

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 1136/2011

Fecha Sentencia: 02/11/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Segunda Sentencia

RECURSO CASACION N°:184/2011

Fallo/Acuerdo: Sentencia Absolutoria

Señalamiento: 20/10/2011

Procedencia: Audiencia Provincial de Guipúzcoa. Sección Primera.

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

Escrito por: IPR.

***TORTURAS Y LESIONES.**

***Principio acusatorio. Supuesta indeterminación en la atribución delictiva de un delito de comisión por omisión (art. 176 CP).**

***Presunción de inocencia: desconsideración valorativa de las pruebas de descargo, debilidad de las de cargo.**

Conclusiones inseguras y abiertas. Estimación del motivo.

Nº: 184/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Fallo: 20/10/2011

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 1136/2011

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Julián Sánchez Melgar
D. José Ramón Soriano Soriano
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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 dos de Noviembre de dos mil once.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, la acusación particular (**IGOR PORTU JUANENA** y **MATTIN SARASOLA YARZÁBAL**), **JUAN**

JESÚS CASAS GARCÍA, JOSÉ MANUEL ESCAMILLA MARTÍN, SERGIO GARCÍA ANDRADA MACDONALD Y SERGIO MARTÍNEZ TOME, contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que condenó a los acusados por un delito de tortura graves y lesiones, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Cuevas Rivas por la acusación particular, y Sr. Aguilar Fernández por el resto; siendo parte recurrida Juan Luis González Bouzo, Miguel Casado Rodríguez, Juan Manuel Alvarez Guerra, Oliver Pérez López, Domingo Prada Chimeno, Carlos Díez Rojo, César López Hernández, Miguel Ángel Tudela López, Jonhatan González Vidal, Germán Fernández González y Juan Carlos Maragoto Maragoto, representados por el Procurador Sr. Ignacio Aguilar Fernández.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número Uno de los de Donostia-San Sebastián instruyó Procedimiento Abreviado con el número 173/09, contra Juan Jesús Casas García, José Manuel Escamilla Martín, Jonathan González Vidal, Juan Luis González Bouzo, Miguel Casado Rodríguez, Juan Manuel Alvarez Guerra, Oliver Pérez López, Sergio García Andrade Macdonald, Sergio Martínez Tomé, Domingo Prada Chimeno, Carlos Díez Rojo, César López Hernández, Germán Fernández González, Miguel Angel Tudela López, Juan Carlos Maragoto Maragoto y contra la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil en su condición de responsable civil subsidiario, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sec. Primera) que, con fecha treinta de diciembre de dos mil diez, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

<<**PRIMERO.**- *Igor Portu Juanena, y Mattin Sarasola Yarzábal, miembros liberados del comando "Elurra", perteneciente a la organización terrorista E.T.A., se reunieron en la mañana del día 6 de*

Enero del 2008 para realizar una recogida de material en el monte Udala, perteneciente a la localidad guipuzcoana de Arrasate-Mondragón.

A tal fin, a las ocho de la mañana del día en cuestión partieron de su localidad natal y de residencia habitual, Lesaka, sita en Navarra, conduciendo cada uno su propio vehículo, Igor Portu un Ford Focus matrícula 0738DXD y Mattin Sarasola un Volkswaagen Caddy de color gris, matrícula 8878DJB propiedad de su hermano, Gaizka Sarasola.

Tras llegar a la localidad de Arrasate-Mondragón, aparcaron los vehículos en el Barrio de Udala, Mattin unos metros más adelante, en la propia calle Udala. Caminando, se dirigieron a la zona que Igor tenía previamente señalizada para realizar la recogida, quedándose Mattin más atrasado en funciones de cobertura a su compañero. Igor se internó en la zona de monte que tenía designada al efecto, y tras andar escasos cinco o diez minutos, recogió de la zona señalada dos paquetes perfectamente estanquerizados, conteniendo en uno de ellos dos revólveres calibre 38 SPL, marca Smith & Wesson, con número de serie respectivamente DAH2568 y DAE9132, mientras que el otro contenía munición correspondiente al mismo calibre de los anteriores, en concreto, 50 cartuchos marca Montox. Introdujo los paquetes en su mochila, y tras reunirse con Mattin, caminaron calle abajo en dirección al lugar donde Mattin había estacionado previamente su vehículo.

Ya en la propia calle, estando a escasos metros del vehículo, se vieron sorprendidos por la presencia de un control de la Guardia Civil.

En concreto, el operativo policial estaba formado por cuatro vehículos Nissan Patrol: GR PGC- 1108-N, GR PGC-1113-N, Nissan Patrol GR PGC- 1133-N, Nissan Patrol GR PGC-1529-N y dos vehículos camuflados: Renault Megane PGC- 0526-C y Renault Clio PGC-0320-C. Los conductores de estos vehículos camuflados eran Jonathan González Vidal y Germán Fernández González, respectivamente.

El operativo policial formado por quince agentes de la Segunda Compañía del Grupo de Acción Rápida de la Guardia Civil había partido del Cuartel de Intxaurrondo de San Sebastián sobre las 9.00 horas de la mañana para realizar labores de reconocimiento sobre la zona.

Tras pasar por el peaje de Mondragón entre las 9.50-9.52 minutos, los vehículos camuflados se dirigieron a la propia localidad de Mondragón, para realizar un reconocimiento del núcleo urbano, mientras que los vehículos Patrol estacionaron en la calle Udala, en segunda fila, y

en batería, a salvo de un primer vehículo que estacionó unos metros más arriba.

El sargento Juan Jesús Casas García, con número profesional H01760U, jefe del operativo policial, vio bajar caminando del monte a los dos jóvenes, quiénes rápidamente levantaron sus sospechas, por la propia hora que era, primera hora de la mañana de un domingo de Reyes, por la indumentaria que llevaban, ropa de monte con mochilas y porque escasamente un mes antes en la misma zona habían detenido a un activista de la banda tras una entrega de material.

Es por ello que, tras comunicar a sus compañeros que iban a proceder a identificar a los jóvenes, descendió del vehículo. A su vez del Nissan Patrol ubicado en tercer lugar, descendieron los guardias civiles José Manuel Escamilla Martín con número profesional L96154Z, Sergio García Andrade, con número profesional D74709F y Sergio Martínez Tome con número profesional A57291I.

Se acercaron a los jóvenes, y les hicieron cruzar a la acera de enfrente, donde, tras cachearles los bolsillos, les requirieron la entrega de la documentación y de las mochilas que portaban. Los tres guardias indicados, debidamente uniformados, apuntándoles con sus armas reglamentarias, les estuvieron custodiando mientras que el sargento Casas volvía sobre sus pasos, y desde la posición de copiloto de su vehículo Patrol, comprobaba la documentación de los jóvenes. Dado que los dos eran miembros legales de la organización terrorista E.TA., es decir, no fichados policialmente, su identificación no arrojó ningún dato significativo. Tras ello, examinó el contenido de las mochilas. Abierta la primera, nada encontró. Es al abrir la segunda, propiedad de Igor Portu, cuando descubrió los dos paquetes y el contenido de los mismos, por lo que sus sospechas iniciales, se incrementaron, y ordenó detener e incomunicar policialmente a estos jóvenes, por su presunta pertenencia a la banda terrorista E.TA. Sus compañeros les esposaron con las manos hacia atrás, y les introdujeron en sendos vehículos Nissan Patrol.

El vehículo conducido por Mattin Sarasola fue intervenido, por su presunta vinculación con actividades delictivas.

El sargento Casas y el guardia Escamilla, se introdujeron en uno de los vehículos y se ocuparon de la custodia de Igor Portu Juanena, mientras que los guardias civiles Sergio García Andrade y Sergio Martínez Tome, en otro vehículo, custodiaron a Mattin Sarasola.

SEGUNDO.- Inmediatamente después, la comitiva policial, por decisión o contando con el conocimiento y el beneplácito del sargento Casas, se puso en marcha hacia una pista forestal cercana, sita en el barrio Untzilla del término municipal de Aramaio, en concreto, entre los barrios Untzilla y Suiña de Aramaio.

Durante este trayecto, los guardias civiles reseñados y aquellos que ocupaban la posición de copiloto de cada vehículo, cuya identidad no ha podido ser determinada en este procedimiento, comenzaron a dirigirse hacia Portu y Sarasola respectivamente, con las expresiones: "hijo de puta, te vamos a matar".

Les comenzaron a golpear. Los golpes provenían de los tres guardias civiles que les acompañaban, sobre todo del que ocupaba la posición de copiloto, y estaban dirigidos a la zona de la cara y la cabeza de cada activista, dirigidos con la mano y con el puño.

En concreto, a Sarasola le inclinaron la cabeza sobre las piernas, y, con la única intención de humillarle, le comenzaron a dirigir expresiones del tipo "lo vas a pasar mal, asesino, te vamos a matar". "Vamos a detener a tu hermano". Los golpes provenían de los tres agentes. Los dos guardias civiles que le custodiaban, García Andrade y Martínez Tomé, le propinaban cachetes, empujones.

Tras este traslado, lo llevaron a una especie de camino o pista forestal de tierra, de los utilizados para cortar pino, situado a diez minutos, más o menos, en coche, del lugar en el que se había producido la detención. Tras llegar al lugar de destino, el vehículo se detuvo. A Sarasola, que permanecía esposado con las manos hacía atrás, los guardias civiles García Andrade y Martínez Tome le bajaron del vehículo, le colocaron una pistola en la sien, le dijeron que "le iban a hacer como a Mikel Zabalza", le empujaron, le tiraron cuesta abajo, y, cuando estaba en el suelo, le endilgaron una serie de patadas en los costados y en las piernas, así como un elenco de puñetazos por todo el cuerpo, llegando a colocarle una bota del pie en la cabeza.

De nuevo en dirección al Patrol, Sarasola se cayó en el trayecto de subida. Una vez arriba, le introdujeron en el Patrol y se quedó durante un rato esperando. En este intervalo de tiempo, le abrieron continuamente las puertas del vehículo, y estando esposado, con las manos hacia atrás, con el único propósito de castigarle por su pertenencia a E.T.A., le propinaron algún puñetazo en la cara y repetidas patadas en el costado derecho que impactaron en el hemitorax y antebrazo derecho del activista.

Portu fue conducido en un Patrol que seguía al vehículo de Sarasola. El sargento Casas y el guardia Escamilla que viajaban con él en la parte trasera del vehículo, con ánimo de humillarle, le profirieron expresiones del tipo "hijo de puta, te vamos a matar".

Enseguida comenzaron las alusiones a ETA al decirle "gudaris de mierda, los jefes están muy bien en Francia, y vosotros, pringados, aquí".

Al estacionar el Patrol en el lugar, Portu, y los guardias civiles que con él se hallaban en el vehículo, entre ellos el sargento Casas, observaron cómo los agentes sacaban, del modo anteriormente indicado, a Mattin del Patrol que les precedía en la marcha y tomaban, todos ellos, dirección monte abajo, escuchando, instantes después, un fuerte ruido que, por sus características, pudieron asociar a un disparo. A los pocos minutos, Sarasola y los agentes de la Guardia Civil retornaron al campo de visión de los ocupantes del Patrol en el que estaba Portu, siendo introducido el detenido en el otro Patrol.

Durante este íterin, el Sargento Casas, teniendo la dirección funcional del operativo policial, no actuó, pudiendo hacerlo, para impedir las agresiones que veía que los agentes a su mando estaban realizando sobre Sarasola y que, en atención a la anómala conducción del citado detenido monte abajo hacia una zona solitaria, conocía iban a continuar realizando sus subordinados sobre el mismo.

Tras un breve intervalo de tiempo, entre tres o cuatro agentes, incluyendo al sargento Casas y al guardia civil Escamilla, sacaron a Portu del vehículo a empujones, y lo condujeron monte abajo. Al llegar cerca del río Aramaio, le propinaron, con la única intención de castigarle por su presumida pertenencia a E.T.A., patadas en las extremidades inferiores, puñetazos en el vientre, y un puñetazo, de gran intensidad, a la altura de la parte inferior de la octava costilla, alcanzando la novena y la décima. En la explanada del río, le introdujeron la cabeza en el agua. Repitieron dos o tres veces la sumersión, mientras le preguntaban si era de E.T.A., y le referían si tenía bien la apnea. Levantándole de los tobillos, le hicieron tragar agua. Le sacaron y le subieron monte arriba, mientras le iban diciendo "que estos eran los primeros veinte minutos y que tenían cinco días para hacer con él lo que quisieran".

