

U.E. 98/2010.  
Benet Salillas

Nº: 10256/2010P

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

Fallo: 15/12/2010

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

NOVEDAS: 8. FEBR. 2011.

Supremo 22. FEB. 2011.

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 1140/2010

ADOLFO MORALES HERNANDEZ-SANJUAN  
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES  
COLEGIADO 1288  
Teléfono: 91 431 05 82 - 91 431 00 54  
Fax: 91 576 12 49  
C/Alfonso Cuervo, 76. S.S. - C. 28001 MADRID

Excmos. Sres.:

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

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
10 ENE 2011	11 ENE 2011
Artículo 151.2	L.E.C. 1/2000

En nombre del Rey

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

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Diciembre de dos mil diez.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por **EL MINISTERIO FISCAL, MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI, ABDUL HAFEEZ AHMED, MOHAMED SHOAIB, MUHAMMAD TARIK, MEHMOOH KHALID, SHAIB IQBAL, ROSHAN JAMAL KHAN, IMRAN CHEEMA, QADEER MALIK, AQEEL UHR REHMAN ABBASI, MAROOF AHMED MIRZA,** contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito de integración en organización terrorista; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Vista, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida Asociación Catalana Víctimas de Organizaciones Terroristas, representados por la Procuradora Sra. Bermejo García, y dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Morales Hernandez San Juan y Plasencia Baltés respectivamente.

## **I. ANTECEDENTES**

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

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

*Entre finales de 2007 y principios del año 2008 un grupo de personas de origen pakistaní e indio, de religión musulmana, residentes en Barcelona, se fueron radicalizando en su ideología, hasta el punto de decidir seguir los postulados de violencia y empleo de la yihad, preconizados por el líder talibán BAITULLAH MEHSUD y entrar en contacto con los dirigente de este grupo, vinculado a Al-Qaeda, y localizado en Pakistán. La aceptación de estos planteamientos les llevó a tomar la decisión de llevar a cabo una acción violenta, empleando material explosivo contra el metro en la ciudad de Barcelona, que pudiese provocar un elevado número de víctimas.*

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

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

*El contacto entre los recién llegados y los miembros del grupo , siguiendo las instrucciones que había recibido, se llevaba a cabo en la mezquita Tariq Bin Ziyad, sita en de la calle Hospital de Barcelona, donde todos acostumbraban a reunirse. Una vez que entraban en contacto y para facilitarles la estancia en Barcelona y poder mantenerlos controlados, los alojaban con otros miembros del grupo. Así 1- AQEEL UHR REHMAN ABBASI se instaló en la calle La Cera nº 19, en el domicilio de 10- ABDUL HAFEEZ AHMED, mientras que 9- MOHAMMED SHOAI B, 7- IMRAN*

*CHEEMA y 3- MEHMOOH KHALID lo hicieron en la calle Sta Madroña, en el domicilio que compartían 5- QADEER MALIK y 2- SHAIB IQBAL.*

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

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

*Al día siguiente 17 de enero, F-1 conoció en ese domicilio 1- MEHMOOH KHALID y a 9-MOHAMMED SHOAIIB, después todos ellos fueron a la Mezquita, de la calle Hospital, donde se encontraron con las personas que habían estado el día anterior. En las conversaciones que mantienen a lo largo de ese día los miembros del grupo antes mencionados, F-1 se entera de que 1-AQEEL UHR REHMAN ABBASI debe volar al día*

siguiente a Alemania, y además es informado de que la acción que estaban planeando iría dirigida a provocar una explosión en el metro, y que él debería de ir de pareja 7- IMRAN CHEEMA, actuando como suicidas, llevando una carga explosiva en una bolsa o mochila, y que también actuaría como suicidas 9- MOHAMMED SHOAIB y 3- MEHMOOH KHALID, así como otras dos personas que no han sido identificadas.

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

Esa noche F-1 volvió a dormir a Sta Madroña 25 con los demás miembros del grupo que allí residían. Sobre las 22 horas de ese día, 5- QADEER MALIK salió de la casa con un bolsa y, en el cruce con la calle San Beltrán, la tiró a la basura. Esa bolsa contenía un cortacables, un destornillador, un cutter, nueve guantes de latex, unos guantes de goma, ocho cilindros de bengalas de cartón vacíos y cuatro piezas de plástico también pertenecientes a las bengalas, una caja de metal para perdigones vacía, un bote de perdigones vacío, dos envoltorios de pilas, tres carcasas de minutereros, ocho conectores eléctricos, trozos de cables de unos 15cm. y una tarjeta de recarga de teléfono.

