

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 136/2006

*RECURSO CASACION (P) N°:*768/2005 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Procedencia: AUD. NACIONAL SALA PENAL SECCION 1

Fecha Sentencia: 15/02/2006

Ponente Excmo. Sr. D.: Diego Ramos Gancedo

Secretaría de Sala: Sr. Rico Fernández

Escrito por: MBP

- Delito de terrorismo:

- * **Homicidio múltiple terrorista en grado de tentativa.**
- * **Estragos terroristas en grado de tentativa.**
- * **Tiempo máximo de cumplimiento de la pena de prisión.**

Nº: 768/2005 P

Ponente Excmo. Sr. D.: Diego Ramos Gancedo

Vista: 08/02/2006

Secretaría de Sala: Sr. Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 136/2006

Excmos. Sres.:

D. Siro Francisco García Pérez
D. Julián Sánchez Melgar
D. José Manuel Maza Martín
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Diego Ramos Gancedo

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Febrero de dos mil seis.

En el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de los acusados **GORKA L. L. y GARIKOITZ**

A. S. C., contra sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que les condenó por delitos de pertenencia a banda armada, homicidios terroristas en grado de tentativa, daños con finalidad terrorista y tenencia ilícita de armas, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por el Procurador Sr. Cuevas Rivas, siendo parte recurrida Administrador de Infraestructuras Ferroviarias ADIF, representado por el Procurador Sr. Lanchares Perlado.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Central de Instrucción nº 1 instruyó sumario con el nº 14 de 2.003 contra GORKA L. L. y GARIKOITZ A. S. C., y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 29 de abril de 2.005 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: *I. Los procesados GARIKOITZ A. S. C. y GORKA L. L. son mayores de edad, no consta que tengan antecedentes penales y ambos son, desde marzo de 2.000 y enero de 2.003, respectivamente, miembros de ETA, grupo organizado que usando armas, explosivos y otros medios comete delitos contra aquellos que no comparten su proclamada finalidad de conseguir la independencia de "Euskal Herria". II. Los referidos, alrededor del mes de junio de 2.003 se reunieron en el monte Adara con un enviado de E.T.A. que les transmitió la orden de colocar dos bombas en la red ferroviaria para que estallaran en la Navidad de ese año. A tal fin les entrega dos artilugios explosivos consistentes en dos fiambreras con dos kilogramos de explosivos y un temporizador cada una, a los que sólo faltaba conectar los detonadores para que estuvieran listos para explotar a las 18 horas del 24 y 31 de diciembre de 2.003. III. En ejecución de las órdenes recibidas, los procesados colocaron los días 7 y 8 de diciembre de 2.003 las dos fiambreras con explosivos bajo los raíles de la vía del tren; una en el punto kilométrico 33,163, correspondiente a línea Zaragoza-Logroño, entre Tudela y Zaragoza, en el término municipal de Pedrola (Zaragoza) que explotó sobre las 18 horas del día 23 de diciembre, destruyendo 47 centímetros del hilo derecho*

