

Por ello procede otorgar el amparo solicitado por vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE), con la consiguiente anulación de las resoluciones judiciales impugnadas.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia:

1.º Reconocer que a los recurrentes en amparo se les ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE).

2.º Restablecer en su derecho a los recurrentes en amparo y, a tal fin, anular las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ambas —primera y segunda— de fecha 27 de junio de 1997, con el número 950/1997, dictadas en el recurso de casación núm. 3248/96.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciocho de julio de dos mil dos.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Firmado y rubricado.

15993 *Pleno. Sentencia 155/2002, de 22 de julio de 2002. Recursos de amparo avocados 4858-2001, 4907-2001 y 4922-2001 (acumulados). Promovidos por don Ángel Vaquero Hernández, don Felipe Bayo Leal y don Enrique Dorado Villalobos, por don Enrique Rodríguez Galindo y por don José Julián Elgorriaga Goyeneche, frente a las Sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo que les condenaron por dos delitos de asesinato y de detención ilegal en el caso Lasa y Zabala.*

Supuesta vulneración de los derechos al Juez imparcial y a la presunción de inocencia: rechazo liminar de las recusaciones del Juez instructor y de Magistrados de la Sala, justificado; condena penal fundada en declaraciones de un coimputado en un sumario secreto, que se retractó luego y en el juicio oral, sometidas a posibilidad de contradicción y corroboradas; y fundada en prueba indiciaria válida. Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto

García-Calvo y Montiel y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de amparo acumulados núms. 4858-2001, 4907-2001 y 4922-2001 (demandas núms. 3, 4 y 5-C-2002), promovidos, el primero, por don Ángel Hernández, don Felipe Bayo Leal y don Enrique Dorado Villalobos, representados por la Procuradora de los Tribunales doña África Martín Rico y asistidos por el Letrado don Jorge Argote Alarcón; el segundo por don Enrique Rodríguez Galindo, representado por la Procuradora doña María Luisa Bermejo García y asistido por el Letrado don José María Fuster-Fabra Torrellas; y el tercero por don José Julián Elgorriaga Goyeneche, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Laura Lozano Montalvo y asistido por el Letrado don Francisco Javier Lozano Montalvo, que tienen por objeto la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 20 de julio de 2001, dictada al resolver el recurso de casación núm. 491-2000, que desestimó el presentado por los recurrentes contra la Sentencia de 26 de abril de 2000, de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que les condenó como autores de dos delitos de asesinato y dos de detención ilegal (rollo de Sala núm. 15-1995, sumario núm. 15-1995). Han intervenido don Rafael Vera Fernández-Huidobro, representado por el Procurador don Tomás Alonso Ballesteros y asistido del Letrado don Manuel Cobo del Rosal; doña Felipa Artano Sagastume y doña María Jesús Arostegui Beraza, representadas por el Procurador don José Manuel Dorremocha Aramburu y asistidas por el Letrado don Iñigo Iruin Sanz; la Asociación contra la Tortura, representada por el Procurador don Eduardo Morales Price y asistida por la Letrada doña Angeles López, así como el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Han sido Ponentes los Magistrados don Tomás S. Vives Antón y don Eugeni Gay Montalvo, quienes expresan el parecer del Pleno.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado con fecha 14 de septiembre de 2001, la Procuradora de los Tribunales doña África Martín Rico, en nombre de don Ángel Vaquero Hernández, don Felipe Bayo Leal, y don Enrique Dorado Villalobos, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones reseñadas en el encabezamiento, que les condenaron, como autores de dos delitos de asesinato y dos de detención ilegal, a varias penas cuyo límite máximo de cumplimiento se fijó en 30 años de privación de libertad, con las accesorias de inhabilitación absoluta y suspensión de cargo público, así como al pago proporcional de las costas causadas. La demanda fue turnada a la Sala Segunda con el número 4858-2001.

Por escrito registrado el 18 de septiembre de 2001 la Procuradora de los Tribunales doña María Luisa Bermejo García, en nombre y representación de don Enrique Rodríguez Galindo, interpuso recurso de amparo contra las mismas resoluciones, que le impusieron también varias penas cuyo límite máximo de cumplimiento se fijó en 30 años de privación de libertad, con las accesorias de inhabilitación absoluta y suspensión de cargo público, así como el pago proporcional de las costas causadas. La demanda fue turnada a la Sala Primera con el número 4907-2001.

El 19 de septiembre de 2001 la Procuradora de los Tribunales doña Laura Lozano Montalvo, en nombre y representación de don José Julián Elgorriaga Goyeneche,

interpuso también recurso de amparo contra las citadas Sentencias que le impusieron penas similares a las del resto de condenados, el cual fue turnado a la Sala Segunda con el número de registro 4922-2001.

2. Según el relato de hechos probados de la resolución impugnada los recurrentes participaron, en distinto grado, en la ideación, planificación y ejecución del secuestro en Francia y posterior traslado a España de dos miembros de la organización terrorista ETA (don José Antonio Lasa Arostegui y don José Ignacio Zabala Artano), que tuvo lugar en la madrugada del día 16 de octubre de 1983. Tras su captura, fueron custodiados en San Sebastián por diversos agentes de la Guardia Civil que se hallaban a las órdenes del recurrente Sr. Rodríguez Galindo, por entonces Comandante 2.º Jefe en la Comandancia de San Sebastián. En las labores de custodia participaron los recurrentes Sres. Vaquero, Dorado y Bayo. La detención se llevó a cabo en una villa llamada «La Cumbre», propiedad del Estado, de la que disponía el Gobernador Civil de Guipúzcoa, que era entonces el recurrente Sr. Elgorriaga Goyeneche. En dicho lugar fueron interrogados y visitados por los recurrentes que, finalmente, decidieron su asesinato, que se llevó a cabo en un paraje de la provincia de Alicante, en el municipio de Busot, efectuando dos disparos en la cabeza a José Ignacio Zabala y uno a José Antonio Lasa. Sus cuerpos fueron arrojados a una fosa y descubiertos meses después, en enero de 1985, aunque no fueron identificados sino diez años más tarde, en 1995.

Al ser considerados autores de estos hechos, se les impusieron las penas privativas de libertad y de derechos antes reseñadas.

3. En su demanda, don Ángel Vaquero Hernández, don Felipe Bayo Leal, y don Enrique Dorado Villalobos, aducen las siguientes pretensiones de amparo, articuladas como motivos:

Primero: Proscripción de cualquier indefensión, derecho de defensa y derecho a un proceso con todas las garantías (arts. 24.1 y 2 CE), en relación con la motivación de la declaración de secreto del sumario, sus sucesivas prórrogas y su mantenimiento durante más dos años.

Segundo: Derecho a obtener una contestación sobre las pretensiones y derecho a los recursos legalmente establecidos (art. 24.1 CE). Los recurrentes denuncian que algunas de las peticiones de diligencias de investigación que plantearon durante la fase sumarial no llegaron a ser resueltas por el Juez instructor quien, asimismo, habría impedido que se tramitaran y resolvieran varios de los recursos presentados contra resoluciones interlocutorias, al dar por concluida la fase sumarial antes de tramitarlos y resolverlos.

Tercero: Derechos a obtener la tutela judicial efectiva, a la proscripción de toda indefensión, a un proceso con todas las garantías y al juez predeterminado por la ley (arts. 24.1 y 2 CE), que los recurrentes anudan al hecho de que tres propuestas de recusación planteadas en el proceso judicial *a quo* (referidas al Juez instructor, a dos de los componentes de la Sala enjuiciadora y al propio Presidente de la Sala enjuiciadora), hayan sido inadmitidas *a limine* por los propios recusados, sin llegar a tramitarlas, al considerar que, por su contenido, incurrieran en abuso de derecho y fraude procesal.

Cuarto: Derecho al uso de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), en relación con la decisión de la Sala enjuiciadora de rechazar 28 testigos, 48 pruebas documentales y 4 periciales de las propuestas por la defensa para el acto del juicio oral.

Quinto: Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que en la demanda se considera vulnerado

por haberse basado la condena en el contenido incriminatorio de las declaraciones sumariales prestadas por uno de los coimputados sin que a las mismas asistieran las defensas del resto de los imputados, debido a que, en tal momento, las actuaciones estaban declaradas secretas para las partes personadas. A lo que no obstaría que tales manifestaciones incriminatorias fueron después retractadas en fase sumarial y en el acto del juicio oral.

4. En su demanda don Enrique Rodríguez Galindo aduce las siguientes seis pretensiones de amparo:

Primera: Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en cuanto garantiza el derecho a obtener una contestación sobre las pretensiones formuladas y el derecho a los recursos legalmente establecidos. El recurrente denuncia que algunas de las peticiones de diligencias de investigación que planteó durante la fase sumarial no llegaron a ser resueltas por el Juez instructor, quien asimismo habría impedido que se tramitaran y resolvieran varios de los recursos presentados contra resoluciones interlocutorias al dar por concluida la fase sumarial antes de tramitarlos y resolverlos.

Segunda: Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con la motivación de la declaración de secreto del sumario, sus sucesivas prórrogas y su mantenimiento durante por más dos años. Considera el recurrente que la declaración de secreto sumarial no tuvo más objeto que evitar la participación de la defensa en las más relevantes diligencias practicadas en fase de instrucción.

Tercera: Derecho al juez predeterminado por la ley, que en la demanda se vincula al derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE), que el recurrente justifica denunciando que las dos propuestas de recusación planteadas en el proceso judicial previo (referidas a dos de los componentes de la Sala enjuiciadora y a su propio Presidente), fueran inadmitidas *a limine* por los propios recusados, sin llegar a tramitarlas, al considerar que, por su contenido, incurrieran en abuso de derecho y fraude procesal pese a que, en su opinión, se hallaban fáctica y jurídicamente fundadas.

Cuarta: Derecho al uso de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), en relación con la decisión de la Sala enjuiciadora de rechazar varias de las pruebas testificales, documentales y periciales solicitadas por su defensa para el acto del juicio oral.

Quinta: Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por infracción de los principios de contradicción e igualdad de armas (art. 24.2 CE). Para el recurrente tal vulneración se produjo como consecuencia de la valoración probatoria del testimonio prestado en el juicio oral por el coacusado Sr. Bayo Leal, pues, frente a lo manifestado en el juicio oral, se dio credibilidad a sus declaraciones sumariales, prestadas en fase de instrucción, sin la asistencia de las defensas del resto de los imputados dado que el sumario había sido declarado secreto para todas las partes personadas. Considera el recurrente que sólo podían tener valor probatorio dichas declaraciones si en el momento de emitirse las mismas hubieran sido sometidas a contradicción por el resto de los imputados.

Sexta: Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que se habría producido al dar la Sala valor probatorio a pruebas objetivamente inidóneas, como son las declaraciones sumariales del coacusado Sr. Bayo Leal, las del testigo protegido núm. 2345 (por ser de referencia), así como la prueba de indicios en la que se basa su condena por delito de asesinato. En su opinión todas ellas carecen del carácter de prueba de cargo válida para destruir la presunción de inocencia.