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

6- MAROOF AHMED MIRZA

2- SHAIB IQBAL

4- MUHAMMAD TARIK

5- QADEER MALIK

7- IMRAN CHEEMA

8- ROSHAN JAMAL KHAN

11- MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI

F- 1

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

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

*Sobre las 23,50 horas miembros de la Guardia Civil, provistos de autorización judicial entraron en la Mezquita de la calle Maçanet, y procedieron a la detención de las siguientes personas: MUHAMMAD TARIK, 5- QADEER MALIK, 8- ROSHAN JAMAL KHAN, 11- MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI, 7- IMRAN CHEEMA, 6- MAROOF AHMED MIRZA, 2- SHAIB IQBAL y 6- MAROOF AHMED MIRZA. Además también fueron detenidas dos personas que se encontraban en la mezquita y que no han sido acusadas. En el registro se intervino la bolsa con los efectos antes mencionados.*

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

*MAULVI UMAR, portavoz del grupo liderado por BAITULLAH*

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

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

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

*Que debemos condenar y condenamos a:*

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

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

*2- SHAIB IQBAL como autor de un delito de pertenencia a grupo terrorista, como integrante, a la pena de 8 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial por tiempo de 10 años, con la accesoria de inhabilitación especial*

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

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

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

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

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

*8- ROSHAN JAMAL KHAN como autor de un delito de pertenencia a grupo*



*terrorista, como integrante, a la pena de 8 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial por tiempo de 10 años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y al pago de la parte proporcional de las costas.*

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

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

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

*Que debemos absolver y absolvemos a:*

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

*1- AQEEL UHR REHMAN ABBASI, 6- MAROOF AHMED MIRZA, 7- IMRAN CHEEMA- 8- ROSHAN JAMAL KHAN, 9- MOHAMMED SHOAI B, 10- ABDUL HAFEEZ AHMED, 11- MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI, 3- MEHMOOH KHALID, 4- MUHAMMAD TARIK del delito de tenencia de*

*explosivos, declarando de oficio la parte proporcional de las costas.*

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

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley, por EL MINISTERIO FISCAL, MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI, ABDUL HAFEEZ AHMED, MOHAMED SHOAIB, MUHAMMAD TARIK, MEHMOOH KHALID, SHAIB IQBAL, ROSHAN JAMAL KHAN, IMRAN CHEEMA, QADEER MALIK, AQEEL UHR REHMAN ABBASI, MAROOF AHMED MIRZA, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

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

RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Quinto.**- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera. Con asistencia de los letrados recurrentes D. Jacobo Teijelo Casanova en defensa de ROSHAN JAMAL KHAN, IMRAN CHEEMA, QADEER MALIK, AQEEL UHR REHMAN ABBASI, MAROOF AHMED MIRZA mantiene su recurso y solicita la absolución de sus defendidos; D. Benet Salellas Villar en defensa de MUHAMMED AYUB ELHAI BIBI, ABDUL HAFEEZ AHMED, MOHAMED SHOAIIB, MUHAMMAD TARIK, MEHMOOH KHALID informa sobre los motivos solicitando la absolución de sus defendidos; El Ministerio Fiscal representado por la Sra. Garrido Lorenzo informa para mantener su recurso. Siendo parte recurrida D. José M<sup>a</sup> Fuster, en representación de la Asociación Catalana de Víctimas de Organizaciones Terroristas. La Acusación apoya el motivo del Ministerio Fiscal e informa sobre ello.

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

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL**

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

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

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

El Código Penal, arts. 17 y 18, define lo que la doctrina denomina resoluciones manifestadas que tienen en común con los actos preparatorios, el no ser comienzo de ejecución, por cuanto no afectan al núcleo del tipo, suponiendo que, superada la fase inicial de ideación, deliberación y

resolución, el sujeto realiza un acto de voluntad, o más bien un acto de manifestación de voluntad, cuya naturaleza inmaterial las diferencia de los materiales actos preparatorios.

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

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

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

Por su parte, la STS. 18.6.2002, describiéndose en los hechos probados que el acusado estuvo en contacto con antelación con otro coacusado, para adquirir de éste una cantidad de droga no concertada, pero de cierta importancia, realizando incluso un viaje para comprobar la existencia de la droga, cantidad y precio, compra que no se llevó a cabo debido a la intervención policial, con lo que esa intención de compra (en definitiva, tráfico) no llegó ni siquiera a iniciarse, afirma:

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

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

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

4º. Se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse de "condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia" cual son, no sólo el carácter

previo o "pactum scaeleris" entre esas formas sino también la decisión de su efectividad o "resolutio finis".