de la vía y causando daños tasados en 62.402,89 €; y la otra en el punto kilométrico 419 de la línea Zaragoza-Lérida, entre las localidades de Puebla de Híjar y San Per de Calanda, que estaba programada para explotar el día 13 de diciembre a las 18 horas y fue desactivado por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía sobre las 14 horas del día 26 de diciembre de 2.003. IV. En el mes de noviembre de 2.003 L. L. y A. S. C. fueron convocados a una nueva reunión en una pista forestal cercana a la localidad de Hernani, desplazándose al lugar Garikoitz A. S. C. en bicicleta y Gorka L. L. en un Opel Astra, de color azul oscuro, matrícula XXXX-ZZZ, que le había dejado su hermano Koldo, quien no consta que conociera el fin para el que iba a ser usado. Allí, otro miembro de E.T.A. les entregó dos maletas conteniendo 25 y 28 kilogramos de explosivo cada una y preparadas para ser usadas con solo conectar el temporizador, dos pistolas croatas marca HS, una con la numeración borrada y la otra con número 84.738, munición, un reproductor de casete pequeño (tipo "walkman") con dos altavoces conectados al reproductor y encendidos, dos teléfonos móviles y una peluca transmitiéndole la orden de colocar ambas maletas en el tren Intercity que va desde Irún hasta la estación de Chamartín en Madrid, para que explotaran el día 24 de diciembre de 2.003 a su llegada a la capital de España. Tras meter el material en el Opel Astra lo trasladan a la localidad de Hernani, guardándolo en la plaza número 22 de un garaje sito en la calle García Goldaraz núm. 8, 9 y 10 cedido por Josu O. L., amigo de A. S. C.. No consta que O. L. supiera el fin real para el que iba a ser usado el garaje que había prestado al procesado. V. El día 23 de diciembre de 2.003, siguiendo el plan previsto, los procesados recogen el material que habían depositado en el garaje de O. L.. Para ello se desplazan hasta allí en dos vehículos diferentes: A. S. C. en un Opel, modelo Frontera, matrícula PP-0000-HH, propiedad de Bautista Biurrarena Echevoyen, usado por su hija Ana B. Z., quien se lo prestó sin que haya quedado acreditado que supiera el uso que iba a darle, y Gorka L. L. en el Opel Astra propiedad de su hermano Koldo. Tras recoger las maletas con el explosivo y otros objetos, por separado y conduciendo cada uno un vehículo, se dirigieron a un pequeño aparcamiento sito en el barrio de Larratxo de San Sebastián, donde dejan el Opel Frontera con los artugos explosivos y demás efectos, volviendo a continuación en el otro coche a Hernani. En las primeras horas del día 24 de diciembre de 2.003, en torno a las 7 horas, Gorka L. L. y Garrigoitz A. S. C. llegan, nuevamente por separado, al aparcamiento del barrio de Larratxo, se cambian de ropa, se colocan sendas pelucas para no ser reconocidos y salen portando, el primero, una de las maletas

conteniendo 28 kilogramos de dinamita marca "Titadyne", un detonador y una pistola marca HS calibre 9 mm. parabellum con el número de fabricación borrado y un cargador con quince cartuchos más uno en la recámara y, el segundo, Garigoitz A. , otra maleta con 25 kg. de dinamita "Titadyne", un detonador y una pistola marca HS, también de 9 mm. parabellum, con número de fabricación 84.738, un cargador con quince cartuchos más uno en la recámara y un reproductor de casete tipo "walkman" de la marca Aiwa, modelo Ta186, conectado a un temporizador marca Casio y a unos altavoces amplificados alimentados por pilas cuya carga estaba agotada. VI. Al salir los procesados del garaje del barrio de Larratxo, a pesar de que estaban siendo vigilados por miembros de las fuerzas de seguridad, lograron despistar a éstos al haber cambiado su aspecto externo, si bien uno de ellos despierta sospechas en los policías que ven a un individuo que portando una mochila y una maleta se dirige hacia la parada del autobús donde espera en actitud vigilante y nerviosa. Dicho individuo subió al autobús número 13 y se bajó en la parada de la Avda. de Navarra donde es detenido por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, resultando ser Garikoitz A. S. C., al que se le intervino la maleta con el explosivo, los altavoces conectados al "walkman", la pistola con cargador y munición antes reseñada, un papel recortado y escrito a ordenador con la actividad que iba a desarrollar desde las 6:30 horas hasta las 14 horas de ese día, las llaves de un coche y cuatro billetes para el tren intercity Irán-Madrid en su trayecto desde San Sebastián. Entre tanto, Gorka L. L. , que no fue detectado a la salida del garaje, se desplazó hasta la estación de ferrocarril de San Sebastián, y tras conectar el detonador a los 28 kg. de dinamita de la maleta, sube al vagón número 2 del tren "intercity", número 202, que hace el trayecto Irún-Madrid, coloca la maleta con el explosivo en el hueco delante del asiento que le correspondía ocupar según el billete que había comprado y pone encima de ella unas revistas, disponiéndose a bajar del tren y marcharse. Sin embargo, al salir se percató de que vagón llevaba un espacio reservado para las maletas por lo que, para no levantar sospechas y asegurar el éxito de la acción, volvió sobre sus pasos, cogió la maleta que había dejado en su asiento y la colocó en el maletero, concretamente en el del vagón 7-448-026-5, bajándose a continuación del tren, que emprende su marcha sin Loran y con la carga explosiva. Después de esto, Loran se desplazó nuevamente hasta su lugar de residencia, Hernani, guardando en un armario de su dormitorio la pistola HS y la mochila con la ropa que se había quitado en el garaje de Larratxo, saliendo a continuación a la calle donde fue detenido sobre las 11:30 horas como consecuencia de operación que para