5. En su demanda don José Julián Elgorriaga Goyeneche aduce las siguientes pretensiones de amparo, que articula como motivos independientes:

Primero: Con cita del art. 24.1 CE plantea dos quejas: en la primera denuncia lesión del derecho a obtener una contestación sobre las pretensiones y derecho a los recursos legalmente establecidos. El recurrente denuncia que algunas de las peticiones de diligencias de investigación que planteó durante la fase sumarial no llegaron a ser resueltas por el Juez instructor o su resolución fue pospuesta y tácitamente denegada al dar por concluido el sumario antes de tramitarlos y resolverlos, lo que, asimismo, habría impedido que se tramitaran y resolvieran algunos de los recursos presentados contra resoluciones interlocutorias. Con la segunda queja afirma que las limitaciones que presenta el recurso de casación, en relación con la posibilidad de cuestionar la valoración de la prueba efectuada en primera instancia, impiden considerar que el recurrente disfrutó del derecho a que el fallo condenatorio fuera revisado por un Tribunal superior, lo que entiendo lesivo de su derecho a obtener la tutela judicial efectiva.

Segundo: Art. 24.1 y 2. CE (derechos a obtener la tutela judicial efectiva, a la proscripción de cualquier indefensión, a un proceso con todas las garantías y al juez predeterminado por la ley), que el recurrente anuda al hecho de que tres propuestas de recusación planteadas (referidas al Juez instructor, a dos de los componentes de la Sala enjuiciadora y al propio Presidente de la Sala enjuiciadora), hayan sido inadmitidas *a limine* por los propios recusados, sin llegar a tramitarlas, aduciendo que, por su contenido, incurrían en abuso de derecho y fraude procesal.

Tercero: Art. 24.1 y 2 CE (derecho de defensa durante la fase de instrucción). El recurrente considera que constituyó lesión del derecho aludido el hecho de que el 7 de septiembre de 1995 se le recibiera declaración sumarial sin asistencia letrada.

Cuarto: Art. 24.1 y 2 CE (proscripción de toda indefensión, derecho de defensa y proceso con todas las garantías), en relación con la supuestamente insuficiente motivación de la declaración de secreto del sumario, sus sucesivas prórrogas y su mantenimiento durante por más dos años.

Quinto: Art. 24.2 CE (derecho al uso de los medios de prueba pertinentes para la defensa), lesión que se imputa a la decisión de la Sala enjuiciadora de rechazar 18 testigos, 6 pruebas documentales y 2 pruebas periciales de las propuestas para el acto del juicio oral.

Sexto: Art. 24.2 CE (derecho a la presunción de inocencia), que en la demanda se concreta en el hecho de haberse basado la condena en el contenido incriminatorio de las declaraciones sumariales prestadas por uno de los coimputados (Sr. Bayo Leal), sin que a las mismas asistieran las defensas del resto de los imputados debido a que, en tal momento, las actuaciones estaban declaradas secretas para las partes personadas, a lo que ha de añadirse que tales manifestaciones incriminatorias fueron después retractadas en fase sumarial y también durante el juicio oral. Se denuncia también que las inferencias lógicas sobre la participación del recurrente carecen de hechos probados en los que apoyarse y que no son creíbles los testimonios de referencia prestados en su contra.

6. Todos los recurrentes concluyen sus demandas con la solicitud de que, otorgando el amparo interesado, sea dictada Sentencia en la que se reconozcan los derechos fundamentales cuya violación denuncian y se les restablezca en ellos declarando la nulidad de la resolución judicial condenatoria impugnada.

7. Mediante providencia de fecha 19 de febrero de 2002 la Sección Primera acordó la admisión parcial a

trámite de la demanda de amparo presentada por don Enrique Rodríguez Galindo en relación con el motivo quinto, que invoca como vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por las declaraciones sumariales del coimputado, Sr. Bayo Leal, que se dicen prestadas con infracción de los principios de contradicción e igualdad, y el motivo sexto, que aduce la infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por falta de idoneidad objetiva como prueba de cargo de las aludidas declaraciones sumariales del Sr. Bayo Leal, del testimonio de referencia del testigo protegido núm. 2345 y de la prueba indiciaria en que se basa la condena por los delitos de asesinato; admisión extensible también a la pretensión de que esas supuestas faltas de aptitud probatoria se traducen, en general, en la inexistencia de prueba de cargo en que apoyar la condena del recurrente. En cuanto al resto de los motivos alegados en la demanda la Sección acordó, por unanimidad, en la misma providencia, su inadmisión con arreglo a lo previsto por el art. 50, apartado 1, letra c) LOTC.

En aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC se dirigió comunicación a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo para que emplazaran a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto al demandante de amparo, a fin de que en el término de diez días pudieran comparecer en este proceso y formular las alegaciones pertinentes.

Por providencia de fecha 3 de abril de 2002, dictada en el recurso de amparo núm. 4907-2001, la Sala Primera tuvo por personados al Abogado del Estado y a los Procuradores doña Laura Lozano Montalvo, en nombre y representación de don José Julián Elgorriaga Goyeneche; doña África Martín Rico, en nombre y representación de don Ángel Vaquero Hernández, don Felipe Bayo Leal, y don Enrique Dorado Villalobos; don Tomás Alonso Ballesteros, en nombre y representación de don Rafael Vera Fernández-Huidobro y don José Manuel Dorremocha Aramburu, en nombre y representación de doña Felipa Artano Sagastume y doña María Jesús Arostegui Beraza, acordando que se entendieran con los mismos las sucesivas diligencias. Y, haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 52.2 LOTC, acordó sustituir el trámite de alegaciones por el de vista oral, señalando para su celebración el día 20 de mayo de 2002, poniendo de manifiesto las actuaciones, a las partes comparecidas, en la Secretaría de la Sala hasta el día señalado para la vista.

8. Mediante providencia de fecha 8 de abril de 2002 la Sala Segunda acordó la admisión parcial a trámite de las demandas de amparo presentadas por don Ángel Vaquero Hernández, don Felipe Bayo Leal, don Enrique Dorado Villalobos y don José Julián Elgorriaga Goyeneche. En cuanto a los primeros fue admitido a trámite el motivo quinto de la demanda, en el que se alega la lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por no existir en la causa prueba de cargo obtenida con todas las garantías; lesión en la que, supuestamente, habrían incurrido los órganos judiciales al haber basado la condena de los recurrentes en el contenido incriminatorio de las declaraciones sumariales prestadas por don Felipe Bayo Leal (que fueron posteriormente retractadas), sin que a las mismas asistieran las defensas del resto de los imputados debido a que, en tal momento, las actuaciones estaban declaradas secretas para las partes personadas. El resto de los motivos alegados en la demanda fueron inadmitidos a trámite de conformidad con lo previsto en el art. 50, apartado 1, letra c) LOTC.

En relación con la demanda presentada por don José Julián Elgorriaga Goyeneche, en resolución de la misma fecha fue admitido a trámite únicamente su motivo sexto,

en el que se invoca también la supuesta vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por inexistencia de prueba de cargo obtenida en todas las garantías, lesión en la que, se afirma, habrían incurrido los órganos judiciales al haber basado la condena de los recurrentes en el contenido incriminatorio de las declaraciones sumariales prestadas por uno de los coimputados (posteriormente retractadas) sin que a las mismas asistieran las defensas del resto de los imputados debido a que, en tal momento, las actuaciones estaban declaradas secretas para las partes personadas, así como en las declaraciones de varios testigos de referencia, y en la prueba indiciaria que da por acreditada su participación en los delitos de detención ilegal y asesinato. El resto de los motivos alegados en la demanda fueron inadmitidos a trámite, de conformidad con lo previsto en el art. 50, apartado 1, letra c) LOTC.

En aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC se dirigió comunicación a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y al Tribunal Supremo para que emplazaran a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a los demandantes de amparo, a fin de que en el término de diez días pudieran comparecer en este proceso y formular las alegaciones pertinentes.

Asimismo, en las citadas resoluciones, la Sala Segunda acordó, conforme a lo previsto en el art. 10, letra k) LOTC, proponer al Pleno la avocación del recurso de amparo para su conocimiento, dadas las circunstancias concurrentes en los hechos declarados probados y la gravedad de las penas impuestas.

9. Por providencia de 8 de abril de 2002 la Sala Segunda, con fotocopia del escrito de fecha 26 de diciembre de 2001 presentado por la representación procesal de don Ángel Vaquero Hernández, en el que solicitaba la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida, acordó formar la correspondiente pieza separada para su tramitación y, con la misma fecha, concedió un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y a las demás partes personadas para que alegaran lo que estimaran pertinente en relación con la petición de suspensión interesada, de conformidad con lo previsto en el art. 56 LOTC.

Tres días más tarde, el 11 de abril, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó la avocación, para su conocimiento, de los tres recursos de amparo, tal y como le había sido propuesto.

En la misma fecha se acordó también oír a los recurrentes, al Ministerio Fiscal y a las demás partes que hubieren comparecido en los procesos, para que pudieran alegar lo que estimaren oportuno sobre la eventual acumulación de los tres procesos de amparo, suspendiendo la vista oral ya señalada en el recurso núm. 4907-2001 hasta tanto, una vez resuelto el incidente de acumulación, se procediera a acordar nuevo señalamiento a la mayor brevedad posible.

En la misma resolución, dictada en el recurso de amparo núm. 4907-2001, se acordó también abrir la correspondiente pieza separada de suspensión respecto a la petición que, mediante otrosí, don Enrique Rodríguez Galindo tenía solicitada en su demanda de amparo.

10. El Pleno, mediante Auto de fecha 21 de mayo de 2002, acordó acumular los recursos de amparo núms. 4858-2001, 4907-2001 y 4922-2001, al apreciar en los mismos la existencia de una conexión objetiva que justifica su unidad de tramitación y decisión.

Dos días después, el 23 de mayo, el Pleno, mediante providencia, acordó: a) tener por cumplimentados los emplazamientos efectuados por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en los recursos de amparo núms. 4858-2001 y 4922-2001 y por recibidos los escritos del Abogado del Estado y de los

Procuradores doña Laura Lozano Montalvo, en nombre y representación de don José Julián Elgorriaga Goyeneche; don Tomás Alonso Ballesteros, en nombre y representación de don Rafael Vera Fernández-Huidobro; don Eduardo Morales Price, en nombre y representación de la Asociación contra la Tortura, y don José Manuel Dorremocha Aramburu, en nombre y representación de doña Felipa Artano Sagastume y doña María Jesús Arostegui Beraza, a quienes se les tuvo por personados y parte en dichos recursos de amparo, estándose a lo acordado por la Sala Primera sobre personaciones, en su día, en el registrado con el núm. 4907-2001; b) hacer uso de la facultad que le confiere el art. 52.2 LOTC, y sustituir el trámite de alegaciones por el de vista oral, señalando para su celebración el día 19 de junio de 2002, al tiempo que se pusieron de manifiesto las actuaciones a las partes comparecidas, en la Secretaría de la Sala hasta el día señalado para la vista; c) desestimar la petición formulada en escrito de fecha 10 de abril de 2002 por la representación del Sr. Fernández-Huidobro, en la que solicitaba de este Tribunal que recabara de la Audiencia Nacional las cintas de vídeo en las que se grabaron las sesiones del juicio oral; y d) designar como Ponentes para los recursos de amparo acumulados a los Magistrados don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás S. Vives Antón y don Eugeni Gay Montalvo.

11. Mediante Auto de fecha 4 de junio de 2002 el Pleno denegó la suspensión que tenían solicitada don Ángel Vaquero Hernández y don Enrique Rodríguez Galindo.

Mediante providencia del mismo día, el Pleno, al amparo de lo de lo prevenido en el art. 84 LOTC, acordó conceder a las partes comparecidas un plazo común de cinco días para que, en su caso, formularan por escrito las alegaciones que tuvieran por oportunas en relación la eventual existencia como motivo de amparo de la supuesta vulneración del derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE).