Asimismo la STS. 556/2006 de 31.5, se recuerda que "es doctrina constante que los conspiradores han de desarrollar una actividad precisa y concreta, que se manifieste en una realidad material y tangible, y que ponga de relieve la voluntad conjunta de delinquir, dirigida hacia la ejecución de un hecho concreto..." y que "...la conspiración para delinquir, prevista genéricamente en el artículo 17.1 del Código Penal, existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, perteneciendo a la categoría de las resoluciones manifestadas. Ya se trate de una fase del "iter criminis" anterior a la ejecución -entre la mera ideación impune y las formas ejecutivas imperfectas-, ya se considere una especie de coautoría anticipada, caracterizada por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, en todo caso es incompatible con la iniciación ejecutiva material del delito, que supondría la presencia en grado de coautores o copartícipes de un delito intentado o consumado. Como hemos señalado en SSTS nº 1.581/2000 y nº 1.129/2002, la conspiración constituye una forma de actos preparatorios del delito que no pertenecen aún a la ejecución misma y cuya criminalización ha de ser interpretada de forma restrictiva. No es preciso que se inicie una ejecución material delictiva, pero sí que los conspiradores desarrollen una actividad precisa y concreta, con realidad material y tangible que ponga de relieve la voluntad de delinquir, sin recurrir a meras conjeturas o suposiciones, debiendo el Tribunal tener en cuenta la intencionalidad de los acusados en el caso concreto. Dentro del catálogo de infracciones en las que aparecen especialmente previstas la provocación, la conspiración y la proposición para delinquir, son perseguibles tales conductas de forma expresa en lo atinente a los delitos de terrorismo al amparo del artículo 579.1 CP."

La STS. 886/2007 de 2.11 insiste en que la conspiración siempre requiere un concierto de voluntades, con decisión dificultosa y concreta de



realización de un delito conforme a un proyecto viable. Así pone de manifiesto “los elementos que la doctrina científica y jurisprudencial ha venido estableciendo para que pueda hablarse de conspiración:

a) ha de mediar un concierto de voluntades entre dos o más personas.

b) orientación de todas esas voluntades o propósitos al mismo hecho delictivo, cuyo castigo ha de estar previsto en la ley de forma expresa (art. 17-3 C.P.).

c) decisión definitiva y firme de ejecutar un delito, plasmada en un plan concreto y determinado.

d) actuación dolosa de cada concertado, que debe ser consciente y asumir lo que se pacta y la decisión de llevarlo a cabo.

e) viabilidad del proyecto delictivo”.

En la STS. 120/2009 de 9.2, se recuerda “legalmente existe conspiración cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo (art. 17.1 CP). Nadie cuestiona que el derecho penal no puede sancionar todo peligro de afeción de un bien jurídico cuando aquél se muestra todavía lejano o poco intenso. Con la imaginación podría haberse cometido todos los delitos. De ahí que sólo la verdadera energía delictiva, aquella que conmueve el sentimiento jurídico de la sociedad, justifica la intervención del derecho penal. Conforme a esa idea, el CP sólo sanciona determinados actos preparatorios o pre-ejecutivos que, en realidad, son resoluciones manifestadas para delinquir.

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

En efecto, la conspiración requiere la existencia de una decisión de

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

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

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

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

En cuanto a la relación de la conspiración para delinquir con el delito de integración del art. 516 es indudable que si se acreditara la intervención del integrante en concretos actos de terrorismo, sin riesgo de vulneración del principio “non bis in idem”, procedería, además de la sanción por el delito de integración, el que pudiera corresponder por el acto de terrorismo enjuiciado (SSTS. 541/2007 de 14.6, 1346/2001 de 28.6, 1562/2002 de 1.10), que hablan de concurso real, es decir una pluralidad de acciones, pues la integración en una organización terrorista es una acción típica diversa a la de tomar parte en otras acciones delictivas. Se trata de dos acciones diversas en sentido natural.

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

delitos y voluntad abstracta de colaborar en ellos.

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

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

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

Asimismo la sentencia destaca que tampoco consta acreditado con precisión, el día y lugar, solo la decisión de colocarlo en el Metro. Siendo así la conclusión a que llega el Tribunal a “quo” de que no se habría aún avanzado lo suficiente en la planificación para estimar la existencia de un delito de conspiración, en cuya concreta calificación discrepan incluso las acusaciones: conspiración para cometer un delito de estragos, arts. 579.1 en relación con los arts. 571, 346 y 351 CP, y arts. 17.1 y 3 el Ministerio Fiscal, y homicida terrorista en grado de conspiración, arts. 572.1.1 y 572.1 y 2, la

acusación popular, diferenciado de la resolución para delinquir que integra el delito de pertenencia a asociación terrorista, es correcta, con la consiguiente desestimación del motivo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El desarrollo argumental de los distintos apartados del motivo hace necesario recordar la doctrina jurisprudencial SSTS. 383/2010 de 5.5, 84/2010 de 18.2, 14/2010 de 28.1, 1322/2009 de 30.12, 728/2008 de 18.11,

que precisa que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

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

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas

condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación,

censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

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

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el

ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dicto sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

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

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

-en tercer lugar, debemos verificar “el juicio sobre la motivación y su razonabilidad”, es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el



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

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

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

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

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

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

convicción.

