se justifica solo el grave daño a la causa pública aludiendo a que se trataba de una información revelada en el marco de esa operación; pero ése es un dato por si solo trascendente para estimar que se produce con ello grave daño a la causa pública.

La advertencia a Elosúa pudo lógica y racionalmente haber supuesto la desaparición de elementos de prueba. De hecho en los antecedentes del factum se señala que tras recibir la llamada efectúa avisos al menos a Cau Aldanur, uno de los que se citan como integrantes de la red.

Igualmente se declara probado que estaba en marcha la operación conjunta hispano-francesa para la investigación de los hechos y detención de los implicados en la red de extorsión de ETA denominada GEZI, en el marco de las actuaciones judiciales DP. 86/1998, dirigida por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 y por el Tribunal de Gran Instancia de París, y que el recurrente pretendía mediante la actuación del Inspector Ballesteros, *avisar* a Elosúa Urbietta de que Cau Aldanur no acudiera a España (Bar Faisán, sito en el barrio de Behobia de la localidad de Irún) , *para evitar la detención* de ambos, con motivo de la prevista entrega de 9 millones de pts al último.

En los precedentes jurisprudenciales citados en relación con el motivo anterior se aplicó en todas el tipo básico. Ahora bien, los criterios allí establecidos no son aquí trasladables pues determinadas circunstancias deben

tenerse en consideración. En la STS 1249/2003, se trataba de informaciones de carácter comercial o de antecedentes y datos de vehículos. En la STS 1027/2002, de 3 de junio, en la que se revelaban posibles redadas en clubes de alterne, no fue solicitado por el Fiscal en su recurso el subtipo agravado del art. 367 párrafo 2 del CP 1973 entonces vigente, por lo que la Sala al acoger el recurso impuso pena por el tipo básico (cuatro años de suspensión y una multa de 150.000 pesetas con arresto sustitutorio), siendo así que la prisión y la pérdida definitiva del empleo de policía ya se imponía por el concurrente delito de cohecho. Finalmente, en la STS 68/2013, de 27 de enero, en cierto modo se viene entre líneas a señalar que la aplicación del tipo básico se debe a que esa es la calificación con la que el recurso ha llegado en casación, pues dice que la conducta del acusado “obstaculiza y entorpece sin duda la investigación y desde luego genera un daño o perjuicio específico en el servicio de investigación al debilitar y desactivar en mayor o menor medida las averiguaciones policiales. Si bien la Sala de instancia no consideró grave a efectos punitivos el daño ocasionado al servicio público, ya que no apreció el subtipo agravado del art. 417.2 del C. Penal”.

Pues bien, frente a la revelación de datos comerciales o la ayuda a clubes de alterne o a un traficante del último escalón, el caso que ahora se enjuicia, de mucha mayor dimensión, supone dar a conocer a los miembros de una red de extorsión terrorista las pesquisas y futuras acciones policiales en marcha, por lo que el daño derivado fácilmente se comprende que es grave por afectar no a una actividad aislada sino a un entramado organizativo de más difícil investigación ante una posible desaparición de pruebas o adopción de medidas precautorias, y ello al margen del intento de favorecer el proceso de negociación, dado que la vía subrepticia elegida suponía una clara quiebra de principios de actuación policial y judicial, con asombro de los propios informados, y que implicaba un menoscabo y entorpecimiento del servicio público y un grave descrédito del funcionamiento institucional de la Administración.

Al respecto, los propios hechos probados relatan en sus últimos párrafos las consecuencias que, para las relaciones policiales y judiciales hispano-francesas, tuvo la detención fallida en España de Cau Aldanur y Joseba Elosúa.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- Renunciado el motivo undécimo, el duodécimo se ampara en el art 849.2 LECr, para esgrimir **error de hecho en la apreciación de la prueba.**

1. El motivo por la vía del error en la valoración de documentos, viene a ser reiteración de algunas de las quejas ya expuestas en el motivo primero de este recurrente. Viene a combatir las conclusiones del informe pericial del equipo investigador sobre cronología y movimientos de Elosúa y Ballesteros y conocimiento por el recurrente de la información confidencial revelada a Elosúa por el filtrador.

Se invocan como documentos los listados -fº 209 del recurrente- de teléfonos, acta de vigilancia, informes periciales sobre duración de la llamada, cinta de vídeo 122, transcripción de la baliza, pericial sobre simulación de la llamada. En definitiva, se citan los indicados documentos para señalar que el Tribunal ha errado en varias cuestiones en la fijación o secuencia horaria y en la cronología de movimientos de Elosúa. Dice el recurrente que tales errores son los siguientes: el Tribunal se equivoca al decir que Elosúa sale de casa a las 11.04 ya que la llamada de arranque de la baliza es a las 11.05; yerra también al decir que llega al bar un poco después de las 11,10 ya que el balizamiento apaga la llamada a las 11,12; yerra el Tribunal al afirmar que Ballesteros es la persona que Elosúa y su mujer ven al salir de casa ya que Ballesteros no puede estar a la salida a las 11.04 y en el Faisán a las 11.08; yerra cuando dice que la llamada del chivatazo es la de las 11.23 ya que a esa hora Elosúa no podía estar en el bar

cuando se produce la llamada entre los acusados pues el acta de vigilancia le sitúa en la perfumería.

Para ello, el recurrente señala que la pericial del Equipo investigador, que ha seguido la sentencia, es errónea.

Establece cinco datos horarios el recurrente: el acta de vigilancia, la cinta de vídeo del bar Faisán, el audio del vehículo, listado de llamada de telefónica de arranque y apagado del balizamiento y el cuadro Excell de movimientos de Elosúa establecido por los peritos.

Sostiene con apoyo en el acta de vigilancia, en el arranque y apagado del vehículo, también en la a su juicio incorrección de la simulación de la llamada que estableció por los peritos que debía ser de al menos 4 minutos, en fin, de datos que en modo alguno son literosuficientes, sino que vienen contradichos por otros, unas conclusiones diferentes a las alcanzadas por la pericial del equipo investigador.

2. Con relación al motivo basado en el *error facti*, éste sólo puede prosperar -como hemos indicado en sentencias como la STS de 26-3-2004, nº 382/2004 - cuando a través de documentos denominados “literosuficientes” o “autosuficientes”, se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros medios probatorios “de al menos análoga consistencia, credibilidad y fiabilidad”, pues dado que no existen en el proceso penal pruebas reinas o excluyentes, todas son aptas para propiciar la íntima convicción del artículo 741 del código procesal. Mediante el empleo del motivo tanto puede perseguirse la adición como la modificación o supresión de un pasaje del "factum", pero dichos documentos deben traslucir sin ningún género de dudas el error, porque han de acreditar de manera fehaciente un determinado

hecho para la posteridad, sin necesidad de acudir a otras pruebas, es decir, han de tener aptitud demostrativa directa del hecho que incorporan .

Por otra parte, el error debe tener directa relación con lo que es objeto principal del juicio, aunque también hay que tener en cuenta que si sobre el punto respecto del cual se alega el error se hubieran llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce entonces al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento o en los documentos especialmente traídos a colación, sino la que ofrece ese otro o esos otros medios probatorios. De forma que el error relevante es incompatible con una nueva valoración de las pruebas por parte del Tribunal de Casación, lo que está vedado.

Igualmente, en este sentido, se ha mantenido que la prueba personal obrante en los autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy "documentada" que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero "documento" a estos efectos casacionales (SSTS de 23 de diciembre de 1992 y 24 de enero de 1997, entre muchas otras).

La contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SSTS de 12 de junio y 24 de septiembre de 2001).

Por la doctrina de esta Sala en los últimos años se viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECr, a la *pericial*, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos

informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.”

Pero, además hay que contar con la dificultad de que un informe pericial sea considerado documento a los efectos casacionales, especialmente cuando no se ha producido ninguna desviación del mismo por parte de la sala de instancia, de modo que los informes invocados ningún error evidencien.

En esta línea, de manera excepcional se ha admitido como documento a efectos casacionales el informe *pericial*(SSTS 1643/98, de 23 de diciembre;372/99, de 23 de febrero, 1046/2004, de 5 de octubre; ó 1200/2005, de 27 de octubre, entre otras) como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación, cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

Y, en relación con la prueba *pericial*, la STS 13-12-2010, nº 1058/2010, nos dice que, atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal, cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen (STC. 143/2005 de 6.6), esto es cuando el Tribunal *ad quem* valora la prueba pericial solo a través del reflejo escrito que la documenta (STC. 75/2006 de 13.3). No así cuando el perito haya prestado declaración *en el acto* del *juicio* con el fin de explicar, aclarar o ampliar su informe, dado el carácter personal que en tal caso adquiere este medio de prueba (SSTC. 10/2004 de 9.2, 360/2006 de 18.12, 21/2009 de 26.1).

3. Bajo tales parámetros, no son literalmente suficientes los datos de que se parte y se hallan contradichos por otros elementos de prueba.

Sobre la imposibilidad de que Ballesteros fuera quien estaba en el domicilio y en el bar, frente a las alegaciones del recurrente, es de señalar que de la conversación entre Elosúa y su yerno cuando van en coche hacia Bayona quedó claro para el Tribunal a quo que la persona que le dio el teléfono en el Bar era el mismo que estaba previamente en su domicilio, a quien vio su mujer. Además, queda reflejada en los respectivos repetidores del domicilio y del bar llamadas del móvil de Ballesteros.

Se investigan las llamadas entre las 11,10 a 11,40. Ello a tenor de los datos aportados por las testificales (según la declaración de Elosúa la persona que le aborda lo hace 10 o 15 minutos después de su llegada al bar, es decir, en torno a las 11,20-11,25; concuerda con la testifical de la camarera), tiempo al que por el equipo de investigación se sumó un margen de error de 15 minutos, para llegar a las 11.40, lo que en todo caso absorbe la discordancia de varios minutos de diferencia entre la llegada al bar (la sentencia dice un poco más tarde de las 11,10) y el apagado de la baliza del coche a las 11,12, margen de 2 minutos intrascendente o para también absorber la diferencia que se dice de contrario de entre 3 y 6 minutos de retraso del vídeo.

Lo que resulta de la comparación de esos cinco elementos es que ni los aparatos coinciden en su horario ni tampoco las anotaciones de momentos por personas. No cabe dar por válido unos frente a otros. De ahí el margen de error en la duración de la llamada y en la hora de rastreo que se ha introducido y que explica el equipo de peritos.

No cabe reputar de literosuficiente el acta de vigilancia, para señalar que estaba en la perfumería y no en el bar, al tratarse de una anotación a posteriori

con el posible margen humano de error. Además no coincide con las declaraciones de Elosúa o de la camarera.

La duración de la llamada de interés se fijó en virtud de las simulaciones periciales en 5 minutos y se concedió un margen de error de 1 minuto, fijando así en 4 el criterio de búsqueda. A juicio del recurrente se debió haber investigado acotando las llamadas desde 1 minuto de duración, pero ello carece nuevamente de soporte alguno literosuficiente.

La sentencia dice: “La entrada de Joseba en el Bar Faisán tuvo lugar poco tiempo después de las 11,10, una vez concluida la maniobra de aparcamiento y la entrada que hacía todos los días para saludar a su hija y a su yerno en la perfumería que regentan ambos, a escasísimos metros del Bar Faisán según el testimonio de Elosúa Urbietta y Carmelo Luquín. Además, la baliza instalada en el vehículo marca como hora de parada y estacionamiento del coche, las 11,10”. La llegada al bar es un dato aproximado: para el acta de vigilancia y para la cinta de vídeo es a las 11.05. La baliza se apaga a las 11.12 según el listado de telefónica. No cabe, a tenor de todo ello, sino la valoración que hizo la Sala partiendo del margen de error antes señalado y en valoración conjunta de tales datos con las testificales.

En todo caso, si la baliza, como se queja el recurrente, se paró a las 11,12 la diferencia de dos minutos no incide en las conclusiones que en las páginas siguientes de la sentencia desarrolla la valoración probatoria de la Sala, más aún cuando la Sala indica que entró al bar “poco tiempo después de las 11,10”.

Con apoyo en el acta de vigilancia, el recurrente señala que cuando se produce la llamada -entre Ballesteros y Pamiés- Elosúa no está en el bar sino en la perfumería de su hija, por lo que la llamada no pudo ser la del chivatazo. Apoya esta afirmación en el acta de vigilancia que sitúa a Elosúa en torno a las 11,15 en la perfumería de su hija, lo que, a su juicio, no permite dar por válida

que la llamada del chivatazo fuera la de los acusados. Señala que la baliza del coche se apagó a las 11,12, no a las 11,10, y que estuvo primero en la perfumería, por lo que no tuvo tiempo de ser él quien recibiera de Ballesteros la llamada a las 11,23 recogiendo el teléfono en el bar. El acta de vigilancia no es documento literosuficiente, no cabe sentar como definitiva y válida la apreciación horaria de quien levanta el acta.

4. Sobre todos estos hechos se ha practicado numerosa prueba y la Sala ha admitido que en los cálculos horarios pueda existir un margen de escasos minutos de variación, atribuible a varios factores, a la apreciación de quien levanta el acta o a la posible disparidad de horario entre los diferentes aparatos medidores, que en ningún caso acreditan que a la hora de la llamada no estuviera Elosúa en el bar.

Por el contrario son varios los elementos indiciarios que inciden en la autoría de Ballesteros como la persona que entrega el móvil a Elosúa.

En definitiva, los datos invocados se tratan de utilizar para descalificar otros medios de prueba personal –pericial de fijación horaria y cronología de movimientos del equipo investigador o declaraciones testificales de Elosúa y de su esposa, o pericial sobre simulación de la duración de la llamada- valorados por la sentencia. Con ello se está por el recurrente desnaturalizando el art. 849.2º y, además, se infringen sus propios requisitos expresos: que lo deducido de la prueba documental no esté contradicho por otros elementos de prueba.

En consecuencia no se cumple el requisito exigido por el art. 849.2 de que tales documentos no sean contradichos por otras pruebas. Los documentos citados por el recurrente en este motivo no pueden valorarse aisladamente sino en contraste con otras pruebas o elementos probatorios existentes que pueden acreditar que no ha existido el error denunciado por la parte recurrente.

No hubo pues tal error sino libre valoración (art. 741 LECrim) de las diversas pruebas que de signo contrario incidían sobre el aspecto fáctico controvertido.

Por todo ello, el motivo ha de ser destimado.

OCTAVO.- El motivo decimotercero, se basa en **quebrantamiento de forma**, al amparo el art 851.3 LECr, por no contestarse a todos los puntos que fueron objeto de defensa por el recurrente.

1. Se interesa que se devuelvan a la Sala de la Audiencia Nacional las actuaciones para que conteste a aquellas quejas que la Defensa suscitó sobre determinados extremos y que afirma no han sido contestadas.

2. Carece de todo fundamento el motivo, puesto que las cuestiones han sido contestadas en la sentencia.

A) Respecto de la solicitud de que se incorporara todo el sumario de la operación Urogallo a esta causa la queja es coincidente con la articulada a través del motivo cuarto. Son trasladables ahora los argumentos de impugnación que allí se ofrecían. En cualquier caso se transcribió en tal motivo la contestación dada por la Sala a quo.

B) Sobre la ilegalidad de las intervenciones telefónicas de Pamiés, sobre la baliza y sobre la cinta 122, sin ninguna garantía y con manipulaciones acreditadas, la sentencia da contestación a los folios 36 y ss. y remarca la Sala que las partes han escuchado en el juicio el audio de la baliza e interrogado sobre ello a los interlocutores y señala “Extremo éste de la conversación entre Elosúa Urbieta y su yerno en el vehículo del primero camino de Bayona (Francia), que es el único determinante, por muchos esfuerzos que las defensas con sus correspondientes pruebas, lógicamente en uso de su derecho a defenderse, hayan

empleado para derivar hacia otro lado lo esencial del objeto de las pruebas sobre el que se debe centrar lo acontecido que es lo que aborda este proceso penal, toda vez que los datos obtenidos del balizamiento del vehículo de José Elosúa en sus conversaciones camino de Bayona con su yerno Carmelo Luquín es lo que permite conocer la filtración y su contenido”.

C) Sobre la inidoneidad del equipo investigador, ya en otro de los motivos se aludió a la consideración por el Presidente del Tribunal de impertinencia de la pregunta dirigida a los peritos sobre cómo se habían autodescartado como sospechosos, lo que unido a la valoración por la Sala de dicha pericial y a tratarse de una cuestión valorativa de la prueba, deje ver a las claras la contestación y consideración por la Sala de instancia de esta alegación.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

NOVENO.- Los motivos decimoséptimo y decimooctavo, se formulan, por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr, por vulneración de los arts 267, 268, 317, 318, 382 a 384 LECiv. Y 230 LOPJ; y por infracción de los arts 11 y 238 LOPJ.