12. Dentro del plazo concedido se formularon las siguientes alegaciones:

La representación procesal del recurrente don Enrique Rodríguez Galindo considera que en el proceso judicial previo se vulneró su derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE), porque en la fase de instrucción el propio Juez instructor, cuando fue recusado, resolvió el incidente planteado. Además entiende que este mismo derecho lo vulneró la Sala que juzgó en primera instancia, pues, aun cuando dos de sus componentes habían anticipado su criterio de juicio al resolver sobre la prueba propuesta por las defensas (Auto de 17 de noviembre de 1999), rechazaron su propia recusación, también *a limine*, afirmando su extemporaneidad a pesar de que el incidente se interpuso el 9 de diciembre de 1999, dos días después de tener conocimiento definitivo de la composición de la Sala. En su escrito alega también la vulneración del derecho al juez natural predeterminado por la ley, afirmando que la Audiencia Nacional carecía de competencia objetiva para enjuiciar los hechos imputados en este procedimiento, pues no se trataba de delitos cometidos por una banda armada o terrorista sino, simplemente, de dos delitos de asesinato competencia del juez del lugar donde ocurrieron los hechos. Por ello, en su momento, planteó ante la Audiencia Nacional la declinatoria de jurisdicción, que fue entonces desestimada. A la vista de lo resuelto con posterioridad en la Sentencia condenatoria, que descarta la existencia de banda armada y la actuación terrorista, aquella desestimación ha quedado objetivamente desvirtuada y, con ello, puede afirmarse que se vulneró el derecho al juez natural predeterminado por la Ley.

La representación de los recurrentes don Ángel Vaquero, don Enrique Dorado y don Felipe Bayo entiende

que la vulneración de las reglas legales que determinan la competencia para conocer de los incidentes de recusación lesiona el derecho a un juez imparcial y a un juez predeterminado por la ley. Considera que la vulneración del derecho a un juez imparcial se produjo cuando el Juez instructor del sumario rechazó *a limine*, aduciendo razones de fondo (abuso de derecho), el incidente de recusación. Asimismo entiende que también se vulnera este derecho, junto al del juez predeterminado por la ley, cuando el juez recusado no da traslado de la recusación al llamado por la ley a resolver el incidente. En relación con el Sr. Vaquero el incidente interpuesto añadía un motivo específico: la enemistad contra él puesta de manifiesto por el Juez Instructor al afirmar, en relación con su declaración testifical prestada un año antes, que «nunca creería al Sr. Vaquero», augurándole insomnios y males varios en el Auto de 19 de junio de 1996. Entiende también vulnerado el art. 24.2 CE en fase de plenario en relación con los componentes de la Sala sentenciadora. En primer término, porque habían intervenido dos de sus miembros con anterioridad en resoluciones sobre el proceso. Pero, además, en relación con el Sr. Vaquero y el Sr. Argote, por la manifiesta enemistad puesta de relieve por el Sr. Presidente de la Sala en el transcurso del juicio oral. En este sentido se esgrime que desde el inicio de las sesiones se mostró de modo reiterado en una dura actitud con los Letrados de los procesados. Dicha enemistad fue denunciada a través del correspondiente incidente de recusación, que también fue rechazado *a limine* por el propio juez recusado. Termina alegando que se produjo igualmente la vulneración del derecho al juez natural predeterminado por la Ley por la falta de competencia de la Audiencia Nacional para enjuiciar los hechos objeto de este procedimiento.

La representación procesal de don Rafael Vera se adhiere a las pretensiones formuladas en las demandas por los recurrentes. Entiende que se vulneró el derecho a un juez imparcial en la fase de plenario al ser rechazada, por extemporánea, la pretensión de recusación de dos de los componentes de la sala enjuiciadora que venía basada en haberse pronunciado anteriormente sobre el objeto del proceso.

La representación procesal de don José Julián Elgorriaga también aduce la vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley en su vertiente de derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE), porque, en su opinión, se infringieron las normas que regulan la abstención y la recusación y la interpretación que, de las mismas, ha dado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La vulneración de este derecho se habría producido tanto en instrucción como en la fase de plenario, al ser rechazadas en ambos casos, *a limine* por los propios recusados, los incidentes planteados. Se destaca en su escrito el hecho de que el incidente de recusación del Juez Instructor fuera resuelto por el propio juez recusado tras un acto procesal de dudoso encaje legal, pues, tras escuchar al Ministerio Fiscal y al recusante, procedió a inadmitir *a limine* el incidente, continuando con la diligencia que había prevista, la declaración del Sr. Dorado. Posteriormente acordó rechazar (y no inadmitir) el incidente de recusación por abuso de derecho y fraude procesal. En relación con la Sala enjuiciadora expone la diferente composición de la misma a lo largo del proceso y alega que, ante la razonable duda de cuál fuera su composición definitiva, presentó escrito interesando su fijación definitiva. Tan sólo dos días después de obtener respuesta interpuso incidente de recusación y, pese a haber sido formulado en plazo, la Sala lo rechazó *ab initio* por extemporáneo.

La representación procesal de doña Felipa Artano Sagastume y doña María Jesús Arostegi Beraza entiende que la providencia de este Tribunal por la que se abre

el trámite del art. 84 LOTC no es conforme a Derecho, razón por la cual ha interpuesto recurso de súplica al amparo del art. 93.1 LOTC solicitando su revocación. Ello no obstante denuncia la inconcreción de la providencia por no precisar sobre qué recusación han de versar las alegaciones y considera que no estamos ante un supuesto contemplado en art. 84 LOTC, por cuanto el motivo puesto de manifiesto por el Pleno de este Tribunal ya había sido alegado en los distintos recursos que fueron expresamente inadmitidos en este punto. Manifiesta que la cuestión de fondo planteada ya fue razonadamente resuelta por el Tribunal Supremo con apoyo de doctrina constitucional cuyos razonamientos y conclusiones comparte plenamente. Y termina señalando que la parcialidad no se produjo, ya que la recusación, remedio para desplazar del conocimiento del proceso a los jueces y magistrados que tienen una especial relación con el objeto del proceso, ha de ser objeto de riguroso examen para evitar que el uso legítimo de un derecho se convierta en un abuso con finalidad de fraude de ley. Y porque el hecho de que los Magistrados dictaran un Auto que no afectaba a ninguno de los recurrentes de amparo (por afectar únicamente al letrado Argote y a un testigo protegido en el marco de un sumario distinto del principal y tramitado por otro Juzgado Central de Instrucción) impide entender que se haya quebrado el derecho a un juez imparcial respecto de éstos. Sin que, además, puedan ser considerados actos de instrucción aquéllos que consisten en el conocimiento y resolución de los recursos que se interponen contra las resoluciones del Instructor. Por todo ello, concluye, a su juicio no ha habido en el proceso judicial previo quiebra alguna del derecho a un juez imparcial.

Finalmente el Ministerio Fiscal, en sus alegaciones, señala que los términos de la providencia en la que se abre el trámite del art. 84 LOTC no añaden nada nuevo a lo que ya consta en los motivos referentes al juez imparcial que figuraban en los recursos de amparo interpuestos por los respectivos recurrentes. Por ello considera que al, no haber recurrido el propio Ministerio Fiscal las providencias del Tribunal Constitucional en que se inadmitió por unanimidad la supuesta vulneración del derecho al juez imparcial, no resulta ahora procedente recibir este motivo al estar ya inadmitido de manera firme, ya que, además, no constituye «otro motivo distinto de los alegados», como exige el tenor literal del art. 84 LOTC.

13. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 7 de junio de 2002 el Procurador don José Manuel Dorremocha Aramburu, en representación de doña Felipa Artano Sagastume y doña María Jesús Arostegi Beraza, al amparo de lo previsto en el art. 93.2 LOTC, formuló recurso de súplica contra la citada providencia, solicitando que la misma fuera dejada sin efecto, al considerar que con la misma se vulneraba su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el principio de seguridad jurídica, en cuanto garantizan el derecho a la inmodificabilidad de las decisiones judiciales, además de que se le producía indefensión constitucionalmente vedada.

Mediante escrito registrado en este Tribunal el 7 de junio de 2002 el Procurador don Eduardo Morales Price, en representación de la Asociación contra la Tortura, al amparo de lo previsto en el art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, solicitó aclaración de la expresada providencia de 4 de junio, a fin de que se declarara la existencia de un error y que no procedía incorporar por la vía del art. 84 LOTC un motivo que fue alegado e inadmitido en resoluciones firmes. Solicitó asimismo se suspendiera el trámite de alegaciones conferido hasta tanto se resolviera la solicitud de aclaración.

De dichos escritos se dio traslado a las partes comparecidas para que en el plazo de tres días formularan

las alegaciones que tuvieran por convenientes. No lo hicieron el Abogado del Estado ni don Rafael Vera Fernández-Huidobro.

14. Mediante sendos Autos de fecha 17 y 18 de junio de 2002 el Pleno desestimó el recurso de súplica presentado y rechazó la solicitud de aclaración que le había sido formulada, al considerar que la providencia de 4 de junio de 2002 que había sido impugnada es conforme con las facultades que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional le confiere.

15. El día 19 de junio de 2002 se celebró a la vista oral de los presentes recursos de amparo acumulados. En ella las partes comparecidas formularon las siguientes alegaciones:

a) En representación de don Ángel Vaquero Hernández y don Enrique Dorado Villalobos intervino el Letrado don Jorge Argote Alarcón que, con parcial remisión a lo expuesto en la demanda de amparo, afirmó que las resoluciones condenatorias cuestionadas habían lesionado los derechos de sus defendidos a un juez imparcial y a la presunción de inocencia.

Según expuso, fueron varias las ocasiones en que quedó en entredicho la imparcialidad del Juez instructor y de la Sección de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que enjuició los hechos en primera instancia. En relación con el Juez instructor denunció que hubiera resuelto su propia recusación, rechazando *a limine* el incidente planteado por el Sr. Dorado y otros, el 10 de septiembre de 1997, antes de empezarse la declaración del Sr. Dorado Villalobos. En su opinión el Juez instructor tenía interés directo e indirecto en la causa porque en la misma podía aparecer involucrado su propio hermano —cuya imputación había pedido días antes una de las acusaciones populares—, por existir una conexión objetiva entre los hechos investigados y los que eran objeto de otro proceso, también tramitado ante un Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional, relativo a la actuación delictiva de los autodenominados Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL). Admitió que una pretensión de recusación pueda ser rechazada *ab initio* por concurrir en ella defectos que así lo justifiquen, pero consideró lesivo del derecho a un juez imparcial que tal pronunciamiento lo adopte el propio Juez recusado. La misma secuencia (recusación seguida de rechazo liminar por el propio Juez instructor) se repitió el 18 de septiembre de 1997 frente a la petición formulada por el Sr. Vaquero. En esta última petición concurría un dato adicional: meses antes, en 1996, el Juez instructor, al dictar Auto de procesamiento contra otros imputados, habría exteriorizado un prejuicio contra el Sr. Vaquero, el cual se vio confirmado con su posterior imputación y procesamiento.