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

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

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

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

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

De esta jurisprudencia se pueden citar las SSTS. 2047/2002 de 10.9, que pone el acento en la elaboración racional o argumentativa del Tribunal que gozó de la inmediación que puede y debe ser revisado por el Tribunal superior que conoce de la causa vía recurso, para verificar la estructura racional del discurso valorativo, o la STS. 408/2004 de 24.3, en la que reconociendo la competencia del Juez sentenciador para valorar la prueba, en relación a aquella prueba afectada por el principio de inmediación se dice "... y ello no tanto porque se considera la inmediación como una zona donde debe imperar la soberanía del Tribunal sentenciador y en la que nada puede decir el tribunal ante el que se ve el recurso, sino, más propiamente como verificación de que nada se encuentra en este control casacional que afecta negativamente a la credibilidad del testimonio de la persona cuyo relato sirve para fundamentar la condena dictada en la instancia...", ó la STS. 732/2006 de 3.7

“... no se trata por tanto de establecer el axioma que lo que el tribunal creyó debe ser siempre creído, ni tampoco prescindir radicalmente de las ventajas de la inmediación, sino de comprobar si el razonamiento expresado por el Tribunal respecto a las razones de su decisión sobre la credibilidad de los testigos o acusados que prestaron declaración en su presencia... se mantiene en parámetros objetivamente aceptables...”, la STS. 306/2001 de 2.3, ya ponía el acento en la exigencia de que el Tribunal sentenciador justificase en concreto las razones por las que concedía credibilidad a la declaración de la víctima, no bastando la sola referencia a que debía ser creído por no existir nada en contra de dicha credibilidad. Por lo tanto es preciso situar el valor de la inmediación judicial en sus justos límites, y en tal sentido hay que decir:

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

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

c) La prueba valorada por el Tribunal sentenciador en el ámbito de la inmediación y en base a la que dicta la sentencia condenatoria puede y debe ser analizada en el ámbito del control casacional como consecuencia de la condición de esta Sala Casacional como garante a la efectividad de toda decisión arbitraria --art. 9-3º C.E.--, actualmente más acentuado, si cabe, a consecuencia de la efectividad a que debe responder el presente recurso de casación como recurso efectivo que permita el reexamen de la culpabilidad y de la pena impuesta por el Tribunal sentenciador de acuerdo con el art. 14-5º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos...”; y por último la STS. 728/2008

de 18.11 antes referida que recuerda que: “el derecho constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. El respeto a las reglas de la inmediación y a la facultad valorativa del Tribunal enjuiciador conlleva – como ya hemos dicho ut supra- que el control en esta sede casacional del cumplimiento del referido principio constitucional no se limita a la constatación de una prueba de cargo lícitamente practicada, pues los límites de dicho control no agotan el sentido último de este derecho constitucional, el cual vincula al Tribunal sentenciador no solo en el aspecto formal de la constatación de la existencia de prueba de cargo, sino también en el material de su valoración, imponiendo la absolución cuando la culpabilidad no haya quedado acreditada fuera de toda duda razonable. No deben confundirse, por ello, los límites del control constitucional con la plena efectividad del derecho en su sentido más profundo.

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

a) -Los recurrentes, pretenden, como punto de partida, impugnar los reconocimientos fotográficos, señalando que el testigo protegido no ha reconocido a dos de los acusados: Mohamed Shoaib y Aqueel Uhr Rehman

Abbasi, los reconocimientos, dos, han sido siempre en foto; no se han exhibido álbumes sino colecciones de fotos repetidas en las que se cambiaba el imputado; las fotos de los acusados están marcadas para facilitar el trabajo al testigo protegido, el fondo es de otro color oscuro, las series están ordenadas de forma progresiva en las siete primeras casas; y no ha existido rueda o reconocimiento en Sala por el testigo protegido, núcleo central de relato condenatorio de hechos probados.

Impugnación que no cabe prosperar.

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

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

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

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

sobre ese reconocimiento que se hizo en su día.

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

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

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

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

En tal sentido, viene requiriéndose que:

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

b) Se realice mediante la exhibición de un número lo más plural

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

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

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

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

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

Este proceso se cierra, en dos diferentes fases ya de claro carácter



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

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

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

innecesario el reconocimiento en rueda, destacando entre ellos, el conocimiento previo, por relaciones de vecindad, la identificación casual en la calle por la víctima o con testigo presencial, identificación a través de una fotografía en un periódico (STS. 981/2003 de 4.4), detención in fraganti y reconocimiento en el mismo momento por la víctima o los testigos presenciales e incluso cuando, dicha identificación es posible inmediatamente después de la comisión del hecho al producirse la detención por las fuerzas de seguridad, identificación por testimonios ajenos que aportan datos suficientes para identificar al imputado, también es posible dicha identificación cuando el imputado presenta características físicas esenciales, tales como una deformidad visible, tatuajes y otros y filmaciones de cámaras de seguridad de establecimientos que deben ser reproducidas en el acto del juicio. Finalmente, se admite la posibilidad de identificación del acusado en el acto del juicio oral, por todas la STS. 1202/2003 de 22.9, señala:

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

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

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

como la persona que acababa de venir de Francia.