En el trayecto de subida, la secuencia agresiva en forma de patadas por todo el cuerpo, piernas, costado y puños en la cara y en el tronco se repitió.

Una vez arriba, le metieron en el mismo Patrol en el que había llegado, y teniendo la cabeza encapuchada, y entre las piernas, le condujeron al cuartel de Intxaurreondo.

Durante el traslado de vuelta, realizado por autopista, recibió algún cachete.

TERCERO.- *Tras un intervalo de tiempo no superior a los tres cuartos de hora, la comitiva policial se marchó del lugar, y se dirigió a la autopista. Llegaron al peaje de Zarauz sobre las 12.07-12.10 horas de la mañana, y el ingreso de Portu y Sarasola en los calabozos del cuartel de Intxaurreondo quedó registrado a las 12.25 horas.*

El Grupo de Acción Rápida de la Guardia Civil terminó su intervención y el Grupo de Información asumió la competencia sobre los detenidos, y sobre el resto de diligencias policiales que habían de practicarse.

El guardia civil Juan Carlos Maragoto Maragoto con n° profesional 6011536 se ocupó de la custodia de los detenidos dentro de las dependencias policiales.

CUARTO.- *Pasadas las 19.30 horas de la tarde, Sarasola y Portu fueron conducidos a sus domicilios en la localidad de Lesaka, para presenciar los respectivos registros domiciliarios.*

El traslado a Mattin fue realizado en un Peugeot 405 conducido por el guardia civil Miguel Ángel Tudela López, con número profesional K06469N y custodiado por los guardias civiles Domingo Padra Chimeno, N41130M y Carlos Diez Rojo, N46128X, siendo jefe del operativo, el teniente Cesar López Hernández, con número profesional N29100C. Tras regresar a San Sebastián, fue reconocido por el Médico-Forense y conducido, por la misma comitiva, a las dependencias de la Guardia Civil en Madrid. Tras este trayecto fue ingresado en calabozos y el Médico-Forense adscrito a la Audiencia Nacional le apreció, además de las lesiones señaladas, una equimosis en pabellón auricular derecho y retroauricular con origen no determinado.

Igor Portu fue conducido en un vehículo Peugeot 406 conducido por Juan Luis González Bouzo, con número profesional E2552V, en el que los guardias civiles Miguel Caso Rodríguez, con número profesional A80513Y, y Juan Manuel Álvarez Guerra, con número profesional D10437T desempeñaban labores de custodia, mientras que el teniente Oliver Pérez López, con número profesional X94745W, era el encargado del operativo.

Durante el traslado y posteriormente en el desarrollo del registro, Igor Portu dio muestras de fatiga, por lo que una vez en su domicilio, pidió una silla para sentarse. Para este momento, le costaba hablar, y responder a las preguntas que le formulaban. Al llegar a San Sebastián, fue trasladado al Médico-Forense. Tras ser reconocido por el Médico-Forense, fue trasladado al Hospital Donostia, donde tras examinado, fue ingresado en la UCI con pronóstico de gravedad, presentando las lesiones que a continuación se describen.

QUINTO.- *A resultas de los golpes proferidos por los guardias civiles Sergio García Andrade y Sergio Martínez Tomé en el marco de un actuación policial dirigida por el sargento Casas, que, este último, teniendo obligación legal por razón de su función directiva de impedir, permitió le fueran infligidos, el detenido Mattin Sarasola sufrió las siguientes lesiones:*

En región cefálica: hematoma violáceo en párpado inferior de ojo derecho.

En región torácica y abdominal: hematoma violáceo de 8x7 cms en región externa del pectoral derecho, equimomas múltiples difusos de color verdoso en cara lateral de arcos costales izquierdos, equimoma verdoso redondeado de 2,5 cm de diámetro en cara externa de región pectoral izquierda.

En extremidades superiores: hematoma violáceo de 8x7 cm en región axilar derecha, equimoma verde-violáceo de 4x2,5 cm en cara externa de tercio medio de brazo derecho, 4 equimomas consecutivos de morfología redondeada, con diámetros entre 1-2 cm aproximadamente y coloración verde-violácea en mitad superior de cara anterior de brazo derecho, hematoma violáceo de 5 cm de diámetro aproximadamente, en cara anterior de tercio superior de brazo, a la altura del hombro derecho, 2 equimomas consecutivos, de morfología redondeada, con diámetros de entre 1 -2 cms, aproximadamente, y coloración verde-violácea, en mitad superior de cara anterior de brazo izquierdo. Dos equimomas de coloración rojo-violácea de tamaño similar sobre zona petequial de 4x4 cm, equimoma rojo violáceo de 4x6 cm en región de tercio medio de cara lateral externa de brazo izquierdo.

Para la curación de estas lesiones, Mattin Sarasola precisó medicación anti-inflamatoria, invirtiendo 14 días en su curación, ninguno de los cuales fue impeditivo para sus ocupaciones habituales.

Igor Portu por su parte, a resultas de los golpes que le endilgaron, entre otros, los guardias civiles Juan Jesús Casas García y José Manuel Escamilla Martín, sufrió las siguientes lesiones:

En la región cefálica: hematoma violáceo en párpado inferior del ojo izquierdo, con derrame conjuntival, eritema difuso en cuero cabelludo, particularmente en región parieto-occipital, con dolor a la palpación del mismo.

En región torácica y abdominal: equimoma difuso de aproximadamente 13x7 cm, que se asocia a una zona figurada, con tres líneas onduladas, orientadas en sentido diagonal al eje longitudinal del cuerpo, de color acarminado, localizada en zona de epigastrio-hipocondrio izquierdo.

En extremidades inferiores: erosión redondeada de 1,5 cm de diámetro con excoriaciones puntiformes, en cara anterior de rodilla izquierda, erosiones puntiformes varias en región pretibial de pierna izquierda, erosión lineal de 6 cm diagonal al eje longitudinal del cuerpo, que se localiza en tercio medio de región pretibial de pierna izquierda, asociada a equimosis acarminada difusa de 4x4 cm, equimosis acarminada, difusa, de 5x3 cm en cara antero- interna de rodilla derecha, excoriaciones varias de entre 3 y 4cm en región pretibial de pierna derecha.

Hematoma en región dorsal a nivel de la 9-10 costilla izquierda y enfisema subcutáneo de gran importancia que interesaba a la región cervical, tórax y abdomen, fractura costal polifragmentaria a nivel de arco posterior de la 9a costilla izquierda en su zona media, fractura de cabeza de 9a costilla izquierda, fractura de cabeza de la costilla izquierda, neumomediastino, hemonemotórax, contusión pulmonar, colapso pulmonar y derrame pleural.

Para su sanación, Igor Portu precisó asistencia hospitalaria, invirtió 27 días en su curación, de los cuáles 22 fueron improductivos para sus ocupaciones habituales, y el resto fueron de ingreso hospitalario>>.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<< FALLAMOS.- PRIMERO.- Condenamos a Don Juan Jesús Casas García:

1.- Como autor de un delito de torturas graves, previsto y penado en el artículo 174 del CP, a la pena de dos años de prisión- con la accesoria

de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la duración de esta condena- e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años, más las costas procesales correspondientes a esta infracción, incluidas las devengadas por la acusación particular.

2.- Como autor de un delito de torturas graves, previsto y penado en el artículo 176 del CP. a la pena de dos años de prisión -con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la duración de esta condena- e inhabilitación absoluta por el tiempo de ocho años, más las costas procesales, incluidas las devengadas por la acusación particular.

3.- Como autor de un delito de lesiones, previsto y penado en el artículo 147.1 del CP a la pena de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, más las costas procesales, incluidas las devengadas por la acusación particular.

4.- Como autor de una falta de lesiones del artículo 617.1 CP, a la pena de ocho días de localización permanente, más las costas procesales, incluidas las devengadas por la acusación particular.

SEGUNDO.- Condenamos a Don José Manuel Escamilla Martín:

1.- Como autor de un delito de torturas graves, previsto y penado en el artículo 174 del CP, a la pena de dos años de prisión -con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la duración de esta condena- e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años, más las costas procesales, incluidas las devengadas por la acusación particular.

2.- Como autor de un delito de lesiones, previsto y penado en el art. 147 del CP. A la pena de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, más las costas procesales, incluidas las devengadas por la acusación particular.

TERCERO.- Condenamos a Don Sergio García Andrade Macdonal:

1.- Como autor de un delito de torturas graves, previsto y penado en el artículo 174 del CP, a la pena de dos años de prisión -con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la duración de esta condena- e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años, más las costas procesales, incluidas las devengadas por la acusación particular.

2.- Como autor de una falta de lesiones, prevista y penada en el artículo 617.1 del CP, a la pena de ocho días de localización permanente, más las costas procesales, incluidas las devengadas por la acusación particular.

CUARTO.- Condenamos a Don Sergio Martínez Tomé:

1.- Como autor de un delito de torturas graves, previsto y penado en el artículo 174 del CP, a la pena de dos años de prisión- con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la duración de esta condena- e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años, más las costas procesales, incluidas las devengadas por la acusación particular.

2.- Como autor de una falta de lesiones, prevista y penada en el artículo 617.1 del CP a la pena de ocho días de localización permanente, más las costas procesales, incluidas las devengadas por la acusación particular.

QUINTO.- Absolvemos a Miguel Casado Rodríguez, Juan Manuel Álvarez Guerra, Oliver Pérez López, Domingo Parda Chimeno, Carlos Diez Rojo, César López Hernández, Jonathan González Vidal, Juan Luis González Bouzo, Germán Fernández González, Miguel Ángel Tudela López, Juan Carlos Maragoto Maragoto del delito de torturas graves, del delito y falta de lesiones de los que venían acusados, con todos los pronunciamientos favorables para los mismos, y con declaración de oficio de las costas procesales generadas por estas pretensiones penales.

SEXTO.- Los guardias civiles Casas y Escamillas deberán indemnizar al Sr. Igor Portu Juan, de forma directa y solidaria por el daño físico y psíquico causado, en la cantidad de 10.000 euros mientras que los acusados García Andrade y Martínez Tomé, y Casas, deberán indemnizar al Sr. Mattin Sarasola Yarzabal, de forma directa y solidaria por el daño físico y psíquico causado en la cantidad de 6.000 euros. En ambos casos, con declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la Policía y Guardia Civil.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes, previniéndoles que contra la misma podrán preparar RECURSO DE CASACION en esta Sección para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de CINCO hábiles contados a partir del siguiente a dicha notificación>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por Igor Protu Juanena, Mattin Sarasola Yarzabal, Juan Jesús Casas García, José Manuel Escamilla Martín, Sergio García Andrade Macdonald, Sergio Martínez Tome y el Ministerio Fiscal, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose dichos recursos.

4.- El recurso interpuesto por el **Ministerio Fiscal**, se basó en los siguiente **MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero y único.-** Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal denuncia indebida aplicación indebida del art. 176 del Código Penal.

El recurso interpuesto por la representación de los procesados **IGOR PORTU JUANENA Y MATTIN SARASOLA YARZABAL** (Acusación Particular) se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.-** Al amparo de lo establecido por el art. 852 de la LECriminal, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 en relación con los arts. 9.3 y 120.3 de la CE; **Segundo.-** Al amparo de lo establecido en el art. 849.1 de la LECriminal, por inaplicación de los arts. 28, 11 y 176 del CP en relación con el art. 174 del CP. **Tercero.-** Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la LECriminal, por no aplicación del art. 148, ordinal segundo del CP. **Cuarto.-** Por infracción de ley al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la LECriminal, por no aplicación del art. 148.1 del CP. **Quinto.-** Por infracción de ley al amparo de lo establecido en el art. 849.1 por no aplicación del art. 227 del CP y consecuentemente, inaplicación del art. 66.1.3 del mismo texto legal. **Sexto.-** Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECriminal, por infracción de los arts. 24.1 y 120.3 de la CE, que consagran el Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva y la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales, respectivamente. **Séptimo.-** Al amparo de lo establecido en el art. 849.1 de la LECriminal, por inaplicación o aplicación indebida del art. 66.1.6 del CP en la aindividualización de las penas impuestas.