También en la fase intermedia y de juicio oral se habrían producido vulneraciones del derecho a un juez imparcial, pues en dos ocasiones, también *a limine*, y sin tramitar el correspondiente incidente (lo que exigía la remisión de los autos al juez legalmente asignado para resolver sobre la recusación), la Sala enjuiciadora rechazó dos incidentes de recusación formulados en nombre de los recurrentes. El primero cuestionaba la idoneidad objetiva de dos de los componentes de la Sección para integrar la Sala enjuiciadora, de los que se entendía habían exteriorizado prejuicios contra los recurrentes en el Auto de apertura de juicio oral de 17 de noviembre de 1999. El segundo, hacía relación a la actitud hostil del Presidente del Tribunal durante el desarrollo de la vista oral. En su opinión ambas peticiones fueron debidamente fundadas e injustificadamente rechazadas. Entiende que no había extemporaneidad en la primera, porque no fue sino dos días antes de plantear la recusación cuando se conoció la composición defi-

nitiva de la Sala ante la que se iba a desarrollar el juicio. No había abuso de derecho ni fraude procesal en la segunda pues con ella se denunciaba la actitud hostil y contraria a la defensa de quien con imparcialidad debía dirigir el debate de la vista oral.

En segundo lugar adujo que la condena de los recurrentes había vulnerado su presunción de inocencia, pues no se asentaba sobre pruebas válidas, obtenidas con todas las garantías, que fueran de cargo, es decir, que permitieran afirmar su culpabilidad. En su opinión la condena impugnada se asienta sobre elementos inestables, que sólo por la voluntad de la Sala enjuiciadora podían llegar a ser consideradas como pruebas de cargo. A tenor de lo expresado en las resoluciones cuestionadas la condena por asesinato se basa únicamente en un indicio (la detención ilegal y custodia de quienes resultaron finalmente asesinados), pero tal indicio se declara acreditado por algunas de las declaraciones sumariales del coimputado don Felipe Bayo Leal, las cuales, por su forma de prestarse, no pueden considerarse pruebas válidas que desvirtúen la presunción de inocencia.

Según expuso el Letrado, la declaración del coimputado Sr. Bayo Leal no está corroborada por ningún otro elemento de prueba, sino que, simplemente a la misma se le da credibilidad y se convierte en el eje de la condena. Pese a que el Tribunal Supremo cita la doctrina constitucional sobre los requisitos de validez de las declaraciones de los coimputados, en la práctica aplica la contraria. En las resoluciones impugnadas no se toma en consideración que durante más de un año, antes de agosto de 1997, el Sr. Bayo negó su participación en los hechos, y que después de realizar bajo secreto sumarial, sin asistencia del resto de imputados, sus declaraciones auto y heteroincriminatorias se retractó de las mismas en cuanto dejó de depender su situación personal de las decisiones del Juez instructor. Se trata de unas declaraciones movidas por el ánimo de obtener ventajas procesales (entre ellas, específicamente, el cambio de prisión a un centro militar). Pero, sobre todo, se trata de unas declaraciones que se prestaron sin efectiva contradicción y que nunca pudieron llegar a ser sometidas a contradicción, pues en el juicio oral fueron objeto de expresa y motivada retractación. Por ello tal déficit de contradicción no queda sanado en el juicio oral con la lectura de tales declaraciones sumariales prestadas en secreto. Tal inválida declaración se proyectó sobre todos los imputados y se utiliza también para dar credibilidad a las declaraciones de los testigos de referencia que depusieron en este proceso (singularmente el testigo protegido núm. 2345, y el Sr. López Carrillo).

Por último llama la atención acerca de que sobre el Sr. Vaquero Hernández, a tenor de las Sentencias impugnadas, no existe otra prueba que las referidas declaraciones del Sr. Bayo Leal, y por ello, invalidada ésta, no existe prueba de cargo alguna sobre su participación en los hechos, como no existe prueba de cargo válida sobre la del resto de condenados.

b) En nombre de don Felipe Bayo Leal intervino el Letrado don Javier Moreno Núñez, quien mantuvo, asimismo, que las Sentencias impugnadas habían vulnerado su derecho a ser enjuiciado por un juez imparcial y a la presunción de inocencia. Muestra de la falta de imparcialidad del Instructor sería su conducta durante la fase sumarial, pues, según denunció, cometió numerosas irregularidades procesales como, por ejemplo, cuando se le proponía el interrogatorio de un testigo exigía aportar previamente un pliego con las preguntas que se le querían formular para resolver sobre su pertinencia. Denuncia también que fue preventivamente encarcelado con base en un informe policial que permaneció secreto durante varios meses, lo que impidió la impugnación de tal decisión. Por ello siempre tuvo el recurrente la sensación de que el Instructor no dirigía

la investigación con objetividad, sino que estaba convencido de su culpabilidad, lo que se vio reforzado tras su actitud obstaculizadora del incidente de recusación que, en su criterio, puso de relieve un especial interés en mantener la competencia sobre la causa que instruíra cuando no existía riesgo alguno de dilación en la normal tramitación del incidente.

Se habría vulnerado también el derecho a la presunción de inocencia del Sr. Bayo Leal por cuanto, pese a sustentarse su condena en sus propias manifestaciones, las mismas no han sido corroboradas por ningún otro dato objetivo, ni existieron garantías de contradicción en el momento en que fueron prestadas por estar declarado el secreto sumarial. Afirma que tales manifestaciones, prestadas en el mes de agosto de 1997, tenían exclusivamente ánimo exculpatario, pues en aquel momento actuó movido por odio hacia sus superiores, dado el tiempo que había transcurrido desde que fue decretada su prisión provisional. Además en dichas declaraciones el Sr. Bayo sólo admitió haber participado en el interrogatorio de los detenidos, que se extendió durante menos de setenta y dos horas. Sus declaraciones inculpativas no hicieron sino reproducir las que antes habían prestado en la causa otros testigos, y a partir de ellas construyó las suyas, con ánimo de darles verosimilitud. Tampoco puede dejar de tomarse en consideración la situación psíquica de su defendido, que consta acreditada en la causa a través de numerosos informes, pues el trastorno bipolar de la personalidad que le afectaba, unido a la intensa medicación consumida, le convertían, en aquel momento, en una persona frágil y susceptible de aceptar promesas de mejor trato, de forma que finalmente se consiguió doblegar su voluntad en el sentido deseado a través de un uso indebido de la prisión provisional que no puede menos que ser calificado como medieval.

c) El Letrado don José María Fuster-Fabra Torrellas, que asiste al demandante don Enrique Rodríguez Galindo, coincidió con los anteriores en denunciar la vulneración de sus derechos fundamentales a un juez imparcial y a la presunción de inocencia. Entiende que el mejor ejemplo de la primera vulneración es el hecho de que, pese a estar personado en la causa desde 1995, prácticamente no pudo asistir a ninguna de las diligencias de investigación porque la mayoría de ellas se realizó bajo secreto sumarial. Coincide en destacar como lesivas las dos decisiones judiciales por las que se inadmitieron *a limine* los incidentes de recusación del Juez instructor y de la propia Sala enjuiciadora ante la que se denunció la existencia de parcialidad por su anterior pronunciamiento en el Auto de apertura del juicio oral.

En cuanto a la alegada vulneración de la presunción de inocencia del recurrente expuso el Letrado que carecían de validez como pruebas de cargo tanto el testimonio del Sr. Bayo Leal como el prestado por el testigo protegido núm. 2345. En relación con las manifestaciones del Sr. Bayo Leal, utilizadas en las Sentencias impugnadas para justificar la condena del Sr. Rodríguez Galindo por los delitos de detención ilegal y asesinato, afirmó que carecen de cualquier validez dadas las circunstancias concurrentes en el momento en que fueron prestadas. Destacó que el Sr. Bayo prestó varias declaraciones contradictorias a lo largo del proceso: primero negó, después inculpató parcialmente a los acusados, y finalmente se retractó de todas las acusaciones explicando su mendacidad. Se trata, además de declaraciones no sometidas al principio de contradicción, que, en su opinión, debe favorecerse en el momento de ser prestadas, sin que tal exigencia pueda ser sustituida por su lectura y reproducción en el acto del juicio oral, donde fueron de nuevo retractadas. Las Sentencias impugnadas justifican su validez imputando a las defensas pasividad en la fase sumarial, sin embargo, tal y como consta en

las actuaciones, cuando pidieron la revocación del Auto de conclusión del sumario se desestimó su petición con la justificación de que las únicas pruebas válidas serían las que se practicasen en el juicio oral. Además nunca se les podría reprochar a las defensas no haber contribuido a dar validez a las diligencias sumariales, pues es a la acusación a quien corresponde aportar al juicio pruebas válidas obtenidas con todas las garantías.

Por tratarse de diligencias sumariales no practicadas con todas las garantías, su simple lectura en el juicio oral, al que asistió el Sr. Bayo Leal desmintiendo sus anteriores manifestaciones, no sana los déficits de contradicción denunciados. Tampoco puede dejar de valorarse el estado de salud psíquica del Sr. Bayo Leal, aspecto éste en el que reitera lo expuesto por su asistencia letrada. Cuestionó también que se diera valor probatorio a la cinta de casete aportada por el Sr. Bayo en una de sus comparecencias de agosto de 1997 que, supuestamente, recoge una conversación mantenida con los Sres. Dorado, Vaquero y Goñi Tirapu. Entiende el Letrado que por las condiciones en que se aportó (sin pericia técnica sobre su contenido, afirmando su autor que había sido manipulada y desmintiendo los supuestos interlocutores la existencia de la conversación), nunca debió ser valorada, por tratarse de una prueba inválida.

En cuanto al testigo protegido núm. 2345 sostuvo que, materialmente, se trata de un testigo de referencia, cuyas manifestaciones que ha de ser juzgadas con cautela y traídas al proceso penal sólo de forma excepcional, pero en ningún caso cuando existe la oportunidad de interrogar al testigo directo, el Sr. Dorado Villalobos, como ocurrió en el supuesto presente. Cuestionó también la credibilidad de su testimonio a la vista de su contenido, que considera inverosímil por haber incurrido en numerosas contradicciones y haberse acreditado que algunos pasajes de lo afirmado no eran ciertos. Pese a ello, pese a haberse probado que parte de lo manifestado no era cierto, la Sala aceptó como prueba otras partes de su manifestación para con ellas justificar la condena del Sr. Rodríguez Galindo, en vez de rechazar la totalidad de su declaración, como debía haber hecho.

Continuó su intervención cuestionando la Sentencia condenatoria por hallarse plagada de pasajes expresados en forma de conjetura y por haber resuelto todas las dudas en perjuicio de los acusados, eligiendo de todo lo actuado lo que servía para justificar la condena, lo que expresa un prejuicio sobre su culpabilidad. Rechazó que las manifestaciones de unos testigos se puedan tomar como elementos de corroboración de las de otros, pues la secuencia temporal en que fueron prestadas explica que cada uno, al declarar, conocía por la prensa lo que ya había sido manifestado en el sumario. Concluyó señalando que la presunción de inocencia del recurrente había sido vulnerada tanto en lo relativo al delito de detención ilegal como al de asesinato, pues no hay una sola prueba que ponga de evidencia que el Sr. Rodríguez Galindo y el resto de acusados acordaran y resolvieran dar muerte a los supuestamente detenidos, pues a dicha conclusión se llega sin prueba, simplemente por exclusión de cualesquiera otras alternativas.

d) Don Francisco Javier Lozano Montalvo, Abogado del demandante don José Julián Elgorriaga Goyeneche, reiteró la existencia de dos vulneraciones de derechos fundamentales: el derecho a un juez imparcial y el derecho a ser presumido inocente. Apoyó su pretensión de amparo en las siguientes alegaciones: el Juez instructor no era imparcial y con su actuación demostró que carecía de las condiciones mínimas para investigar con neutralidad el asesinato de los Sres. Lasa y Zabala. Tal parcialidad se puso de relieve al inadmitir *a limine* su propia recusación. Prueba de ello sería que al Sr. Elgorriaga, al que no había tomado declaración como imputado, le citó directamente a realizar un careo con su subor-

dinado, el Sr. López Carrillo. Y lo sería también el hecho de haber mantenido injustificadamente en secreto el sumario durante meses (aunque era puntualmente retransmitido en un medio de comunicación escrito), así como las condiciones en que se obtuvo la declaración del Sr. Bayo Leal, que llevan a pensar que se trató de una declaración inducida por el propio Instructor. Asimismo reitera las alegaciones de anteriores intervinientes en cuanto al incidente de recusación de la Sala con motivo de su anterior participación en el Auto de apertura de juicio oral.