1. El motivo señala infringidos los preceptos procesales civiles –arts. 267 y concordantes que cita de la LECivil- sobre la fuerza probatoria de los documentos públicos. Estima que la transcripción de la baliza es un documento público. Señala el recurrente que la impugnación que ha hecho de la baliza no es por carecer de autorización judicial habilitante, auto que reconoce obra en la causa y no cuestiona. Indica que su impugnación es por no ser el audio original ya que se registró en un dispositivo de audio que se copió a un ordenador y que por ello la diligencia de clonado advenida por la Secretaria judicial (folio 1222 de la causa) no es correcta ya que se advierte una copia, añade que la cinta presenta manipulaciones y que, en definitiva, carece de garantías legales para poder ser admitida como prueba de cargo.

2. No puede prosperar el motivo por varias consideraciones:

Primero, no es posible admitir por la vía procesal del art. 849.1 más que la invocación de la infracción de normas sustantivas, pero no de normas procesales como son las invocadas de la LECivil sobre la fuerza probatoria de los documentos. Ello conduce a la inadmisión a trámite del motivo.

No cabe convertir la cuestión probatoria acerca de la veracidad de la conversación entre Elosúa y su yerno en el vehículo en una mera formalidad del modo en que se han de valorar los documentos con arreglo a una suerte de principio tasado de la prueba que se muestra contrario al art. 741 LEcrim sobre libre valoración de la prueba cuando ésta es conjunta sobre varios elementos probatorios.

- La baliza estaba autorizada por el juez, se practicó en un dispositivo de audio que se incorporó en soporte a un ordenador que fue presentado en el Juzgado y respecto del cual la secretaria judicial extendió acta de copia del mismo a un disco externo.

La duda que pretende introducir el recurrente acerca de que la audición no es la original y de que presenta manipulaciones, ha sido objeto de prueba a lo largo de la causa. En el juicio no solo informaron los agentes que seguían la baliza, llegando a explicar el modo en que se hacía. Recoge la sentencia al folio 18: *“así como el testigo miembro del C.N.P. n° 87.604, que el día 4 de mayo de 2006, estaba encargado de la audición de la baliza instalada en el vehículo de Elosúa Urbieta, quien ha narrado cómo funcionaba la baliza, explicando que entraba en funcionamiento cuando el vehículo se movía, y que oyó sobre las 12:45 horas en el trayecto hacia Bayona, cómo Elosúa Urbieta le dijo a su yerno, la palabra, “policía”*”. Además sobre todo ello se practicó numerosa pericial, pero, fundamentalmente, sobre la realidad de tal conversación y de su

contenido, que se escuchó en el juicio, prestaron declaración los interlocutores sin que negaran la misma, al contrario, reconociendo su existencia y veracidad.

Es decir, cuando el contenido de la conversación del día 4 recogido en la baliza ha sido, además del audio de la baliza de ese día en el juicio oral, relatado también en juicio oral por Luquín y por Elosúa dándolo como una conversación cierta que efectivamente tuvieron, ello ha conducido a que la fiabilidad de la grabación sea un dato respecto del que la Sala de instancia no ha albergado duda alguna.

Por ello, la queja afecta en exclusiva al valor probatorio que la Sala a quo ha dado a la referida conversación, de la que tiene conocimiento no solo por la existencia de la cinta sino por varios testimonios; sin que la existencia de las irregularidades que denuncia el recurrente vengan a cuestionar la veracidad y fiabilidad de la misma.

Por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

RECURSO DE D. JOSÉ MARÍA BALLESTEROS PASTOR.

DÉCIMO.- Los motivos primero y segundo se formulan por vulneración de **precepto constitucional** y del art 117 de la CE, al amparo del art 852 de la LECr; y por **quebrantamiento de forma**, al amparo del art. 850.1 LECr. Se alega el quebrantamiento del principio de independencia de Jueces y Tribunales; y no permitirse la práctica de prueba testifical, interrumpiendo el Presidente los interrogatorios con tono grandilocuente y desafiante.

1. El recurrente afirma que el Presidente del tribunal ha actuado con total parcialidad dado que en el interrogatorio que el letrado de Ballesteros trató de efectuar al testigo jefe del equipo de investigación, funcionario del CNP 16586 y al miembro de tal equipo 18724, se le impidió efectuar muchas de las preguntas.

Señala que las preguntas tenían la intención de poner de relieve la nula credibilidad subjetiva del funcionario. El Presidente demostró un tremendo hastío, cansancio e impertinencia.

2. Los dos motivos que al incidir sobre la misma cuestión han de ser analizados conjuntamente, son en gran parte coincidentes con la queja expresada también por el Sr. Pamiés en los motivos conjuntos que formaliza como números quinto, sexto y decimonoveno.

Son por ello trasladables aquí las argumentaciones vertidas en relación de tales motivos, que se dan ahora por reproducidas, remitiéndonos a lo allá dicho.

Resta añadir que en la presente queja se da la circunstancia de que el interrogatorio de los testigos por el recurrente, la Defensa de Ballesteros, se produce cuando ya han sido efectuadas en sus respectivos interrogatorios las preguntas por el Fiscal y las acusaciones y por la otra Defensa, luego, por tanto, las cuestiones o preguntas que impide el Presidente del Tribunal ya habían sido contestadas.

Es en eso, y no en la alegada parcialidad, donde reside la explicación a la postura del Tribunal cuando señala, entre otras frases, “que ya lo explicó”, “que ya lo dijo ayer”, “Si, pero han interrogado todas las partes”, “no se le exhibe”.

Asimismo, la queja de que no se permitiera por el Presidente la exhibición al testigo de los folios 9315 y 9316, en lo que el recurrente quiere ver la toma de decisión parcial del Tribunal y una inadmisibles contestación a la pregunta por el propio Tribunal, sin embargo es una mera muestra de la consideración de que la pregunta es impertinente en tanto que ya ha sido contestada, de ahí que el Presidente deniegue la prueba diciendo “ya lo ha dicho

... se trata de un efecto óptico”. No es que conteste el tribunal a la pregunta sino que dice que el testigo ya ha dado antes la respuesta.

Consecuentemente, no apreciándose la violación constitucional, ni el vicio *in procedendo* denunciados, el motivo ha de ser desestimado.

UNDÉCIMO.- Se articula el tercer motivo, al amparo del art. 852 de la LECr, por vulneración del derecho constitucional a la **presunción de inocencia** del art 24.2 CE.

1. Estima el recurrente que ha sido vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, ya que la condena se sustenta en una serie de pretendidas corroboraciones periféricas completamente inexistentes. Afirma que la condena se basa en la declaración efectuada por el responsable del Equipo de Investigación cuyas tesis se ven abiertamente contradichas por otras pruebas. Por eso estima que la inferencia de la Sala ha sido ilógica pues existían otras hipótesis posibles y alternativas que han sido gratuitamente descartadas.

El recurrente señala una serie de extremos que, a su juicio, vienen a hacer no posible la versión de los hechos recogida en el factum.

Señala que se ve aparecer a las 12, tras la llamada que se dice del chivatazo, a Elosúa en la puerta del bar en actitud tranquila como se aprecia en el visionado de la cinta 122. Que el acta de vigilancia levantada dice “sobre las doce horas se puede ver a Joseba en actitud de espera y charlando con las camareras y el vigilante del parking ... durante los siguientes minutos permanece entrando y saliendo del bar hasta que a las 12,35 se dirige a las cabinas de teléfono que están instaladas frente a la puerta de la cocina de su establecimiento y realiza sendas llamadas...”.

Resalta que Elosúa en todas sus declaraciones y en rueda de reconocimiento ha señalado que quien le pasó el teléfono no era Ballesteros.

Indica que existen otras posibles hipótesis y de hecho señala que entre las 12,20 y 12,30 de esa mañana existen llamadas entre otros miembros del CNP, del jefe del equipo de investigación y un miembro del mismo.

2. El motivo viene a coincidir en parte con los motivos primero, decimocuarto y decimoquinto articulados conjuntamente por el condenado corcurrente.

Deben, por ello, ser trasladados aquí los argumentos allí expuestos, y los presupuestos doctrinales y jurisprudenciales citados.

El motivo no puede ser acogido. Lo que pretende el recurrente es una nueva valoración plena de la prueba en el marco de la casación, algo que está vedado totalmente por los principios que rigen nuestro recurso de casación, con la salvedad de lo establecido en el art. 849.2°.

El derecho a la presunción de inocencia impide condenar sin la existencia de prueba de cargo, pero no obliga a dar mayor valor a los elementos de descargo que puedan obrar en la causa o puedan derivarse de la actividad probatoria.

Tiene razón el recurrente cuando afirma que no se ha atendido por la Sala a su versión de los hechos, que ha sido estimada no creíble, pero no la tiene cuando de ello pretende extraer la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. El problema no es que no haya más pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en este punto debe concluirse que la actividad probatoria de carácter indiciario sobre la que la Sala basa su convicción, según razona expresamente la sentencia en el fundamento de derecho primero, reúne los requisitos de

suficiencia y racionalidad que impiden que un motivo como el presente sea viable.

Es cierto que Elosúa no ha reconocido a Ballesteros. Pero también es cierto que se recibió en juicio el testimonio del agente 16586 -quien tomó declaración a Elosúa- que señaló que todas las veces éste dijo que no iba a reconocer a nadie. También es cierto que Carmelo Luquín relató en juicio la conversación cuando van en coche hacia Bayona, escuchada además en audio, en la que Elosúa indicó que la persona que le dio el teléfono en el Bar era la misma que había estado anteriormente esa mañana en su domicilio, que llegó a preguntar a su mujer por el edificio. Y consta que el teléfono de Ballesteros efectúa una llamada a Pamiés justo tras salir Elosúa del garaje de la vivienda que ha sido registrada en el repetidor del domicilio.

Es cierto que el acta de vigilancia dice que “sobre las doce horas se puede ver a Joseba en actitud de espera y charlando con las camareras y el vigilante del parking”, pero de ello no cabe establecer una prueba determinante de que en ese momento no hubiera recibido ya la llamada. Primero porque la actitud de espera no es incompatible con una situación interna de intranquilidad por la llamada, como de hecho recoge el propio acta al decir que “durante los siguientes minutos permanece entrando y saliendo del bar hasta que a las 12,35 se dirige a las cabinas”. Es más, él mismo señaló que estuvo intentando contactar con Cau Aldanur a través del móvil de su hijo José María Elosúa Llanos, no acertando a marcar el número por su estado de nerviosismo, por lo que decide llamar desde las cabinas. No es ese tiempo, desde la recepción de la llamada hasta que intenta contactar con Cau Aldanur incompatible con un tiempo de agitada reflexión sobre qué hacer seguida a la sorpresa de la llamada. Pero, sobre todo, el propio Elosúa declaró que la persona que le aborda lo hace 10 o 15 minutos después de su llegada al bar y con ese dato, que confirmó la declaración de la camarera, no se sitúa la hora en las 12, 20 o 12,30 horas, sino que con tal dato se estableció un criterio de búsqueda de llamadas -ampliándose incluso el margen del análisis hasta 15 minutos antes y después- que determinó que apareciera la llamada entre Ballesteros y Pamiés.

3. En cualquier caso los indicios sobre esa llamada -única que responde a los criterios previamente establecidos en la investigación- se refuerzan y permiten cerrar la inferencia si se repara, como valora la sentencia, que no ha ofrecido solidez al ser desmontada por varios testimonios la coartada de Pamiés de que iba a entrevistarse con un confidente; que para esa entrevista Pamiés llama a Ballesteros, algo que nunca había hecho en sus entrevistas anteriores; que la llamada a Ballesteros dice éste que fue a las 6 de la madrugada; que Ballesteros tenía un curso de conducción en Santander al que deja de asistir; que carece de sentido que Ballesteros, enviado a facilitar la entrevista, vaya hasta el domicilio de Elosúa; que tampoco lo tiene que mientras Pamiés, que era quien iba a entrevistarse, permanece en Vitoria Ballesteros vaya al domicilio de Elosúa y después justo tras éste al bar Faisán; menos aún cuando se dice que la entrevista de Pamiés con el confidente se había cancelado; que los pasos de Ballesteros y sus llamadas primero en el domicilio de Elosúa y luego en el Faisán se hallan corroborados por los testimonios de Luquín y Elosúa en su conversación en el coche, por la mujer de Elosúa, por el registro en los repetidores de sus llamadas y no guardan relación ni son coincidentes con la versión dada de estar en el terreno para facilitar la entrevista con el confidente, menos aún cuando la supuesta entrevista se dice incluso que ha sido descartada.

4. Así, no es abierta la conclusión de la sala de instancia por el hecho de que existan otras llamadas entre otros miembros del CNP que se dice por el recurrente que existieron sobre las 12,20. Es claro que, desplegado un equipo en la zona, esas llamadas pudieron tener lugar. Pero la que se dice por el recurrente se halla fuera de los criterios de búsqueda. Y la señalada en la sentencia tiene la serie de elementos ya expuestos de corroboración para explicar que se trata de la llamada recibida por Elosúa.

La parte recurrente en sus argumentos critica la fuerza de convicción de alguno de los indicios en que se ha basado la Sala de instancia utilizando el

socorrido método del análisis desagregado de cada indicio. Ahora bien, tal forma de razonar supone aislar indebidamente cada uno de los indicios racionalmente valorados por el Tribunal sentenciador. La fuerza probatoria de tales indicios procede precisamente de la interrelación y combinación de los mismos, que concurren y se refuerzan mutuamente.

Los elementos indiciarios han de ser examinados de modo interrelacionado, para constatar como las diversas piezas encajan perfectamente, y ratifican la plena racionalidad del análisis y la conclusión extraída por el Tribunal sentenciador.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

DUODÉCIMO.- El motivo cuarto se articula, por **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por indebida aplicación de los arts. 28 y 417 CP.

1. El recurrente señala que no procede su condena por el delito de revelación de secretos. Indica que él se limita a cumplir una orden del Jefe de Policía del País Vasco; que desconoce el cometido que se le asigna pues señala que en las conversaciones entre los teléfonos consta que Pamiés le llama a las 6 horas en la madrugada del 3 al 4 de mayo por 2 minutos y 36 segundos y que al día siguiente, antes de la conversación que se dice la del chivatazo, hablaron al llamar Ballesteros a Pamiés por 58 y 27 segundos, espacio de tiempo que reputa insuficiente para que le hubiera sido comunicada la operación, y señala igualmente que prueba de ello es que tras la supuesta llamada del chivatazo permanece 15 minutos en la zona y que si hubiera sabido el alcance de la operación no se hubiera dejado grabar por las cámaras del Faisán; añade que resulta absurdo que si conociera la operación se arriesgara Pamiés a hablar con Elosúa pues hubiera bastado con que hablara el propio Ballesteros. Concluye que está claro que Ballesteros no sabía nada, que no conocía quien era Elosúa y que lo único que hizo fue cumplir una orden.

Se defiende que no hay coautoría, ni desde la teoría del objetivo formal ni desde la del dominio del hecho, que supone actuación en la fase ejecutiva, esencialidad en la contribución, y plan conjunto con coincidencia de voluntades.

2. Como ya vimos con relación al motivo equivalente del otro condenado, por lo que se refiere a la infracción de ley, ha señalado esta Sala en reiteradas ocasiones, que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 LECr. es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los *hechos* que se declaran *probados* en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los *hechos probados* o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr.

El *factum* de la sentencia recurrida proclama probado que: "... el entonces Jefe Superior de Policía del País Vasco, el acusado Enrique Palies Medina...desarrolló una actividad ...buscando una persona que no perteneciera a la plantilla del CNP de San Sebastián para ponerle en contacto con Elosúa Urbietta...y todo ello con el propósito de que entrara en el bar Faisán esa mañana del 4 de mayo de 2006, y por su mediación le permitiera avisar a Elosúa Urbietta de que Cau Aldanur no acudiera a España para evitar la detención de ambos. El elegido fue el también acusado José María Ballesteros Pastor..en aquel momento destinado en la Brigada de Información de Vitoria...lo que le hacía especialmente apto para la misión pues no era conocido en la zona. El acusado José María Ballesteros, informado de los propósitos del acusado Enrique Pamiés, aceptó llevar a cabo la función que se le encomendó....En la mañana del día 4 de mayo, a primera hora, José María BALLESTEROS se dirigió a Irún, encontrándose en las inmediaciones del domicilio de Elosúa a las 11:04 horas.

Como quiera que José María Ballesteros no conocía la zona, abordó en las proximidades del domicilio de Elosua Urbieta, a una persona que resultó ser, Avelina Llanos, esposa de Elosúa Urbieta, preguntándole por el edificio Gaztelu-Tar, lugar que le habían indicado que vivía Elosúa Urbieta, diciéndole Avelina Llanos donde estaba ubicado dicho edificio. Una vez situado en el portal del edificio, José María Ballesteros fue visto por Elosúa Urbieta, siendo que el acusado José María Ballesteros quisiera contactar con Elosúa Urbieta en su domicilio para transmitirle la operación policial en marcha contra el aparato de extorsión de ETA, no consiguiéndolo al salir Elosúa Urbieta con su vehículo directamente desde el garaje de su casa hacia el Bar Faisán, lo que motivó, que José María Ballesteros no pudiera contactar en ese momento con Elosúa Urbieta.