Y el recurso interpuesto por la representación de los procesados **JUAN JESÚS CASAS GARCÍA, JOSÉ MANUEL ESCAMILLA MARTÍN, SERGIO GARCÍA ANDRADA MACDONALD Y SERGIO MARTÍNEZ TOME**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE**

CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECriminal, por infracción de derechos fundamentales por infracción de las garantías previstas en el principio acusatorio. **Segundo.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto por los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECriminal, por infracción de derechos fundamentales, por infracción de las garantías previstas en el principio acusatorio. **Tercero.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECriminal por infracción de derechos fundamentales, por infracción del derecho a la presunción de inocencia. **Cuarto.-** Por infracción de ley, al amparo de lo previsto por el art. 849.1 de la LECriminal, infracción por aplicación indebida de los arts. 174 y 176 del CP. **Quinto.-** Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la LECriminal, infracción por falta de aplicación de la circunstancia eximente prevista en el art. 20.7 del CP.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos **interesó el apoyo parcial del segundo motivo del recurso de Juan Jesús Casas García y otros e** impugnando el resto de ellos; la representación de Juan Jesús Casas García, José Manuel Escamilla Martín, Sergio García Andrade Macdonal, Sergio Martínez Tomé y otros **se adhirió al único motivo del recurso del Ministerio Fiscal** e impugnó del resto de los motivos; la representación legal de Igor Portu Juanena y Mattin Sarasola Yarzabal se instruyó de los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la defensa de los agentes de la Guardia Civil Juan Jesús Casas García, José Manuel Escamilla Martín, Sergio García Andrade Mcdonal y Sergio Martínez, impugnando todos los motivos de los recursos; La Sala los admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día veinte de octubre del año 2011.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Juan Jesús Casas García, José Manuel Escamilla Martín, Sergio García Andrade Macdonald y Sergio Martínez Tome.

PRELIMINAR.- Se acomoda más a la ortodoxia casacional analizar antes el recurso de los condenados en la instancia al aducir motivos que afectan al correcto establecimiento de la relación procesal y a la vulneración de derechos fundamentales de naturaleza procesal o sustantiva, cuya estimación o desestimación influirá en los alegados por el Mº Fiscal y la acusación particular, que prácticamente invocan motivos por corriente infracción de ley, en los que se da por supuesta la inexistencia de vicio procesal o afectante a derechos fundamentales que pueda impedir su análisis.

PRIMERO.- En el correlativo ordinal y con amparo en lo previsto en los arts. 5-4 LOPJ. y 852 L.E.Cr. consideran infringido el principio acusatorio al haber admitido el tribunal de instancia el escrito calificadorio de la acusación particular a pesar de su abstracción y generalidad, causando indefensión.

1. Los recurrentes sostienen que la Audiencia ha aplicado el art. 176 C.P. para fundamentar una condena al acusado Juan Jesús Casas por un delito de tortura en comisión por omisión que técnicamente no había sido objeto de acusación con vulneración del principio acusatorio. La acusación particular no concreta la atribución fáctica de la conducta del art. 176 C.P. de modo reconocible de antemano. Ello provocó que esa generalidad y abstracción fuera complementada por el tribunal sentenciador, excediéndose de sus funciones.

Con carácter general y referido a todos los miembros policiales les atribuían la no evitación de las torturas provocadas por sus compañeros en la persona de los acusados, dada la obligación legal de impedir las y ello porque todos ellos se hallaban en el lugar de los hechos cuando éstos ocurrieron.

Los recurrentes rechazan tal forma de proceder, en tanto no es posible admitir una responsabilidad penal por la pertenencia a un grupo o colectividad, ya que ello supondría la infracción del principio de culpabilidad jurídico-penal.

2. Es cierto que en principio pareciera que la imputación del delito del art. 176 C.P. adolece de cierta imprecisión o indeterminación a la hora de atribuir conductas a los concretos partícipes, pero ello obedece a la naturaleza del delito que se atribuye, constituido por una omisión o un no hacer. En la imputación se parte de que todos están presentes y son conscientes de las supuestas torturas que otros compañeros infligen a los detenidos y todos ellos tienen obligación de impedirlo y más el jefe del grupo. Sin embargo, ello se enmarca en un problema de prueba, pues es difícil de antemano describir actos positivos de los que se desprenda la aceptación de la conducta que otros ejecutan, más allá de encontrarse todos juntos o próximos mientras se desarrollan los hechos, refiriéndose la acusación y luego el *factum* a la "comitiva policial".

La naturaleza omisiva del injusto imputado (art. 11 C.P.) tiene como consecuencia esa aparente indeterminación, que no es tal, en tanto la defensa pudo conocer la imputación y no adujo nada en el escrito de conclusiones provisionales ni en el trámite de cuestiones previas (art. 786-2 L.E.Cr.) ni al elevar a definitivas las provisionales. El recurrente dice que hizo notar la anomalía en el trámite de informe, cuando ya no cabe ninguna actuación que pueda remediar un vicio procesal con influencia en derechos fundamentales, pues según el art. 737 L.E.Cr. "los informes de los defensores de las partes se acomodarán a las conclusiones que definitivamente hayan formulado".

De modo particular el sargento Sr. Casas García era consciente de la responsabilidad que asumía. Los hechos ocurridos, según el *factum*, relatan conductas de torturas cometidas por personas bajo su mando. En tal situación resultaba de aplicación lo dispuesto en el art. 5 de la L.O.C.F.S. de 13 de marzo de 1986 que en su apartado 3.b) bajo el epígrafe de "tratamiento de detenidos" establece que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: "velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y dignidad de las personas".

El recurrente sabía la infracción delictiva que se le atribuía, cometida por omisión, y pudo haberse defendido acreditando que no tuvo conocimiento de lo que otros hacían ni se lo hubiera permitido de haberlo conocido.

De ahí que entendamos que las inevitables generalidades a la hora de precisar las conductas atribuidas a los acusados, son consecuencia de la

naturaleza del delito y quizás de la ausencia de pruebas más contundentes, lo que permitió la absolución de los otros imputados.

El motivo ha de rechazarse.

SEGUNDO.- En el correlativo ordinal se alega infracción de precepto constitucional, con vulneración de los derechos fundamentales, en particular del principio acusatorio al condenar al acusado Casas García por un segundo delito de torturas en comisión por omisión y una falta de lesiones por los que no se había acusado, en atención a su posición de garante, habiendo integrado la Audiencia la imputación infringiendo el derecho a un tribunal imparcial, todo lo cual es reconducido casacionalmente por la vía prevista en los arts. 5-4 LOPJ y 852 L.E.Cr.

1. Los impugnantes se aferran a la vigencia del principio acusatorio, que aunque no aparece proclamado en la Constitución, se desprende del derecho a la tutela judicial efectiva, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías (art. 24 C.E.), de tal suerte que en todos los procesos penales nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria.

Como consecuencia de ello son las partes quienes tienen la carga de aportar al proceso los hechos en los que se fundamente la acusación. Analiza la imprecisa acusación comprendida en calificaciones definitivas, comprobando cómo la Audiencia la completa para pasar a formar parte de los hechos probados. El tribunal ha necesitado -nos siguen diciendo- una descripción fáctica integradora al resultar a todas luces insuficiente la presentada por la acusación particular.

Concluye que no puede condenarse por un delito que no es homogéneo con el que se acusó (art. 174 *versus* art. 176), éste último integrado por una omisión impropia, en tanto la modalidad comisiva y la omisiva no tienen carácter homogéneo.

2. Los argumentos expuestos no pueden enturbiar el contexto o relación entre los delitos que se imputan, dado que descrito el delito integrado por la conducta de hacer, el de no hacer se halla interrelacionado y basta con la presencia en el lugar, tener conocimiento y consentir las torturas que otros infligen para tener la base fáctica suficiente que justifique una culpabilidad por la omisión. Ello hace que el tribunal de instancia, aunque completó el hecho, pudo haberlo dejado desnudo y esquemático, reservando para la fundamentación jurídica de la sentencia lo

que el recurrente denomina complementos fácticos, que no son sino la prueba valorada de que el sujeto conocía lo que otros hacían y a pesar de su ilicitud y de su situación de garante lo permitió o consintió.

Por ello el vicio denunciado lo único que evidencia es un error de ubicación sentencial en la realización de ciertas afirmaciones, pero en ningún caso el acusado ignoraba los términos de la conducta que se le imputaba, frente a la cual tuvo todas las posibilidades de contradicción y defensa.

Por lo demás, no nos hallamos ante una situación deficitaria del principio acusatorio que permita una condena por un tipo delictivo homogéneo menos grave del que se ha podido defender, sino ante conductas diferentes. En el castigo por delito homogéneo es una misma conducta la que se recalifica jurídicamente y se reconduce a otro precepto; en el caso concernido son dos conductas diferentes, subsumibles en dos preceptos diversos, una de hacer por lo efectivamente ejecutado y otra de no impedir lo que otro ejecutó, esto es, un delito distinto (art. 174 y 176 del CP).

El motivo ha de decaer.

TERCERO.- En el correlativo y al amparo en los arts. 5-4 LOPJ. y 852 L.E.Cr. denuncian la infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24-2 C.E.).

1. Los recurrentes entienden que la Audiencia ha incurrido en una inversión argumentativa, pues partiendo de un presupuesto o premisa se vienen luego a ajustar las pruebas a ese prejuicio convictivo, despreciando otras probanzas, aspectos y razones, que claramente conducirían a la conclusión contraria.

Como quiera que nadie ha negado la existencia de lesiones en los detenidos, el debate jurídico se centrará en si tales lesiones son consecuencia de una detención violenta, al haber huido los miembros de ETA, luego perseguidos, interceptados y reducidos, merced al empleo de fuerza física para neutralizar su resistencia o por el contrario fueron detenidos sin violencia, trasladados a un monte y sometidos a malos tratos sin solución de continuidad (en el caso de Mattin Sarasola) desde su detención hasta su puesta a disposición de la autoridad judicial y en el caso de Igor Portu desde su detención hasta su ingreso en el hospital, incluso continuándose en el propio hospital hasta su traslado y puesta a disposición judicial.

Con tales criterios analiza la valoración de la prueba de los acusados, de los denunciados, la declaración de los testigos Isidro Roper, Assier Aguirre, Pakita Etxegoien y prueba documental.

2. Corresponde ahora a esta Sala examinar las objeciones y controlar la regularidad o racionalidad del discurso lógico de la Audiencia, de suerte que se justifique la condena de los acusados por existir suficientes pruebas de cargo fiables y racionalmente valoradas.

Respecto a la valoración del testimonio de los denunciados, dado su derecho a faltar a la verdad en cuanto les perjudique, desdeña el contenido de sus declaraciones y parte para asentar la condena de lo declarado por los denunciados.

Es importante hacer notar que ciertos aspectos de la declaración de estos últimos los acepta mientras que otros no merecen credibilidad, lo que debiera suscitar ciertas reservas a la hora de valorar la sinceridad de su testimonio.

Al analizar la posible incredibilidad subjetiva, la Audiencia es consciente, aunque quizás no excesivamente cautelosa a la hora de juzgar, acerca de la condición de los denunciados. Son dos personas condenadas por sentencia firme a más de mil años de prisión, pertenecen a la banda terrorista ETA, se han personado en la causa como acusadores y además una condena por torturas podía poner en entredicho la espontaneidad de unos testimonios que sirvieron para asentar su condena y abrigar en los condenados esperanzas de provocar una revisión de la sentencia.

El recurrente pone de relieve, con argumentos, la poca atención que la Sala de instancia prestó a ese dato.