localizarle se había puesto en marcha. VII. Alertados los miembros de la brigada móvil del Cuerpo Nacional de Policía que viajaban en el tren de que en el mismo había un artilugio explosivo, procedieron a inspeccionar el tren en la estación de Burgos, tras desalojar éste y la propia estación, localizando la maleta con el explosivo que fue desactivado por técnicos especializados entre las 11:50 y las 12:20 horas. En el interior de la maleta había unos 28 kg. de dinamita Titadyne, cuatro metros de cordón detonante, dos detonadores eléctricos del número 12 y un temporizador modelo TC conectado y dispuesto para activar el dispositivo explosivo que lo hubiera hecho explotar a las 15:55 horas del día 24 de diciembre de 2.003, estando todo ello en perfecto estado de funcionamiento. No obstante, el artilugio podía haber estallado en cualquier momento anterior a causa de la presión de otra maleta o bulto que se colocara sobre ella, por un golpe fortuito, al recibir una descarga eléctrica natural como la generada durante una tormenta o por el propio movimiento del tren. VIII. De haberse producido la explosión, dada la cantidad de dinamita, su potencia, el tipo de transporte en que estaba colocado y los trozos de metal y otros objetos ("metralla") que hubiera generado al reventar la estructura del tren, hubieran muerto un número elevado de personas, existiendo una alta probabilidad de que hubieran fallecido todos los ocupantes del tren así como las personas que se encontraban próximas al mismo en el momento de la defracción, circunstancia esta de la que eran conscientes los procesados. En el momento de su llegada a Burgos en el tren viajaban 180 pasajeros y 4 empleados de Renfe. IX. Tras registrar el domicilio de los padres de Gorka L. L. , donde éste vivía, sito en la calle WWWWW, número 0, piso 4, letra D, de Hernani, fue intervenida la pistola marca HS con su cargador municionado y un cartucho en la recámara y la mochila con ropa y peluca que éste había guardado en el armario de su dormitorio tras regresar de la estación de San Sebastián donde había colocado la maleta con el explosivo en el tren. En el registro de los lugares de residencia de Garrikoitz A. S. C., sitos en la calle QQQQQQ, núm. 0, piso 0º, letra 0 de Hernani, calle VVVVVVV números 0000, piso 0º de Pamplona y plaza TTTTT, número 0, piso 0, puerta derecha de Andoain, se intervinieron, entre otros, los siguientes efectos: - Un papel donde aparece manuscrito el número RRRR-NNN, que se corresponde con el de las placas de matrícula de un vehículo oficial perteneciente a la Dirección General de la Guardia Civil. - Una carpeta verde conteniendo papeles manuscritos con información, recortes de prensa y fotografías sobre potenciales víctimas de actos terroristas. - Un disquete y discos compactos conteniendo archivos con

instrucciones sobre manejo de armas y explosivos, aviso de una explosión para el día 24 de diciembre en la vía del tren Zaragoza-Logroño, clasificado con el nombre de archivo "Azapozza", otro archivo con el nombre "Bisca" sobre la explosión que se iba a producir el 31 de diciembre en la vía del tren Lérida-Zaragoza, un tercer archivo con el nombre "Dos" sobre la colocación de las bombas en el Intercity Irún-Madrid y otro, denominando "Tren O1" avisando de que el artefacto colocado en ese tren iba a estallar en cuarenta y cinco minutos. - Números de teléfono de policía, asistencia en carretera, medios de comunicación y otros.

2.- La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Primera, dictó el siguiente pronunciamiento: *FALLAMOS: Absolviéndoles de un delito de estragos y otro de depósito de armas y municiones cualificados por su pertenencia a una organización terrorista, debemos condenar y condenamos a GORKA L. L. y a GARIKOITZ A. SANTA CURZ: (1) Como autores de sendos delitos de pertenencia a banda armada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años de prisión a cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por ese tiempo. (2) Como autores de ciento ochenta y cuatro (184) delitos de homicidio terrorista en grado de tentativa, con la concurrencia de la agravante de disfraz, a las penas de quince años de prisión a cada uno por cada delito, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de prisión. (3) Como autores de un delito continuado de daños con finalidad terrorista, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión a cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por ese tiempo. (4) Como autores de sendos delitos de tenencia ilícita de armas cualificado por su pertenencia a una organización terrorista, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión a cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por ese tiempo. (5) Asimismo les condenamos a indemnizar, conjunta y solidariamente, a RENFE en 62.402,89 euros. Se impone la mitad de las costas a cada procesado.*