Los recurrentes no niegan ser las personas que señala el testigo, sino lo que éste dice no es cierto. No se trata de un problema de identificación sino de veracidad. Los reconocimientos fotográficos, en este caso, no tienen por finalidad ni sirven para identificar a los posibles autores, sino para concretar la participación de cada uno de ellos –así del 6 Maroof Admed Mirza afirma que era el jefe del grupo y la persona que tomaba las decisiones sobre la acción a realizar, del nº 10 Abdul Hafeez Ahmed era una de las personas que tenía que fabricar los artefactos explosivos; del nº 7 Imran Cheema, era uno de los suicidas, el que tenía que actuar con él; del nº 3 Mehmooh Khalid, otra de las personas que tenían que ser suicidas; del nº 9 Mohamed Shoaib –uno de los dos acusados que en el motivo se señala como no reconocido- reconoce su fotografía y afirma que era otro de los suicidas; del nº 11 Huhammed Ayub Elia Bibi era el asistente del nº 6 Maroof Ahmed Mirza, y uno de los que se encargaban de planificar la acción; del nº 4 Muhammad Tarik, era otro de los miembros del grupo, al que tuvieron que esperar en la mezquita de la calle Hospital, para hacer el rezo de despedidas de los suicidas; del nº 5 Qadeer Malik afirma que era una de las personas que se encargarían de fabricar las bombas; del nº 8 Roshan Jamal Khan, afirma que era otro de los asistentes del nº 6 Maroof Ahmed Mirza; y del nº 2 Shaib Izbai afirma que era otra de las personas que se encargarían de fabricar las bombas; y respecto al nº 1 Aqeel Uhr Rehman Abbasi, si bien no consta reconocimiento fotográfico; este acusado no fue detenido junto con el resto, sino entregado por la autoridad judicial de Holanda, el 13.8.2008, en virtud de una orden internacional de detención, las declaraciones del testigo protegido son concluyentes en el sentido de que también era miembro del grupo, que había estado presente cuando se planificaba la acción e inicialmente se habría proyectado que actuase como suicida y que antes de las detenciones se había ido a Holanda, vía Alemania, lo que está corroborado por la documental del vuelo realizado el 18 enero desde Barcelona a Munich (folios 1983 a 1986).

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

Ahora bien, como se dice en la STS nº 331/2008, de 9 de junio, con cita de la sentencia de 1 de junio de 2007, en la casación, “no se trata de evaluar la valoración del tribunal sentenciador conforme a criterios de calidad u oportunidad y ello porque el proceso, ya en este trance de la casación, no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas..., (como subraya el Tribunal Constitucional en su sentencia 262/2006 de 11 de septiembre, en relación con el ámbito del control en vía de amparo de la citada garantía, situación equiparable a la casación cuando es ésta el motivo invocado)”.

En el caso, el Tribunal valora expresamente la prueba del testigo protegido, tal como ha resultado tras su práctica en el juicio oral mediante el interrogatorio de las partes. Es cierto que algunas de las afirmaciones, tal como se señala en el motivo, no han podido ser constatadas, pero ello no supone dudar de su veracidad en el aspecto nuclear de su declaración, tal como razona el tribunal a quo que destaca como las manifestaciones de este

testigo en el acto del juicio oral fueron coincidentes en lo esencial con las prestadas ante la Policía y el Juez Central de Instrucción. Asimismo resalta como este testigo no tenía motivo alguno para mentir y menos aún para implicar a los acusados con los que no tenía relación alguna, antes de llegar a Barcelona; y sin embargo, respecto a dos de las personas que habían sido también detenidas en el interior de la mezquita, dice ignorar que estuviesen al corriente de los proyectos criminales y que fuesen miembros del grupo, y además destaca que sus manifestaciones se ven corroboradas por las pruebas que detalla: declaración del testigo miembros del CNI sobre la bolsa que tiró a la basura uno de los acusados, resultado del registro de la mezquita y el contenido del vídeo grabado por la fundación NEFA con una entrevista al portavoz de TTP.