Para llegar a tal valoración sigue el siguiente proceso lógico:

a) admite la sentencia el informe de los expertos de la Guardia Civil sobre la mecánica operativa de la banda terrorista ETA, que permite afirmar lo que los tribunales de justicia en asuntos de esta índole han reconocido, esto es, la sistemática denuncia de torturas por parte de sus miembros como estrategia político-militar y también procesal, en tanto se abriga la esperanza de obtener la nulidad de determinados medios probatorios.

b) la Sala de origen admite ese "marco general" de actuación y señala que los etarras Portu y Sarasola conocían a Garikoitz Azpiazu, "Txeroki", de quien serían subordinados directos y lógicamente, según se dice en la página 49 en la sentencia, "prepararían sus "coartadas" para el caso de ser detenidos por las fuerzas policiales, y con tales denuncias falsas la organización obtendría un importante sustento publicitario a nivel internacional a la vez que servirían para consumo interno de sus bases. El fin último sería deslegitimar al Estado opresor a través del acoso y derribo a sus fuerzas del orden y dentro de éstas a la Guardia Civil, que ha sido uno de los cuerpos más castigados por las acciones terroristas de la banda, a la vez que punta de lanza de la lucha antiterrorista".

c) pone en entredicho la sentencia la coartada falsa, por no conocerse de modo concreto sus términos, en especial, hora de la detención, dato factual sumamente relevante (sobre tal punto existen contradicciones entre los denunciadores); también existen discrepancias acerca de la introducción en un vehículo Patrol o en dos al inicio del encuentro (testimonio de los acusados) lo que permitiría comunicarse entre ellos, apoyándose en un tercero, Isidro Roper, cuyo testimonio es claramente contrario; su ulterior traslado a una pista forestal cercana, lo que corroboraría el alcalde Asier Aguirre, que igualmente incurrió en contradicciones e inexactitudes relevantes. En este aspecto pueden tener razón los recurrentes, ya que la hora en que ocurrieron los hechos resultaba fundamental para justificar un recorrido por la montaña.

Realmente constituye una débil y poco rigurosa prueba para llegar a la conclusión, abierta e insegura, de que no existió una coartada ("Kantada"), sobre todo por su declarada falsedad por parte del jefe de ETA, como en prueba documental reiteraremos.

No obstante la Audiencia no repara que lo concertado no son las circunstancias de la detención, sino la denuncia de las posteriores torturas.

También debe tenerse en consideración, según el informe técnico de la Guardia Civil y documentos incautados a la banda, que la estrategia de presentar denuncias falsas y la previa elaboración de "Kantadas" se aprende en la llamada "eskola" y todo activista de ETA está obligado a poner en práctica.

3. Por otra parte y a los folios 231 a 237 de esta causa se recoge el documento, obrante a su vez a los folios 662 y 1.045 del sumario 2/2008 del Juzgado Central de instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional,

que fue intervenido al tercer miembro del Comando "Elurra" Mikel San Sebastián, no detenido el 6 de enero de 2008, sino posteriormente. Dicho documento se titula "Haciendo frente a la detención" que los querellantes en esta causa dijeron conocer perfectamente. Tales instrucciones a sus militantes, impartiendo órdenes expresas, se acomodan a las características de la denuncia que inició este proceso. Entre las afirmaciones del documento intervenido, que respondían a la pregunta ¿por qué denunciar? son de reseñar las siguientes:

- "Esta campaña ha sido y debe ser siempre una norma de todo militante....".

- "Pensamos que no se prepara como es debido la detención. Ni el miedo, ni la importancia de una caída, ni las amenazas que recibamos, deben hacernos olvidar ese deber que todo militante tiene....".

- "Si la detención se produce en la calle, y es normal, dejar los golpes para la entrada en comisaría o en el vehículo policial. En este caso gritar como si os mataran, gritar también el nombre y forcejear lo que podais luego ya sacaremos testigos, además hará creíble todo lo que contéis...".

- "...Intentar conseguir que se produzcan efectos que se puedan utilizar para sensibilizar y concienciar al pueblo, por ejemplo: ... ingreso en clínicas y hospitales.... todo esto facilita la tarea posterior en medios de comunicación, abogados, kale borroka....".

- "Denunciar a cuantos txakurras (policías) podáis, aquí la imaginación no tiene límites y podéis desarrollarla sin miedo, no os van a represaliar por una denuncia falsa...".

- "Hablar de interrogatorios, golpes, bolsa, bañera, potro, tortura psicológica...".

- "Ante el juez negar todo y tan solo hablar de torturas, no os importe ser pesados, al final veremos los frutos...".

4. Es igualmente susceptible de ponerse en entredicho, si nos atenemos al testimonio de los denunciados, la hora de la detención, lo que puede extraerse de multitud de declaraciones y testimonios de los mismos.

Veamos:

- Fol. 23. Tomo 1, obrante al folio 1.169 del testimonio del atestado remitido por el Juzgado Central de instrucción nº 6. En el protocolo de reconocimiento del médico forense Portu afirma y se

constata ante los forenses Idoia Sainz-Trapaga y Ainara Sudupe que la hora de la detención fue las 11,00 horas aproximadamente.

- Fol. 40. Tomo 1.- Corresponde al folio 1302 del tomo del testimonio remitido por el mismo Juzgado. Declaración del perjudicado y ofrecimiento de acciones. Igor Portu declara el 7 de enero que la hora de la detención fue a las 11 de la mañana.

- Fol. 74. Tomo 1. Corresponde al folio 1.159 del tomo del mismo Juzgado Central. Según el protocolo del reconocimiento médico Mattin Sarasola dice que la detención sería a 10,30 aproximadamente.

- Fol. 770. Tomo 4. El testigo Isidro Roperro declara ante el juez que los hechos ocurrieron entre las 10 y las 10,30. En el plenario afirmó no haber visto como detenían e introducían en los vehículos a los detenidos.

- Fol. 857. Tomo 4. El forense Juan Miguel Monge reconoce a Mattin Sarasola, el cual refiere que fue detenido ayer sobre las 10,30 a 11 horas de forma violenta, recibiendo golpes en la misma.

- Fol. 1040. Tomo 5. Informe de 12 de septiembre de 2008 de los médicos forenses David del Valle y Lourdes Goenaga, que afirman que Mattin Sarasola informó en el reconocimiento que la detención tuvo lugar a las 10,30 horas, indicando la existencia de un forcejeo al intentar escapar, una caída al suelo, sin que especificara haber sido golpeado con ningún objeto.

- Fol. 1071. Tomo 5. Ante los mismos forenses el 10 de septiembre de 2008, es decir, dos días antes que en el reconocimiento anterior Igor Portu informó que la detención se había producido a las 11 horas.

La hora tenía relativa importancia, pues de entender que la detención se produjo a las 11 horas, no daría tiempo para recorrer los vehículos el trayecto que los detenidos dicen haber seguido.

A las 10,30 podría resultar dudosa. Pero la Audiencia ante tales dudas no se inclina argumentalmente por la posición más favorable a los acusados, como le impondría el principio *in dubio pro reo* o el derecho a la presunción de inocencia. Téngase presente que los horarios, para acomodarlos al paso por la autopista de Zarauz, sólo permitirían una espera mientras los coches que patrullaban por el núcleo urbano de Mondragón regresaran, y se concluyera el recorrido de algunos Patrol ordenado por el jefe del operativo por el lugar desde donde accedieron los denunciantes, ya

que no era descartable descubrir la existencia de un miembro más del grupo terrorista en tanto suelen ser 3 ó 4 los que actúan conjuntamente, o cualquier otra circunstancia necesaria para completar la investigación. Esa fue la versión de los acusados, que se ajustaba mejor al horario de paso por la autopista (Zarauz) que tuvo lugar a las 12,07 horas y llegada al control de Intxaurrondo que se produjo a las 12.25 horas (veáanse hechos probados).

La Audiencia, sin especiales valoraciones probatorias, se inclina por la versión de los denunciados, sostenida en posteriores declaraciones.

5. Sobre la supuesta ausencia de oposición a la detención, declarada en hechos probados, en base a su testimonio y a la declaración de Isidro Ropero, existen datos que debilitan y crean inseguridad en la convicción alcanzada por la Audiencia, que tampoco puede reputarse acorde a las leyes de la lógica, la experiencia y por ende respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia, resultando excesivamente abierta e injustificada.

Veamos las siguientes referencias probatorias:

- Tomo relativo al testimonio del Juzgado Central de Instrucción nº 6.- Folio 160. Informe médico-forense de fecha 7 de enero de 2008. El forense Juan Miguel Monge reconoce a Mattin Sarasola que refiere haber sido detenido ayer sobre las 10,30 u 11 horas de forma violenta, recibiendo golpes en la misma..... no ha sufrido maltrato.

- Fol. 1159 y ss. Protocolo de reconocimiento médico del forense a detenido. En San Sebastián el 7 de enero de 2008 Idoia Sainz-Trapaga y Ainoa Sodupe, reconocen a Mattin Sarasola, indicando "la existencia de un forcejeo al intentar escapar, una caída al suelo". Presenta restos de polvo en la ropa justificándolos por la caída.

- Fol. 1166. Informe médico forense (evolución clínica) de Igor Portu realizado el 8 de enero de 2008, ante los forenses David del Valle e Idoia de la Caba en el Juzgado de instrucción Central nº 6, en donde no se hace ninguna referencia específica de haber sufrido malos tratos, ni de haber sido llevado a una pista forestal ni sumergido en un río.

6. Acerca de la introducción en Patrols separados o en uno solo (esta última es la versión de los denunciados), la Audiencia hace una observación y es que no tenía ningún sentido ese dato o circunstancia ya

que ni les perjudicaba ni beneficiaba. Sin embargo, las distintas versiones de los denunciantes, no crean la duda en el Tribunal sentenciador sobre si nos hallamos ante una coartada falsa ("Kantada"), al reputar lógicas las contradicciones. Sin embargo, no le llama la atención la absoluta coincidencia del testimonio de los guardias civiles, que manifiestan haber introducido a ambos detenidos en un solo vehículo Patrol, hasta que llegaron los Renaults camuflados que trasladaron separadamente a cada uno de ellos. El dato, para la Audiencia inoperante, justificaría, hallándose juntos, la puesta en marcha de la coartada falsa ("Kantada").

Sobre este particular el tribunal contó con la espontánea aparición de un testigo en el Juzgado de Bergara, el 10 de enero de 2008, acompañado de un abogado y excandidato por Herri Batasuna. Se trataba del testigo Isidro Roper, el cual refiere que a los detenidos, una vez evidenciado lo que contenía el paquete que encuentran en la mochila, el que dirigía la operación ordenó que les colocaran los grilletes y que les metieran en el coche, hablando en singular, esto es, en un solo vehículo.

_____ En su declaración ante el Juzgado de instrucción de San Sebastián efectuada el 7 de marzo de 2008, obrante al folio 373 de la causa reitera que "... una vez detenidos los dos, le devolvieron al declarante la documentación, les pusieron los grilletes a los otros dos, les metieron en el coche (en singular) y el declarante se fue. Metidos los detenidos en un Patrol, no vio cuando salieron de allí, ya que él se marchó con el perro.... por otra calle".

Sin embargo, durante la declaración en el plenario, a preguntas del Fiscal, si recordaba que a los detenidos los metieron en un Patrol no lo puede afirmar, porque a él le dieron la documentación y se marchó (vídeo 5, clip 20101026 094247141, minutos 23,33 a 23,55).

Igualmente a preguntas de la acusación particular (minutos 29,55 a 30,57) llega a afirmar, a la pregunta de si al principio introdujeron a los detenidos en un Patrol y después en dos coches camuflados separados, responde que no los vió, que lo supuso. Cuando se le pregunta porqué lo declaró así en San Sebastián, no da explicación alguna satisfactoria.

Todo ello obliga al Tribunal de instancia, en trance de valorar la prueba corroboradora, a reparar o considerar como posible que ante las "falsas denuncias la organización sacará testigos", recordando las instrucciones que deben cumplir los militantes de la banda terrorista.

Item más, la Audiencia debió sopesar el condicionamiento procesal que supone los términos vinculantes del escrito acusatorio de los

querellantes, en el que reconocen expresamente haber sido trasladados hasta el cuartel de Intxaurreno no en los vehículos Patrol, sino en dos turismos camuflados (escrito de 28 de enero de 2010).

7.- Respecto al traslado de los detenidos a una pista forestal cercana con la zona en la que se produjo la detención de la que habla el denunciante Sarasola, de forma coincidente con la declaración del alcalde Asier Aguirre, la Sala de instancia en su valoración acoge sin mayores exigencias la descripción hecha por éste a pesar de lo genérica, amén de que tales declaraciones se hicieron después de conocer la descripción de Sarasola, en tanto se hallaba, como querellante, personado en la causa.

Es sintomático que no estuviera antes propuesto como testigo en los escritos de acusación, lo que debe hacer pensar como posibilidad razonable, si se quiere ser respetuoso con el derecho a la presunción de inocencia, que su intervención pudo tener por objeto conciliar las contradicciones habidas entre los dos etarras. Llama la atención cómo un accidente geográfico es visto por uno de ellos y por el otro no, a pesar de haber sido conducidos al mismo punto, cómo uno de ellos oye un disparo y el que se simulaba que debió recibirlo no se entera de ese hecho, es decir, no oye ruido alguno.