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación de los acusados **Gorka L. L. y Garikoitz A. S. C.**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal

Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación de los acusados **GORKA L. L.** y **GARIKOITZ A. S. C.**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Al amparo de lo establecido en el artículo 849.2 L.E.Cr., (recurso por infracción de ley) y más concretamente cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, concretamente la documentación incautada a Garikoitz A. , cuya traducción consta al folio 83 de las actuaciones, folio 66 y ss. relativos a la detención de Gorka L. en cuya detención se incauta una hoja con anotaciones de avisos a diversos medios de comunicación y de socorro en relación con la declaración policial de Garikoitz A. , que obra a los folios 243 y ss. y de Gorka L. y que constan a los folios 303 y ss.; Segundo.- Al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 L.E.Cr. (recurso por infracción de ley) y más concretamente al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo o norma jurídica de mismo carácter. En el presente caso debido a la aplicación indebida del art. 28 del C.P. en relación con los artículos 572.1,1 del C.P. de 1.995 en relación con el art. 8.3 de la C.E. (principio de legalidad, seguridad jurídica); Tercero.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr. por infracción de ley, y en concreto por indebida aplicación de precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica de mismo carácter. En el presente caso debido a la aplicación indebida del art. 76.1.d del C.P. en relación con la vulneración del art. 9.3 de la C.E. (legalidad y seguridad jurídica) y artículo 17.1 del mismo texto constitucional.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó todos sus motivos, dándose igualmente por instruida y por impugnado el recurso por la representación de la parte recurrida, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró la misma el día 8 de febrero de 2.006, con la asistencia de la Letrada recurrente Dña. Ainhoa Baglietto Gabilondo, en defensa de los recurrentes acusados Gorka L. L. y Garikoitz A. S. C., que mantuvo su recurso; con la no asistencia del Letrado recurrido, uniendo a los autos escrito presentado por el Procurador D. Manuel Lanchares, con fecha de registro de entrada de 7 de febrero de 2.006, habiéndolo recibido en Secretaría, y con la presencia del Ministerio Fiscal que impugnó el recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Nacional dictó sentencia por la que condenaba a los acusados "GORKA L. L. y a GARIKOITZ A. SANTA CURZ: (1) Como autores de sendos delitos de pertenencia a banda armada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años de prisión a cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por ese tiempo. (2) Como autores de ciento ochenta y cuatro (184) delitos de homicidio terrorista en grado de tentativa, con la concurrencia de la agravante de disfraz, a las penas de quince años de prisión a cada uno por cada delito, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de prisión. (3) Como autores de un delito continuado de daños con finalidad terrorista, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión a cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por ese tiempo. (4) Como autores de sendos delitos de tenencia ilícita de armas cualificado por su pertenencia a una organización terrorista, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión a cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por ese tiempo".

SEGUNDO.- Ambos acusados interponen conjuntamente recurso de casación contra la mentada sentencia, limitando su impugnación a los delitos de homicidio intentado y a la resolución del Tribunal sentenciador de aplicar el art. 76.1.d) C.P. que establece el máximo de cumplimiento en cuarenta años de prisión, absteniéndose los recurrentes de formular alegación impugnativa alguna en relación con los restantes delitos por los que fueron condenados.

TERCERO.- El primer motivo casacional, articulado al amparo del art. 849.2º L.E.Cr., denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba por no haberse incluido en la declaración de Hechos Probados que la finalidad de la acción de los acusados no era otra que la causación de daños en la estación de Chamartín. Para ello habían dispuesto que el explosivo estallara cuarenta y cinco minutos más

tarde de su llegada a la estación final. Además de ello, habían establecido varias formas de aviso tanto a los viajeros, como a los medios de comunicación y demás.