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

c) -El testigo del CNI que vio al acusado Qadeer Malik tirar una bolsa a la basura, que contenía: un cortacables, un destornillador, un cutex nueve guantes de latex, unos guantes de goma, ocho cilindros de bengalas de cartón vacíos y cuatro piezas de plástico también pertenecientes a las bengalas, un caja de metal para perdigones vacía, un bote de perdigones vacíos, dos envoltorios de pilas, tres carcasas de minutereros, ocho conectores eléctricos, trozos de cables de 15 cms. y una tarjeta de telefónica. Contenido de la bolsa que debe ponerse en relación con el resultado del registro de la mezquita en el que se intervinieron: una bolsa con 18 gramos de nitrocelulosa y perclorato potásico, y otra bolsa dentro de la anterior conteniendo un rollo de alambre, 2 pilas de 4,5 voltios y 4 pilas de 1,5 voltios LR. 20, y en otra bolsa cuatro temporizadores o minutereros, sin carcasas, y además otras 2 pilas LR20, varios trozos de cable, 783 perdigones para armas de aire comprimido y cinta aislante.

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

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

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

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

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

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

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

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

faciliten al Tribunal la averiguación de lo realmente acontecido.

Cosa distinta será la valoración que esa prueba posteriormente merezca y, en concreto, la fiabilidad que a la misma se otorgue por quien ostenta la facultad para ello, por cuanto, de todos modos, un vídeo no puede probar más de lo que pueda probar una percepción visual o auditiva, esto es lo que la persona filmada dice, no la veracidad de sus manifestaciones, por cuanto en nada difiere la aportación del documento videográfico de la declaración testifical de quien directamente presencié lo acontecido, o tuvo conocimiento de ello, en la que también pueden caber razones para dudar de su credibilidad o de la integridad y fiabilidad en la percepción de lo ocurrido y posteriormente narrado.

La STS. 184/94 de 7.2, recuerda que el Tribunal a quo fundamentó su convicción “valorando como prueba de cargo inculpativa la cinta de vídeo que fue visionada en el acto del juicio oral”. En este sentido la decisión de la Audiencia es correcta, porque el testigo que tomó las imágenes compareció en el juicio oral. En efecto, el vídeo no es más que la fijación de imágenes percibidas por alguien. La única forma que conoce nuestro derecho procesal de acreditar las percepciones sensoriales de una persona en el proceso es su declaración testifical prestada bajo las formalidades previstas en la Ley. Ello es consecuencia de dos principios constitucionales de carácter esencial del proceso penal: el principio de inmediación (que requiere a su vez una percepción directa de la prueba por el Tribunal) y el de oralidad (que exige que los testigos y peritos se manifiesten oralmente ante los jueces). (SSTC 31/81; 217/89; 41/91; 118/91).

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

1) Corresponde a los jueces determinar la legitimidad de este medio de tan gran actualidad ahora. El trucaje, la manipulación o la distorsión de las cintas grabadas se evitará no solo por medio de la técnica más depurada, sino también si la prueba se práctica, a través de lo que las partes hayan solicitado, en el juicio oral con publicidad e inmediación, incluso con la visualización y



audición de las mismas y la intervención pericial oportuna en los casos en que sea necesario porque, se insiste, así haya sido pedido y así haya sido entendido por el Tribunal.

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

2) La validez de la prueba practicada con la filmación o grabación de cintas de vídeo supone que, en la línea de lo explicado antes, no se vulneren derechos esenciales tales como la intimidad o la dignidad de la persona o personas afectadas por la filmación llevada a cabo previa autorización judicial en los casos en que ésta sea necesaria, o por los particulares, Policía judicial, cuerpos de seguridad privada, etc... cuando la misma no sea precisa (SSTS. 353/96 de 19.4, 620/97 de 5.5).

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

En el caso presente confunde la parte recurrente la validez de una prueba y su fiabilidad. Una prueba puede no ser fiable o puede dudarse de su fiabilidad, pero ello no la convierte en nula. Las irregularidades que señala el motivo en relación al vídeo afectarían a su autenticidad, lo que es distinto de

la valoración que debe realizar el tribunal a quo de un vídeo publico, incorporado en la fase de instrucción obtenido de Internet, realizado por la Fundación Nefa y en el que una persona que aparece como portavoz de un grupo terrorista alude a lo ocurrido en Barcelona. Valoración que realiza la Sala, Fundamento Jurídico segundo, Pág. 24 a 26, concretando las razones por las que considera auténtico el vídeo y su contenido en cuanto a la entrevista con Mauvi Umar, portavoz del grupo talibán dirigido por Baitullah Mehsud, entrevista que fue confirmada por el testigo Claudio Franco periodista, que trabajaba como conductor para Nefa, y que afirmó la condición de Mauvi Umar como uno de los líderes de TTP y miembro del gabinete central de la organización y su constante contacto con medios de comunicación para hacer reivindicaciones, que la entrevista se hizo el 1.8.2008, que existió un problema técnico que provoco la separación entre audio y vídeo y que durante la entrevista él se encontraba en Londres pero envió las preguntas a su colaborador, que fue el que se las hizo a Mauvi Umar.