Recordó que la Sentencia que condena al Sr. Elgorriaga no concreta ni quien secuestró ni quien asesinó a los Sres. Lasa y Zabala, aunque afirma, sin prueba alguna que lo ratifique, que el Sr. Elgorriaga y el Sr. Rodríguez Galindo acordaron utilizar la vía del secuestro y la desaparición de terroristas a fin de obtener información. Por tanto no existe prueba alguna que permita involucrar al recurrente en la ideación o inducción de acciones violentas como la que se le imputa. Al recurrente le imputa la Sentencia, no solo la ideación de la actividad delictiva, sino también haber facilitado el acceso a las dependencias del Palacio de «La Cumbre» y haberse acercado hasta allí mientras permanecían detenidos los Sres. Lasa y Zabala. Pues bien, sobre estos extremos tampoco existiría prueba válida de cargo alguna. Se adhirió a lo manifestado por el resto de Letrados en torno a la invalidez de las manifestaciones del Sr. Bayo, y destacó que en su indagatoria Bayo refutó sus anteriores manifestaciones, y que esa es la razón por la que no quiso firmar el acta levantada al efecto. Y si hizo las manifestaciones autoinculpatorias de agosto de 1997 fue porque estaba convencido que el delito que se autoatribuyó (detención ilegal) estaba prescrito (como lo acredita el que no hayan sido traídos al proceso el resto de agentes de la Guardia civil que, supuestamente, participaron en la custodia e interrogatorio de los detenidos).

Cuestionó también la credibilidad del testigo protegido núm. 2345, que ha sido utilizado únicamente para tratar de reforzar la credibilidad de las manifestaciones del Sr. López Carrillo, que incurrió en multitud de contradicciones, habiéndose acreditado que gran parte de lo que dijo es falso. Por ello sólo existe un indicio de la participación del recurrente en los hechos, y con un sólo indicio no se puede justificar una sentencia condenatoria. Razones éstas por las que solicitó el amparo de su patrocinado.

e) El Abogado don Manuel Cobo del Rosal, en nombre de don Rafael Vera Fernández-Huidobro, se adhirió a las demandas de amparo formuladas por los recurrentes, asumiendo las alegaciones ya formuladas. En su opinión se vulneró el derecho a un juez imparcial cuando el Juez instructor rechazó su recusación (basada en la presunta implicación en la causa de su hermano), y se volvió a vulnerar cuando la Sala rechazó por extemporáneo el segundo incidente de recusación, que estaba plenamente justificado por cuanto, al pronunciarse sobre la apertura del juicio oral, rechazó determinadas pruebas aduciendo la falta de credibilidad de los testimonios sumariales prestados. Rechazó que puedan darse por válidas las declaraciones sumariales prestadas en secreto, sin asistencia de las partes, por el Sr. Bayo Leal, pues se prestaron sin contradicción, no son creíbles y respondían a móviles espurios por perseguir ventajas procesales y penitenciarias. Dicha invalidez no puede ser sanada mediante su lectura en el acto del juicio oral, ni tampoco existe justificación alguna acerca de porqué los órganos judiciales han dado mayor credibilidad a la imputación que a la retractación cuando está acreditado que la imputación no se produjo en el acto del juicio oral, y por tanto no hubo intermediación alguna del Tribunal que le permitiera valorar la credibilidad de tales manifestaciones. El testimonio prestado en el juicio ha

de prevalecer sobre las manifestaciones sumariales, y más aún cuando en ellas concurren los defectos ya denunciados. Se ha confundido la lectura de declaraciones sumariales para pedir explicaciones con la necesidad de fundar las condenas en pruebas practicadas únicamente en el juicio oral, que es lo que el art. 741 LECrim exige. Expuso también que el testimonio sumarial fue retractado en el acto del juicio oral y ello impide dar valor probatorio a las diligencias sumariales.

Las pruebas utilizadas para fundar la condena no serían de cargo por provenir de un coimputado y dos testigos de referencia y no hallarse corroboradas por dato externo alguno, sin que las del primero puedan utilizarse para corroborar las de los otros dos, ni viceversa. Se trata de indicios que sólo justificarían una denuncia o una investigación, pero no una condena, pues se trata de indicios equívocos, no directos ni convergentes, por lo que finalizó señalando que la condena de los demandantes se había acordado sin que existieran en las actuaciones pruebas válidas de cargo que la sustentaran.

f) El Abogado del Estado solicitó la estimación parcial de las demandas de amparo formuladas por entender que en el proceso judicial previo se vulneraron el derecho a un proceso con todas las garantías y la presunción de inocencia de los recurrentes en relación con su condena por detención ilegal y asesinato. Solicitó, por ello, que se dicte una sentencia estimatoria del amparo por la que se reenvíe la causa al órgano judicial de instancia para que se vuelva a pronunciar sobre la pretensión acusatoria sin tener en cuenta las declaraciones sumariales del Sr. Bayo Leal ni la transcripción de la cinta de casete aportada a la causa, y sin que pueda dar por inferido el asesinato del hecho de la detención ilegal.

Su intervención se centró sobre dos aspectos concretos: la denunciada falta de contradicción de las manifestaciones sumariales del coimputado Sr. Bayo Leal y la inferencia judicial que llevó a dar por acreditada la participación de los recurrentes en los delitos de asesinato. En su exordio inicial recordó que el proceso de amparo tiene un objeto distinto del proceso penal, por más que en él se valore si en el proceso judicial previo se vulneraron o no los derechos fundamentales de los recurrentes al acordar su condena; por ello debe ser excluida cualquier pretensión de debate acerca de la credibilidad de los testimonios que llevaron a justificar la condena de los recurrentes. No se trata, consiguientemente, de determinar si las manifestaciones inculpatorias del Sr. Bayo son más creíbles que las exculpatorias, sino de apreciar si las mismas han sido prestadas con todas las garantías, y, específicamente, si en su producción se respetó la garantía de contradicción exigible en cualquier medio de prueba que pretenda desvirtuar la presunción de inocencia.

A partir de la doctrina sentada en las SSTC 2/2002 y 57/2002 recordó que la exigencia de contradicción en la producción de las pruebas (conforme la prevé también el Convenio europeo de derechos humanos) exige que se dé a los acusados una ocasión suficiente y adecuada para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento de declarar o en un momento posterior. Para el Abogado del Estado, frente a las alegaciones de los demandantes, podría decirse que si la retractación del Sr. Bayo en el juicio oral se considera un hecho impeditivo de la contradicción ello no sería debido a la actuación del Tribunal. De la misma forma, conforme al razonamiento de las Sentencias impugnadas, la falta de contradicción en fase sumarial se debería a la pasividad de los demandantes, lo cual tampoco sería imputable al órgano judicial. Sin embargo en su alegato el Abogado del Estado sostuvo que sí hubo violación del derecho a un proceso con todas las garantías, porque los órganos judiciales, concretamente el Juez instructor,

no facilitó que los recurrentes tuvieran una oportunidad adecuada para contradecir las manifestaciones incriminatorias del coimputado Sr. Bayo, actuación ésta a la que venía obligado a la vista de las circunstancias concurrentes en las declaraciones de agosto de 1997 (sumario declarado secreto, presencia del Ministerio Fiscal, participación activa de éste y del Juez instructor en el interrogatorio de quien no tiene obligación jurídica de decir verdad). Por ello, ante la posibilidad de que dicha manifestación heteroincriminatoria se convirtiera anticipadamente en prueba de cargo, el Instructor, en su calidad de garante de los derechos fundamentales de los implicados en el proceso debió de favorecer el interrogatorio contradictorio del Sr. Bayo. Es pues esta omisión la que, en su opinión, constituye el núcleo de la lesión constitucional denunciada. Finalizó su intervención, en este aspecto, manifestando que no puede exigirse a los recurrentes que conformen su estrategia defensiva favoreciendo el que las pruebas de la acusación se produzcan con todas las garantías.

En cuanto a la condena por dos delitos de asesinato destaca cómo la Sentencia de la Audiencia Nacional la justifica señalando que, dadas las circunstancias concurrentes, la decisión de trasladar a Alicante y dar muerte a José Antonio Lasa y José Ignacio Zabala «sólo pudo ser tomada» por los recurrentes que previamente habían decidido y ejecutado su secuestro. Destaca cómo la Sentencia de casación calificó de «concisa» la fundamentación en este aspecto, aunque la consideró suficiente e, incluso, la apuntaló con nuevos razonamientos. Admite la posibilidad, reconocida extensamente en la doctrina constitucional, de fundar la condena en una prueba por indicios, pero resalta que éstos deben conducir a la condena mediante una inferencia que no pueda tacharse de ilógica, débil, excesivamente abierta o poco concluyente, sin que pueda afirmarse la culpabilidad sobre la afirmación de que el acusado tuvo ocasión de cometer el delito que se le imputa.

La aplicación de dicha doctrina al caso analizado le lleva a solicitar la estimación del amparo, pues el hecho base que se da como acreditado es la autoría del secuestro, que se da por acreditada con una prueba directa —las manifestaciones del Sr. Bayo, corroboradas en parte por las del Sr. López Carrillo y el testigo protegido núm. 2345. Y, al margen de expresar sus dudas acerca de que pueda afirmarse que la declaración de un coimputado constituye la prueba plena que el hecho base precisa (por las razones más arriba apuntadas), las Sentencias impugnadas deducen, en grupo, de dicho hecho base la autoría del asesinato, afirmando que los cinco que idearon y ejecutaron la detención ilegal resolvieron y ejecutaron el asesinato, inferencia ésta que, en su opinión, no supera el test de razonabilidad exigido por el derecho a ser presumido inocente. Y no lo satisface porque, ni se puede construir una máxima de experiencia que así lo confirme, ni sería compatible con las exigencias del principio de culpabilidad y de individualización de la pena tal atribución en grupo sin justificación específica a cada uno de sus integrantes.

Por último destaca como ejemplo la ausencia probatoria, en este último aspecto, en relación con el recurrente Sr. Vaquero Hernández: las Sentencias cuestionadas le atribuyen su presencia en «La Cumbre» y le asignan una tarea de enlace entre los superiores jerárquicos y los agentes que custodiaban a los secuestrados, pero no hay ninguna implicación más sobre su participación en los hechos. Y concluye poniendo de relieve que la ausencia de explicación sobre el paradero de los detenidos no puede constituirse en prueba del asesinato, pues sólo podría servir como indicio para corroborar otras pruebas que así lo apuntaran. Por lo expuesto acabó solicitando la estimación parcial de las demandas de amparo conforme a lo expuesto más arriba.

g) En nombre de doña Felipa Artano Sagastume y doña María Jesús Arostegui Beraza intervino el Abogado don Iñigo Iruin Sanz, que solicitó la desestimación de las pretensiones de amparo formuladas por los demandantes.