Como documentos que acreditarían el error de hecho -omisivo- que se alega, los recurrentes señalan los siguientes: 1.- Folio 2 y 3 de las actuaciones "(...) se ha procedido a la detención de Garikoitz A. (...) que portaba los siguientes efectos en el momento de su detención: (.....). "Una tira en papel recortada escrito seguramente a ordenador con diversos teléfonos de Radio Taxis, la DYA, RENFE, Radio Euskadi y Euskadi Irratia, que continúa con un recorrido cronológico que comienza a las 6'30 en Andoain y termina a las 14'15 en Hernani devolviendo el coche. (....). "Una mochila negra y gris conteniendo un discman que lleva acoplados dos altavoces y un reloj temporizador; los altavoces conectados (....)". 2.- Folio 67 y 68 de las actuaciones "(...) se ha procedido a la detención (...) Gorka Loran L. (.....) en el momento de su detención portaba los siguientes efectos: (....). "Una hoja de una libreta con anotaciones de los números de Radio Taxi, Dya, Renfe, Auskadi Irratia, Información y Centralita; (....)". 3.- Folio 83 de las actuaciones, "Traducción del documento incautado a Garikoitz A. Santacruz. (....). Coger el discman. 13'00 Llamada".

El motivo carece de todo fundamento y debe ser desestimado.

El error de hecho en la valoración de la prueba como motivo de casación ha sido incluido en la L.E.Cr. por el legislador de 1.933 como una especial excepción al principio de que solamente el Tribunal ante el que se ha practicado la prueba -inmediación-, que ha visto y oído lo que ningún otro órgano jurisdiccional tendrá ocasión de ver y escuchar, que puede, incluso, valorar los silencios, gestos y actitudes de acusados y testigos para formar su convicción sobre los hechos; sólo ese Tribunal está en condiciones de hacer una declaración de Hechos Probados precisamente porque es el único que ha estado en contacto directo e inmediato con la práctica de las pruebas que sostienen el relato histórico de la sentencia.

Pero en ocasiones, la prueba que acredita el hecho no precisa de esas circunstancias de inmediación, sino que se fundamenta en elementos que pueden ser valorados por el órgano juzgador o por otro distinto en las mismas condiciones. Eso ocurre cuando la prueba la constituye un documento con valor acreditativo propio, con autarquía probatoria del hecho de que se trate, lo que ha sido denominado "*litosuficiencia*". En tales casos, y sólo en tales casos podrá ser revisada la valoración de la prueba efectuada en la instancia por otro Tribunal, porque el documento literosuficiente no necesita de ningún otro elemento complementario para probar el hecho, sino que lo demuestra con su propio

contenido, aséptico y objetivo, independientemente de los ojos que lo examinen y lo analicen. Justamente ahí radica la excepción que contempla el artículo 849,2° citado y justamente por ello la Ley exige de manera inexcusable un documento con las señaladas características "*que demuestren la equivocación del juzgador*".

Los documentos a que se refiere el art. 849.2° L.E.Cr., son representaciones gráficas de pensamientos, ideas, actos o hechos acaecidos, conductas o sucesos, generalmente por escrito, aunque también deben admitirse como tales los disquetes, vídeos, películas, con un criterio moderno de interacción de las nuevas realidades tecnológicas, con el mencionado contenido.

Pues bien, con arreglo a esa exigencia, deben excluirse desde luego como "documentos" susceptibles de acreditar la equivocación del juzgador de instancia, la "mochila negra y gris y el discman que lleva acoplados dos altavoces y un reloj temporizador ...", que son meros y simples aparatos u objetos, entre los que no se encuentra ninguna cinta de audio, que tampoco se relaciona entre los efectos intervenidos por la policía al acusado A. , según consta en el atestado. Y son mencionados en la sentencia (pág. 6).

Tan esencial como el requisito anterior, es que el documento demuestre por su solo y objetivo contenido, y de manera irrefutable, incontrovertible, definitiva e indubitada el error que se achaca al Tribunal, que es lo que se viene denominando como "literosuficiencia" o "autarquía acreditativa", sin necesidad de acudir a otras pruebas para complementar el sentido probatorio de aquél. Y, en el supuesto examinado, tampoco se dan estos requisitos, como lo evidencia sin necesidad de más explicaciones, que el propio motivo tiene que cohonestar los sedicentes documentos que indica y ponerlos "en relación con la declaración policial de Garikoitz A. que obra a los folios 243 y ss., y de Gorka L. y que constan a los folios 303 y 22.". Así se pone claramente de manifiesto la ausencia total de literosuficiencia de los documentos alegados, deficiencia que resalta por sí misma al verificar el contenido de aquéllos, que no indican sino lo que dicen textualmente: las anotaciones de teléfonos en un papel, que la Sala no desconoce ni omite (folio 7 de la sentencia), que nada demuestra, y un fragmento de las anotaciones de A. sobre el "recorrido cronológico que comienza a las 6'30 en Andoain y termina a las 14'15 en Hernani devolviendo el coche", en el que figura "13'00 llamada", expresión que admite una pluralidad de posibilidades, todas ellas especulativas, una de las cuales (pero sólo una, y también conjetural) es que se refiriera a una llamada de alerta sobre la colocación del explosivo en el tren, si bien esa hipótesis se desvirtúa por dos razones: si, como insisten los recurrentes, el