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

repercusión mediática, por lo que la falta de manifestación, en cualquier medio, sobre su inautenticidad, si puede ser un indicio corroborador de la veracidad y realidad de la entrevista.

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

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

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

Ciertamente hemos de poner de manifiesto que el derecho al secreto de

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

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

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

el segundo proceso, en tanto que, en la segunda, se justifica una razonable autonomía entre ambos procedimientos.

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

En línea de principio proclamar que la legitimidad de un acto jurisdiccional no puede presumirse no se concilia bien con los principios que informan el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 117.1 CE). Es cierto que la abstracta proclamación de esos principios no blindo a los actos jurisdiccionales de su condición de potencial fuente lesiva de los derechos fundamentales, también lo es –y la experiencia se encarga cada día de

recordarlo- que la validez de los actos procesales no puede hacerse descansar en un voluntarioso acto de fe. Pero aceptar la petición de nulidad porque la legitimidad no puede presumirse, no resulta, en modo alguno, una exigencia de nuestro sistema de garantías.

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

En esta línea el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26.5.2009 que si bien relativo a la habilitación de escuchas telefónicas procedentes de diligencias distintas a las que corresponden al juicio, cuyo contenido es el siguiente: “En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones – en este caso de la inviolabilidad del domicilio- es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad. En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de

fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba”.

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

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

**QUINTO:** En el presente caso se alega por los recurrentes que por su defensa se planteó este motivo de nulidad en sus conclusiones provisionales, al tiempo que proponía prueba para confirmar y acreditar ese dato fáctico, prueba que le fue denegada, Por lo que no podría imputársele inacción por su parte, pero lo cierto es que no hay constancia alguna de que las presentes diligencias fuesen incoadas a través de fuentes probatorias vinculadas a intervenciones telefónicas u obtención de datos de tráfico de comunicaciones alguno, y la propia sentencia recurrida, tras explicar que por ninguna de las defensas se solicitó la incorporación de las diligencias previas 29/08 en las que se dice se realizaron las intervenciones telefónicas, razona que en este

procedimiento las intervenciones telefónicas no han sido presentadas como prueba de cargo, y como diligencias de investigación no dieron resultado positivo y no permitieron la incautación del material buscado, ni la detención de otras personas; su expulsión de la causa no afectaría a las pruebas practicadas en el juicio oral, esto es, a las declaraciones del testigo protegido y demás elementos probatorios utilizados en la sentencia.

En efecto debemos recordar la doctrina de esta Sala, mantenida, entre otras, en sentencias 416/2005 de 31.3, 261/2006 de 14.3, 25/2008 de 29.1, 1045/2009 de 4.11, 1183/2009 de 1.12, al examinar cual es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, en el sentido de superar las diversas interpretaciones y la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscripción del uso de practicas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, impone una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del Tribunal Constitucional 8/2000 de 17.1 y la de esta Sala 550/2001 de 3.4, entre otras, asentadas sobre las siguientes aseveraciones en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

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

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

c) Por ultimo, y esto es lo mas determinante, que no basta con el



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

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

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

conexión de antijuricidad la que debe darse.

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

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

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

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

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

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

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

**directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.**

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

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

dentro de las posibilidades que les otorga la Ley.

Sin embargo, -como dice en la STS. 1313/2009 de 16.12- lo que se consideran niveles deseables de seguridad con la finalidad de defender la estabilidad del sistema y asegurar el pacífico ejercicio de los derechos, en lo que aquí interesa mediante la persecución de conductas delictivas graves, -como son las relacionadas con el terrorismo- no puede obtenerse precisamente a costa de la vigencia de los derechos individuales cuya eficacia real lo caracterizan como sistema de libertades, y cuya integridad, precisamente, se trata de proteger. La calidad del sistema de convivencia en libertad descende seriamente, hasta correr el riesgo de desaparecer, si la vigencia de los derechos fundamentales se supedita indiscriminadamente a la seguridad. Ello no suprime la posibilidad de restricciones. La naturaleza relativa de algunos derechos supone la posibilidad de que puedan ceder, en todo o en parte, ante otros intereses relevantes en una sociedad democrática. Pero solo en el caso, en la medida y en la forma en que tal interés estrictamente lo requiera, y nunca en tales condiciones que el derecho restringido venga a transformarse de manera general en una mera enunciación teórica.