A raíz de lo acontecido, el acusado Enrique PAMIES, le indicó al acusado José María BALLESTEROS, mediante la llamada de las 11.04:06, que contactara con Elosúa Urbieta en el propio bar Faisán. A tal fin, el acusado José María BALLESTEROS se desplaza al bar Faisán, y estando ya en sus inmediaciones el acusado Enrique PAMIÉS llamó a José María Ballesteros a las 11:08:44 horas, entrando José María Ballesteros en el bar Faisán, pidiendo un café.

Ya dentro del bar José María Ballesteros; Elosúa Urbieta llegó un poco después de las 11:10 horas, y José María Ballesteros preguntó a Elosúa Urbieta por el propio Elosúa, a lo que éste le contesta si el padre o el hijo; en este momento, una vez identificada la persona de Elosúa Urbieta, el acusado José María BALLESTEROS le extendió un terminal telefónico, con la tarjeta correspondiente al número 630.52.64.21 desde donde previamente había llamado al número 629.27.84.85 del acusado Enrique PAMIES, diciéndole a Elosúa que alguien le iba a hablar. La llamada comenzó a las 11:23.31 y duró 8 minutos y 11 segundos, o 491 segundos, hasta las 11:30:42 horas, estando localizada de inicio y finalización en el poste Irún-Urdaine, que es el que da cobertura a la zona del bar Faisán.

A través de esa llamada, el acusado Enrique Pamiés le dio a Elosúa Urbietta datos y detalles de la operación policial en marcha, para detener el aparato de extorsión de ETA. Para hacer creíble su mensaje, le indicó que bajo ningún concepto CAU Aldanur cruzara la frontera porque sería detenido. Concretamente, le dijo:

“ Ya te habrá dicho mi compañero, ya te habrá explicado por qué te llamamos, comentándole a continuación “ya sabes como nos encontramos, diciéndole a continuación que sus teléfonos estaban intervenidos, y que estaba al tanto de la reunión que el día 3 de mayo había tenido con Burutxuri (apodo de Cau Aldanur), manifestándole que sabía que el día 4 o 5 de mayo iba a tener una cita con él para darle 9 botellas de vino (en el argot se correspondía con 9 millones de pesetas), según le habría manifestado a Joseba Elosúa a Cau Aldanur, manifestándole a continuación que no dijera a nadie que le había llamado para no fastidiar todo el proceso, pues se podría armar un zipizape si dices que te he llamado yo, para continuar diciendo que escuchara lo que le estaba diciendo, pues aquí hay gente que quiere que esto se rompa, pues ya sabes cuál es la situación política actual. Asimismo le manifestó que había policías en la frontera para coger a José Antonio Cau Aldanur, que si pasaba le iban a detener, ...”

3. Pese a lo anterior, viene el recurrente a introducir un debate acerca de la valoración de la prueba de los hechos, acerca del conocimiento por Ballesteros de su papel en la operación. Sostiene que cumplía una orden sin saber su alcance.

Ahora bien, tal interpretación es muy distinta de la ofrecida por la Sala de instancia tras analizar la prueba practicada. En particular la sentencia no alberga duda alguna acerca de la participación consciente de Ballesteros. Existe un dato esencial que así lo avala directamente en la medida en que la conversación de Pamiés con Elosúa, tras recibir el terminal del Ballesteros, se inició con un “Ya te habrá dicho mi compañero, ya te habrá explicado por qué te

llamamos...”. Dato éste en modo alguno único sino que coincide con otros muchos: la llamada a Ballesteros a las 6 de la madrugada; su elección al no ser conocido en la zona; su ausencia del curso al que debía asistir; sus movimientos en la puerta del domicilio de Elosúa y sus llamadas a Pamiés coincidentes con la salida de Elosúa del mismo y con la llegada de Ballesteros al bar Faisán.

Por ello, el juicio de inferencia de la Sala acerca de la consciente participación sobre el terreno de Ballesteros se apoya en elementos que dotan de racionalidad y lógica al mismo. Establecida esa consciencia no ofrece duda la consideración como cooperación necesaria de su conducta a la vista del relato del factum.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

DECIMOTERCERO.- El quinto motivo busca su apoyo, al amparo del art 849.2 de la LECr en el **error de hecho en la apreciación de la prueba.**

1. El recurrente invoca los siguientes documentos:

1º) Declaración de Avelina Llanos Sáez. Folio 1271.

2º) F. 1225.- Declaración detenido Joseba Imanol Elosúa Urbietta.

3º) F. 1232.- Declaración con asistencia Letrada Joseba I. Elosúa Urbietta.

4º) F. 1422.- Declaración con asistencia Letrada Joseba. I. Elosúa Urbietta.

5º) F. 1710.- Declaración de Joseba Imanol Elosúa Urbietta.

6º) F. 3750.- Declaración Avelina Llanos Sáez

7º) F. 5850.- Declaración en calidad de imputado de Funcionario del CNP con CP 58701: José María Ballesteros Pastor.

8º) F. 5771.- Diligencia de reconocimiento en rueda de funcionario por parte de Elosúa. Formación de la rueda: el funcionario imputado con CP 58701, CPJ 108749, CP 08717, 58701, CP 105550, CP 91426.

9º) F. 5916.- Declaración del funcionario del CNP con CP 18986 Enrique Pamiés Moreno.

10º) F. 5973.- Declaración testifical del funcionario del CNP con CP 16873

11º) F. 5992.- Declaración testifical del funcionario del CNP con CP 19196 Manuel Rodríguez García Risco.

12º) F. 6042.- Declaración testifical de funcionario CNP con CP 16586

13º) F. 6949.- Transcripción declaración Carlos Germán 15856

14º) F. 7032.- Transcripción CNP con CP 85795

15º) F. 7048.- Transcripción CNP con CP 90849

16º) F. 7062.- Transcripción declaración CNP con CP 18724

17º) F. 7077.- Transcripción declaración CNP con CP 78882

18º) F. 7646.- Acta Equipo Investigador Cadena de Custodia cinta de vídeo 122

19º) F. 7749.- Declaración del Sr. Cabanillas Sánchez

20º) F. 8227 y siguientes. Declaraciones de Elosúa

21º) F. 8667.- Declaración José María Ballesteros Pastor

22º) F. 9355.- Funcionario 81043

23º) F. 9406.- Funcionario 88138

24º) F. 9439.- Declaración funcionario 86912

25º) F.9509.- Declaración funcionario 89869

26º) F. 9539.- Declaración funcionario 86910

27º) F. 9819.- Declaración Carlos Germán

28º) F. 10018.- Declaración Javier Ventas

29º) F. 78882.- Declaración 78882

30º) F. 10337.- Declaración Joseba Imanol Elosúa

31º) F. 9169.- Precisiones enviadas por el Director Adjunto Operativo en fecha 12 de Abril con el fin de coadyuvar a la instrucción en relación con el Informe Final de Conclusiones.

32º) F. 7662.- F. 7959.- Informe Guardia Civil sobre cortes en la cinta de vídeo 122.

33º) F. 8277.- Ratificación peritos Guardia Civil f. 7662 sobre cinta vídeo.

34º) F. 8818.- Informe Ampliatorio Guardia Civil sobre otras cintas de vídeo. Informe 11/01268/061

35º) F. 8277.- Ratificación peritos Guardia Civil f. 7662 sobre cinta vídeo.

36º) F. 3668.- Acta de vigilancia 122

37º) F. 3532 y 3540. Análisis de llamadas entre los números 629247181 y 609340276 la mañana del 4 de Mayo de 2006.

38º) F. 12300. Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 3 de Noviembre de 2011.

2. Remitiéndonos a cuanto dijimos en relación con el motivo duodécimo del anterior recurrente, en cuanto ahora se viene a invocar de modo genérico, sin designación de particulares,-folios 98 al 100 del recurrente- y sin desarrollo argumental, un mero listado de 38 supuestos documentos que en su mayoría son declaraciones de los acusados, de testigos o de peritos, el motivo ha de ser desestimado.

**RECURSO DE LAS ACUSACIONES POPULARES:
ASOCIACIÓN DE VÍCTIMAS DEL TERRORISMO, ASOCIACIÓN
DIGNIDAD Y JUSTICIA, Y PARTIDO POPULAR:**

DECIMOCUARTO.- Las tres acusaciones populares formulan un motivo coincidente, al amparo del art 849.1 LECr, por **infracción de ley**, por inaplicación indebida del art.576 CP.

1. La pretensión común consiste en que se case la sentencia de instancia y se condene, conforme al relato de hechos probados, por el delito de colaboración con banda terrorista del art 576 CP.

Sostienen tales acusaciones que los dos acusados con su conducta han colaborado con la banda terrorista.

Ponen el acento, con abundante cita jurisprudencial, en que el móvil que guía la conducta es indiferente a la hora de apreciar el delito del art. 576 CP.

2. Realmente, no suscitan cuestión los hechos probados de la sentencia, a los que las acusaciones, con respeto a la técnica casacional, se ciñen en sus recursos.

A tenor de los mismos: "Pamiés fue conocedor la tarde del 3 de mayo de 2006 de un operativo policial, iniciado en 1998, archivado en 2003 y reabierto en 2004, en el que se había constituido un equipo conjunto de investigación entre el Juzgado Central 5 y el Tribunal de Gran Instancia de París, que pretendía detener al día siguiente 4 de mayo de 2006 a varias personas dentro de la red de extorsión de ETA con centro neurálgico en el bar Faisán; entre éstas se hallaba Gorka Aguirre miembro del PNV; el Congreso de los Diputados había aprobado en mayo de 2005 el diálogo del Gobierno español con la banda ETA para el cese de la actividad de ésta; el acusado Pamiés *con el designio de no entorpecer la situación política abierta de diálogo, para acabar con la actividad de ETA, a estos efectos, desarrolló una actuación tendente a tal fin*; con la colaboración de Ballesteros el citado Pamiés advirtió a Elosúa del operativo policial y le dio detalles del mismo; ello impidió en ese momento las detenciones; con posterioridad el aparato de extorsión de ETA fue detenido el 22 de junio de 2006."

Y ciertamente, según reiterada jurisprudencia, que viene a constituir doctrina jurisprudencial pacífica (SSTS 540/2010, 8 de junio y 659/2012, de 26 de julio, entre otras muchas): "... lo relevante es la puesta a disposición de la banda, de informaciones, vigilancias de personas, medios económicos, alojamientos u ocultación de personas, etc. en definitiva **ayuda** externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en aquélla, realiza una

colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece conectada con concreta actividad delictiva.

Por ello, son notas distintivas del delito de colaboración -entre otras, STS 29 de noviembre de 1997-, **a)** su carácter residual respecto del delito de integración; **b)** es un tipo autónomo que supone un adelantamiento de las barreras de protección por razones de política criminal, de suerte que si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto se estaría en el área de la participación en tal delito –nuclear o periférico– pero no el de la colaboración; **c)** por ello, es un delito de mera actividad y de riesgo abstracto que se suele integrar por una pluralidad de acciones por lo que tiene la naturaleza de tracto sucesivo, el propio tipo penal se refiere a la colaboración en plural «...son actos de colaboración...» y **d)** se trata de un **delito doloso**, es decir, intencional en el sentido de que **el dolo del autor debe conocer y querer la colaboración que presta** a la banda armada, **estando incluido el dolo eventual** para colmar las exigencias del tipo”.

La acción o conducta del colaborador es, pues, prestar una ayuda a la organización terrorista. Se trata de una conducta que **favorece los intereses** de la banda: se aporta dinero, armas, se refugia a miembros, se les permite la huida, se evita su detención, se acondicionan locales, se proporciona información; en fin, los supuestos pueden ser muy diversos.

Ciertamente, en este punto resaltan las Acusaciones populares que, sentada esa conducta de ayuda, es indiferente cuál sea el móvil que mueve al agente a realizarla.

Y recuerdan que la indiferencia hacía el móvil que se halla detrás de la conducta de ayuda a la banda ha sido también expresada en la jurisprudencia. Así:

- en referencia a las acciones de colaboración o ayuda que facilitan cualquiera de las actividades de la organización, dice la STS 540/2010, de 8 de

junio, “Y ello prescindiendo de la coincidencia de fines, pues lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones ... En derecho penal, los móviles que guían la conducta de las personas imputadas en procesos penales son irrelevantes en la construcción dogmática del elemento subjetivo de los tipos penales. En otras palabras, carece de relevancia si el imputado realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal o para cualquier causa, lo relevante es si cuando realiza la acción comprendía el alcance de la norma prohibitiva y si era capaz de actuar conforme a esa comprensión...”.

- “basta la conciencia de que el acto o la conducta de que se trate sirva o favorezca a la banda u organización terrorista, y la voluntad de llevarla a cabo, sin necesidad de ningún otro requisito” (STS 797/2005, de 21 de junio).

- La STS 659/2012, de 26 de julio, insiste: “No es necesaria afinidad ideológica. Colaborar con una organización terrorista por móviles de lucro (venta de armamento); o de afecto a determinados integrantes; o incluso una relación amorosa (STS 800/2006, de 13 de julio) o cualquier otra motivación, no excluye el delito del art. 576. El dolo exige exclusivamente conocer y querer una acción que supone una colaboración con la organización terrorista, (STS 800/2006, de 13 de julio) aunque no se compartan ni sus fines, ni sus métodos, ni sus componentes ideológicos. Ni siquiera la presencia de móviles no egoístas o de compasión o de unas mal entendidas finalidades supuestamente altruistas permiten escapar del ámbito del art. 576”.

3. Y sobre la distinción anterior -una conducta de ayuda a la banda y un móvil que es indiferente- sostienen las acusaciones populares recurrentes que si los acusados han impedido la detención de la red de extorsión –conducta de ayuda- es irrelevante el móvil que haya guiado esa acción. Arguyen que, como dice la STS 797/2005, de 21 de junio, “*no es preciso ningún elemento subjetivo*

del injusto más allá de los propios de toda conducta dolosa: conocimiento y voluntad". Afirman que cabe el dolo eventual e incluso la ignorancia deliberada en la conducta favorecedora del art. 576 CP.

Según ello, quien aporta dinero a la banda comete delito ya lo haga por afinidad ideológica o movido por un miedo superable; o que quien acoge a un terrorista huido comete este delito ya lo haga para facilitar que siga en el comando o por razones humanitarias o religiosas.

En todos esos casos, no existe duda de que, cualquiera que haya sido el móvil, la conducta desplegada (prestar dinero u ocultar a un terrorista) es objetivamente facilitadora de la actividad de la banda. Se trata de una conducta que objetivamente es de ayuda a la banda. Se trata de *“una acción que supone una colaboración con la organización terrorista”* (STS 797/2005). Y, además, en el plano subjetivo, quien la realiza quiere -dolo directo- o al menos acepta -dolo eventual- o ni siquiera quiere llegar a saber –ignorancia deliberada- que la conducta que despliega **va a servir de ayuda a la banda**.

4. Fuere como fuere, un obstáculo insalvable se erige, para la pretendida condena, que se manifiesta en la Doctrina del *TEDH*, del TC y que ha sido asumida por esta Sala.

En efecto, esta Sala (Cfr . **STS 32/2012, de 25 de enero; STS 670/2012, de 19 de julio; STS 462/2013, de 30 de mayo; STS 278/2014, de 2 de abril**), recuerda esencialmente que la doctrina del Tribunal Constitucional, ha ido evolucionando, desde la STC 167/2002, así como la de esta Sala y siguiendo ambas en este aspecto al TEDH, han establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias para consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia. Esta jurisprudencia exige desde el derecho a un proceso con todas las

garantías, que, cuando las cuestiones a resolver afecten a los hechos, tanto objetivos como subjetivos, y sea necesaria para su resolución la valoración de pruebas personales, es precisa la práctica de estas ante el Tribunal que resuelve el recurso; en consecuencia desde la perspectiva del derecho de defensa, es preciso dar al acusado absuelto en la instancia la posibilidad de ser oído directamente por dicho Tribunal, en tanto que es el primero que en vía penal dicta una sentencia condenatoria contra aquél.

En este sentido, **el TEDH**, desde la sentencia del caso Ekbatani vs Suecia de 28 de Mayo 1988, ha venido argumentando que en aquellos casos en los que el Tribunal que conoce del recurso haya de resolver sobre cuestiones de hecho y de derecho, planteándose en general la cuestión de la culpabilidad o inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, adoptar una decisión sin la apreciación directa del testimonio del acusado que ha negado la comisión del hecho delictivo que se le imputa, --entre otras, SSTEDH de **27 de Junio de 2000, caso Constantinescu vs Rumania**, ap. 55; 6 de Julio de 2004, Dondarini vs San Marino, ap. 27; 1 de Diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec vs Rumania, ap. 39; 18 de Octubre de 2006, caso Hermi vs Italia, ap. 64; **16 de diciembre de 2008, caso Bazo González contra España**; **10 de Marzo de 2009, caso Coll vs España**, ap. 27; **21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios contra España**; **16 de noviembre de 2010, caso García Hernández contra España**; **25 de octubre de 2011, caso Almenara Alvarez contra España**; y como en la sentencia ya citada, caso Ekbatani vs Suecia, en alguna ocasión el TEDH ha extendido el examen de los testigos cuando sus testimonios deban ser valorados para resolver los hechos cuestionados --STEDH de **22 de Noviembre de 2011, caso Lacadena Calero vs España**, y en idéntico sentido, las SSTEDH caso Marcos Barrios vs España, de 21 de Septiembre de 2010 y García Hernández vs España, de 16 de Noviembre de 2010--. Igualmente hay que citar, la SETDH de **13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo contra España**, en cuanto a la necesidad de que sea oído el acusado personalmente y tenga ocasión de rebatir mediante un examen contradictorio en

el marco de una audiencia pública las consideraciones que ha tenido en cuenta el tribunal de apelación para la condena como la existencia de verdadero perjuicio económico o la intención defraudatoria.