No debe tampoco desatenderse el informe de los oficiales de la guardia civil, -según el cual- son usuales estas "puestas en escena" relativas a la inmersión en un río.

La Audiencia, partiendo de la veracidad del testimonio de los denunciantes, concluye que también el sargento Casas debió oír el ruido, cuando en todo momento ha negado haberse introducido en pista forestal alguna con los detenidos.

Igualmente llama la atención desde la carga de la prueba que atañe a los acusadores que ni al instructor ni a las acusaciones se les ocurriera interesar una inspección ocular o reconstrucción de hechos, ante las discordancias e inseguridad acerca de si el río existe.

También la Audiencia debió valorar y fundamentar la justificación de la existencia del río, a pesar de la prueba documental, integrada por el informe del alcalde de Aramaio, Asier Aguirre.

A éste se le solicita "... si en su término municipal o alrededores existía en enero de 2008 terreno o zona rural a uno o dos kilómetros de Arrasate, partiendo del Barrio de Udala, junto a la Ikastola Erguin con una pista forestal y un río o arroyo al final de una pendiente que desciende desde esa pista, y en su respuesta comienza diciendo que el punto de

partida que facilitan no coincide con la realidad, es decir, no se puede acceder, ni nunca se ha podido, al término municipal de Aramaio desde el Barrio de Udala. Se acompaña plano para visualizar la falta de conexión. La ikastola Erguin de Arrasate tampoco se puede decir que esté en el Barrio de Udala y menos que exista una pista forestal a su lado, ya que se encuentra en un entorno puramente urbano.

Como el lugar en los términos solicitados no existe describe otro, que puede ajustarse a lo relatado por los denunciantes.

8.- La propia sentencia recurrida (página 45), refleja el documento interno de ETA, incautado a Txeroki, al ser detenido el 17 de noviembre de 2008, en donde de forma clara e inconcusa se hace referencia a esta denuncia como una "falsa kantada".

La banda terrorista tiene desde el primer momento noticia de la detención y de los registros realizados en casa de los padres de los querellantes, habiendo controlado -entiende razonablemente esta Sala- todo el proceso judicial, sin que exista duda alguna de la realidad y constatación del dato en tanto dispone de medios de todo orden para su plena averiguación. Pues bien, es absolutamente inaceptable que en el plano valorativo se afirme en la página 50 de la recurrida que "sobre las falsas torturas denunciadas por Igor Portu a "Txeroki" le pudo parecer que estas torturas, como otras más a miembros de la banda, eran falsas, no llegando a conocer a través de los canales internos de comunicación que la banda utiliza la realidad subyacente en los hechos enjuiciados". Ello es indudable que constituye una interpretación gratuita en contra del reo.

9.- En el examen sobre la persistencia en la incriminación de los dos terroristas denunciantes reconoce la combatida en la página 50 que "*... los denunciantes, en las diferentes declaraciones prestadas ante la Audiencia Nacional, han ido variando su denuncia para ampliar el contenido y la finalidad de las torturas de que habrían sido objeto, acompañándola al desarrollo del proceso, a medida que sus necesidades procesales en los procedimientos pendientes ante aquel órgano judicial lo requerían.*

Esta modulación creciente de sus relatos obedece a una clara motivación por su parte: Los dos miembros de ETA, Sarasola fundamentalmente, tras su detención, prestaron en sede policial una serie de declaraciones en las que se reconocían autores de un conjunto de hechos, narraban una serie de circunstancias e implicaban a terceras personas, hechos todos ellos que dieron lugar a los pertinentes

procedimientos por los que ya han sido sentenciados en su condición de miembros de ETA y autores materiales del atentado de la T-4. Ambas resoluciones están pendientes del resultado del recurso de casación interpuesto ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

En este sentido, se estará de acuerdo en que la denuncia de haber mediado torturas encaminadas a lograr tales informaciones, lanza sobre los datos obtenidos y sobre los hechos averiguados, cuando menos, la sospecha de haberse producido una prueba ilícitamente obtenida, con las consecuencia que ello conlleva, tanto en orden a tratar de eludir sus propias responsabilidades en los hechos que se les imputan, como en orden a inutilizar dicho material probatorio para ulteriores investigaciones y enjuiciamientos".

Después de esta actitud de variabilidad en las declaraciones, habida cuenta de que no son acusados y no se les permite faltar a la verdad, la Audiencia debió poner en entredicho sus afirmaciones sin descartar la posibilidad de una coartada falsa ("kantada"), toda vez que la prueba habida era de gran contundencia suatoria

La sentencia nº 18/2010 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional el 21 de mayo de 2010 es firme por no haber sido recurrida. La otra relativa a los mismos acusados, además de Mikel San Sebastián, el tercer miembro del comando Elurra, tampoco fue recurrida por los condenados, sino por el Fiscal, consiguiendo ante esta Sala de casación aumentar una condena más por la que eran acusados, lo que se produjo en STS nº 304/2011 de 19 de abril, fecha en la que alcanzó firmeza.

La Audiencia, en orden a la lógica de sus valoraciones, atribuye una interpretación de la inactividad procesal de los terroristas acusados, en relación a los procesos contra ellos seguidos que permite otras explicaciones. Ciertamente la "kantada" se halla en la línea del cumplimiento de las instrucciones de la organización terrorista, sin desprestigiar los frutos procesales o judiciales (art. 11.3 de la LOPJ) que pudieran obtenerse.

Pero sin pretender escrutar las razones últimas de los querellantes para no intentar demostrar la existencia de torturas en el juicio de la Audiencia Nacional, que deben quedar en el arcano de su conciencia, existe una razón inconcusa que justificaría tal inactividad y es que las torturas que se denuncian en San Sebastián son torturas vindicativas, esto es, realizadas en venganza por su pertenencia a ETA, lo que en nada

influye en los testimonios y declaraciones vertidos con posterioridad ante otros agentes policiales y otros jueces, quedando las torturas que ahora nos ocupan desconectadas natural y jurídicamente de unos testimonios que se califican de espontáneos, voluntarios y por ende libremente emitidos. La situación sería otra si esta causa versara sobre torturas indagatorias, lo que no es el caso.

10.- A la valoración de la declaración del testigo Isidro Roperro efectuada por la Audiencia se le ha otorgado una relevancia claramente improcedente.

Es la única persona de Mondragón dispuesta a prestar declaración y es capaz de acercarse al lugar a pesar del operativo de la guardia civil desplegado, siendo persona tan estrechamente vinculada a la organización terrorista.

La relevancia de su testimonio lo apoya indebidamente la Sala de instancia en que no podía conocer ni la hora en que se produjo la detención ni la existencia de una furgoneta Volkswagen gris ni la introducción de los acusados en dos vehículos Patrol. Ciertos datos desvirtúan esa novedosa y original declaración:

a) siendo vecino de Mondragón es lógico que cuatro días después de las detenciones, conozca por terceras personas el hecho y circunstancias de lo ocurrido, identidad de los detenidos y su lugar de nacimiento.

b) el día 9 de enero de 2008 abogados de la familia de Igor Portu se personan en el juzgado.

c) ante el juzgado de Bergara declaró el 10 de enero, cuando ya había salido en la prensa que los revólveres intervenidos estaban envueltos en papel de celofán.

d) los documentos 1920 a 1923 acreditan que los diarios en una edición digital u ordinaria llevaban la noticia (El Mundo: día 6 de enero, Deia: 7 de enero, Diario Vasco: 7 de enero, Gara: 7 de enero). Es curioso que este último diario fuera el que dijo que los revólveres que portaban se hallaron envueltos en papel de celofán, difícil de observar ese dato a una distancia, pues tal papel es transparente, y en realidad los revólveres se hallaban envueltos en una cinta de embalar de color marrón.

e) el diario Gara se hace eco de una manifestación popular en Mondragón el día 9 de enero, que por cierto también publicaba el lugar de la detención y más circunstancias, especialmente la intervención del vehículo propiedad del hermano de Sarasola.

Pero es más, si de todo ello se desprende que los datos aportados los pudo adquirir por distintas vías y cualquiera de los vecinos de Mondragón los conocían, dicho testigo incurrió en flagrantes contradicciones, diciendo que él no vio si se introdujeron los dos detenidos en un vehículo o dos, porque se fue del lugar. Es más en la declaración en el juzgado de Bergara habla de haberlos visto introducir en un solo coche Patrol.

El valor corroborador de este testimonio realmente queda absolutamente descalificado.

11.- Otro tanto debemos afirmar en relación al testimonio del alcalde de Aramaio, Asier Aguirre, que la Audiencia utiliza como prueba corroboradora.

Al faltar datos acerca del lugar y río en que según los denunciados se desarrollaron parte de las supuestas torturas se solicita por la acusación un certificado del Ayuntamiento de Mondragón y otro del de Aramaio.

El primero no contesta. El segundo, ya tuvimos ocasión de explicar, que en un oficio del alcalde, Asier Aguirre, dice que no existe ese paraje, ni tampoco la pista en la actualidad, sin descartar que en otro tiempo pudiera existir.

Pero el alcalde que carece de capacidad certificante (art. 204 y 205 del Decreto 2568/1986 de 28 de noviembre) da unos datos, sobre los que la acusación particular no ha pedido ni el reconocimiento del lugar ni la reconstrucción de hechos, como le competía en el plano probatorio, pero además certifica que según le han contado vecinos que no cita (prueba de referencia sin valor) cerraron cierto acceso a Aramaio por 3 horas a partir precisamente de las 11 de la mañana del día 6 de enero de 2008 y ello fue publicado por el diario Gara.

Para justificar la incursión de los coches policiales por la pista forestal (al parecer inexistente en la actualidad), manifiesta que cerraron cierto acceso, pero su testimonio no es coincidente con los horarios que se reflejan en los peajes de la autopista, a los que ya nos hemos referido.

La fiabilidad del testigo y la del diario Gara debió ser cuestionada por la Sala de origen por las contradicciones e inexactitudes en que incurren, así como por excederse el alcalde de sus facultades al suplantar las propias del fedatario, sin precisar datos de las personas que le informaron de esas circunstancias.

Es razonable pensar que el intento de acreditar algo que no ha quedado probado deja en pie la tesis de la coartada falsa ("kantada") en la

denuncia y testimonios de los denunciados, posibilidad que la Audiencia no contempla en su cometido de contrastar y valorar las pruebas de cargo y las de descargo.

12.- Por último, el tercero de los testigos de que se sirve la Audiencia para corroborar el testimonio de los querellantes es la auxiliar de enfermería Pakita Etxegoien. Este testigo interviene novedosamente en el juicio, pues nunca antes había tenido intervención en la causa.

Sin otra aparente pretensión que no sea justificar la inmersión en un río -recomendación realizada por las instrucciones de la banda terrorista en caso de "kantadas"- se pretende introducir unos calcetines húmedos que portaba Igor Portu al ser hospitalizado y que pudo comprobar este testigo.

La inmersión en el río siempre se concreta, conforme a los testimonios iniciales de Igor, limitada a la cabeza. Cuando en el plenario habla de que también le introdujeron el cuerpo, la Audiencia le hace notar la insólita novedad. Sin embargo las contradicciones que revelan la falsedad del dato afloran en la causa. Igor dijo que cuando se hicieron los registros llevaba la misma ropa con la que salió de casa, salvo la camiseta que estaba mojada, luego si los pantalones no estaban mojados, tampoco debían estarlo los calcetines.

En juicio dijo que se los dieron un poco húmedos. Pues bien, aún siendo así, durante las 16 horas que tardó en ingresar en el hospital con el calor del pie y cerrado por el zapato, hay tiempo de sobra para secarse.

Llama poderosamente la atención, cómo el testigo, comenta de inmediato el hecho a los padres de Igor. Afirmó que el teléfono lo consiguió a través de la guía telefónica. Pero a mayor abundamiento, cuando los médicos forenses de San Sebastián reconocieron a los detenidos el mismo día del incidente hallan las ropas secas y llenas de polvo.

Ya en el plano de la convicción judicial de la Audiencia, después de hacerle notar a Igor la contradicción en que incurrió en juicio con la novedosa declaración de los calcetines mojados (en cualquier momento que accediera a los aseos, a pesar de la custodia policial, pudo haberselos mojado) el Tribunal provincial no se convence e incluye en hechos probados que la inmersión en el hipotético río sólo fue de la cabeza y lo repitió, dos o tres veces. Después levantándole de los tobillos le hicieron tragar agua, (véase página 9 de la sentencia).