Por ello, como en supuestos de delincuencia organizada - singularmente terrorismo- la investigación criminal puede encontrarse con serias dificultades pues el avance de la información queda seriamente dificultado por la opacidad de tales asociaciones criminales, se han arbitrado, -junto con las tradicionales fuentes confidenciales de información o datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales, cuya legalidad ha sido admitida por la jurisprudencia del T.E.D.H. (sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989, Sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990) siempre que se utilice como medio de investigación y no tenga acceso al proceso como prueba de cargo no sometida a contradicción de las partes, por cuanto ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un animo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, así como el antiguo brocardo

de “quien ocultan rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa”-, otras técnicas de investigación nuevas tales como el agente encubierto –introducción de un miembro de la policía en la asociación criminal, potenciando los arrepentidos, esto es, el desmarque de los miembros facilitando información sensible con la posibilidad de un beneficio penal, vía art. 579 CP, agente provocador o mediante colaboradores particulares, más o menos estables, con las fuerzas de seguridad que realizan labores de infiltración.

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

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

será aplicable al periodo previo.

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

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

Situación, en todo caso, perfectamente diferenciable de la provocación delictiva o mediación engañosa, que supone injertar en otra persona el dolo de

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

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

Como hemos dicho en nuestra Sentencia 848/2003, de trece de junio, el delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al



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

No existe delito provocado, como dice la Sentencia 1114/2002, de 12 de junio, cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere concretamente a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del «iter criminis», en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es siempre libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (art. 282 bis de la LECrim), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial.

Tampoco existe delito provocado en casos de comprobación delictiva de una previa ideación criminal, cuando el investigado no comete el delito como consecuencia de la actuación policial, a modo de inducción o instigación, sino que ya está resuelto a cometerlo, o bien se dedica a una permanente actividad criminal, que únicamente pretende comprobarse. En esos casos, los funcionarios policiales no provocan nada, sino que se limitan a

comprobar la veracidad de la “notitia criminis”, mediante técnicas de investigación, que bien pueden consistir en la comprobación directa de los hechos denunciados. Obsérvese, que no solamente se trata de obtener pruebas de lo que un tercero les informa –acerca de una realidad delictiva ya existente–, o, si se quiere, permanente, sino de impedir la continuación del delito, y eventualmente, la detención de sus autores, para frustrar nuevas realidades delictivas.

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

Condición, por tanto, más próxima a la de arrepentimiento o confidente que a la de agente infiltrado o encubierto. La figura del arrepentido en el contexto de lo que ha sido denominado “prueba cómplice”, supone una intervención durante el delito y antes de la sentencia. Este informador debe ser tratado de forma semejante a la de un coimputado en lo que respecta a la

valoración de la prueba –bien entendido que es un testigo y como tal presta juramento o promesa de decir verdad (arts. 706 y 434 LECrim.) y sujeto a las eventuales responsabilidades previstas conforme al art. 715 LECrim-, y como un confidente, que aporta datos fundamentales a partir del momento en que empieza a actuar en función de ese arrepentimiento. Refiriéndonos a la figura del infiltrado hemos de indicar que es en el plenario en donde la prueba testifical habrá de culminar con objeto de que los Jueces valorasen en su exacta medida las manifestaciones del confidente infiltrado, como testigo especialmente cualificado (STS. 210/95 de 14.2), pero con acierto se destaca por el Ministerio Fiscal en su detallado escrito de impugnación del recurso, no supone descalificar su testimonio y sí analizarlo con precauciones y con un especial rigor, por cuanto la reforzada necesidad de razonar la credibilidad de un testigo que ha sido también participe en los hechos se acentúa por exigencias del derecho a un proceso con todas las garantías cuando se trata de declaraciones de quien puede obtener beneficios personales con la misma o incluso la exclusión de responsabilidad penal. Este dato debe valorarse a efectos de determinar su credibilidad o fiabilidad pero si su declaración se revela convincente y capaz de generar certeza, puede servir como base de un pronunciamiento condenatorio. El Tribunal Constitucional viene afirmando que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización del testimonio que suponga en sí mismo la lesión de derecho fundamental alguno (AATC. 1/89 de 13.1, 899/85 de 13.12) y el TEDH por resolución de 25.5.2004, caso Corneils contra Holanda inadmitió la demanda del condenado por pertenecer a una organización dedicada al tráfico de drogas, condena que se basaba en las declaraciones de otro integrante de la organización que había llegado a un pacto de inmunidad con el Fiscal. En la medida en que el demandante pudo contradecir esas pruebas y cuestionar su fiabilidad y credibilidad, aunque no llegase a tener acceso a todas las conversaciones entre el procurador y el testigo inmune, no habrá afectación de ninguno de los preceptos del Convenio.

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

Al examinar si el proceso ha hecho desaparecer la verdadera esencia del privilegio contra la autoincriminación, el Tribunal deberá examinar la naturaleza y el grado de la coacción, la existencia de cualquier protección importante en el proceso y el uso que se hace del material así obtenido (véase sentencia Heaney y McGinness contra Irlanda de 27.12.2000 y sentencia J.B. contra Suiza de 3.5.2001).

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