En su opinión la alegada lesión del derecho a un juez imparcial debe rechazarse con los contundentes argumentos expuestos por la Sentencia de casación, a los que habrían de añadirse los que justificaron las decisiones de inadmisión parcial a trámite de las demandas adoptadas por este Tribunal en sus providencias de 18 de febrero y 8 de abril de 2002, dictadas en este proceso de amparo. Con cita de la STC 47/1982, de 12 de julio, recuerda el Letrado que este Tribunal Constitucional ya admitió entonces la posibilidad de rechazo liminar del incidente de recusación por el propio órgano judicial recusado, delimitando allí los casos y las causas que hacían legítimo tal rechazo, las cuales, en su opinión, concurren en el supuesto presente. Además los Autos dictados en el mes de septiembre de 1997 por el Juez instructor fueron revisados en apelación por otro Tribunal imparcial, lo que disipa cualquier duda acerca de la legitimidad de las decisiones cuestionadas.

Considera que tampoco puede compartirse la pretendida vulneración de la presunción de inocencia de los recurrentes. Al iniciar su alegato señaló que debía distinguirse la condena por detención ilegal (basada en pruebas directas) de la condena por asesinato (fundada en prueba indiciaria), pues dadas las características de una y otra son distintos los criterios de enjuiciamiento constitucional de las condenas. Y, en cualquier caso, en el análisis de las pretensiones de amparo no pueden olvidarse los límites de la jurisdicción constitucional cuando ante ella se alega la denunciada lesión, pues dicha jurisdicción no se extiende a la valoración de la prueba ni a enjuiciar la credibilidad de los testimonios, como han planteado los recurrentes. Su control es externo, se limita a evaluar si existe en la causa prueba de cargo practicada con todas las garantías. Como método propone el inverso al realizado por los recurrentes, pues considera que hay que partir de las Sentencias impugnadas y de las pruebas que en ellas se han utilizado para justificar la condena, sin que dicho análisis pueda realizarse de forma atomizada, aislando cada hecho de los que le preceden o suceden.

Según alega, la detención ilegal quedó acreditada por prueba directa (la declaración sumarial del coimputado Sr. Bayo Leal, suficientemente corroborada por datos y circunstancias externas a la misma y sometida a contradicción en el acto del juicio oral, tras su lectura, mediante la explicación de las razones que le llevaron entonces a formularla y después a retractarse de la misma). La declaración sumarial incriminatoria no vino motivada por móviles espurios y hubo plena posibilidad de contradicción sobre la misma tanto en fase sumarial como en el juicio oral. Durante el sumario porque, tras su práctica, se alzó la declaración de secreto, adoptada conforme a las previsiones legales, y se practicaron otras muchas diligencias con el Sr. Bayo a las que también asistieron las defensas (careos con los Sres. Vaquero, Alba, Argote, Del Hoyo y Goñi Tirapu, ampliación de las declaraciones, comparecencia, indagatoria tras la ampliación del procesamiento e inspección ocular). En todas ellas pudieron interrogar sin limitaciones al Sr. Bayo sobre sus manifestaciones incriminatorias. El Sr. Bayo mantuvo esta versión de los hechos durante casi dos años, hasta finales de marzo de 1999, fecha en que se retractó. Por tanto, si no las sometieron a contradicción, fue porque no lo consideraron útil para sus estrategias defensivas. Y es que, según dijo, sólo cuando las declaraciones sumariales acceden al juicio oral como prueba preconstituida, es decir, cuando no acude al juicio oral quien las formuló, es requisito constitucional para

darles validez el que en el momento de formularse, o en otro posterior, pero antes del juicio oral, tuvieran las defensas oportunidad de contradecirlas. Pero éste no fue el caso, porque el coimputado sí asistió al juicio oral, prestó declaración en él y fue interrogado por las todas partes, sin que se negara, específicamente, a contestar a las defensas de los recurrentes. En definitiva, hubo ocasión adecuada y suficiente, tanto en fase de instrucción como en fase de juicio oral, para que los recurrentes, a través de sus defensas, confrontaran las manifestaciones del coimputado. Y por ello se trata de una prueba válida, obtenida con todas las garantías y valorable por el órgano judicial, al gozar de consistencia plena por aparecer corroboradas por otros datos objetivos, destacando, frente a lo afirmado por los recurrentes, que en el apartado b) del fundamento jurídico segundo de la Sentencia de instancia se describen detalladamente los elementos de corroboración.

Señaló que la condena por asesinato se fundó en prueba indiciaria que reúne todos los requisitos exigidos en la doctrina constitucional para obtener plena validez y desvirtuar la presunción de inocencia, pues no siendo precisa una pluralidad de indicios (basta con uno de suficiente entidad), de los mismos cabe deducir de forma razonable los hechos declarados probados. Al Tribunal Constitucional le corresponde realizar el control externo de dichos requisitos, es decir, si los indicios están probados, y si de ellos se llega a los hechos imputados mediante un razonamiento lógico y suficientemente concluyente. El hecho base de suficiente entidad sería la detención ilegal (acreditada por prueba directa, como se dijo antes), a ello se une que los ilegalmente detenidos nunca fueron puestos en libertad, y que la detención y asesinato se produce en unas coordenadas espacio-temporales (lugar de la detención, condición de agentes de la autoridad de las personas implicadas, existencia de hechos similares antes y después, etc.) que, en su opinión, son suficientemente acreditativas de la razonabilidad de la inferencia conforme a la cual quienes idearon, ejecutaron o mantuvieron la detención, ordenaron o participaron también en el asesinato. Dichos datos han de ser complementados con las manifestaciones del testigo protegido núm. 2345 y las del testigo Sr. López Carrillo. Por último adujo que la inferencia realizada en las Sentencias impugnadas es similar a la declarada conforme a la Constitución por este Tribunal al ratificar la validez de la condena por la desaparición del supuesto delincuente conocido como «el Nani», y también similar a la validada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al condenar al Estado turco en la Sentencia de 31 de mayo de 2001, dictada en el caso *Akdeniz*.

h) La Abogada doña Ángeles López Álvarez intervino en representación de la Asociación contra la Tortura y, como el anterior, solicitó la desestimación de las peticiones de amparo formuladas por los demandantes, adhiriéndose en todo a las alegaciones formuladas por el Letrado que le precedió en el uso de la palabra. Mantuvo que durante la fase sumarial sí existió posibilidad de contradicción, por cuanto con posterioridad a las manifestaciones incriminatorias de agosto de 1997 se desarrollaron, con asistencia de las defensas de los recurrentes, varias diligencias de investigación adicionales (entre ellas varios careos), y en muchas de ellas estuvo presente y pudo ser interrogado y confrontado el testimonio del Sr. Bayo Leal. Cuestionó la afirmación de los recurrentes según la cual la declaración del Sr. Bayo estuvo motivada por la promesa u obtención de ventajas penitenciarias, pues, según expuso, si se le cambió a una prisión militar fue porque así lo solicitó en aquel momento, obteniéndose por aquellas fechas un informe del Ministerio de Defensa que certificaba su condición militar pese a estar en situación de retiro. Puso

también de manifiesto cómo algunos de los datos facilitados por el testigo protegido núm. 2345 fueron contrastados posteriormente, cual es el caso de la existencia de una caja fuerte en casa del Sr. Dorado.

En relación con la alegada lesión del derecho a un juez imparcial inició su exposición recordando que por la gravedad de los hechos, el tiempo transcurrido y los protagonistas imputados, se trataba de un caso difícil en el que había tensión durante la instrucción, pero de ello cree que no puede deducirse razonablemente la falta de objetividad del Instructor. Destaca que la causa de recusación alegada contra el Juez instructor nace de un escrito presentado por una acusación popular (que calificó de extraña), que pretendió provocar artificialmente la existencia de la causa de recusación luego aducida. Recuerda que el Ministerio Fiscal se opuso entonces a las diligencias pedidas, entre ellas la declaración del hermano del Instructor, e incluso solicitó el apartamiento de dicha acusación del proceso por su carácter fraudulento. En cualquier caso la decisión de inadmisión liminar fue después confirmada y ratificada por el órgano judicial de apelación, lo que permite descartar cualquier tacha de parcialidad. Lo mismo ocurriría con la Sala enjuiciadora: no era desconocida, y la causa de recusación alegada no era sino el ejercicio de las funciones que le atribuye la ley procesal (dictar el Auto de apertura del juicio oral pronunciándose sobre las pruebas propuestas por las partes).

i) Intervino en último lugar el Ministerio Fiscal, que en sus alegaciones solicitó la estimación parcial de las demandas de amparo en lo relativo a la condena por delito de asesinato, al entender que en este punto las Sentencias impugnadas vulneraron el derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes.

En relación con el delito de detención ilegal estimó que la condena se asienta sobre pruebas válidas obtenidas con todas las garantías, pues lo es el interrogatorio en el juicio oral del coimputado Sr. Bayo, que se extendió a lo manifestado en fase sumarial, dando así posibilidades de contradecir su testimonio entonces incriminatorio interrogándole por las razones que le llevaron en agosto de 1997 a inculpar a los recurrentes. Considera el Ministerio Fiscal que las manifestaciones sumariales del Sr. Bayo constituyen una diligencia de investigación practicada conforme a las exigencias legales constitucionales, pues la declaración del secreto sumarial ha sido validada por este mismo Tribunal al inadmitir a trámite los motivos referidos a esta circunstancia. Pero la prueba que sirvió para desvirtuar la presunción de inocencia no fue tal diligencia de investigación, sino el interrogatorio en el juicio oral del Sr. Bayo, el cual se llevó a efecto sin limitación alguna, es decir, con plenas posibilidades de contradicción por parte de las partes comparecidas, conforme estableció este Tribunal en la STC 63/2001. Se trata de un testimonio en el que, razonadamente, los órganos judiciales han descartado la existencia de móviles espurios, y que, además, aparece corroborado por el resultado de la inspección ocular y las manifestaciones del testigo Sr. López Carrillo.

Distinta opinión le merece la condena de los recurrentes por el delito de asesinato, pues entiende que la misma, basada en una prueba de indicios, se asienta en un indicio único (las manifestaciones del testigo protegido núm. 2345), que es poco fiable al haberse acreditado la mendacidad de algunas de sus afirmaciones. Cree el Ministerio Fiscal que de la detención ilegal no puede deducirse el asesinato por parte de quienes participaron en aquella, pues el resto de datos que se han utilizado para robustecer esa hipótesis son demasiado genéricos como para llegar a una conclusión condenatoria. Rechazó el Ministerio Fiscal que el caso analizado guarde suficiente semejanza con el que dio lugar a la condena de varios agentes policiales por la detención

y desaparición del supuesto delincuente conocido como «el Nani», pues allí se trataba de evaluar la posibilidad de condenar más gravemente una modalidad de detención caracterizada por no dar cuenta del paradero de la persona detenida, pero no se les imputó su asesinato. Igualmente considera no aplicable la doctrina sentada por el TEDH en el caso *Akdeniz contra Turquía*, pues en él se imputa al Estado no haber dado explicaciones de la suerte de los detenidos, pero no se trata de una condena penal.