Lo que carece de explicación es que la propia sentencia al valorar la prueba, en la página 58 nos diga, en contra de los hechos probados (la inmersión solo fue de la cabeza) que el testimonio de Pakita Etxegoien,

(que debía tener cierta confianza con los padres de Igor para llamarles telefónicamente) "avala que los calcetines que portaba Portu estaban mojados, horas después (16 horas aproximadamente) de haberse producido la inmersión en el río. Añade que "este testimonio surgido de forma novedosa en el acto del plenario, es relevante al aportar una información o corroboración periférica sobre uno de los extremos de la declaración de Igor Portu".

El testimonio nada corrobora, por las razones expuestas y a lo único que apunta es a una clara coartada falsa ("kantada"), con aportación de testigos falaces ("sacar testigos") según las instrucciones de la banda terrorista.

13.- Antes de examinar los criterios valorativos utilizados en el control crítico de las apreciaciones del tribunal provincial es oportuno recordar la mayor capacidad valorativa del órgano jurisdiccional de casación cuando se trata de documentos -a los que se asimilan los informes o dictámenes periciales- en tanto la inmediatez en la función valorativa es igual para el tribunal de instancia que para el de casación.

Comenzando por la prueba documental relativa a la fecha en que los vehículos pasan por el peaje de Mondragón y de vuelta por el peaje de Zarauz, hemos de manifestar que la detención se produjo a las once horas, y todavía en perjuicio del reo, se maneja como hora probable las 10.30 horas. No obstante la hora oficial que se hace constar en el atestado o informe, antes de ser objeto de denuncia la fuerza policial, es el de las 11 horas.

El acta de registro del vehículo Volkswagen del hermano de Sorasola se inicia a las 11,20 y finaliza a las 11.40 horas (véase documento al folio 1920 vuelto de la causa) por lo que si se tienen en cuenta las distancias entre el lugar de la detención y el peaje de Mondragón (8 km) y la distancia por autopista desde Mondragón a Zarauz (49 km), el máximo tiempo disponible para el traslado de los detenidos por la pista forestal, entre las 11.40 y 12.10 horas, sólo sería de media hora, tiempo insuficiente para ejecutar todo lo relatado por los denunciados.

Si a ello se añade el tiempo que tardaron en llegar los vehículos camuflados Renault, que a la sazón se hallaban patrullando por el casco urbano de Mondragón y la superficial inspección de la fuerza policial por los alrededores del lugar de donde procedían los terroristas detenidos, por si se detectaba la presencia de alguno más, resulta perfectamente justificado el tiempo transcurrido. Tal opción alternativa a la sentencia no

fue contemplada ni valorada por el tribunal sentenciador, cuando ello era lo razonable en salvaguarda del derecho a la presunción de inocencia.

14.- Posee una importancia crucial, dentro de la prueba documental, la que fue incorporada a autos por medio de la comisión rogatoria consistente en fotografías obtenidas por los médicos forenses de San Sebastián e intervenidas al entonces jefe del aparato militar de ETA, "Thierry".

Junto a ello el ya examinado documento intervenido al jefe de la banda terrorista, "Txeroki", descryptado por las autoridades francesas, traducido y remitido a la Fiscalía de la Audiencia Nacional por la juez antiterrorista Mme. Le Vert, que obra en autos, a la que este Tribunal de casación otorga un relevante valor probatorio de naturaleza exculpatoria y en el que el superior jerárquico militar de los recurrentes manifiesta de forma clara e inconcusa que la denuncia orquestada por Sarasola y Portu es falsa, y tal documento lo posee meses después de los hechos.

El Tribunal de instancia se limita a reseñarlos sin otorgarles ninguna valoración crítica veáse folio 45 y 46 de la recurrida) cuando el recurrente sostiene que la posesión de los documentos relativos al informe inicial de lesiones, podrían acreditar que desde un principio la organización ETA tenía pleno conocimiento y ejercita un riguroso seguimiento del caso.

También se limita a señalar la Audiencia de San Sebastián, la mal llamada “prueba pericial de inteligencia”, que en realidad constituye una prueba documental histórica, seguida de una interpretación cualificada realizada por expertos (oficiales de la Guardia Civil). Es de destacar la gran aproximación entre la estrategia seguida en este caso con la observada en otras ocasiones y las instrucciones orgánicas recibidas por los denunciados, como miembros de ETA, para ponerlas en práctica. También a ello y al documento que refleja tales instrucciones se refiere la sentencia impugnada en el folio 45. El folleto lleva por título “Haciendo frente a una detención” y ambos querellantes afirmaron tener pleno conocimiento de él. También se desprecia por la Audiencia cualquier posible efecto favorecedor de la posición procesal de los acusados, en su condición de tales, protegidos por el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

15.- Merece un tratamiento aparte el documento integrado por la sentencia firme (en ausencia de recurso de casación) dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional de fecha 21 de mayo de 2010 (nº 18/2010), aportada en su momento a estas actuaciones, que por sus puntos de contacto, ha de ser traída a colación.

No cabe, por supuesto, el traslado automático de sus conclusiones, por elementales razones, ya que por un lado en nada puede afectar a la independencia valorativa y resolutoria de la Audiencia de San Sebastián ni a la de este Tribunal, dada la independencia de los tribunales, que aún coincidiendo en muchos puntos el "tema decidendi", en el caso de la Audiencia Nacional los agentes son testigos a los que atañe la obligación de veracidad y en la otra causa no, dada su calidad de querrelados, favorecidos por el estatuto del acusado (art. 24 de la CE) no afectándoles la obligación de decir verdad.

Así y todo se declararon probados en la sentencia de la Audiencia Nacional hechos de fundamental importancia, entre los que citamos:

a) la detención se produjo a las once horas de la mañana del día 6 de enero de 2008, dato que consta en hechos probados y en otras partes de la sentencia (folios 36 a 39).

b) la detención fue violenta y sobre ese punto se contó con el testimonio de los detenidos, especialmente de Sarasola, y de los agentes, al intentar huir los ahora denunciados.

c) cuando les exigieron la entrega de la mochila y antes de hacerlo huyen y son alcanzados por la fuerza policial, empleando fuerza física para reducirlos (folio 34).

d) los chalecos tácticos que vestía la guardia civil portaban numeroso material que les dotaba de un peso considerable y al lanzarse los guardias sobre los dos jóvenes que pretendían huir, pudo el choque y posteriores forcejeos causar las lesiones objetivadas.

e) Los forenses Sres. Monge y Álvarez consideran a las lesiones compatibles con la forma violenta en que tuvo lugar la detención.

f) Además del testimonio de Sarasola sobre la huída, caída al suelo y posterior detención violenta, confirmaron tal sistema de actuación frente a los miembros de la banda armada ETA, el informe referenciado documentalmente que emitieron los oficiales expertos en lucha antiterrorista de la Guardia Civil y el documento intervenido a "Txeroki", sobre la falsedad de las torturas, cuyas afirmaciones la Audiencia Nacional consideró plenamente creíbles.

16.- Esta coincidencia de aspectos comunes en muchos de sus apartados fue confirmada por los denunciados en sus primeras declaraciones, normalmente más espontáneas y menos aleccionadas, y la propia Audiencia de San Sebastián en la página 51 de la combatida nos dice: *“por las consideraciones expuestas, el vericuerdo procesal utilizado*

para intentar lograr en esta sede aquello que no quiso ni tan siquiera alegar en aquélla, esto es, la consideración de que las torturas tuvieron en todo caso finalidad indagatoria, no puede prosperar. Respecto a ellas la ausencia de persistencia en la incriminación es evidente, sin que se haya ofrecido una razón plausible que explique el tránsito de la orfandad afirmativa a la riqueza narrativa”.

Con todo ello queremos significar de acuerdo con la valoración probatoria que hace la Audiencia, que resulta indiferente tratar de acreditar en la Audiencia Nacional la existencia de torturas que devaluaran los testimonios de los acusados, especialmente de Sarasola, ya que en la causa que ahora nos ocupa las torturas que se denuncian son “vindicativas”, lo que en nada afecta a los testimonios libre y espontáneamente prestados sobre sus imputaciones, descartándose las torturas indagatorias.

Consecuentemente hemos de concluir sobre este particular extremo, que la tesis de la Audiencia de origen disuena de datos y circunstancias declaradas probadas por la Audiencia Nacional, en cuyo juicio Igor y Mattin dispusieron de todas las posibilidades de contradicción, lógicamente salvando la diferente condición en que intervenían denunciadores y denunciados. Ello debiera obligar a la Audiencia de San Sebastián a explicar con más profundidad las razones de las discrepancias sobre los mismos puntos, cosa que no hace.

17.- Resulta de sumo interés analizar la estructura lógica de los argumentos sentenciales que establecen como prueba de cargo la existencia de ciertas lesiones

Los dos forenses de San Sebastián, con los demás datos aportados por el personal técnico-sanitario que intervino en los primeros momentos, pudieron emitir un dictamen de acuerdo con la formulación que se les hizo por las acusaciones, esto es, comparando las lesiones evidenciadas por los dos detenidos con el relato de su producción efectuado por los propios lesionados y por los agentes que las debieron producir.

En tal dictamen se revelan como únicas lesiones determinantes de la versión de los ofendidos (las demás pudieron ser objeto de golpes de todo tipo producidos en la detención) las siguientes:

a) de las causadas a Sarasola Yarzábal más traumáticas o de mayor entidad, concretamente las numeradas en los folios 37 y 38 de la sentencia, las cuales se ajustaban más a la versión de los perjudicados que a la de los agentes policiales, según se concluye en la página 39 de la combatida.

b) las más importantes de las ocasionadas a Igor Portu, quizás consecuencia del placaje realizado por los agentes o por la forma de la caída del detenido y el terreno existente, no hubieran tenido tales características, a pesar del pavimento del lugar y los instrumentos u objetos que portaban en su vestimenta los agentes. El placaje a la carrera o en sprint no se ajusta a tal etiología lesional.

c) respecto a la lesión costal y sus consecuencias, que determinarían el ingreso en la UCI de Igor Portu, la ausencia de marcas o huellas externas, junto a la escasa incidencia cutánea inicial (hematoma diferido), se descarta la génesis de la lesión por impacto del cuerpo contra un elemento rugoso o provisto de aristas. El mecanismo típico de este tipo de fracturas es un impacto contusivo con un elemento duro. En definitiva, sería compatible con alguna de las referencias emitidas por el Sr. Portu (puñetazos en la espalda y/o patadas).

Por su parte, el catedrático de Medicina Legal y Toxicología D. Enrique Villanueva que no sólo dictamina utilizando el mismo o más material de trabajo que sus colegas en San Sebastián, sino que tiene a la vista el dictamen de aquéllos, hace algunas precisiones, que corrobora el profesor titular de Patología Quirúrgica de la Universidad Autónoma de Madrid, D. Carlos Resines (este último se sirve de 21 antecedentes o elementos de estudio), y que pueden resumirse en las siguientes:

En relación a Sarasola recogen afirmaciones de dicho lesionado hechas ante los forenses:

1) a Idoia Sainz-Trapaga y Ainara Sodupe en San Sebastián les manifiesta la existencia de un forcejeo al intentar escapar. (7-1-2008).

2) esa misma declaración la hace ante el forense de la Audiencia nacional D. José Miguel Monge ("fué detenido de forma violenta, recibiendo golpes en la misma").

3) hace notar que los autores del informe emitido en San Sebastián no han dispuesto de algunos de los testimonios de Mattin Sarassola, en especial el vertido ante la Guardia Civil, en el Juzgado de Instrucción nº 6 Central y ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de San Sebastián.

4) reconoce que teniendo en cuenta sus declaraciones, faltaría la reseña de multitud de lesiones, que dados los medios empleados en producirlas, necesariamente deberían haber dejado marcas. Al folio 28 ofrece una explicación de las lesiones más llamativas o importantes de este

denunciante, al considerar que alguna de ellas debió producirse con un objeto o zona rugosa capaz de ocasionar una escoriación. Pero además, estando de pie es prácticamente imposible golpear por encima del hombro con contundencia a una persona que mide 1,85 metros, por lo que debió estar en el suelo, coincidiendo con el forcejeo y caída, que él mismo reconoció. Por otro lado, estando una persona sentada en el vehículo resulta difícilmente factible darle una patada en la axila.