La STEDH de **20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras contra España**, indica que el TS para llegar a una interpretación jurídica del comportamiento del acusado se pronunció sobre circunstancias subjetivas relativas al mismo; a saber, su conciencia de la irregularidad de las operaciones comerciales y de la falsedad de las etiquetas de identificación de las semillas; y precisó que cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elementos subjetivos (como en el presente caso la existencia de una intencionalidad) no es posible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado, sin haber previamente intentado probar la realidad del mismo, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado respecto a los hechos cuya autoría le es atribuida. Y se dice que el TS llegó a la convicción sobre la intención del acusado en virtud de una inferencia basada en hechos probados por la instancia inferior, entre ellos los documentos obrantes en las actuaciones. No obstante, el Tribunal Supremo efectuó dicha deducción sin haber oído al acusado, el cual por tanto no tuvo la oportunidad de exponer ante el Tribunal las razones por las cuales negaba no solo haber sido consciente de la ilegalidad de su comportamiento, sino también haber tenido intención de defraudar. Y por ello se concluyó que el demandante fue privado de su derecho a la defensa en el marco de un debate contradictorio; y por tanto hubo violación del derecho del demandante a un proceso debido garantizado por el art 6.1 del Convenio .-

Por su parte **el Tribunal Constitucional**, en la **STC 30/2010**, afirmaba, de forma general, que *"...el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho fundamental invocado, impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se*

respete la posibilidad de contradicción...". Así, cuando en la apelación se planteen cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. Por lo que el respeto a los principios de publicidad, inmediatez y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación, antes de corregir la efectuada por el órgano de instancia.

En el mismo sentido, se pueden citar, las SSTC 154/2011; 49/2009, f.j. segundo; 30/2010, f.j. segundo ó 46/2011, f.j. segundo. todas ellas insisten en la obligación de que el Tribunal que va a conocer vía recurso de la sentencia absolutoria dictada por otro, debe oír personal y directamente al absuelto en la instancia en un debate público en el que se respete la contradicción, estableciendo como única excepción que se trate de una exclusiva cuestión jurídica que respetando escrupulosamente los hechos probados no precisa de una re-valoración de las pruebas ni de las personales strictu sensu ni de otras en las que la audiencia del concernido aparezca como necesaria. Es decir que no sea preciso revalorar los elementos objetivos y subjetivos del delito, porque la cuestión debatida es meramente de subsunción jurídica de unos hechos aceptados. En tal sentido, SSTC 1423/2011, 142/2011, 309/2012 de 12 de Abril, 757/2012 de 11 de Octubre, 309/2012 de 12 de Abril, 1020/2012 de 30 de Diciembre, 157/2013 de 22 de Febrero y 325/2013 de 2 de Abril.

La STC 22/2013 de 31 de Enero vuelve a insistir en las mismas exigencias para convertir en apelación --o casación-- el fallo absolutorio del Tribunal de instancia en condenatorio. Retenemos el siguiente párrafo:

"...Recuerda al respecto la STC 135/2011 de 12 de Septiembre que nuestra doctrina sobre las condenas penales en segunda instancia, previa revocación de un pronunciamiento absolutorio....señala que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24-2 C.E.), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público en el que se respete la posibilidad de la contradicción....".

Y en relación a la naturaleza personal o documental de la prueba tenida en cuenta para la condena, relativiza la disyuntiva al afirmar que:

"...Además del examen riguroso de las sentencias pronunciadas en instancia y apelación por los Tribunales ordinarios, resultaría imprescindible la consideración de la totalidad del proceso judicial para situaciones en el contenido global en el que se produjo la respuesta judicial ofrecida....".

Esto supone que las sentencias absolutorias tienen una especial rigidez en relación al pronunciamiento absolutorio. Ello no es más que una manifestación de la especial situación que tiene todo imputado en el proceso al disponer de un status especial y más protegido que el resto de las partes, por ello, cuando en el ejercicio del *ius puniendi* estatal, se concluye con una sentencia absolutoria, siempre que la decisión esté motivada y quede garantizada la efectividad de la interdicción de la arbitrariedad ex. art. 9-3º de la Constitución, la conversión de tal pronunciamiento absolutorio en otro posterior condenatorio dictado por el Tribunal que vía recurso conozca de la causa, requiere específicos requisitos.

No puede olvidarse que el derecho a la doble instancia penal reconocido en los Tratados Internacionales --art. 14-5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-- solo está prevista con carácter vinculante para las sentencias condenatorias no para las absolutorias, por lo que sería acorde a los Tratados Internacionales un sistema penal que solo admitiera la doble instancia en caso de

condena. En tal sentido, SSTS 587/2012 de 10 de Julio y 656/2012 de 19 de Julio.

La **STC 214/2009, de 30 de noviembre** señaló que en el caso en el que el tribunal de apelación llegó a la conclusión de que la intención de menoscabar o lesionar debía estimarse presente en la conducta del acusado, en contra de la conclusión a que había llegado el Juzgado de lo Penal, en el sentido de que se trataba de un forcejeo mutuamente aceptado, ha procedido a realizar una nueva ponderación de cuestiones de carácter fáctico sometidas al enjuiciamiento del Juzgado de lo Penal, operando en consecuencia, una modificación implícita de los hechos probados . Sin perjuicio de que este juicio sobre la intencionalidad del autor a realizar por el órgano judicial implica una valoración de carácter jurídico, por referencia a la necesidad de constatar por el mismo la concurrencia o no del elemento subjetivo del tipo previsto en el art 153 CP, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia de instancia y la de la de apelación radica en este caso en la acreditación del dato fáctico sobre el que se asienta este elemento normativo, esto es si el ahora demandante de amparo actuó con la referida intención de lesionar a la demandante. Por otra parte, resulta que en el presente caso el Juez de lo penal, como se aprecia en los antecedentes, formó su convicción sobre el extremo de la no intencionalidad del autor luego de proceder a una ponderación de pruebas de marcado carácter personal, como son el testimonio de la propia víctima y del acusado. Por lo que el tribunal de apelación, al cambiar su conclusión en la forma expuesta sin la práctica de la correspondiente prueba en la vista pública de apelación, que le hubiera permitido tomar conocimiento directo de dichos testimonios con la debida intermediación, originó la vulneración aducida en la demanda referente a las garantías del proceso justo.

Y la **STC (Pleno) 88/2013, de 11 de abril**, estimó la demanda de amparo de quienes absueltos en la primera instancia de delito societario ,fueron condenados en segunda instancia sin previa celebración de vista, argumentando

la sentencia que, si bien no modificaba los hechos probados, de ellos se podía derivar tanto el carácter abusivo de los acuerdos societarios como el dolo de los recurrentes, rectificando con ello las inferencias efectuadas por el órgano judicial de instancia respecto de la concurrencia de ambos elementos del delito. Y concretó que, por lo que se refiere a la acreditación de los elementos subjetivos del delito, el TC había recordado que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la existencia del dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de inmediación, si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testificales, sí deberá venir presidido, en todo caso por la previa audiencia al acusado...que tiene derecho a volver a ser oído-ya sea para convencer al tribunal de su inocencia, o para poder controvertir los argumentos de la acusación.

Y concluía esta sentencia, señalando que además de entender producida una vulneración del derecho de los recurrentes a un proceso con todas las garantías, también debía entenderse que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, toda vez que la parte esencial de la actividad probatoria en que se ha fundamentado la condena, al entender acreditada la concurrencia del elemento subjetivo del delito del ánimo de perjudicar al socio minoritario, aparecía referida a testimonios personales exculpativos que no se han desarrollado con respeto a las necesarias garantías de publicidad, inmediación y contradicción en la segunda instancia. Y por tanto, la condena en segunda instancia, en la medida en que se ha basado esencialmente en una actividad probatoria carente de garantías y se ha dejado de someter a valoración el testimonio exculpativo de los acusados, practicando a presencia del órgano

judicial que condenó, ha vulnerado también el derecho a la presunción de inocencia.

A la vista de todo ello, ha dicho esta Sala (Cfr, **STS 309/2014, de 15 de abril**) que en definitiva, los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias, a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica pero sin audiencia personal del reo, son claros, al menos, mientras no se produzcan nuevas disgresiones jurisprudenciales que modifiquen el criterio establecido. Estos márgenes se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.

5. En nuestro caso, lo cierto es que la sentencia de instancia afirma no solo que la acción no era objetivamente de ayuda sino que, entrando en el juicio de inferencia *sobre la intención* de los acusados, sobre su dolo, sobre su *conocimiento y voluntad*, acaba afirmando que “*la finalidad de la acción ejercitada voluntariamente como elemento del dolo, por los acusados fue totalmente muy distinta al favorecimiento de la actividad de ETA y por tanto a realizar la conducta típica prevista en el art. 576 del CP*”.

Es decir, a tenor de las pruebas personales practicadas en la instancia, la Sala *a quo* ha venido a considerar que los acusados realizaron su acción al conocer que con ella se favorecía un proceso que acabaría con ETA y al querer acabar así con la actividad de la banda. Dicho de otro modo, según la Audiencia, no realizan su acción con dolo o *intención* de ayudar a la banda, sino con la contraria *de acabar* con la misma.

No estamos, pues, solamente ante la posible discusión sobre si la acción era o no objetivamente de ayuda a la banda.

Existe un segundo plano, el del dolo, en el que la Sala de instancia ha sentado que los acusados actuaron al *conocer y querer* su acción en tanto que pensaban que era la manera de acabar con las actividades de la banda.

Por ello, un entendimiento distinto del conocimiento y voluntad de los acusados exigiría, cuando menos, dar a éstos la oportunidad de expresarse sobre esa cuestión.

Estamos ante un juicio de inferencia, racional y lógico, efectuado en la sede de instancia en la que debió ser efectuado. *No es posible su sustitución* ahora, *en sede casacional*, sin infringir con ello el principio de inmediación en la valoración de las pruebas personales.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

DECIMOQUINTO.- Como segundo motivo, al amparo del art 852 de la LEcr, formula la Acusación popular, *Asociación de Víctimas del Terrorismo*, la vulneración del derecho constitucional a la **tutela judicial** efectiva, del art 24-1 CE.

1. Considera la recurrente que el canon de razonabilidad al estimar la Audiencia que la conducta de los acusados no pretendía favorecer a la actividad de la banda no cumple los estándares mínimos.

Denuncia para ello que la conversación entre Elosúa y su yerno, cuando se dirigen en el coche balizado a Bayona, ha sido tomada solo en parte. Añade que se aportó a Elosúa un cúmulo tal de información que no cabe reputar de racional la conclusión de la sentencia.

El motivo carece de fundamento para ser estimado.

2. La valoración por la sala de instancia de los elementos concurrentes y su afirmación de que se actuó “*con el designio de no entorpecer la situación política de diálogo abierta, para acabar con la actividad de ETA ...*” no es irrazonable.

La conversación entre Elosúa y Luquín en el vehículo aporta datos muy claros que así lo revelan. Dice sobre este punto la sentencia recurrida: “*El contenido de la llamada que el acusado Enrique Pamiés realizó a Joseba Elosúa, según éste lo relata a su yerno Carmelo Luquín cuando van a Bayona es elocuente. Cuando Joseba Elosúa dice “no se por qué me ha llamado” y su yerno contesta “yo creo que te ha llamado para ver por donde tira esto ... para ver si ...” A lo que contesta Joseba “pero yo no soy político ... y yo lo que quiero es ... esto que se arregle ... no sé oye, si se arreglará ... pero que se arregle ... y no me ha hablado de impuesto revolucionario”, para continuar diciéndole a su yerno Joseba Elosúa lo que le dijo Enrique Pamiés, “oye, que tu ... que esto ... no vas a decir que yo te he llamado yo, eh, ... para no fastidiar el proceso ... escucha lo que te he dicho yo ... que aquí hay gente que quiere que esto se rompa ... y claro, diciéndole a continuación, “ya sabes cuál es la situación política actual”*”.

Al margen de la interpretación que se quiera dar a la conversación, si a los datos contenidos en la misma se añade: que se trata de un chivatazo emitido por un miembro de la Policía, con trayectoria de años en la lucha antiterrorista; que no existe un solo dato de relación o interés con la red de extorsión o de que con ello pretendiera favorecer por relación personal a alguno de los miembros de la red ya que, de haber sido así, la conversación entre Elosúa y su yerno no expresaría las dudas sobre la llamada que dejan ver entre ellos; si a ello igualmente se le añade, como señala la sentencia, que en la declaración en el juicio el agente policial que llevaba la operación conjunta con la policía francesa señaló que el que la operación policial se frustrara fue una cuestión política;

resulta acorde con la lógica y reglas de experiencia valorativas de la prueba la conclusión que se alcanzó por la sentencia recurrida.

En cualquier caso, tal conclusión no es nueva sino que ha planeado a lo largo de la instrucción y fase intermedia de la causa, y la discrepancia de los recurrentes es cuestión distinta de la irrazonabilidad de la misma.

La conclusión está asentada en datos y testimonios, se halla explicada en sentencia y no es irracional. La tutela judicial no se vulnera por el hecho de que se discrepe de esa valoración.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

DECIMOSEXTO.- En consonancia con lo razonado en los apartados precedentes, se **desestiman** los recursos de casación interpuestos por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de precepto constitucional por las representaciones de D. ENRIQUE PAMIES MEDINA Y DON JOSÉ MARIA BALLESTEROS PASTOR, y por las acusaciones populares ASOCIACIÓN DE VÍCTIMAS DEL TERRORISMO, ASOCIACIÓN DIGNIDAD Y JUSTICIA Y PARTIDO POPULAR, haciéndoles imposición de las **costas** de su respectivo recurso, y pérdida del **depósito** en su caso, conforme a las previsiones del art. 901 de la LECr.

III. FALLO

Debemos desestimar y **desestimamos** los recursos de casación interpuestos por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de precepto constitucional, por las representaciones de D. ENRIQUE PAMIES MEDINA Y DON JOSÉ MARÍA BALLESTEROS PASTOR, y por las acusaciones populares ASOCIACIÓN DE VÍCTIMAS DEL TERRORISMO, ASOCIACIÓN DIGNIDAD Y JUSTICIA Y PARTIDO POPULAR,

haciéndoles imposición de las **costas** de sus respectivos recursos, y pérdida del **depósito** en su caso.

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

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta a la Sentencia n° 439/2014, que resuelve el Recurso de Casación 2261/2013

A través del presente Voto particular expreso mi disensión a la Sentencia sobre dos aspectos. De una parte, por entender que, la Sentencia debió

incorporar una argumentación sobre la falta de tipicidad subjetiva del delito de colaboración con banda armada que interesan las acusaciones populares. Este primer apartado del Voto es, por lo tanto, concurrente con la decisión de la Sala y apoya la decisión de desestimación del recurso de casación formalizado por las acusaciones populares. De otra parte, porque entiendo que no ha sido correctamente enervado el derecho a la presunción de inocencia del condenado, y recurrente, Ballesteros para quien debió dictarse sentencia absolutoria. En este apartado el Voto es disidente. Separaré las argumentaciones.

Primero.- Voto concurrente. Suscribo, en primer término, la argumentación de la Sentencia al coincidir en que la asunción de la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos impide una condena por una instancia revisora que no tiene contacto con el acusado y con la fuente probatoria valorada por el tribunal de instancia, en un supuesto, como el de la presente casación, en el que el hecho probado de la sentencia impugnada afirma, paladinamente, que los acusados perseguían con su conducta acabar con las actividades de la banda terrorista. Difícilmente cabe, desde el hecho probado y sin modificarlo, afirmar la subsunción en el delito de colaboración con banda armada a quien persigue acabar con la banda. Sería una contradicción. Es por ello que la estimación del recurso requeriría una modificación del hecho que no es posible desde la asunción de la jurisprudencia citada en la sentencia de la mayoría que en este punto he apoyado.

Mi disensión radica en que considero que la sentencia debió argumentar sobre la falta de concurrencia de la tipicidad subjetiva en el delito de colaboración con banda armada que interesaron las acusaciones populares.

Quienes ejercieron la acusación popular, una de ellas un partido político, actúan penalmente contra funcionarios públicos condenados por un delito de revelación de secretos para quienes instan, además, una condena por un delito de colaboración con banda armada. Sostienen que los acusados, son, además,

colaboradores con banda armada porque para la realización de este delito es indiferente el móvil que guía su conducta, de manera que todo acto delictivo, en el caso revelación de secretos, que suponga un beneficio a la banda armada, merece una doble subsunción, en el delito de revelación y en el de colaboración con banda armada.