Por último reiteró lo manifestado en este proceso en anteriores alegaciones en relación con la alegada vulneración del derecho a un juez imparcial, que entiende que no concurre, sin perjuicio de reconocer la facultad del Pleno de llegar a una conclusión diferente.

16. Mediante providencia de fecha 1 de julio de 2002, el Pleno acordó prorrogar en diez días el plazo para dictar Sentencia, habida cuenta de la complejidad del caso analizado.

17. Por escrito presentado el 8 de julio de 2002 la Procuradora de los Tribunales doña María Luisa Bermejo, en nombre y representación de don Enrique Rodríguez Galindo, solicitó la abstención del Magistrado Excmo. Sr. don Tomás S. Vives Antón y, subsidiariamente, caso de no producirse la misma, planteó incidente de recusación, por entender que concurre la causa de abstención o recusación prevista en los artículos 219.8 LOPJ y 54.10 LECrim, consistente en tener amistad íntima con una de las partes. En la misma fecha la Procuradora de los Tribunales doña África Martín Rico, en nombre y representación de don Ángel Vaquero Hernández, don Enrique Dorado Villalobos y don Felipe Bayo Leal, y la Procuradora de los Tribunales doña Laura Lozano Montalvo, en nombre y representación de don José Julián Elgorriaga Goyeneche, presentaron escrito en el que formularon incidente de recusación contra el Magistrado Excmo. Sr. don Tomás S. Vives Antón, por entender que concurren las causas de recusación previstas en los apartados 8 y 9 del art. 219 LOPJ.

Por Auto de 10 de julio de 2002 el Pleno del Tribunal acuerda no admitir a trámite las solicitudes de recusación formuladas por los demandantes de amparo. Contra dicho Auto, por escrito presentado el 12 de julio de 2002 las Procuradoras de los Tribunales doña África Martín Rico y doña Laura Lozano Montalvo, la primera en nombre y representación de don Ángel Vaquero Hernández, don Enrique Dorado Villalobos y don Felipe Bayo Leal y la segunda en nombre y representación de don José Julián Elgorriaga Goyeneche, interpusieron recurso de súplica. En fecha 13 de julio de 2002 la representación de don Enrique Rodríguez Galindo interpuso también dicho recurso. Admitido el recurso, se amplió el plazo para deliberación y votación de la Sentencia hasta la resolución del mismo.

Habiéndose dado traslado a las partes la representación de la Asociación contra la Tortura, el Ministerio Fiscal y la representación de doña Felipa Artano y doña María Jesús Arostegui impugnaron el recurso, por entender procedente el rechazo *a limine* de la recusación planteada.

Por Auto de 22 de julio de 2002 el Pleno del Tribunal desestimó los recursos de súplica interpuestos contra el Auto de 10 de julio, confirmando así el rechazo *a limine* de la recusación.

18. Por providencia de 22 de julio de 2002 se acuerda reanudar la deliberación. Producida la votación, a la que, por haberse así acordado, se incorporó el voto escrito del Magistrado don Fernando Garrido Falla, emitido ante el Secretario del Pleno, el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga declinó su ponencia quedando como únicos Ponentes los indicados en el encabezamiento de esta Sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de los presentes recursos de amparo acumulados núms. 4858-2001, 4907-2001 y 4922-2001, tal y como ha quedado delimitado por las respectivas demandas, por nuestras correlativas providencias de admisión e inadmisión así como por la que acordó abrir el trámite del art. 84 LOTC, con el contenido que se relata en los antecedentes, lo constituyen las aducidas vulneraciones del derecho a un Juez imparcial y predeterminado por la Ley y de la presunción de inocencia que se imputan, en los términos que luego se concretarán, a los diversos órganos judiciales intervinientes en el proceso que concluyó con las Sentencias de 26 de abril de 2000, de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y de 20 de julio de 2001, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, cuya nulidad se solicita.

Las vulneraciones del derecho a un Juez imparcial se entienden cometidas por las resoluciones que rechazan *a limine* la recusación del Juez instructor, del Presidente de la Sala sentenciadora y de la Magistrada de la misma, doña Manuela Fernández Prado y, finalmente, por la que, en la misma forma, rechaza la ulterior recusación del Presidente de la Sala.

Las vulneraciones de la presunción de inocencia se entienden cometidas por las dos Sentencias arriba relacionadas, en tanto condenan a los recurrentes de amparo por los delitos de detención ilegal y asesinato.

En el análisis de dichas supuestas vulneraciones comenzaremos por las relativas al derecho al Juez imparcial, invirtiendo, no obstante, el orden temporal en que se produjeron al sustituir el criterio de la prioridad en el tiempo por el que parece metodológicamente más adecuado, a saber: el de llevar a cabo el examen de los problemas que se plantean empezando por los que, en cuanto a su enunciado, parecen más simples y acabando en los más complejos. En consecuencia comenzaremos analizando las vulneraciones que se imputan a la Sala para examinar después las que se aducen frente al Instructor.

De modo semejante, en el examen de las presuntas vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia comenzaremos por las que afectan a la condena por el delito de detención ilegal para continuar por las que se aducen frente a la condena por el delito de asesinato.

A lo que cabe añadir, como última precisión introductoria, que habiendo sido condenados los recurrentes en un solo proceso, y habiéndose acumulado los diversos recursos, daremos a sus pretensiones, salvo en la medida en que por su propia naturaleza requieran la individualización, un tratamiento conjunto.

2. El análisis de las quejas relativas a la imparcialidad de los Jueces y Magistrados ha de ir precedido de una somera exposición de la doctrina de este Tribunal al respecto.

Pues bien, el art. 24.2 de nuestra Constitución, en sintonía con el art. 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley. Como se declaró en la STC 60/1995, de 16 de marzo, «sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional». Esta garantía fundamental del proceso debido y de la Administración de Justicia propia de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) reviste, si cabe, un mayor rigor ante pretensiones de condena, en las que la estricta observancia del principio de legalidad (SSTC 75/1984, de 27 de junio, 142/1997, de 15 de septiembre, 162/1999, de 27 de septiembre, 52/2001, de 26 de febrero) obliga a que la libertad de criterio del juzgador obedezca exclusivamente a motivos de aplicación del

Derecho y nunca a prejuicios ideológicos o personales (SSTC 225/1988, de 28 de noviembre, y 137/1997, de 21 de julio; Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de octubre de 1982, caso *Parsec*, de 26 de octubre de 1984, caso *De Cubber*, de 22 de junio de 1989, caso *Lanborger*, de 20 de mayo de 1998, caso *Gautrin*, entre otros). Esta garantía, hemos dicho, es aplicable tanto al órgano de enjuiciamiento, como al Juez que dirige la instrucción (STC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 21).

Esta obligación de no ser «Juez y parte» ni «Juez de la propia causa» se traduce en dos reglas: «según la primera, el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; por la segunda, el Juez no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra» (STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5). Con arreglo a este criterio nuestra jurisprudencia ha diferenciado entre la imparcialidad subjetiva, es decir, la que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes; y la imparcialidad objetiva, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi* (SSTC 136/1992, de 13 de octubre, 157/1993, de 6 de mayo, 7/1997, de 14 de enero, 47/1998, de 2 de marzo, y 11/2000, de 17 de enero, entre otras).

Para garantizar las apariencias de imparcialidad exigidas y reparar de forma preventiva las sospechas de parcialidad, las partes gozan del derecho a recusar a aquellos Jueces en quienes estimen que concurren las causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y neutralidad. Este derecho a formular recusaciones comprende, «en línea de principio, la necesidad de que la pretensión formulada se sustancie a través del proceso prevenido por la Ley con este fin y a que la cuestión así propuesta no sea enjuiciada por los mismos Jueces objeto de recusación, sino por aquellos otros a que la Ley defiera el examen de la cuestión» (STC 47/1982, de 12 de julio, FJ 3). La regla general es, así pues, la de que el órgano recusado ha de dar curso a la recusación para que sea examinada por un órgano distinto a aquél de quien se sospecha la parcialidad.

Esta regla general no significa, sin embargo, que en casos muy excepcionales la recusación no pueda rechazarse de plano por el propio órgano recusado, lo que resulta constitucionalmente admisible, a decir de la STC 47/1982, de 12 de julio, cuando se propone por quien no es parte en el proceso o falta alguno de los presupuestos de admisibilidad, tales como que se incumplan los requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento (entre ellos, la extemporaneidad), cuando no se alega la causa en que legítimamente puede fundarse la recusación, o cuando no se establecen los hechos que le sirven de fundamento (FJ 3). A idéntica conclusión ha de llegarse en casos como el contemplado en la STC 234/1994, de 20 de julio, en que se aduce una causa de recusación ilusoria que en modo alguno se desprende de los hechos en que intenta fundamentarse. En aquel caso «los recurrentes pretendieron la recusación del Juez de Instrucción por la sola razón de una imaginaria «enemistad» surgida de la circunstancia de no haber atendido a su petición de puesta en libertad, sin que hubieran ejercitado siquiera los recursos pertinentes contra el Auto de prisión provisional». Como era evidente *prima facie* que tal presupuesto fáctico no podía servir de fundamento a la enemistad aducida, y que se formulaba la recusación «con el sólo objeto de entorpecer el legítimo ejercicio de la función instructora», el Tribunal llegó a la conclusión de que lo que debió haber hecho el

órgano jurisdiccional de instancia «es haber repelido la recusación por temeraria, abusiva y contraria al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas». En el mismo sentido dijimos en la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 5, que «la inadmisión liminar de la recusación puede sustentarse tanto en la falta de designación de una causa legal de abstención como en su invocación arbitraria».

3. Aplicando al caso la doctrina expuesta y comenzando, según se anticipó, por las vulneraciones del derecho a un Juez imparcial que se imputan a la Sala sentenciadora, la recusación articulada frente al Presidente de la Sala, don Siro García Pérez, y la Magistrada doña Manuela Fernández Prado, fue rechazada *a limine* por Auto de 10 de diciembre de 1999, dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Penal, de la que formaron parte el Presidente y la Magistrada recusados, sobre la base del fundamento jurídico que se transcribe a continuación:

«Primero.—Por un lado, ha de tenerse en cuenta que la Sección Primera, llamada a desempeñar las funciones de enjuiciamiento, es orgánica y ha estado constituida, a lo largo de este procedimiento, por sus titulares, salvo en supuestos de permisos o licencias u otros de semejante índole. Respecto a esa titularidad no se ha producido cambio alguno en la persona de la Magistrada Sra. Fernández Prado. Por lo que se refiere al Magistrado Sr. García Pérez si bien no ostentó la titularidad desde diciembre de 1998 hasta el 1 de septiembre de 1999, en esa última fecha se reintegró al cargo y así consta en la providencia del 2 de septiembre de 1999, que fue notificada de manera inmediata a las partes.

Por otro lado, el Auto del 10 de marzo de 1997, al que se refieren los recusantes, aparece unido a la causa desde el 10 de abril de 1997; y el Auto que resolvió sobre admisión de pruebas, en la función que la Ley atribuye al Tribunal enjuiciador, es de fecha 17 de noviembre de 1999 y fue notificado el mismo día a las partes.