En definitiva consideran que si nos ajustamos a las declaraciones de Sarasola, no es posible explicar el cuadro lesional que padece.

- Respecto a Igor Portu analizan el alcance de la lesión costal, considerando que la supuesta gravedad inicial no era tal. Existen multitud de lesiones de las 19 que se objetivan, que responden a arañazos o pinchazos propios de andar entre la maleza del monte, otros a una caída con arrastre, otros al efecto de las esposas, etc, y desde luego debe excluirse la lesión de la cabeza, reflejada en la fotografía nº 2 (folio 1610), que no corresponde a la persona de la fotografía nº 1 (folio 1609) que es la de Igor Portu, según el dictamen pericial del Catedrático de Medicina Legal ratificado por el profesor de Patología Quirúrgica, dado el color, calidad del pelo y estructura del cráneo de una y otra.

Sobre la lesión costal hace las siguientes matizaciones:

a) no existe ninguna señal externa o cutánea de dicha lesión.

b) no existe nexo causal entre las consecuencias de la fractura y la violencia desarrollada para producirla.

c) por otro lado existe un conjunto abigarrado de equimosis, salpicado de erosiones que son típicas de caídas o de andar por terreno boscoso (zarzas y malezas).

d) a su vez el lesionado reconoce en todas sus declaraciones que sólo recibió golpes con la mano abierta, puñetazos y patadas.

e) considera inaudito que el lesionado Igor no recordase si al poco de la detención le dolió la costilla afectada, dado que esa lesión cursa con un dolor torácico agudo e insuficiencia respiratoria.

f) la producción de la fractura y posterior neumotorax ocurrieron en fases distintas y sucesivas, pues la fractura inicialmente no tenía desviación de fragmentos.

g) un golpe en el costado por fuerte que sea no es suficiente para producir lesiones costales, debiendo descartarse a su vez

una patada, como hacen todos los forenses, porque habría dejado huella. No hay en la localización de esa grave herida costal ningún indicio de que golpearan con objeto alguno, ni tampoco se evidencian lesiones de caída o deslizamiento. Concluye que la calificada gravedad de la lesión se produjo por causas posteriores o sobrevenidas.

18.- El primer obstáculo generador de dudas que hallamos a la hora de justificar el valor incriminatorio que la sentencia atribuye a esas tres lesiones de Irasola y a la costal de Portu, obedece a la estructura del dictamen o respuesta que se solicita de los peritos, al tratar de acomodar las lesiones a unas u otras versiones (de denunciante o denunciados). Ello choca con los siguientes inconvenientes:

1.- No se sabe a qué versión ofrecida por los querellantes debe ajustarse el dictamen, si a las referidas al principio ante los forenses, en buena medida coincidentes con la de los guardias civiles, o a la posterior efectuada en el plenario.

2.- Al proceder de tal modo no pueden reparar los peritos acerca de la sinceridad de tales testimonios, aunque por los dos forenses de Madrid y los dos profesores (total cuatro peritos) que emitieron dictámenes sobre el particular hallaron falaces sus declaraciones, pues si nos acogemos a lo depuesto en juicio, recogido en la sentencia a los folios 23 a 29, Igor debiera evidenciar más de medio centenar de huellas y marcas, y Sarasola, que refiere hasta nueve ocasiones en que le propinaron en cada una de ellas varios agentes multitud de golpes, podían perfectamente superar en mucho el número de su compañero, consideraciones técnicas acertadas sobre la base de comparar las lesiones con sus testimonios como se exigió en la emisión de la pericia.

3.- No han podido ponderar los peritos, porque queda fuera de su competencia, que el modo de reducir a los detenidos según la versión de los guardias, no excluye, en atención a su derecho a faltar a la verdad, que la fuerza física utilizada para practicar la detención, no fuera precedida, acompañada o seguida, por parte del mismo agente o del otro que participara en la reducción, de otros golpes disuasorios, algunos de ellos en posición estática, otros en movimiento. Téngase presente que la detención de cada uno de los denunciados se produjo por dos guardias civiles.

4.- Conforme a lo que acabamos de decir, sin perjuicio de un origen distinto en las más llamativas lesiones de la axila de Sarasola, según refiere el perito-catedrático, la forma de detención,

incrementada por otros actos de fuerza disuasorios o reductores mientras el detenido no se aquietase a la inmovilización requerida, pueden ser explicados hasta el punto de que los dos peritos de la Audiencia Nacional y los dos propuestos por la defensa, las consideraron justificadas en el contexto en que se produjeron.

Tales opiniones técnicas debieron merecer un mayor cuidado valorativo por parte de la Audiencia, la cual no ha aportado argumentos para descartar o desatender a los cuatro dictámenes, lo que hubiera sido oportuno en orden a la desvirtuación del derecho a la presunción de inocencia.

5.- El folio 58 de la sentencia, manifiesta en su párrafo tercero que *"las complicaciones posteriores que sufrió la lesión costal de Igor ... pudieron deberse al propio movimiento del vehículo en el que fue introducido y a la posición con el tronco o la cabeza agachada..."*, *sin excluir la falta de reposo, movilización torácica, desplazamiento del vehículo y demás*". Las razones son de toda índole, pero lo más relevante es que de haberse producido la lesión en los términos reflejados en la radiografía, no hubieran pasado 24 horas, sin la presencia de un dolor insoportable. En su declaración el lesionado dijo no recordar si le dolió o no.

6.- Tampoco los peritos de San Sebastián, al tener que emitir dictamen han contemplado, por otro lado lógico, que las manifestaciones de los lesionados pudieron ser fruto de una coartada falsa ("Kantada"), como la Audiencia Nacional entendió y también esta Sala en el control crítico realizado a la Audiencia de origen sobre la base de la convicción obtenida a través de un documento valorado, con idéntica inmediación que el Tribunal provincial, alcanzando una convicción no menos razonable que la de la Audiencia de San Sebastián, que en su función enjuiciadora no incorpora argumentos de una mínima consistencia para descartar la falacia de esa afirmación documental.

19.- Resulta de sumo interés hacer referencia a ciertos datos o elementos probatorios que podrían insertarse en la línea de que la versión de los hechos sostenida por los denunciados podría perfectamente ser calificada de "Kantada" "coartada falsa" o "explicación ficticia o deformada" de unos sucesos, todo ello en aras a la confirmación del documento proveniente del jefe de la banda terrorista, Txeroki, que se refería a la falsedad de la denuncia de torturas, ensalzando y celebrando la

habilidad de Igor y en general de los miembros del comando "Elurra" (los de "Lesaka"), para imputar unas falsas torturas. Entre estos podemos citar:

a) la inmensa cantidad de golpes y agresiones de todo orden no constatados que los querellantes dicen haber recibido pueden responder a las instrucciones orgánicas recibidas por los terroristas, de cumplimiento imperativo ("Como hacer frente a una detención: folios 231 a 237 de la causa), en donde se inducía a "*denunciar a cuantos Txakurras (policías) podáis, aquí la imaginación no tiene límites y podéis desarrollarla sin miedo, no os van a represaliar por una denuncia falsa*".

Concretamente en su declaración afirman que los policías les propinaron patadas y puñetazos en número abundante sin pensar que esa increíble y asombrosa cantidad de agresiones deberían dejar necesariamente huellas y su ausencia lo que consigue es devaluar o descalificar su testimonio.

b) en la misma dirección de ampliar el cuadro de las imputaciones o torturas la propia sentencia declara paladinamente la constante variabilidad de las declaraciones de los denunciantes y su progresiva acomodación a sus estrategias procesales. En la página 26 de la sentencia, por ejemplo, hace notar tres novedades relevantes que de forma sorpresiva se introdujeron en el plenario. El ajuste de sus testimonios, no se apartaba del propósito de construir lo mejor posible una "kantada". La conclusión es razonable y la Sala formalmente la tuvo en cuenta, sin que obtenga consecuencias valorativas, impuestas por el derecho a la presunción de inocencia.

c) ese mismo folleto o "manual de ETA" impone pautas de conducta a los terroristas. En él les recomienda denunciar golpes y en general malos tratos, que la organización luego **sacará testigos**. En tal sentido resulta curioso el perfil de los testigos que se han utilizado para corroborar algunos testimonios de los terroristas:

1.- Pakita Etxegoien, auxiliar de enfermería, tan pronto ingresa Igor en el hospital llama a los padres de éste; luego, tenía relación con ellos, ya que no es normal que una auxiliar de hospital, actúe de ese modo ante un ingreso de cualquier persona.

2.- La relación de Isidro Roperó con el entorno de la banda armada se puede evidenciar por el hecho de haber comparecido a declarar de forma "espontánea" asistido de un abogado, a pesar de no ser denunciado o imputado, que a la sazón era miembro de Herri Batasuna y candidato por dicha formación declarada por el Tribunal Supremo como

parte de ETA, a las elecciones de Mondragón. El testigo, por su parte, reconoce ser pariente de un preso de la banda terrorista (tío carnal de su mujer) del que es amigo y visita en prisión.

3.- El tercer testigo Asier Aguirre fue en su día imputado por pertenencia a banda armada, aunque finalmente resultó absuelto; siendo al momento de los hechos alcalde de Aramaio por la formación ANV.

Con estas reseñas del perfil personal y por esa circunstancia precisamente, no queremos afirmar que el testigo sea veraz o falso, sino que la previsión del "manual de ETA", de "sacar testigos" la cumplió la organización, pues es razonable pensar que los propuestos eran personas idóneas y adecuadas para prestar la colaboración que se les pedía, por sus conexiones ideológicas con el mundo etarra.

d) con el propósito de ajustar las versiones a las lesiones que se produjeron en la detención, tanto los policías como alguno de los denunciantes en sus primeras declaraciones hablan del intento de escapar, la violenta detención y la caída al suelo de los denunciantes, sin explicitar causa ni motivo, introduciendo de esta forma en su versión una caída insólita, aislada, descontextualizada y no producida por los agentes, lo que se contradice con la tesis de que desde un principio les esposaron y trasladaron a una pista forestal.

Ello lo podemos apreciar en la pág. 24 de la sentencia párrafo 2º, en donde el querellante Igor declara en el plenario que: "*Antes de entrar en el vehículo se cayó al suelo y entonces le colocaron una bota de las que utilizan los agentes en la cabeza*". No especifica si se cayó por un mareo, un traspies, etc, pero desde luego no por la intervención de los agentes. El dato es inexplicable, salvo que se pretenda crear una versión falaz de los hechos.

En la página 27, en la declaración de Sarasola evacuada en el juicio oral también relata una espontánea e inesperada caída, no provocada por la guardia civil, y que refleja la combatida del modo siguiente: "*De nuevo en dirección al Patrol, se cayó en el trayecto y le volvieron a pegar*". Ello puede enlazar con la observación de los forenses de San Sebastián y Madrid, primeros que le examinaron, que detectaron el polvo y tierra que llevaban los detenidos en las ropas, que tanto uno como otro denunciante lo atribuyeron a una caída.

La Audiencia Provincial no obtiene de estas circunstancias consecuencia alguna.

20.- Un motivo por presunción de inocencia no obliga al tribunal de instancia a un análisis exhaustivo absoluto y total de la prueba de cargo y de descargo, pero sí impone una justificación plena de la concurrencia de pruebas incriminatorias suficientes para fundamentar una condena.

La Audiencia Provincial es indudable que no haya tenido en cuenta algunos elementos probatorios de descargo de indudable peso exculpatario, pero sí estableció la prueba de cargo que, a su juicio, daba pie al dictado de una sentencia condenatoria.

Dichas pruebas han sido analizadas, comprobando esta Sala que se alcanzaban conclusiones valorativas inseguras o muy abiertas, que insuflarían a la supuesta prueba de cargo una debilidad suasoria, incapaz de desvirtuar la presunción de inocencia.

En este sentido y a modo de conclusión hemos de examinar en primer término el testimonio de los denunciados, variable, cambiante y muy condicionado al manual de ETA, dada la drástica disciplina que le impone la pertenencia a esta banda terrorista. El documento intervenido al jefe de la organización Txeroki, cuya valoración, en opinión de esta Sala, no es acorde a la lógica y normas de experiencia, nos trasmite sin ningún género de dudas la falacia de las torturas, pues la posesión de las fotografías incautadas a Thierry, los registros en los domicilios de los padres, la intervención de un abogado de Herri Batasuna desde un principio, evidencian el conocimiento y seguimiento del proceso por parte de la cúpula de la organización terrorista.