Este planteamiento es, en el caso concreto, erróneo y debió ser desestimado no sólo por la razón que se desarrolla en la Sentencia, sino también porque el hecho probado no permite la subsunción en el delito de colaboración por faltar el elemento subjetivo del tipo penal.

Recordamos los hechos probados: los acusados “con el designio de no entorpecer la situación política abierta con el diálogo, para acabar con la actividad de ETA, desarrollan una actuación tendente a tal fin ..” advierten a un investigado en una operación de la red de extorsión de la banda armada el operativo policial existente, impidiendo su detención prevista para el día siguiente, hecho que es subsumido en el delito de revelación de secretos.

A mi juicio esa conducta es subsumida correctamente en el delito de revelación de secretos pero no en el de colaboración con banda armada, pues la realización de un hecho delictivo, la revelación de secretos, no implica realizar el tipo penal de la colaboración con banda armada por mas que, en el sentido vulgar del término colaborar, la conducta realizada pueda ser tenida como favorecedora para la banda armada. El argumento nuclear de la absolución es que los acusados perseguían “acabar con la banda” por lo que no realizaron la acción para colaborar dolosamente “con las actividades o con las finalidades de una organización o grupo terrorista” que prevé la tipicidad del delito objeto de la acusación, el art. 576 del Código penal.

Las acusaciones particulares entienden, por el contrario, que la realización de un hecho que suponga favorecer a la banda rellena la tipicidad del delito de colaboración con banda armada.

Así planteada el objeto de la casación ha de recordarse que en reiterados precedentes jurisprudenciales hemos exigido la concurrencia de una finalidad para configurar una acción de colaboración como típica del delito del art. 576 Cp. El delito de colaboración con organización terrorista es un delito terrorista, lo que es obvio por su inclusión bajo la rúbrica “de los delitos de terrorismo”, que se caracteriza por una participación en una organización terrorista, con sus actividades y finalidades, a través de actos de colaboración. El Código relaciona varias conductas de colaboración, en un catálogo que ha sido considerado como ejemplificativo de conductas posibles (art. 576 Cp). Lo relevante es la consideración de actos de colaboración con las actividades o finalidades de una organización o grupo terrorista.

No es precisa la pertenencia al grupo armado, ya previsto en otras figuras de terrorismo, sino que se trata de una persona ajena a la banda o grupo terrorista que realiza actos de colaboración con las finalidades y actividad de banda. Como tal forma de participación en un grupo, el tipo de la colaboración con banda armada tiene la naturaleza de delito de participación en una actividad ajena, la de la banda. Presenta, desde la perspectiva expuesta, una estructura típica similar a las formas de participación, complicidad o cooperación necesaria, en un delito cometido por un autor. La doctrina y jurisprudencia han conformado a las formas de participación bajo una exigencia en la tipicidad subjetiva denominada, plásticamente, doble dolo. Esta construcción doctrinal, recogida también en antecedentes jurisprudenciales, no supone una especial intensidad del dolo, sino que indica una doble proyección de la tipicidad subjetiva. De una parte, dirigida a conocer el propósito del autor y querer colaborar en el mismo, y de otra conocer y querer la realización de su aportación al hecho.

Así, la STS núm. 258/2007, de 19 de julio, se argumenta que: "En la doctrina reciente es discutido si el dolo del partícipe, especialmente del cooperador, debe ser referido sólo a la prestación de ayuda o si además se debe extender a las circunstancias del hecho principal. La opinión dominante mantiene el último punto de vista, es decir, el de la doble referencia del dolo, el llamado "doble dolo", de caracteres paralelos al requerido para la inducción. Consecuentemente, el dolo del partícipe, como lo viene sosteniendo nuestra jurisprudencia, requiere el conocimiento de la propia acción y, además, de las circunstancias esenciales del hecho principal que ejecuta el autor, en el que colabora. Dicho con otras palabras: el partícipe debe haber tenido una representación mental del contenido esencial de la dirección del ataque que emprenderá el autor. No se requiere, por el contrario, conocimiento de las particularidades del hecho principal, tales como dónde, cuándo, contra quién, etc. será ejecutado el hecho, aunque éstas pueden ser relevantes, en algún caso, para determinar la posible existencia de un exceso por el que el partícipe no está obligado a responder".

Y en la sentencia 503/2008, de 17 de julio, se afirma que "la doctrina y la jurisprudencia han exigido en el cooperador un doble dolo. Debe abarcar, de un lado, el hecho que realiza o que va a realizar el autor, cuyo propósito debe conocer en sus aspectos esenciales, y de otro, que su aportación supone una colaboración, lo que implica que el cooperador ha de conocer la finalidad con la que aquella va a ser utilizada por el autor, siendo consciente de que con ella se facilita de alguna forma relevante la ejecución de aquel hecho, al menos mínimamente determinado. Se ha admitido que, en este sentido, es bastante el dolo eventual, de forma que no es preciso que el cooperador oriente su conducta de modo directo a la facilitación del hecho del autor principal cuyo propósito de ejecución conoce".

En el delito de colaboración con banda armada, como delito de participación en una actividad ajena, el dolo del autor debe ir dirigido a la aportación del acto de colaboración, esto es, realizar el acto concreto que

objetivamente sirva a la banda, y de otra, que su aporte a la banda sea dirigido a colaborar con la actividad o finalidades de la banda, organización o grupo terrorista. Esta doble proyección del dolo del colaborador aparece normalmente, ínsito en la conducta realizada, de manera que quien realiza un depósito, u otra actividad de las relacionadas como ejemplo en el art. 576.2 CP. colabora con las finalidades de la banda, pero no es obstáculo a que, en algunos supuestos, esa finalidad de colaborar no puede declararse pese a que objetivamente sea favorecedora en la organización. En el caso de la casación los autores han realizado un hecho delictivo, avisar a los miembros de la organización de la existencia de un operativo policial de investigación de sus personas, y lo hacen para acabar con la banda, como dice el hecho probado, luego no lo hacen para colaborar con las finalidades de la banda.

En definitiva, el tipo de la colaboración con banda armada requiere un acto de colaboración en lo ajeno con intención de ayudar a las actividades y finalidades de la banda y en el hecho probado esa finalidad está expresamente excluida. Los acusados al realizar su hecho, la revelación de secreto lo hacen “para acabar con la banda” no para colaborar, *cum-laborare* (trabajar conjuntamente), con la actividad y finalidad de la banda.

Destacan los recurrentes que la jurisprudencia en interpretación del tipo penal de la colaboración con banda armada ha declarado que es indiferente cuál sea el móvil que mueve el agente a realizar la colaboración y apoya su aserto con cita de SSTS 540/2010, de 8 de junio “aquí no se sanciona la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda determinadas aportaciones...”; la STS 797/2005 de 21 de junio, “basta con que el acto o la conducta de que se trate sirva o favorezca a la banda u organización terrorista y la voluntad de llevarla a cabo, sin necesidad de otro requisito”; o la STS 695/2012, de 26 de julio “No es necesaria afinidad ideológica. Colaborar con una organización terrorista por

móviles de lucro (venta de armamento); o de afecto a determinados integrantes; o incluso una relación amorosa (STS 800/2006, de 13 de julio) o cualquier otra motivación, no excluye el delito del art. 576. El dolo exige exclusivamente conocer y querer una acción que supone una colaboración con la organización terrorista, (STS 800/2006, de 13 de julio) aunque no se compartan ni sus fines, ni sus métodos, ni sus componentes ideológicos. Ni siquiera la presencia de móviles no egoístas o de compasión o de unas mal entendidas finalidades supuestamente altruistas permiten escapar del ámbito del art. 576”.

Esta jurisprudencia no contradice la posición que expongo en este Voto particular. En primer lugar, porque el hecho probado expresamente excluye la intención de colaborar con la banda, afirmando que el hecho pretendía acabar con la banda terrorista. No se trata de un móvil, sino la expresión de negación del dolo de colaborar. Además, en nuestra jurisprudencia, hemos exigido también “una cierta adhesión ideológica” como elemento típico que fundamenta la acción objetiva realizada (STS 54/2007, de 14 de junio), pues no en vano se trata de un delito terrorista.

En todo caso, lo lógico es considerar que todo acto de colaboración objetiva con una banda a través de las distintas conductas que se relacionan en el apartado 2º del art. 576, el acto de informar, vigilar personas, bienes o instalaciones, construcción, acondicionar... depósitos o alojamientos; ocultar o trasladar a personas vinculadas a la organización... etc., lleva ínsito la tipicidad subjetiva, pues quien realiza esa conducta que objetivamente favorece a la banda, persigue con su conducta la finalidad de apoyar las actividades de la banda. Sin embargo en el hecho probado de esta Sentencia esta finalidad no aparece insita en la acción, sino que, expresamente, se declara no concurrente.

Es por ello que considero que la impugnación debió ser desestimada, no solo por cuanto se argumenta en la Sentencia mayoritaria, a la que me sumo, sino también porque no cabe declarar ningún error en la subsunción siendo

correcta la absolución por el delito de colaboración con banda armada al no concurrir en el hecho el tipo subjetivo preciso para la subsunción en el delito de colaboración con banda armadas que las acusaciones populares instan en esta revisión.

Segundo.- Voto disidente que afecta al recurrente Ballesteros condenado por un delito de revelación de secretos. A mi juicio la sentencia impugnada y la de la mayoría no desarrollan una argumentación suficiente sobre la precisa actividad probatoria para la condena a este recurrente por el delito de revelación de secretos.

Recordamos la participación en el hecho de este recurrente. El imputado Pamies decide, con la finalidad que se expresa en el hecho, comunicar a un investigado, Elosua, la existencia de un dispositivo policial para su detención. Encarga al coimputado Ballesteros, funcionario policial destinado a la investigación del terrorismo “yihadista” acudir a la vivienda de Elosua, con el que no llegó a contactar, por lo que le indica que vaya al bar Faisán donde localiza a Elosua (hora 11:04). A las 11’08 el coimputado Pamiés vuelve a llamar a Ballesteros y, seguidamente, éste entra en el bar, “pide un café ... y le extiende el terminal telefónico y dice a Elosua que le iban a hablar...” La conversación dura 8 minutos y, dice el hecho, comienza con la siguiente frase “Ya te habrá dicho mi compañero, ya te habrá explicado porqué te llamamos”, comentándole a continuación los hechos de la investigación que se cernían sobre su persona.

Del hecho resulta que este recurrente es ajeno a la lucha antiterrorista que dirigía el otro acusado en el territorio de su competencia; que es llamado a intervenir el mismo día de los hechos, precisamente a las seis de la mañana recibe la orden; su intervención consiste en localizar en su domicilio a Elosua, lo que no consigue, y en el bar Faisán; cuando contacta con él le transmite un teléfono indicándole que le hablan. Esos hechos aparecen acreditados y no son

discutidos. El propio recurrente los admitió a través de su letrado en la vista de la casación. El núcleo de la disensión radica en sí conocía que con su conducta colaboraba en la revelación de secretos y si llegó a conocer el alcance de su conducta, esto es, si contribuyó a revelar un secreto. La sentencia lo afirma desde la expresión de la conversación telefónica entre el imputado Pamies y Elosua que se inicia con “Ya te habrá dicho mi compañero...”.

No cabe cuestionar en el caso ni el contenido secreto de la información revelada, ni el hecho de la revelación y la eficacia de la conducta en el menoscabo del servicio público. Lo que cuestiona es si el aporte de este recurrente se realiza con conocimiento del secreto y de si realizó, o cooperó, al acto de revelación. El recurrente lo niega, al limitar su conducta a cumplir una orden de contactar con Elosua y transmitirle un terminal telefónico a través del que se realiza la revelación. La sentencia de instancia y la de la mayoría afirman ese conocimiento con apoyo en la frase destacada. Esta frase “Ya te habrá dicho mi compañero...”, es la frase central que incorpora un cabal conocimiento de la conducta realizada, pues supone estar al tanto del secreto y de la colaboración en su revelación. La cuestión discutida es la existencia, o no de prueba, sobre su concurrencia.

En mi opinión no aparece sustentada en la precisa actividad probatoria pues sobre ese concreto contenido no se ha practicado prueba bastante.

El recurrente reconoce lo que el hecho probado declara: estuvo presente en la casa de Elosua y en el bar Faisán a requerimiento de su superior para entregar un teléfono, y lo realizó desconociendo el alcance y contenido ilícito de la conducta. La mayoría estima que ese conocimiento aparece acreditado porque en una conversación grabada entre Elosua y su yerno, momentos después de la revelación, el primero narra lo que acababa de suceder y que quien le dio el terminal era también policía porque su interlocutor telefónica (Pamies) le dijo “Ya te habrá dicho mi compañero, ya te habrá explicado porqué te llamamos...”.

Para la sentencia mayoritaria esa frase resulta acreditada por venir de uno de los intervinientes en la conversación que narra su contenido y aparece corroborada por la presencia del recurrente en las inmediaciones del domicilio y la entrada en el bar y la transmisión del teléfono, hechos estos últimos que resultan de la prueba practicada en el juicio oral y es resultancia prueba testifical y de las localizaciones que por las torres de telefonía móvil. Sin embargo, no es preciso acudir a tales fuentes probatorias, pues el hecho es admitido por el recurrente en la vista de la casación y el mismo no cuestiona su presencia en el lugar que obedece, según afirma, a la ejecución de una orden de un superior jerárquico en el ejercicio de su función y que, en principio, no resulta ni ilegal ni contrario a la praxis policial.

La reiterada frase “Ya te habrá informado mi compañero...” puede obedecer a una forma de iniciar una conversación, precisamente para confirmar la condición de policía de quien le suministra la información y de quien le entrega el móvil pero no supone que quien se limita a transmitir un teléfono esté al corriente del contenido de la ilicitud que se realiza con esa conversación. El recurrente lo niega y no hay actividad probatoria suficiente para afirmar el conocimiento preciso de la ilicitud. Las corroboraciones que se emplean no son tales, pues no inciden sobre el concreto aspecto discutido, el conocimiento de la ilicitud y de la antijuricidad del aporte realizado. Además, en un sentido contrario a la afirmación de una conversación previa a la entrega del teléfono la testifical de quienes estaban en el bar que en el juicio oral han referido que una persona –el hoy recurrente- entró en el bar, pidió un café preguntó por Elosua y entregó un teléfono, lo que es indicativo de una conducta de ejecución de una orden sin referir una exteriorización del conocimiento de la ilicitud, pues nadie, ningún testigo presencial de la llegada del funcionario refiere una conversación entre ambos indicativa de la revelación de un secreto, sino la localización de Elosua y la entrega del teléfono para una conversación entre el otro condenado y el destinatario de la información secreta. En definitiva, si no hubo conversación

entre Ballesteros y Elosua no hubo oportunidad para transmitir un “secreto”, limitándose a entregar el terminal.

Consecuentemente, una frase, equívoca en su significado, y expresada en un contexto para identificar a cada interviniente no es suficiente para declarar probado que este recurrente participó con conocimiento del contenido antijurídico en el hecho típico de la revelación de una información secreta y lesiva al servicio público. En consecuencia, considero que su impugnación debió ser estimada y el recurrente absuelto.

Andrés Martínez Arrieta

VOTO PARTICULAR que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Alberto Jorge Barreiro a la sentencia n° 439/2014, de 10 de julio, que resuelve el recurso de casación correspondiente al rollo de esta Sala 2261/2013.

PRIMERO. 1. Tal como anticipé en el debate de la deliberación, mantengo una respetuosa discrepancia con algunos de los criterios que se siguen en la sentencia de la mayoría para resolver los recursos de las acusaciones populares; en especial en lo que afecta a la tipificación de la conducta de los dos acusados con respecto a los hechos descritos por la Audiencia, hechos que han de permanecer incólumes a tenor de la vía procesal que se utiliza (art. 849.1° LECr.). La desavenencia atañe tanto al enfoque y tratamiento que se les da a los recursos de las acusaciones populares como a la decisión que finalmente se acaba adoptando.

2. Para centrar el examen jurídico de las cuestiones de fondo que se suscitan por las acusaciones populares entiendo que lo más idóneo es ir exponiendo y resolviendo los problemas que se plantean en el texto de la resolución recurrida, siguiendo para ello el tratamiento que en ella se da a los elementos del delito de colaboración con organización terrorista, que figura tipificado en el art. 576 del C. Penal.

Comenzando por el análisis del **tipo objetivo**, el art. 576 del C. Penal (texto en vigor en el momento de los hechos, año 2006) dispone que incurrirá en la conducta delictiva el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.

Y a continuación especifica la norma en qué consisten esos actos de colaboración: la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas organizaciones o grupos terroristas.