propósito era causar destrozos en la estación ferroviaria de Chamartín de Madrid a las 15'55 horas, carece de sentido que el aviso se diera a las 13'00, lo que hubiera determinado la inmediata detención del tren y su inspección, a muchos kilómetros y mucho tiempo antes de la proyectada explosión, con lo que se hubiera frustrado el objetivo de los autores por su propia actuación; y, en segundo lugar, porque el coacusado Gorka L. declaró -según pone de relieve el mismo motivo- que "... era el declarante el que iba a llamar a radio Euskadi, Renfe y Dya, **a las quince horas y diez minutos del día 24** de diciembre para comunicar la colocación e inminente explosión de los artefactos en nombre de ETA".

CUARTO.- Con todo, el error que se denuncia carecería de relevancia para modificar el fallo de la sentencia al resultar -de existir- causalmente irrelevante con los pronunciamientos que allí se establecen.

El recurso vincula el motivo de error de hecho con el segundo reproche casacional en el que se alega infracción de ley por incorrecta aplicación del art. 572.1.1 C.P., cuando el precepto aplicable a los hechos probados sería el art. 346 C.P. que tipifica el delito de estragos, en el que se integra la actuación de los acusados, reiterando que éstos "tenían la intención de causar grandes destrozos en la estación de tren de Chamartín [y que] su objetivo no era la causación de daños personales, aún cuando pusieran en peligro la vida de las personas, como lo "evidencia" tanto los sistemas de aviso, como la hora a la que se pretendía que estallara el explosivo".

El tipo delictivo de estragos contemplado en el art. 346 C.P. se nuclea en torno a dos condiciones: la utilización de medios de gran poder destructivo capaces de causar la destrucción de determinadas instalaciones o los específicos efectos que se expresan en el precepto, y -como novedad del tipo vigente-, la creación de un peligro para la vida o integridad de las personas, que debe encontrarse ínsito en la acción ("comportaren necesariamente", especifica el precepto). Se trata, pues, de un tipo mixto de resultado (daños materiales) y de peligro (de la vida o integridad), generado éste, precisamente, por la acción destructiva, siendo necesario que el riesgo de muerte o lesiones para las personas esté abarcado por el delito del autor, al menos a título eventual. Por lo demás, es claro que este delito admite formas imperfetos de ejecución, como la tentativa, acabada o inacabada.

El número 3º del precepto establece que en el caso de que el riesgo mencionado se realice de manera que junto a la destrucción del objetivo, la acción típica produzca un resultado efectivo de lesión o muerte de las personas, estos

resultados serán sancionados separadamente con la pena propia del delito que constituyen tales resultados contra la vida o integridad de las personas, es decir, creándose por voluntad del legislador una situación de concurso real de delitos.

Pues bien, el motivo casacional sostiene que la **intención** de los acusados era la de causar grandes destrozos en la estación de ferrocarril de Chamartín, pero no daños personales, **aún cuando se acepta que pusieron en peligro la vida de las personas**, por lo que los hechos debieron ser calificados como delito de estragos en grado de tentativa porque, al no darse el supuesto del inciso segundo, esto es, al no concretarse el peligro para las personas por no haberse producido la explosión que hubiera originado la destrucción material de la estación y las muertes o lesiones de las víctimas, no cabe calificar los hechos como tentativa de homicidio terrorista.

Pero la censura no puede prosperar. En primer lugar, el Tribunal de instancia no aplica el mentado inciso segundo, porque, como es de ver, no sanciona separadamente el intento de estragos y el intentado delito de homicidio, sino que califica los hechos únicamente como constitutivos de este último. Y debemos ya afirmar que la subsunción, integrando la actuación de los acusados en el art. 572.1.1 C.P. como delito intentado, es jurídicamente correcta.