La experiencia nos dice que un dato, constatado durante tanto tiempo (el necesario para rectificarlo si fuera erróneo), en documento que no se esperaba que llegase a conocerse por terceras personas ajenas a la organización, nos convence de su autenticidad, en lo que como tal prueba documental puede ser valorada por esta Sala con igual inmediación que la de origen, unido a la propia debilidad de los argumentos de la Audiencia Provincial para tacharlo de erróneo en perjuicio del reo.

A su vez, debemos tener muy presente que las inseguridades y variaciones testimoniales de un denunciante no son equiparables a la de un imputado a quien asiste el derecho a faltar a la verdad. A los querellantes le era exigible una consistencia y persistencia en sus testimonios al objeto de que otorgaran fiabilidad a lo declarado. En el caso de autos no ha ocurrido así, como pone de relieve la recurrida, sin obtener las pertinentes consecuencias de ese hecho.

21.- Junto a esta prueba esencial de cargo, insuficiente y débil, es del caso analizar la fuerza probatoria de las lesiones.

Sobre este punto existe una aparente contradicción entre los diferentes dictámenes, si partimos de que la acomodación a lo declarado por los querellantes no se concreta a cuál de las declaraciones efectuadas debe producirse la acomodación y en cualquier caso sus testimonios estaban dirigidos a elaborar una coartada falsa (“Kantada”). Por su parte, lo declarado por los guardias denunciados está rodeado de la reserva que les atribuye la ley a no declarar contra sí mismos, pudiendo faltar a la verdad.

Desde esa perspectiva las lesiones detectadas se produjeron a consecuencia de la violencia ejercida por varios guardias frente a los detenidos (dos por cada detenido) y respecto a la de mayor gravedad, esto es, aquélla que provocó a Igor Portu el ingreso por cuatro días en la UCI, existe plena unanimidad entre los peritos (página 58 de la sentencia) que tal virulencia o gravedad sólo se produjo posteriormente, en concreto al día siguiente, pero por factores externos sobrevenidos no bien determinados que ya no afectarían a los guardias que practicaron la detención, en tanto una vez llegaron al cuartel de Intxaurre se hicieron cargo del caso otros funcionarios.

22.- Acerca del testimonio de los testigos, ya tuvimos ocasión de valorar sus contradicciones, que no justificarían la eficacia probatoria que les atribuyó el tribunal de origen, dados los elementos de descalificación que con criterio razonable y conforme a lo que nos dicta la experiencia carecerían de la seriedad y seguridad para tenerlos por ciertos.

Sobre Isidro Roperó ya pudimos examinar su retractación y contradicciones, según las cuales no se pudo tener por acreditado que los dos denunciados los subieran a dos Patrol diferentes, ni otras circunstancias de la detención, ya que él en el plenario manifestó que se fue del lugar un vez le devolvieron la documentación. Lo cierto es que ni los querellantes ni los guardias vieron por allí y a esa hora al testigo.

Por otro lado también pusimos de relieve que antes de declarar “voluntariamente” en Bergara, ya habría conocido información periodística del caso. Con base en tal información errónea, no acertó a concretar donde se hallaban envueltos los revólveres. En fin, su testimonio es inocuo a efectos de la desvirtuación de la presunción de inocencia, prevaleciendo lo declarado por los acusados.

Sobre el testimonio de Asier Aguirre, nada se ha podido probar acerca de la existencia de un río, ni sobre un recorrido por la pista forestal,

ni sobre el corte de la carretera, datos cuya probanza le compete a la parte acusadora. Así pues, sin pista o vereda (ahora desaparecida) ni río, sin disparo, sin corte de carretera, el acreditamiento del recorrido por la pista forestal se desvanece.

Por último lo declarado por Pakita Etxegoien, carece de sentido, pues lo único que aporta es lo que le dijo Igor Portu sobre una inmersión en un río, pero si no existió río, huelga cualquier otra consideración, remitiéndonos a lo ya dicho sobre el anodino alcance de tal testimonio.

23.- Por último, hemos de hacer mención a los dos elementos de juicio que contribuyeron a formar una convicción acerca de la culpabilidad de los acusados en el Tribunal provincial.

En primer lugar, la inviabilidad de la fuga de los denunciados cuya existencia es sostenida por los acusados, en cuya cuestión, según el tribunal, no resulta creíble al estar rodeados por tres guardias civiles armados. Pues bien, la fuerza convictiva de tal aserto está dependiendo de la versión de los hechos que se acoja, bien la "kantada" de los denunciados o lo declarado por los acusados, según los cuales en un principio se les pidió la documentación y al comprobar que no estaban fichados (no poseían antecedente alguno) les pidieron a continuación la entrega de las mochilas, y es en ese momento cuando trataron de fugarse y sustraerse a una detención que se les venía encima, con riesgo, como así ha sido, de que se les impongan más de mil años de prisión.

Lo que la Audiencia considera inviable, lo admite Mattin Sarasola en juicio, y lo recoge la sentencia a la página 28, párrafo 5º, en donde se lee: *"En la fecha de la detención, era al igual que Portu, un miembro legal, no fichado por las fuerzas policiales. Por eso no pensaron en que fueran a ser detenidos tras exhibirles la documentación, y tampoco pensaron en la posibilidad de huir, porque estaban rodeados.*

Dos guardias civiles les apuntaban con sus armas reglamentarias. Lógicamente, estas expectativas se frustraron cuando los agentes, tras requisarlas, registraron sus mochilas".

Tal declaración nos indica que primero se les requirió la documentación. En ese momento y antes de registrar las mochilas tenían posibilidad de huir, porque ningún indicio de delito existía contra ellos y por tanto nada hacía presagiar que los agentes pudieran disparar contra dos jóvenes que carecen de cualquier antecedente. El terreno o lugar, según evidencian fotografías del atestado (folio 525 a 532), era idóneo para desaparecer entre los árboles próximos y la maleza, por donde los vehículos

no pueden desplazarse, amén de que constituía un medio conocido por los etarras.

Y respecto al intento de detenerles cuando intentan la fuga, tal detención debía ser preferente a la incautación de las mochilas. Primero, porque los guardias no saben lo que éstas contienen, y en segundo lugar porque existían otros agentes en las proximidades que podían hacerse cargo de las mismas. La desaparición de los terroristas hubiera frustrado el éxito policial.

La guardia civil no utilizó arma o defensa de tipo alguno para la detención, pues ignoraban cuando lo hicieron si los jóvenes que huían habían cometido algún delito. Tal explicación alternativa es tan razonable, como la que se mantiene en la sentencia, por cierto, bastante abierta.

El dato puesto de relieve por el Fiscal Jefe de la Audiencia, interviniente en el juicio, de que no existe constancia de que ninguno de los agentes precisara de asistencia médica, actúa como argumento que excluye cualquier resistencia activa o atentado por parte de los detenidos. De ahí que no se haya procedido por atentado o resistencia activa, ya que a lo sumo nos hallaríamos ante una simple resistencia pasiva o desobediencia, en cuyas situaciones esta Sala tiene dicho "que la huída subsiguiente a un delito queda absorbida por el delito cometido (véanse, por todas, STS 418/2007 de 18 de mayo y 670/2007 de 17 de julio).

24.- Conforme a todo lo argumentado esta Sala estima que no ha quedado desvirtuado el derecho a la presunción de inocencia, al no resultar debidamente acreditada la comisión de los delitos de torturas o de lesiones.

La insinceridad ("kantada") de los querellantes deja huérfana de toda prueba la causación de las lesiones sufridas por los terroristas, ignorando si hubo excesos en las detenciones. Mas, descartada la producción durante la detención de la lesión más grave, sin perjuicio de que durante la detención, tres cuerpos en movimiento pudieron haber dañado la costilla afectada, la gravedad subsiguiente obedeció a otras causas sobrevenidas. Cuatro peritos que dictaminaron sobre esas lesiones (dos de la Audiencia Nacional, y dos en esta causa), reputaron las lesiones compatibles con una detención violenta.

Los dos forenses de San Sebastián, en que se apoyó la Audiencia, no dictaminan sobre la detención y los forcejeos, sino sobre los malos tratos y agresiones producidos durante un recorrido por una pista forestal,

partiendo de un condicionado presupuesto, con todos los visos de falaz, esto es, de acuerdo con su particular versión de los hechos ("kantada").

Todo ello descarta cualquier dato que acredite un exceso de violencia en la detención, en cuyo caso los acusados recurrentes actuaron en cumplimiento de un deber, lo que conduce a la libre absolución de los mismos (art. 20.7 del Código Penal).

CUARTO.- No existiendo torturas o no habiéndose acreditado su existencia en la medida necesaria para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, resulta anodino e innecesario analizar los motivos de la acusación particular (en el primero de los cuales con pretensiones de extender la responsabilidad por torturas a otros guardias) y en los demás formalizados por corriente infracción de ley, presuponiendo la existencia de delitos de torturas y de lesiones. Al desaparecer éstos todos los motivos del recurso se convierten en retóricos. Otro tanto cabe decir del recurso del Fiscal que se plantea refundir los dos delitos de torturas en uno solo, a pesar del carácter personal e individual del bien jurídico protegido. El pronunciamiento carece de sentido.

Las costas de los acusados recurrentes se declaran de oficio y se imponen expresamente a los querellantes, por su desestimación, todo ello de conformidad al art. 901 de la LECriminal.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación de los acusados **JUAN JESÚS CASAS GARCÍA, JOSÉ MANAUEL ESCAMILLA MARTÍN, SERGIO GARCÍA ANDRADA MACDONALD Y SERGIO MARTÍNEZ TOME**, contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que condenó a los acusados por un delito de torturas graves y lesiones, por **estimación del motivo tercero de su recurso** y sin necesidad de examinar los demás o los articulados por el Ministerio Fiscal y la acusación particular; **casando y anulando la sentencia dictada por dicha Audiencia**, dictando otra mas conforme a derecho, declarando las costas de dicho recurso de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal de instancia a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Melgar **Juan Saavedra Ruiz** **Andrés Martínez Arrieta** **Julián Sánchez**

José Ramón Soriano Soriano **Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

184/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Fallo: 20/10/2011

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 1136/2011

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Julián Sánchez Melgar
D. José Ramón Soriano Soriano
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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 dos de Noviembre de dos mil once.

En el Sumario instruido por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Donostia con el número 173/2009 Procedimiento Abreviado, y fallado posteriormente por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección

Primera, contra **JUAN JESÚS CASAS GARCÍA, JOSÉ MANAUEL ESCAMILLA MARTÍN, SERGIO GARCÍA ANDRADA MACDONALD Y SERGIO MARTÍNEZ TOME**, teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la sentencia recurrida y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial, **que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo** en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Referencia a Hechos Probados

_____ No se han acreditado los hechos que a continuación mencionamos, quedando vigentes los que se concretan.

A) Se mantiene el relato probatorio del apartado primero, salvo lo establecido en los párrafos 10º (antepenúltimo) y 12º (último), que no se considera probado.

B) No se ha acreditado todo lo relatado en el apartado segundo del factum.

C) Se mantienen los apartados tercero, cuarto y quinto, si bien en éste último no se ha acreditado que las lesiones descritas, tuvieran el origen que allí se expresa.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquéllo que contradigan los argumentos de este Tribunal en los concretos extremos relacionados con el motivo que se estima.

SEGUNDO.- La estimación del motivo tercero de los acusados recurrentes determina la libre absolución de todos ellos, con todas las consecuencias favorables que procedan, declarando de oficio las costas de ambas instancias.

III. FALLO

Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** libremente a los acusados **JUAN JESÚS CASAS GARCÍA, JOSÉ MANAUEL ESCAMILLA MARTÍN, SERGIO GARCÍA ANDRADA MACDONALD Y SERGIO MARTÍNEZ TOME** de los delitos de torturas y lesiones por los que fueron acusados con todas las consecuencias favorables, declarando de oficio las costas de ambas instancias.

Álcense cuantas trabas y embargos pudieran haberse constituido por esta causa.

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

Juan Saavedra Ruiz

Andrés Martínez Arrieta

Julián Sánchez Melgar

José Ramón Soriano Soriano

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