Las sentencias de esta Sala 404/2008, de 5 de junio, y 480/2009, de 22 de mayo, establecen que el tipo delictivo descrito en el art. 576 CP despliega su más intensa funcionalidad en los supuestos de colaboración genérica que favorezcan el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada, constituyendo su esencia poner a disposición de la organización —conociendo sus métodos— informaciones, medios económicos y de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que aquélla obtendría más difícilmente sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quienes, sin pertenecer a ella, le aportan su voluntaria colaboración, *prescindiendo en todo*

caso de la coincidencia de los fines. Se trata, en suma, de un delito que es aplicable precisamente cuando no está relacionado de modo específico con otros delitos, constituyendo un *tipo de mera actividad o peligro abstracto*, como se deduce del último párrafo del apartado segundo del precepto (cf. SSTs 1230/1997, 197/1999 o 532/2003).

Y en la misma sentencia 480/2009, de 22 de mayo, se señalan como notas distintivas del delito de colaboración: a) su carácter residual respecto del delito de integración; b) el ser un tipo autónomo que supone un adelantamiento de las barreras de protección por razones de política criminal, de suerte que si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto se estaría en el área de la participación en tal delito —nuclear o periférico— pero no en el de la colaboración; c) por ello, es un delito de mera actividad y de riesgo abstracto que se suele integrar por una pluralidad de acciones, por lo que tiene la naturaleza de tracto sucesivo —el propio tipo penal se refiere a la colaboración en plural: «...son actos de colaboración...»—; y d) se trata de un delito doloso, es decir, intencional en el sentido de que el autor debe conocer y querer la colaboración que presta a la banda armada, estando incluido el dolo eventual para colmar las exigencias del tipo.

Así las cosas, ha de entenderse que, desde la perspectiva del ámbito objetivo del tipo penal, la conducta de los dos acusados sí se halla comprendida dentro del perímetro de la aplicación de la norma, a tenor de los hechos perpetrados, cuyo resumen, extraído de la premisa fáctica de la sentencia de la Audiencia, se describe a continuación.

3. Dice la sentencia de instancia con respecto a los hechos que estos fueron ejecutados por los acusados con ocasión de una investigación contra la red de extorsión de ETA, denominada GEZI, investigación que se hallaba ya muy avanzada en el año 2006, tanto en el aspecto policial como judicial. Pues en el marco de las entonces Diligencias Previas 86/1998, abiertas para investigar

este aparato de extorsión, el Magistrado del Juzgado Central de Instrucción número 5 y el del Tribunal de Gran Instancia de París acordaron la constitución de un equipo conjunto de investigación, que serviría para profundizar en las pesquisas referentes a una posible sub-red de GEZI sobre la base de que quien la dirigía era Joseba Elosúa Urbietta desde el Bar Faisán.

Tras considerar por las investigaciones efectuadas que Joseba Elosúa Urbietta era un eslabón importante en la red de extorsión de ETA., se acordó mediante autorización judicial (Juzgado Central de Instrucción nº 5) instalar el dispositivo de balizamiento GPS-GSEM en el vehículo Ford Focus, matrícula 7424-CYX, utilizado habitualmente por el precitado Elosúa Urbietta. A través de ese dispositivo se conoció —según se especifica en el “factum” de la sentencia recurrida— que se iba a producir una entrega de nueve millones de pesetas (*sic*) al día siguiente, 4 de mayo, en el bar de Elosúa Urbietta a Cau Aldanur, uno de los investigados en la red de extorsión etarra, residente en Francia.

En vista de lo cual, el Comisario del CNP Jefe accidental de la Unidad Central de Inteligencia de la Comisaría General de Información, en la misma tarde-noche del día 3 de mayo, con el fin de intervenir el dinero y detener a los presuntos miembros de la trama de extorsión, activó todo un dispositivo policial que fue preparado mediante la actuación conjunta de las autoridades judiciales y policiales españolas y francesas.

Sin embargo, la operación no pudo llevarse a cabo porque el acusado Enrique Pamiés Medina, Jefe Superior de Policía del País Vasco, después de tener conocimiento la tarde anterior (3 mayo) del dispositivo que se iba a poner en marcha para detener a Joseba Elosúa y a Cau Aldanur, entre otros, y con el designio de no entorpecer la situación política abierta de diálogo, para acabar con la actividad de ETA, desarrolló a estos efectos una actuación tendente a tal fin —según remarca específicamente la Audiencia—. Para lo cual envió al bar Faisán a la mañana siguiente (4 de mayo) al coacusado José María Ballesteros

Pastor, inspector de policía de la Comisaría de Vitoria dedicado a la investigación del terrorismo Yihadista, con el fin de que contactara con Elosúa Urbietta y le avisara de que Cau Aldanur no acudiera a España, para evitar así la detención de ambos.

En la mañana del día 4 de mayo, a primera hora, José María Ballesteros se dirigió a Irún, y tras intentar localizar a Elosúa Urbietta en su vivienda, se personó en el bar Faisán. Y una vez que lo identificó, le entregó en mano un terminal telefónico, con la tarjeta correspondiente al número 630.52.64.21, desde el que acababa de marcar el número 629.27.84.85 correspondiente al acusado Enrique Pamiés, diciéndole a Elosúa que alguien le iba a hablar al otro lado de la línea. La llamada comenzó a las 11:23.31 y duró 8 minutos y 11 segundos, y en el curso de la misma el acusado Enrique Pamiés le proporcionó a Elosúa Urbietta datos y detalles de la operación policial que se hallaba en marcha para detener el aparato de extorsión de ETA. Con el fin de hacer creíble su mensaje, le indicó que bajo ningún concepto Cau Aldanur cruzara la frontera porque sería detenido.

4. Desde la óptica del **elemento objetivo del tipo penal**, es claro que el proporcionar a los implicados en la red de extorsión de ETA una información que les permitía evitar la acción policial y judicial y también seguir disponiendo de los 9 millones de pesetas a sabiendas de que iban a parar a las arcas de la organización terrorista, ha de ser considerada una conducta de colaboración con ETA, pues permitió ocultarse a los miembros de la célula extorsionadora al mismo tiempo que se impedía la detención y disolución de una parte importante de la red de extorsión.

La subsunción de tal conducta en el tipo penal resulta acorde a la norma aplicable (art. 576 C. Penal), contemplada en su dimensión objetiva o externa, pues tanto en lo que concierne al aspecto estrictamente económico como a la estructura general de la organización, la información proporcionada a uno de los

sujetos implicados en la red conllevaba *de facto* un claro apoyo material y logístico a la organización terrorista.

De otra parte, y en lo que se refiere a la **antijuridicidad indiciaria** que denota todo tipo penal tampoco parece que en este caso pueda cuestionarse, pues el delito del art. 576 protege como bien jurídico, según se advierte en la propia sentencia recurrida, la paz pública y el orden constitucional, que resultan alterados por la irrupción de una organización armada que intenta imponer unos objetivos políticos y sociales mediante procedimientos violentos que generan terror en la ciudadanía.

Así las cosas, y atendiendo a que mediante el suministro de una información relevante y eficaz para el reforzamiento de ETA los acusados determinaron que se quedara en el ámbito de disposición de la organización una suma de dinero obtenida mediante acciones ilícitas y que el aparato extorsionador de la organización mantuviera su fuerza e integridad en ese momento a través del ocultamiento de unas personas que iban a ser detenidas, carece de toda razón en este caso afirmar que, al menos con los datos que figuran en la sentencia, no se ha menoscabado el bien jurídico que tutela la norma penal, ya que todo lo que sea reforzar la organización terrorista o evitar que esta aminore su potencial aportando información que evite detenciones y reducción de su patrimonio económico, causa perjuicio y menoscaba el bien jurídico que tutela la norma penal. Máxime si se pondera que nos hallamos ante un tipo penal que no requiere para su apreciación un resultado material tangible, sino que, tal como se anticipó, es suficiente con generar con la conducta un peligro abstracto para el bien jurídico.

No puede compartirse, pues, el razonamiento que se hace en la sentencia recurrida sobre la inexistencia del elemento objetivo del tipo penal y la falta de antijuridicidad de la conducta. Y es que si ello fuera así ya no se precisaría entrar siquiera a examinar el elemento subjetivo del tipo penal.

Lo singular y anómalo del razonamiento de la sentencia de la Audiencia es que descarta la existencia del elemento objetivo del tipo penal con el argumento de que falta el elemento subjetivo, alterando así el orden metodológico del análisis de los elementos del delito y otorgándole a la pretendida ausencia del elemento subjetivo la virtualidad o capacidad de hacer desaparecer la antijuridicidad de la conducta, es decir, la afectación del bien jurídico.

En efecto, dice literalmente la sentencia de instancia lo siguiente al examinar la conducta de los acusados: *“...la acción ejercitada fue guiada por la finalidad dentro del concepto de acción final, de que no se pudiera entorpecer el proceso que estaba en marcha para lograr el cese de la actividad de ETA. Por lo tanto desde el aspecto de la antijuridicidad, elemento del delito que debe darse necesariamente para que exista, junto con una acción culpable y típica, (elemento éste de la tipicidad que doctrinalmente hemos de resaltar que hay quien no lo considera independiente de la antijuridicidad penal), para que exista una conducta antijurídica ésta debe darse, no sólo desde un plano formal (contradicción entre la acción y el ordenamiento jurídico), sino desde el plano o aspecto material, que se residencia en la ofensa al bien jurídico que la norma penal quiere proteger, o como también se dice, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, de forma tal que para que exista jurídicamente este elemento del delito (antijuridicidad), una contradicción puramente formal entre acción y norma no puede ser calificada como delito, como no puede ser calificado como delito la acción que lesiona un bien que no está jurídicamente protegido; de aquí que como doctrinalmente también se ha puesto de relieve, la esencia de la antijuridicidad es la lesión del bien jurídico que la norma protege, y que conforme a la ciencia penal moderna sirve de guía en la labor de subsunción del precepto legal aplicable al caso concreto (conducta enjuiciada). Es decir tiene una función de guía de interpretación, para interpretar los tipos penales en atención a los fines y perspectivas valorativas que los inspiran. Por*

último decir, que también tiene una función de guía en el criterio de medición de la pena”.

Y dos párrafos más adelante añade: “...si el bien jurídico ofrece la clave de la interpretación del tipo penal (interpretación teleológica), y si en los delitos de terrorismo el bien jurídico que se quiere proteger es la convivencia pacífica entre los ciudadanos, o dicho de otro modo el alcanzar la paz social, así como preservar el orden constitucional, alterados por la irrupción violenta de un determinado grupo armado, que por la fuerza o violencia, intenta imponer su voluntad; si la acción realizada por los acusados tendente a favorecer el proceso dirigido a hacer cesar la actividad de una organización armada (ETA), no podemos considerar que lesionó o puso en peligro el bien jurídico protegido”.

Al analizar estos razonamientos de la Audiencia, lo primero que se observa es que la sentencia impugnada entremezcla y confunde los planos correspondientes al elemento objetivo y subjetivo del tipo penal, por cuanto el Tribunal sentenciador hace desaparecer todas las cuestiones que plantea la constatación en el caso concreto del elemento objetivo del tipo operando simplemente con el elemento del fin último que guiaba la conducta de los acusados.

Ni examina la tipicidad objetiva de la conducta, ni tampoco el elemento de la antijuridicidad indiciaria que le es inherente. Ambas quedan excluidas por el proyecto con que a medio plazo actuaban los acusados: el fin de acabar con ETA.

Esa volatilización de la conducta objetiva subsumible en el tipo penal que realiza la Audiencia resulta inasumible. En primer lugar, porque el elemento objetivo del delito sigue existiendo, dado que es incuestionable que la operación de detención de los integrantes de la red de extorsión no se llevó a cabo, cuando

menos en esas fechas. Y en segundo lugar, porque la organización acabó beneficiándose del dinero procedente de la extorsión, dado que no consta que se haya finalmente intervenido.

Por lo cual, ni se diluyó la tipicidad objetiva ni tampoco quedó excluida la antijuridicidad, puesto que los bienes jurídicos que tutela el art. 576 del C. Penal prosiguieron sufriendo el menoscabo derivado de la conducta delictiva atribuida a los dos acusados, aunque sea en forma de mero peligro.

El argumento nuclear que se expone en la sentencia recurrida, cuando dice la Sala de instancia que el fin de acabar con ETA como objetivo de futuro a medio o a largo plazo generaba de inmediato tal beneficio para el bien jurídico que suprimía realmente la antijuridicidad de una conducta que está castigada con una pena que comprende de cinco a diez años de prisión, no resiste un análisis mínimamente riguroso.

Frente a ello ha de redargüirse que el tipo objetivo del delito de colaboración concurre —siguiendo la discutible terminología que utiliza el Tribunal de instancia— tanto desde la perspectiva antijuridicidad formal como desde la material, toda vez que no solo se ha contradicho formalmente el texto de la norma penal, sino que ha resultado menoscabado el bien jurídico que tutela el precepto. Sin que, desde luego, la nocividad derivada de la conducta de los acusados quedara descartada por el hecho de que actuaran con el fin último de acabar solventando de forma definitiva el problema de ETA a medio o a largo plazo.

SEGUNDO. Establecido lo anterior, y constatada la concurrencia del elemento objetivo del tipo penal, es ahora el momento de entrar a examinar el **elemento subjetivo**.

A este respecto, el Tribunal de instancia subraya tanto en los hechos declarados probados como en la fundamentación de la sentencia algunas frases que constituyen la clave argumental para excluir que exista el elemento subjetivo del art. 576 del C. Penal, exclusión que le lleva también, como se vio en el fundamento anterior, a eliminar el elemento objetivo.

Y así, en el “factum” de la sentencia se dice lo siguiente: *“El entonces Jefe Superior de Policía del País Vasco, el acusado Enrique Pamiés Medina, mayor de edad y sin antecedentes penales, tuvo conocimiento en la tarde anterior (3 mayo), del dispositivo que se iba a poner en marcha para detener a Joseba Elosúa y Cau Aldanur entre otros, entre los que se encontraban además, Sagarzazu y Gorka Aguirre, y con el designio de no entorpecer la situación política abierta de diálogo, para acabar con la actividad de ETA, a estos efectos, desarrolló una actuación tendente a tal fin, buscando una persona que no perteneciera a la plantilla del C.N.P. de San Sebastián para ponerle en contacto con Elosúa Urbietta, para poder lograr que no pudiera ser reconocida por los integrantes de ésta, o de la Sección de Economía de la Unidad Central de Inteligencia, y todo ello con el propósito de que entrara en el bar Faisán esa mañana del 4 de mayo de 2006, y, por su mediación le permitiera avisar a Elosúa Urbietta de que CAU Aldanur no acudiera a España, para evitar la detención de ambos”* (las palabras en negrita que figuran en este voto particular no constan en los textos originales).

A tenor del párrafo que se acaba de transcribir, es fácil constatar que los acusados actuaron con dolo en lo que se refiere al delito de colaboración con organización terrorista. Pues ejecutaron su conducta en todo momento con el conocimiento y la voluntad de proporcionar una información a las personas vinculadas con la red extorsionadora, información que generaba necesariamente las consecuencias que se determinan en el tipo penal para los actos de colaboración en orden a deteriorar o perjudicar el bien jurídico, para lo cual, tal

como ya se subrayó, basta con el mero peligro abstracto que señala la jurisprudencia.

En efecto, una vez que se ha constatado en el fundamento anterior que concurrieron los elementos objetivos del tipo penal del art. 576, es suficiente para que concurra el dolo propio del delito con que los dos acusados conocieran que estaban ejecutando la conducta tipificada y que quisieran ejecutarla. Y en el caso no se presentan dudas de que los acusados eran conscientes de la conducta que realizaban ni de que querían ejecutarla, asumiendo las consecuencias de la misma.

Frente a ello no puede replicarse que no querían realmente colaborar con ETA, ya que una vez que le proporcionaban la información la estaban ayudando a ocultar a las personas integrantes de la red extorsionadora y también a incrementar el patrimonio de la organización terrorista con nueve millones de pesetas (54.091,09 euros).

Se está, pues, ante un supuesto prototípico de dolo de consecuencias necesarias, habida cuenta que por mucho que no se quiera a largo plazo favorecer a ETA, a corto plazo sí se colabora con ella y se facilita su actividad criminal, pues los acusados son sabedores de que al proporcionarles la información se produce “necesariamente” el peligro propio del delito y por lo tanto lo están asumiendo. No se trata, pues, de una modalidad de mero dolo eventual, para el que es suficiente con que el peligro que genera la conducta sea solo probable que se produzca, sino que en este caso la conducta anida un dolo de consecuencias necesarias al generarse unos efectos de peligro no solo probables sino ineluctables e insoslayables, una vez que se ejecuta la acción.

Ello consta palmariamente en los hechos probados, donde se afirma de forma diáfana que el acusado Enrique Pamiés envió al otro funcionario policial acusado al bar Faisán para contactar con Elosúa Urbieta “*con el propósito*” de

que entrara en el bar Faisán esa mañana del 4 de mayo de 2006, y, por su mediación, le permitiera avisar a Elosúa Urbieto de que CAU Aldanur no acudiera a España, para evitar la detención de ambos”.