Y ello es así desde el momento en que el escenario que nos muestra el Hecho Probado, no es la colocación por los acusados de una poderosa carga de explosivo de gran poder destructor en la estación para que ésta fuera devastada a las 15,55 horas del 24 de diciembre, 45 minutos después de que el tren Irún-Madrid, hubiera llegado a la estación de su destino. La acción de los acusados, fuera con aquel propósito o con otro, consistió en esconder en un tren repleto de pasajeros una gran cantidad de alto explosivo, mucho tiempo antes al previsto para su explosión y a mucha distancia de la estación que aquéllos tenían la intención de volar. Quieresé decir que durante varias horas (desde las 08'30 hasta las 15'12, hora prevista de llegada, contando con que ésta se hubiera producido con puntualidad), y durante muchos kilómetros, las 184 personas que viajaban en el tren estuvieron sometidos a un peligro gravísimo, actual, real para sus vidas por la acción consciente y voluntaria de los acusados ante la posible y probable deflagración de la materia explosiva que hubiera podido producirse fácilmente por multitud de causas en cualquier momento de tan largo recorrido y duración. Así resulta de los dictámenes periciales recogidos en la sentencia impugnada, que afirmaron que la explosión podía haberse producido no sólo por la finalización de la temporización sino, al ser unos sistemas muy sensibles, al recibir un golpe fortuito como el

producido al colocar otra maleta encima, con el propio movimiento del tren ("traqueteo", según dijeron) e incluso con el aparato eléctrico de una tormenta (aclararon que ese día la había) pues se trata de un circuito eléctrico modificado. Y ninguna duda cabe que tal eventualidad debió haber sido prevista por los autores del hecho, por lo que, representándose la probabilidad del resultado y asumiendo éste sin abdicar de la acción que lo produciría, es palmario que nos encontramos ante una acción constitutiva de delito de homicidio con dolo eventual, en grado de tentativa.

Es por ello por lo que decíamos que en ese marco fáctico, la alegación -supuesta y no probada- de que los autores del hecho iban a dar aviso de alerta sobre la existencia del explosivo en el interior de la maleta, carece de importancia si tenemos en cuenta que dicha llamada de aviso se iba a realizar a las 15'10 horas, es decir, dos minutos antes de la llegada del tren a la estación, y después de que la posible y probable explosión de la carga colocada en el tren, con sus fatales resultados se hubiera cernido sobre los ocupantes de aquél durante más de seis horas y media a lo largo de todo el trayecto San Sebastián-Madrid como consecuencia de la acción consciente y voluntariamente realizada por los acusados actuando en comando de manera conjunta, aunque sólo uno de ellos fuera quien depositara la maleta con los explosivos en el tren, con lo que, por otra parte, se confirma que esta acción criminal adquiere autonomía propia como conducta delictiva con independencia de cuáles fueran los definitivos propósitos de aquéllos.

Es esta actividad la que integra el delito por el que los acusados han sido condenados, que tipifica el art. 572.1.1 en relación con el 16.1 C.P., y ello con independencia de lo que hubiera podido haber sucedido después de la llegada del tren a Chamartín. Porque aquí lo que prevalece es lo que realmente acaeció: la colocación de una gran cantidad de dinamita en un tren por personas pertenecientes y miembros activos de una organización terrorista como es ETA, que por las circunstancias concurrentes pudo explosionar en cualquier momento y causar la muerte de cuantas personas viajaban, aun cuando ese resultado, previsible, previsto y aceptado, no fuera directamente querido por los autores del hecho.

A este respecto, conviene recordar la incesante doctrina de esta Sala plasmada en numerosos precedentes jurisprudenciales según la cual, el elemento subjetivo del delito de homicidio no es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades, el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción

agresiva, y el dolo eventual, que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa directa e inmediata del resultado producido (STS de 8 de marzo de 2.004).

Como se argumenta en la STS de 16 de junio de 2.004 el dolo, según la definición más clásica significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado, o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si, además, resulta acreditado la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, vida (véanse también, entre otras muchas SS.T.S. de 1 de diciembre de 2.004 y 14 de febrero de 2.005).

Al margen de lo hasta aquí expuesto, no debemos omitir otra consideración que estimamos relevante: la concreta acción criminal efectuada en el tren es bien diferente de la que se proyectaba ejecutar en la estación de Chamartín; también serían bien distintos los previsibles resultados causados por la primera, como los proyectados por la segunda, apreciándose la misma diferencia en cuanto a las víctimas, dado que en la primera lo habrían sido los pasajeros del tren, distintos de las personas que hubieran fallecido de haberse producido la explosión pretendida en la estación, por cuanto, según el "factum" y los propios recurrentes, ésta habría tenido lugar casi una hora después de que los pasajeros hubieran

abandonado el tren, por lo que las eventuales víctimas de la deflagración de la bomba lo hubieran sido otros pasajeros o/y las personas que en ese momento se encontraran en el radio de acción del estallido.