Eso es lo que dice el “factum” de la sentencia recurrida, debiendo recordarse que la expresión “con el propósito” es uno de los giros lingüísticos prototípicos del dolo directo, con lo cual ha de admitirse que Enrique Pamiés envió a José María Ballesteros con el propósito de avisar a Elosúa Urbieto “para evitar” (otra expresión de signo finalista y por tanto inherente al dolo) la detención de ambos. Y es que la sentencia de instancia en ningún momento niega que exista en la conducta de los acusados el conocimiento y la voluntad de lo que están realizando, sino que lo que viene a afirmar realmente, a pesar de la opacidad y equivocidad de su redacción, es que tales elementos subjetivos resultan desactivados en su componente incriminatorio por el hecho psíquico de que el fin último de los dos acusados fuera acabar con ETA.

Una vez razonado que la conducta de los acusados cumplimentaba el tipo objetivo y subjetivo del delito de colaboración con organización terrorista, resta por examinar la frase relativa al fin último con que actuaron los dos funcionarios policiales acusados, que es la que ha determinado que el Tribunal de instancia distorsionara y alterara la estructuración de los elementos del tipo penal.

TERCERO. 1. La frase que ha generado el conflicto es aquella en que el Tribunal afirma que los acusados actuaron “*con el designio de no entorpecer la situación política abierta de diálogo, para acabar con la actividad de ETA, a estos efectos, desarrolló una actuación tendente a tal fin*”.

Las acusaciones populares, tal como se reseña en la sentencia mayoritaria, ponen el acento, con abundante cita jurisprudencial, en que el móvil que guía la conducta es indiferente a la hora de apreciar el delito del art. 576 del

C. Penal. Y entre ellas recoge la sentencia de la mayoría la 540/2010, de 8 de junio, y 659/2012, de 26 de julio.

En esta última, se establece que el delito de colaboración con organización terrorista quiere impedir que la actividad terrorista sea facilitada por terceros ajenos a la organización. Se castiga tanto el favorecimiento de alguna de sus actividades delictivas como el del propio funcionamiento de la organización. Ni siquiera se exige que la aportación prestada sea efectivamente aprovechada. Basta con que la ayuda —en su caso provisión de fondos— se ponga a disposición de la organización, aunque esta no llegue a emplearla.

En cuanto al tipo subjetivo —prosigue diciendo la sentencia 659/2012— ha señalado este Tribunal que "basta (...) la conciencia de que el acto o la conducta de que se trate sirva o favorezca a la banda u organización terrorista, y la voluntad de llevarla a cabo, sin necesidad de ningún otro requisito" (STS 797/2005, de 21 de junio). Cabe incluso la ignorancia intencionada o deliberada: pueden ser punibles las contribuciones económicas en determinados contextos cuando el cooperante sabe o se representa y prefiere no saber (ignorancia deliberada) que su destino será mantener a la organización terrorista.

No es necesaria —termina diciendo— afinidad ideológica. Colaborar con una organización terrorista por móviles de lucro (venta de armamento); o de afecto a determinados integrantes; o incluso una relación amorosa (STS 800/2006, de 13 de julio) o cualquier otra motivación, no excluye el delito del art. 576. El dolo exige exclusivamente conocer y querer una acción que supone una colaboración con la organización terrorista (STS 800/2006, de 13 de julio) aunque no se compartan ni sus fines, ni sus métodos, ni sus componentes ideológicos. Ni siquiera la presencia de móviles no egoístas o de compasión o de unas mal entendidas finalidades supuestamente altruistas permiten escapar del ámbito del art. 576. Como dice la STS 797/2005, de 21 de junio, "*no es preciso*

ningún elemento subjetivo del injusto más allá de los propios de toda conducta dolosa: conocimiento y voluntad".

Pues bien, frente a la cita de la sentencia 659/2012 por parte de las acusaciones, argumenta la Audiencia en la sentencia recurrida lo siguiente:

*“Respecto a la jurisprudencia del T.S. en orden a la interpretación del tipo penal recogido en el art. 576 del C.P., vamos a hacer referencia a la S. de 26/07/2012 que consideramos que recoge, analizando los criterios de otras sentencias anteriores, los elementos o móviles que pueden existir para poder darse este delito. Así no es necesaria una afinidad ideológica, ni que se compartan los fines, medios, o se trate de finalidades altruistas, o existan móviles de compasión. Frente a esta interpretación tan amplia, **consideramos que en el presente caso no es aplicable esta jurisprudencia**, pues para su aplicación, la acción ejercitada voluntariamente, no en el sentido de voluntad genérica de acción, sino precisamente de voluntad de realizar la conducta típica, hace referencia exclusivamente, a ir dirigida a favorecer la actividad de la banda terrorista (dolo intencional), cualquiera que sea el móvil, sin embargo como ya se ha puesto de relieve al principio, **la finalidad de la acción ejercitada voluntariamente como elemento del dolo, por los acusados fue totalmente muy distinta al favorecimiento de la actividad de ETA** y por tanto a realizar la conducta típica prevista en el art. 576 del Código Penal”.*

2. Como puede apreciarse, la Sala de instancia opera con un argumento de no fácil intelección, si bien parece querer decir que para que se aplique el tipo penal debe concurrir un dolo intencional dirigido a favorecer la actividad de la organización terrorista, y aquí los acusados actuarían, en cambio, con una intención muy distinta al favorecimiento de la actividad de ETA.

El argumento, al margen de su notable grado de confusión y turbiedad en la exposición, **es claro que no puede compartirse**, a tenor de lo que se ha

venido argumentando hasta ahora. Y es que la Audiencia lo que hace realmente, tras apartarse de los criterios jurisprudenciales de esta Sala sobre el tema del dolo y del móvil (fin último), es incidir en que la intención de acabar con ETA a medio o largo plazo excluye el dolo de los delitos-medio en que incurren los acusados para alcanzar el fin último. De modo que su intención final legitimaría la ejecución de los delitos mediales al cumplimentar estos el efecto a corto plazo de obtener una situación de diálogo con ETA que facilitara o posibilitara el objetivo final de acabar con la organización terrorista, objetivo que vendría así a operar como bálsamo legitimador de los delitos que se fueran perpetrando en el camino que conduce a la meta final.

Tal argumentación, según ya se ha dicho, no puede excluir el hecho incuestionable de que en el presente caso los acusados han actuado con el conocimiento y la voluntad propias de un dolo de consecuencias necesarias, e incluso, a tenor de la redacción de la sentencia recurrida con “el propósito” propio del dolo directo en cuanto al acto de colaboración de proporcionar la información con el fin de evitar que fueran detenidos los integrantes de la red de extorsión. Dado lo cual, el razonamiento de la Audiencia solo podría operar como una eximente que excluyera la antijuridicidad de la conducta típica y antijurídica ejecutada.

Resta, pues, por examinar qué sentido se le da a ese fin último que proyectaron en su conducta, a medio o a largo plazo, los acusados, consistente en “*el designio de no entorpecer la situación política abierta de diálogo, para acabar con la actividad de ETA*”.

CUARTO. 1. La frase que se acaba de plasmar expresa dos objetivos: uno a corto plazo, consistente en no entorpecer el diálogo con la organización ETA; y el segundo, digamos que a medio o a largo plazo, que sería el fin último centrado en **acabar con la actividad de ETA**.

Este fin último es el que ha llevado a la Audiencia a descartar la condena de los acusados, ya que ese sería el fin que favorece el bien jurídico, pues el conseguir el diálogo sería un mero instrumento propiciador del fin último sin una relevancia directa en cuanto al bien jurídico.

La pregunta que hay que hacerse ahora es si el fin de acabar con ETA a medio o a largo plazo podría operar de forma que llegara a excluir la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta que se ha dado en el caso concreto (art. 576 del C. Penal), consecuencia que es la que *de facto* viene a acoger la sentencia debatida, aunque sin una explicación jurídica que lo justifique.

Pues bien, para empezar, es claro que la situación eventual o hipotética de poder conseguir acabar definitivamente con ETA en un lapso mayor o menor de tiempo no es una situación beneficiosa que legitime la comisión de delitos graves como medio de llegar a una hipotética solución del problema terrorista. Pues un análisis *ex ante* de la perspectiva objetiva de la situación no permite percibir unas circunstancias que auspicien que a corto plazo y de forma casi inmediata se disolviera la organización si se omitían las detenciones y no se mermaba el aparato extorsionador de ETA. La sentencia no deja ni siquiera entrever unas circunstancias fácticas de esa índole ni argumenta sobre ellas.

Siendo, pues, claro que no se daba una situación de estado de necesidad que legitimara la conducta de los acusados, debe sopesarse la posibilidad de que nos halláramos ante una situación propia de la eximente de cumplimiento del deber (art. 20.7º C. Penal). Esto es, que los funcionarios policiales, atendiendo a la Declaración del Parlamento Español que se especifica en los hechos probados sobre una posible apertura de un diálogo con la organización terrorista si se dieran ciertas condiciones, y atendiendo también al pronunciamiento que en la misma línea hizo el Parlamento Europeo, entendieran que había que adoptar una especie de pasividad ante las actuaciones de la organización terrorista o incluso,

como sucedió en este caso, que procedía frustrar importantes actuaciones judiciales y policiales con el fin de generar una situación idónea de diálogo.

Sin embargo, es claro que no se percibe aquí una base fáctica objetiva que pudiera legitimar una conducta activa que posibilitara reforzar a ETA a corto plazo. De modo que, a pesar de que la Audiencia hace especial hincapié en su sentencia en esas declaraciones políticas para confeccionar una especie de contexto explicativo y justificador de la conducta policial, lo cierto es que en modo alguno se daba una situación que pudiera legitimar su conducta delictiva con el fin de generar un clima de diálogo con la organización terrorista.

Por consiguiente, no pueden acogerse los argumentos que se vierten en la sentencia recurrida orientados a justificar la conducta de los acusados por realizarse en un contexto o en un clima político que vendría a legitimar ese fin último omniabarcante como elemento excluyente de la antijuridicidad de conductas obviamente típicas. Argumentos que afloran sobre todo cuando la Audiencia describe el diálogo entre el acusado Enrique Paniés y Joseba Elosúa, con referencias a que había gente que quería que se rompiera el diálogo relacionado con un posible proceso de paz. O cuando se dice en la sentencia que los acusados actuaron con el designio de no entorpecer la situación política abierta al diálogo. O cuando, en fin, se hace alusión en la fundamentación jurídica a la declaración del funcionario de policía n° 16.586, quien manifestó que la operación se frustró por una cuestión política.

Frente a ello conviene dejar claro que la conducta de los acusados se practicó en el curso de un proceso penal abierto por un Juez de Instrucción de la Audiencia Nacional, en el que se habían además adoptado algunas medidas de limitación de derechos fundamentales con el fin de obtener datos incriminatorios contra los sospechosos. Y que la operación que se frustró estaba por tanto acordada y supervisada por la autoridad judicial en el marco jurídico propio y específico de un proceso penal y con una base indiciaria incriminatoria sólida.

Pues bien, que en un contexto de esa índole con un grado máximo de judicialización se afirme que se estaba practicando una operación de naturaleza política que legitimaba que fueran dos funcionarios policiales los que dijeran lo que procedía hacer desde una perspectiva político-policial a medio o a largo plazo, se sale de todos los esquemas propios de un Estado de derecho. Y ello porque cuando se están practicando y tramitando actuaciones judiciales dentro de un proceso penal cubiertas por el principio de legalidad se está actuando claramente en un espacio jurídico muy diferente al de un mero contexto o ámbito político. Pues una cosa es una actuación dirigida a ejecutar las líneas de la política policial que se marquen en el ámbito propio de la estrategia policial contra ETA, y otra muy distinta una actuación de los funcionarios como policía judicial en el marco propio de un proceso penal ya abierto y en fase de investigación avanzada.

Por lo tanto, es claro que no se puede aceptar el criterio de la Sala de instancia cuando viene a decirnos que una actuación de esa índole no es típica ni es antijurídica porque, a fin de cuentas, los dos acusados estaban desarrollando su proyecto personal de política policial a medio plazo en el ámbito de la persecución de los delitos de terrorismo con el fin de acabar con ETA.

Una tesis como la que se acaba de exponer, que es la que se viene a sostener *de facto* en algunos razonamientos jurídicos de la sentencia recurrida y que late además en todo el texto de la sentencia, resulta incompatible con el Estado de derecho y, por supuesto, con las normas sustantivas y procesales penales que en él han de aplicarse. Y es que si una acción como la enjuiciada no es ni típica ni antijurídica habrá que mantener el mismo criterio cuando cualquier otro funcionario policial, de mayor o menor rango, realice conductas que favorezcan los intereses personales y económicos de la organización terrorista, aplicándoles igual baremo de atipicidad o de juridicidad debido a que están proyectando a medio plazo cuál es la solución más idónea para acabar de

forma definitiva con ETA, aunque ello suponga paralizar y frustrar unas actuaciones judiciales practicadas con arreglo al principio de legalidad sustantivo y procesal recogido en las normas constitucionales y ordinarias.

En consecuencia, debe considerarse que la conducta enjuiciada es típica y antijurídica, sin que se den además los elementos objetivos necesarios para entender que concurre una eximente completa del cumplimiento del deber policial. Pues, una vez abierto un proceso penal y habiéndose dictado ya —merced a los indicios delictivos obtenidos contra los presuntos autores— resoluciones judiciales dirigidas a la detención de algunos de ellos y a ocupar el objeto del delito, no cabe en modo alguno bloquear o frustrar la actuación judicial con una conducta que figura tipificada en el C. Penal.

2. Antes de concluir este apartado, conviene hacer un breve excursus sobre alguno de los argumentos que expone el **Ministerio Fiscal** en su escrito de alegaciones al recurso de las acusaciones populares. Concretamente, en el folio 9 afirma la acusación pública que “la cuestión es solo de conducta, no de móvil”. Y a continuación señala que *“objetivamente los acusados llevaban a cabo una conducta que no favorecía a ETA, que favorecía un proceso de negociación para acabar con ETA. Pero, sobre todo, en su dolo no existía conciencia de ayuda, al contrario, su conducta estaba destinada a ‘acabar con la actividad de ETA’, se realizaba a estos efectos”*.

La falta de razón del argumento, ya explicitada por los apartados anteriores de este voto particular, queda reafirmada cuando en el folio 11 del escrito de alegaciones vuelve a tratar el Ministerio Fiscal la misma cuestión y dice entonces: *“la acción es objetivamente de ayuda y quien la realiza sabe que con ello se ayuda a la banda. Ahora bien, no comete el delito de colaboración quien efectúa una conducta que se despliega precisamente para acabar con la banda”*.

Por lo tanto, volviéndose atrás de lo dicho anteriormente, acaba el Ministerio Público admitiendo que concurre el elemento objetivo y el subjetivo del delito de colaboración (objetivamente ayudan a la banda y subjetivamente saben que la ayudan). Y termina intentando salir de su ostensible contradicción acudiendo a algo que solo cabe calificar como fin último o móvil: acabar —ha de entenderse que a medio plazo y no de un día para otro— con la organización terrorista.

Por lo demás, las citas que hace la acusación pública sobre la sentencia 659/2012, que tampoco favorecen desde luego una decisión exculpatoria, se refieren a un supuesto de pago del llamado “impuesto revolucionario”, que como es sabido es abonado bajo conminaciones o amenazas expresas o encubiertas, situación ajena a la conducta que ahora se juzga, pues esta aparece guiada por una estrategia policial a medio plazo que nada tiene que ver ni con una situación de estado de necesidad ni tampoco con otra de miedo insuperable.

Sin embargo, el argumento quizá más significativo y sugerente del escrito del Ministerio Fiscal es el que formula, a modo más bien de mero inciso explicativo y operando con ejemplos, cuando afirma que *“la aportación de dinero seriado a ETA como medio para descubrir su circuito económico, aunque ese dinero pueda inicialmente servir a fines de la banda, no cabe sostener que constituya un acto objetivo de ayuda. Tampoco cabe duda de que deja de ser una conducta de colaboración la de dar cobijo a un miembro de la banda si con ello lo que se pretende es obtener su confianza para tratar de sonsacarle información que se estima más valiosa que la que podría obtenerse con la detención. Es una conducta de acogimiento pero que realmente no ayuda a la banda”*.

Esta alegación nos sitúa en el terreno de aquellas investigaciones policiales en el curso de las cuales se ejecutan conductas que favorecen a corto plazo los intereses de la organización terrorista y que pueden suponer de hecho

una colaboración con ETA, pero que se realizan con el fin de obtener, también a corto plazo, unos objetivos policiales que merman a la organización.

Pues bien, esas actuaciones policiales, que también pueden incurrir en actos típicos punibles, están previstas de forma expresa en la ley debido precisamente a que no cabe ejecutar conductas delictivas mediales con fines de investigación sin que sean autorizadas por un juez que las autorice.

Y así, el art. 282 bis de la LECr. dispone que *“A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.*

También dice el referido precepto que *“La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente”* (apartado uno).

Y *“Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la*

Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables” (apartado dos).

Y en el apartado cinco del referido precepto, precisamente para legitimar las conductas ilícitas en que haya podido incurrir el funcionario policial, se prevé una modalidad de circunstancia eximente de la responsabilidad, al establecerse que *“El agente encubierto estará **exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”***.