Ello quiere decir que, en realidad, no hubiera existido inconveniente alguno en calificar los hechos como constitutivos de un concurso real de delitos: el múltiple homicidio intentado, como resuelve la sentencia, y el delito, también intentado, de estragos.

Por las consideraciones que se exponen, el motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- El motivo tercero del recurso se formula al amparo del art. 849.1 L.E.Cr. por infracción de ley, y en concreto por indebida aplicación de precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica de mismo carácter. En el presente caso debido a la aplicación indebida del art. 76.1.d del C.P. en relación con la vulneración del art. 9.3 de la C.E. (legalidad y seguridad jurídica) y artículo 17.1 del mismo texto constitucional.

La censura se centra en la decisión del Tribunal de instancia de fijar en cuarenta años de prisión el tiempo máximo del cumplimiento de las penas impuestas.

La sentencia establece que "conforme a la letra d) del número 1 del art. 76 C.P., se fija el límite máximo de cumplimiento en 40 años de prisión, al estar el homicidio terrorista consumado castigado con pena superior a 20 años".

El recurrente, por su parte, sostiene que la sentencia incurre en "error iuris" porque el tiempo máximo de cumplimiento no debe ser establecido atendiendo al delito de homicidio consumado, sino al de homicidio intentado que es el que calificó la Sala sentenciadora, cuya pena en ningún caso sería superior a los veinte años de prisión.

El precepto aplicado establece que el límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable será "de 40 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años".

El delito de homicidio terrorista está comprendido en la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código, cuyo art. 572.1.1 no contempla la forma imperfecta de ejecución como un valor autónomo independiente del delito consumado que tipifica, de suerte que la redacción del art. 76.1.d) C.P., al incluir el término "delitos" sin ninguna otra precisión o especificación se está refiriendo al concepto legal de delito que se expresa en el art.

10 del Código, en cuya definición no se hacen distinguos sobre las formas imperfectas de ejecución o de participación.

De hecho, la cuestión es la misma que se presentó a la hora de interpretar la expresión "pena máxima señalada al delito" del art. 131 C.P. al establecer los plazos de prescripción de las diferentes figuras delictivas tipificadas en el Código. Pues bien, la polémica suscitada al respecto sobre si el marco de referencia debía ser la pena máxima establecida para el delito consumado, o, por el contrario, la señalaba al delito atendiendo al grado de ejecución alcanzado o a las formas de participación, quedó zanjada por el Acuerdo del Pleno de esta Sala de 29 de abril de 1.997, en el que se abordó si había de partirse de la pena en abstracto fijada para el delito de que se trate, o de la pena en concreto resultante de la aplicación de las normas sobre grados de participación y ejecución, resolviéndose el debate de acuerdo con la primera tesis. La consecuencia de dicha resolución se plasmó, entre otras, en la STS de 12 de abril de 1.997 que, si bien anterior al Pleno citado, fue el criterio sustentado en la misma el que prosperó en la Junta General, y en la que se dejaba sentado que "tenemos que afirmar que cuando la ley habla de delitos graves entiende por tales aquellos a los que se señala una pena superior a tres años sin tomar en consideración si el delito se ha cometido en grado de tentativa o consumado, con lo que podemos afirmar que si por aplicación de una eximente incompleta debemos bajar la pena a una franja inferior a tres años no por eso el delito pierde la consideración de grave. En resumen la gravedad se determina por la pena abstracta independientemente de las vicisitudes a las que pueda llevarnos la estimación de formas imperfectas de ejecución o los efectos de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal....."

La aplicación del art. 76.1.d) C.P. resulta, pues, ajustada a derecho y, en consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de ley, interpuesto por la representación de los acusados **Gorka L. L.** y **Garikoitz A. S. C.**, contra sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 29 de abril de 2.005, en causa seguida contra los mismos por

delitos de pertenencia a banda armada, homicidios terroristas en grado de tentativa, daños con finalidad terrorista y tenencia ilícita de armas. Condenamos a dichos acusados al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

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

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