Así pues, los supuestos a que se refiere el Ministerio Público precisan de una autorización judicial que en el presente caso ni se ha obtenido ni constan en los hechos datos que permitieran concederla; sino todo lo contrario: el Magistrado que dirigía la investigación había acordado una actuación policial que se contradecía de pleno con la conducta ejecutada por los acusados.

QUINTO. Una vez descartada la existencia de una situación fáctica objetiva que permita apreciar la eximente del cumplimiento del deber policial en el ejercicio del cargo (art. 20.7º C. Penal), las dudas que restan por dirimir hacen relación a la posibilidad de que los acusados, dadas las condiciones que concurrían en el caso, actuaran convencidos de que su conducta estaba legitimada porque favorecía más que perjudicaba los bienes jurídicos que tutela la norma penal.

Ello nos sitúa en el ámbito del **error de prohibición indirecto**, derivado de la aplicación de una eximente putativa del cumplimiento del deber en el ejercicio del cargo, error centrado en este caso en la forma más adecuada en que podían cumplir su deber ambos acusados. Circunstancia que sería la única que explicaría, desde una perspectiva jurídica, la decisión adoptada por la Sala de instancia después de escuchar las versiones de los acusados y de practicar las

demás pruebas personales y de otra índole. El error de prohibición ubicaría la cuestión jurídica en el marco propio de la culpabilidad y no en el de la tipicidad o en el de la antijuridicidad, ubicación esta última que ha de quedar sin duda excluida, a tenor de lo que se ha reiterado en el curso de los razonamientos precedentes.

De modo que los acusados, a tenor del criterio probatorio aplicado por el Tribunal de instancia, habrían valorado que el deber que tenían que cumplimentar como funcionarios policiales era el de mantener a toda costa las condiciones idóneas para el diálogo con la organización terrorista con el fin de acabar con la actividad de ETA, deber que anteponían a la tramitación de unas actuaciones policiales urgentes ordenadas por un Juez de instrucción en el ámbito de un proceso penal por un delito grave. Esta ponderación de deberes, en contra de lo que viene a considerar la Audiencia, ha de estimarse sin duda errónea, tal como se ha venido argumentando.

Ahora bien, una vez admitido el criterio probatorio de la sentencia de instancia sobre la convicción con que actuaron los acusados, lo cierto e incuestionable es que el error en que incurrieron sobre cuál era el deber a cumplimentar en el caso concreto nunca podría considerarse invencible, sino vencible, a la vista de las diferentes posibilidades que tenían para salir de su convicción.

De otra parte, es claro que la misma eximente putativa habría de aplicarse al delito de revelación de información oficial con grave daño para la causa pública (art. 417 del C. Penal), puesto que se trata de un delito-medio para cometer el delito de colaboración con organización terrorista. Es más, lo que se constata en el caso es que concurre una sola conducta subsumible en dos tipos penales: el de revelación de información oficial por funcionario público y el de colaboración con organización terrorista. Ello determina la existencia de un concurso ideal de delitos al resultar afectados dos bienes jurídicos diferentes (art.

77 del C. Penal): el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas, de una parte, y la paz pública y el orden constitucional, de otra.

Sobre este punto concreto de la extensión del error de prohibición al delito de revelación de información oficial discrepo, pues, de la sentencia recurrida y también de la mayoritaria de esta Sala, que ha mantenido en este extremo el criterio de la Audiencia, al avalar la condena por el delito del art. 417 del C. Penal sin aplicar ninguna limitación de la culpabilidad.

La decisión de la Audiencia Nacional de condenar por el delito de revelación de información obtenida en el ejercicio del cargo y absolver por el delito de colaboración con organización terrorista resulta incoherente. Y ello porque si se absuelve por el delito de colaboración con organización terrorista con el argumento de que los funcionarios actuaron con el fin último de acabar con el terrorismo de ETA, parece obvio que, teniendo exactamente el mismo fin el delito instrumental de que se valieron para la comisión del delito de colaboración, tenía que haberse aplicado el mismo criterio de exención para ambos tipos penales. Si el delito de colaboración con organización terrorista deja de ser típico y antijurídico debido al encubramiento del fin último hasta catalogarlo *de facto* como circunstancia eximente de responsabilidad, con la misma razón tendría que actuarse en buena lógica con respecto al delito que opera como medio imprescindible del de colaboración, dado que tenía el mismo objetivo y materializaba además en la práctica la posibilidad de cumplirlo.

A este respecto, resulta contradictorio afirmar que en el delito del art. 417 del C. Penal los acusados tenían la voluntad y la intención de proporcionar a los extorsionadores de ETA la información oficial, y en cambio no tenían la voluntad y la intención de auxiliar *de facto* a la organización. Pues lo cierto es que una cosa conlleva necesariamente la otra.

Realmente lo que subyace a toda la argumentación de la sentencia recurrida al tratar el elemento del dolo es una confusión entre la voluntariedad e intención de una conducta, de un lado, y el concepto de deseo, por otro. Pues, tras admitir que los acusados proporcionaron la información oficial con el propósito y por lo tanto la voluntad de evitar las detenciones, y sabiendo que ello necesariamente reforzaba y ayudaba a la organización terrorista, se pretende argumentar que no concurría el dolo del art. 576 del C. Penal debido a que querían acabar con ETA a medio plazo. Podría, pues, afirmarse que el deseo de los acusados no era reforzar o potenciar la eficacia de la organización terrorista; pero el deseo, que ha de entenderse como anhelar con intensidad alguna cosa o acontecimiento, no es un requisito necesario para que concurra el dolo.

Por consiguiente, el hecho de que los acusados no anhelaran con intensidad favorecer ni reforzar o potenciar a ETA con su conducta no quiere decir que no actuaran con dolo cuando sabían que necesariamente conseguían con su acción ese objetivo de forma inmediata. Y desde luego el Tribunal de instancia incurre en incoherencia cuando no aplica ese concepto equivocado del dolo también al delito del art. 417 del C. Penal, pues resulta palmario que los acusados tampoco anhelaban de forma intensa y vehemente (esto es, no “deseaban”) proporcionarle información alguna a ETA.

En virtud de lo que antecede, considero que, a la vista de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, debió condenarse a los acusados por ambos delitos, si bien, respetando la convicción probatoria de la Sala de instancia, ha de apreciarse una circunstancia eximente putativa de cumplimiento del deber, circunstancia que nos introduce en el ámbito del error de prohibición indirecto vencible, lo que determina la reducción de las penas aplicables en uno o dos grados en ambos delitos (art. 14.3 C. Penal). De modo que, reduciendo la pena en dos grados, al delito del art. 576 le correspondería una horquilla punitiva que abarcaría de un año y tres meses a dos años y seis meses de prisión, y para el

delito del art. 417 del C. Penal la pena estaría comprendida entre tres y seis meses de prisión.

SEXTO. Por último, procede examinar la cuestión relativa a las sentencias absolutorias, extremo en el que también disiento del criterio de la mayoría de la Sala.

En la sentencia mayoritaria se expone la doctrina general sobre las posibilidades jurídicas de dejar sin efecto en una instancia funcionalmente superior las sentencias absolutorias debido a la vulneración que podría producirse de los principios de inmediación, contradicción y de defensa, recogiendo la jurisprudencia del TEDH, del Tribunal Constitucional y también la de esta Sala.

Nada tengo que oponer al resumen que hace la mayoría sobre las líneas generales de esa doctrina ni tampoco a la jurisprudencia que se cita. Sin embargo, sí discrepo de la aplicación que se hace de ella en el presente caso.

En efecto, en la sentencia mayoritaria se afirma que, a tenor de las pruebas personales practicadas en la instancia, la Sala *a quo* ha estimado que los acusados realizaron su acción con el conocimiento de que con ella se favorecía un proceso que acabaría con ETA y queriendo acabar así con la actividad de la banda. Dicho de otro modo, según la Audiencia, no realizaban su acción con dolo o intención de ayudar a la organización terrorista, sino con la contraria de acabar con ella, pues “pensaban que era la manera de acabar con las actividades de la banda”. Esta inferencia, dice la mayoría, no es posible sustituirla en sede casacional sin infringir con ello el principio de inmediación en la valoración de las pruebas personales.

Pues bien, el que suscribe este voto particular también asume los argumentos que se acaban de señalar por la mayoría del Tribunal en lo que se

refiere a la inferencia del fin último con que actuaban los dos acusados, cumplimentando así la jurisprudencia sobre los límites de la revisión de las sentencias absolutorias. Lo que no se comparte, en cambio, son las consecuencias que se pretenden extraer de la misma. Y es que, tal como se ha venido exponiendo en los fundamentos precedentes, los hechos declarados probados en la sentencia recurrida han de permanecer incólumes, y así lo han entendido también las acusaciones populares en sus escritos de recurso. Por lo cual, no cabe afirmar que en caso de calificar los hechos de otra forma se esté vulnerando la doctrina jurisprudencial sobre las sentencias absolutorias. Ello no es así desde el momento en que los hechos no se modifican.

El problema se centra entonces en la subsunción de esos hechos, y más en concreto en qué ubicación jurídica se la asigna a la conflictiva frase: *“el designio de no entorpecer la situación política abierta de diálogo, para acabar con la actividad de ETA”*. Y ya se ha explicado de forma repetida en el texto de este voto particular que esa frase no está negando en modo alguno los elementos del dolo de la colaboración con organización terrorista, ateniéndonos para ello a la doctrina jurisprudencial que de forma reiterada ha sostenido esta Sala sobre el elemento del dolo en cualquier clase de delito y también en el tipo del art. 576 del C. Penal.

Por consiguiente, la clave del problema suscitado no está en modificar los hechos, sino en analizar si, resultando evidente que de los hechos que se describen en la sentencia recurrida resulta palmario que los acusados realizaron la conducta de colaboración con conocimiento y voluntad de lo que hacían e incluso de su trascendencia, el fin último con que actuaban de mantener un clima de diálogo con la organización y acabar así con ETA puede tener el efecto de suprimir la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta en que incurrieron los acusados. Y ese interrogante es de carácter jurídico y no fáctico.

Es de carácter jurídico porque del texto del conjunto de la sentencia solo puede obtenerse la conclusión de que la Audiencia define el fin de acabar con

ETA como elemento excluyente de la aplicación del art. 576 del C. Penal. Esta opción solo puede enmarcarse en una circunstancia que excluya la antijuridicidad que presenta la conducta de los dos acusados, circunstancia que, tal como expuse en su momento, ha de ser la del cumplimiento del deber jurídico propio de la función policial. Y como no concurre una situación objetiva que justifique que el cumplimiento del deber de acabar con ETA a medio plazo se anteponga al deber del cumplimiento de unas resoluciones judiciales en el curso de una investigación por un delito grave, es claro que se carece de una base fáctica para que se aplique la referida eximente.

A partir de tal premisa, solo cabe interpretar que los acusados incurrieron en un error en la compulsa de deberes, dando prioridad al deber de acabar con ETA a medio plazo sobre el deber del cumplimiento de las resoluciones judiciales para perseguir un delito de terrorismo. Y el análisis de ese error y sus consecuencias tiene un componente claramente jurídico por dos razones.

La primera, porque el error en que incurrieron los acusados afecta no a una cuestión fáctica sino a una ponderación de deberes que tiene una específica enjundia normativa, puesto que se trata de valorar qué deber es el que ha de primar en el caso concreto. Los acusados no yerran sobre las circunstancias fácticas que constituyen la base del deber que incumplen, sino que yerran en la valoración (criterio normativo, no fáctico) que hacen sobre el deber que ha de considerarse prioritario.

Y en segundo lugar, al hallarnos ante un tema de error sobre los elementos de una circunstancia que exime de responsabilidad penal, estaríamos ante un error de prohibición no de tipo, a tenor de los criterios que prevalecen en la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 867/1997, de 1-6; 421/2001, de 15-3; 17/2003, de 15-1; 755/2003, de 28-5; 442/2006, de 18-4; 1145/2006, de 23-11; 143/2007, de 22-2; y 231/2009, de 5-3, entre otras).

Así las cosas, al tratarse de una cuestión jurídica y no fáctica, y no entrándose por tanto a modificar los hechos probados, es claro que la doctrina sobre la revisión de las sentencias absolutorias no impide en este caso entrar a examinar la calificación jurídica de los hechos y subsumirlos en los preceptos que se han venido citando en este voto particular.

Alberto Jorge Barreiro

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca a la Sentencia 439/2014, de 10 de julio.

La razón de este voto particular concurrente es hacer patente la coincidencia sustancial de quien lo suscribe con los argumentos contenidos en el voto particular discrepante emitido por el magistrado Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro en cuanto se refieren al tipo objetivo y subjetivo del delito de colaboración con organización terrorista (apartados Primero.2 a Cuarto.1).

Coincido también, sin embargo, con la decisión de la mayoría en cuanto a la imposibilidad de modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos y dictar ahora una sentencia condenatoria contra los acusados como autores de un delito de colaboración con organización terrorista.

1. Creo que para que eso fuera posible sería preciso añadir a los hechos una redacción similar a la siguiente: “aunque los acusados creían que, a medio o largo plazo, la mejor manera de acabar con la organización terrorista ETA era la vía de la negociación aceptada por el acuerdo del Congreso de los Diputados antes aludido, no obstante sabían que con su acción contribuían de modo directo

e inmediato a las actividades de extorsión que aquella llevaba a cabo, en tanto que evitaban la detención de algunas personas sospechosas de pertenecer a dicho aparato y les permitían continuar en posesión del dinero obtenido con su actividad delictiva, sin que los acusados dispusieran de ningún dato que les proporcionara una mínima seguridad de que los sospechosos serían detenidos y el dinero recuperado en un futuro cercano”. Lo cual, en realidad, no es negado en la sentencia, pero tampoco es afirmado de forma terminante.

La inclusión de estos aspectos no podría realizarse sin oír directamente a los acusados.

2. Como he indicado más arriba, también coincido con las consideraciones contenidas en la primera parte del voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, en cuanto a:

A. La conducta de los acusados constituye objetivamente un acto de colaboración con una organización terrorista, al permitir que los sospechosos de pertenecer al aparato de extorsión de la misma permanecieran en libertad y en posesión de parte del dinero obtenido con su actividad delictiva, sin que, como se ha dicho antes, los acusados dispusieran de ningún dato que les proporcionara una mínima seguridad de que los sospechosos serían detenidos y el dinero recuperado en un futuro cercano. Es evidente el riesgo para el bien jurídico protegido, que no puede considerarse objetivamente suprimido por el fin último con el que pudieran actuar los acusados.

B. Si la conducta integra objetivamente un acto de colaboración y el autor lo sabe (lo cual no me plantea duda alguna dadas sus evidentes consecuencias inmediatas, a pesar de lo que parece entender la Audiencia, y que ahora no podría ser modificado en sus aspectos fácticos en perjuicio de los acusados), concurren tanto los elementos del tipo objetivo como el dolo necesario en el tipo subjetivo, por lo que sería de aplicación el artículo 576 CP, sea cualquiera el móvil último de su conducta, que resulta irrelevante.

Pues, en un Estado de Derecho no puede considerarse justificado por un fin último legítimo, la acción de un funcionario policial (o de cualquier persona) que realice un acto de colaboración objetiva con una organización terrorista consistente en evitar o frustrar una actuación policial y judicial encaminada a la persecución de una concreta acción delictiva y a la detención de sus autores, conociendo su sentido de colaboración y basándose en que, en su opinión, sería mejor acudir a otros medios para lograr la desaparición de aquella.

La realización de algunos actos objetivos de colaboración solo es posible en el estricto marco que establece la ley, artículo 282 bis de la LECrim, tal como se razona en el voto particular discrepante. Lo cual no ocurre en el caso.

C. Establecida así la tipicidad y antijuricidad de la conducta, cuestión distinta, que afectaría a la culpabilidad, es la relativa a la existencia de un error, sea de tipo o de prohibición, concretado en el caso, sobre los presupuestos de una causa de justificación, que en relación a los hechos imputados sería el cumplimiento de un deber (los acusados creían erróneamente, sobre la base del acuerdo parlamentario, que contribuían mejor, cumpliendo su deber profesional, a la persecución y desaparición de ETA, con su acción que permitiendo que siguiera adelante la actuación policial y judicial prevista). La sentencia de instancia, aunque no lo dice expresamente, cuando se refiere a los aspectos subjetivos parece basarse en la existencia de un error sobre esos extremos. Tal cosa, aunque resulte sumamente discutible, no puede ser ahora rectificada en perjuicio de los acusados sin proceder a una audiencia a los mismos.

3. En cualquier caso, se valore como un error de tipo o como un error de prohibición, y se sostenga que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es un error de prohibición o que en realidad se trata de un error sobre los elementos negativos del tipo o sobre el tipo global, la condena no sería posible por las razones expuestas en el fundamento jurídico 14 de la sentencia mayoritaria, que, como antes he dicho, comparto.

No siendo posible la condena por el artículo 576 del CP, tampoco es necesario examinar ahora la relación entre este delito y el delito por el que han sido condenados.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

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