Todo lo expuesto conduce, en relación con el art. 223.1 de la LOPJ y con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 20 de julio de 1999, a que la promoción del presente incidente de recusación deba reputarse extemporánea; y, en consecuencia, cumpliendo las obligaciones que el art. 11.1 de la LOPJ atribuye a este Tribunal, para evitar dilaciones indebidas, a inadmitir de plano el incidente formulado.»

Frente a tal determinación del *dies a quo* a partir del cual ha de computarse el plazo tan perentoriamente fijado por el art. 223.1 LOPJ («tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde») se aduce que, si bien la recusación se interpuso en fecha de 9 de diciembre de 1999, fue porque no se tuvo conocimiento definitivo de la formación de la Sala hasta el 7 de diciembre anterior, fecha en que se dio respuesta a una petición formulada al efecto, dado que, se afirma, los miembros del Tribunal fueron cambiando a lo largo del tiempo, llegando a variar incluso el Presidente.

Sin embargo hemos afirmado en múltiples ocasiones que la determinación del *dies a quo*, como todo lo relativo al cómputo de los plazos, constituye una cuestión de legalidad ordinaria, en la que no podemos entrar salvo que se fije de manera irracional o arbitraria o produzca indefensión (SSTC 1/1989, de 16 de enero, FJ 3; 32/1989, de 13 de febrero, FJ 2; 65/1989, de 7 de abril, FJ 2; 201/1992, de 19 de noviembre, FJ 2; 220/1993, de 30 de junio, FJ 4; 322/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 191/1997, de 10 de noviembre, FJ único; 215/1997, de 27 de noviembre, FJ único; 89/1999, de 26 de mayo, FFJJ 3 y 4; 66/2000, de 13 de marzo, FJ 4, y 133/2000, de 16 de mayo, FJ 3, entre otras muchas). En consecuencia, aplicando al caso la precitada doctrina, ha de concluirse que entender

que las Secciones orgánicas están compuestas a lo largo de todo el procedimiento por sus titulares y que nada obstan a ese hecho las eventuales sustituciones que puedan producirse, no es en modo alguno irracional o arbitrario y, en consecuencia, no produce indefensión puesto que los recurrentes contaban con la debida asistencia jurídica a la que le era exigible conocer y prever ese entendimiento, que no es sino el ordinario, de los preceptos relativos a la composición de las Salas. A lo que cabe añadir que la respuesta del Tribunal Supremo al efecto (FJ 5 de la Sentencia de casación) se formula en los términos que a continuación se transcriben y que no han sido desvirtuados:

«Por lo demás, la instrumentalización de la recusación efectuada por el recurrente se confirma al comprobar que en el auto de apertura de juicio oral de 17 de noviembre de 1999, consta firmado, precisamente, por los dos Magistrados a los que luego se recusa, habiéndose sorteado la prevención del art. 223 LOPJ "...la recusación deberá proponerse tan luego como se tenga conocimiento de la causa ..." mediante la apertura de un nuevo plazo provocado por la petición dirigida a la Sala de conocer la composición de la misma, respondida con el proveído de 7 de diciembre, en el que constaban como integrantes de la Sala juzgadora el mismo Presidente y el Ponente del auto de apertura de juicio oral de 17 de Noviembre de 1999. Precisamente el único Magistrado que cambia es aquél frente al que no se formaliza recusación —ver composición Tribunal del auto y del Plenario.»

Dicho esto procede analizar la cuestión, planteada solo de forma implícita, de si la resolución de la recusación por los propios recusados comporta, en este caso, una vulneración del derecho a un Juez imparcial. Pues bien, en la ya citada STC 47/1982, de 12 de julio, analizando un supuesto de rechazo *a limine* de la recusación por los propios recusados, ya admitimos que un tal rechazo «puede producirse por incumplimiento de los requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento» (FJ 3), entre los que, a tenor de lo dispuesto en el art. 223.1 LOPJ, ha de incluirse la formulación de la recusación en plazo.

4. La segunda pretensión relativa a la presunta vulneración del derecho a un Juez imparcial es la formulada frente al Auto de 20 de diciembre de 1999, en el que la Sala sentenciadora en instancia rechaza la recusación de su Presidente formulada sobre la base del incidente ocurrido el día 17 de diciembre de 1999 durante el desarrollo de la vista oral.

Para concretar el sentido de la pretensión es conveniente referirse al incidente tal y como se recoge en el escrito de recusación. El día 16 de diciembre de 1999 el Abogado don Jorge Argote protestó por una pregunta del Ministerio Fiscal a don Ángel Vaquero Hernández, que conceptuaba capciosa, produciéndose entre el Presidente de la Sala y el Letrado un diálogo, que se transcribe en el escrito de dicho Letrado, de 17 del mismo mes y año, en el que, ante tal protesta, el Presidente del Tribunal recabó para sí la facultad de apreciar si era o no fundada, e hizo un comentario privado a uno de los Magistrados del Tribunal que contenía un reproche para la conducta del Letrado.

El procesado, Sr. Vaquero, en otro momento del interrogatorio, pidió auxilio a la Sala por considerar que las preguntas del Ministerio Fiscal le estaban llevando a la confusión. A raíz de esa petición se produjo entre el procesado y el Presidente un incidente en el que éste efectuó las siguientes afirmaciones, tal y como resultan del escrito de recusación del día 18 de diciembre de 1999:

«Presidente: Bueno, pues ya estamos otra vez en la situación de ayer, y desde luego no se me volverá a ocurrir volver a llamarle tío al Sr. Letrado; pero es absolutamente impropio (...) digo suponiendo, y que fuera así, que fuera dirigido al Sr. Letrado ayer, y que se empleara la palabra tío, que no lo dudo. Es absolutamente impropio, y además usted lo sabe, porque es un prestigioso jefe de la guardia civil, que no puede usted responder así al Ministerio Fiscal. Y que está usted incurriendo en la posibilidad de cometer una falta, al menos disciplinaria, dentro del juicio, grave. Yo se lo hago saber para que quede suficientemente advertido al respecto.»

En la recusación de los recurrentes se aducen una serie de infracciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entendiéndose que, de ellas y del tenor literal de las manifestaciones del Presidente, éste «tiene una acentuada querencia por una de las partes, el Ministerio público, que contrasta vivamente con la manifiesta animadversión y enemistad que profesa al procesado Sr. Vaquero Hernández y al Letrado del procesado Sr. Argote Alarcón».

A esa recusación responde la Sala, compuesta por el recusado como Presidente y por los Magistrados don Carlos Cezón y doña Manuela Fernández, por Auto de 20 de diciembre de 1999, cuyo fundamento jurídico primero se expresa en los siguientes términos:

«El art. 56 de la LECrim establece que la recusación podrá proponerse en cualquier estado de la causa, pero nunca después de comenzado el juicio oral, a no ser que el motivo de la recusación sobreviniere con posterioridad. Ahora bien, el iniciar un procedimiento de recusación sustancialmente basada en el modo como el Magistrado Presidente ejerce, durante la vista oral, las funciones que le atribuyen los arts. 683 a 687 de la LECrim, aunque nominalmente se invoque el núm. 11 del art. 54 de la LECrim, implicaría un fraude de ley: dejar a la disposición de las partes la aplicación de las normas imperativas contenidas en aquellos artículos, reguladores de las facultades presidenciales, y en los arts. 745 y 746 de la LECrim, respecto a la no suspensión de los juicios fuera de las causas previstas.

Por lo expuesto, y por mandato del art. 11.2 de la LOPJ, este Tribunal viene obligado a rechazar la admisión a trámite de la recusación formulada. Sin perjuicio de que la parte pueda formular protesta a los efectos oportunos.»

Planteada la parcialidad del Presidente como motivo de casación, el Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico 18 de su Sentencia, entendió «que el Presidente del Tribunal sólo ejerció la policía de vista y dirección de los debates que le confieren los arts. 683 y 684 de la LECrim». En cualquier caso, lo cierto es que en los incidentes transcritos se plasma una actuación que podrá estimarse más o menos correcta; pero en la que, a simple vista y de modo manifiesto y rotundo, cabe excluir que se plasme la actitud de enemistad manifiesta que enervaría la imparcialidad del Juez. Parece, pues, claro que se está en uno de los casos que, a tenor de nuestra jurisprudencia, permite el rechazo *a limine*, incluso por el propio recusado pues como en el supuesto examinado en la STC 234/1994, de 20 de julio, nos hallamos ante una «enemistad imaginaria» (FJ 2), carente manifiestamente de todo fundamento (SSTC 205/1998, de 26 de octubre, FJ 3, y 136/1999, de 20 de julio, FJ 3), que no se desprende en absoluto del relato de los hechos de los que pretende hacerse derivar y que, según lo expuesto, justifica el rechazo liminar no sólo por tratarse de un supuesto análogo al contemplado en la STC 234/1994, sino además porque, como pone de manifiesto el Auto por el que fue rechazada, las normas imperativas que regulan la policía de vistas y las que

limitan la suspensión de los juicios a los motivos estrictamente determinados por la Ley quedarían, de otro modo, a disposición de las partes, con la consiguiente distorsión fraudulenta del proceso.

5. La causa de recusación, a la que acabamos de referirnos (enemistad manifiesta), es la misma que, en relación ahora con el Juez instructor, se aduce por el recurrente Sr. Vaquero. A juicio del recusante, tal enemistad se infiere inmediatamente de las frases del Auto de 19 de junio de 1996, por el que se declaró procesados a don José Julián Elgorriaga Goyeneche y don Rafael Vera y Fernández-Huidobro, que a continuación se transcriben:

«En fin, es posible que faltar a la verdad sea un riesgo permanente. Ahora bien, hacerlo bajo juramento o promesa ante un Tribunal de Justicia ya de forma sistemática es todo un atentado a la dignidad propia y ajena. Y no sólo porque dentro del proceso siempre haya algo o alguien que termina por desmentir al que empeña su palabra en falso, sino porque como no se puede mentir durante todo el tiempo, al final el engaño se acaba notando y quienes más perderán serán aquellos cuyas ideas se convertirán en pesadillas y tendrán que solicitar préstamos de credibilidad. En todo caso, dado el momento procesal de esta causa, no se considera oportuno, por ahora, deducir testimonio para que los responsables a que se refieren los artículos 458 a 461, ambos inclusive, del Código Penal, se encaren a rendir cuentas de sus conductas.»

El párrafo transcrito contiene unas consideraciones generales sobre el deber de veracidad en el proceso penal y las consecuencias de la inveracidad que, por sí mismas, carecen de aptitud para ser conceptuadas como signos de enemistad contra nadie, por más que siga a una consideración sobre la falta de credibilidad de diversos testigos entre los que se halla el Sr. Vaquero. A ello se añade que la recusación se plantea el 18 de septiembre de 1997, transcurrido más de un año desde que se efectuaron por lo que, amén de su más que posible extemporaneidad, ha de destacarse que ocurre poco después de que se hayan producido las declaraciones incriminatorias del Sr. Bayo Leal, momento en que la aplicación del procedimiento normal de recusación hubiera comportado el apartamiento temporal del Instructor justo en la etapa culminante de la instrucción, con el consiguiente riesgo de distorsión de la misma.

Por ello, por los mismos fundamentos que en el caso de la supuesta enemistad analizada anteriormente, ha de llegarse a la conclusión de que no hubo vulneración del derecho a un Juez imparcial.

6. El 10 y el 18 de septiembre de 1997 se presentaron sendos escritos de recusación (al último acabamos de referirnos) en los que, a los efectos que a este recurso interesan, se proponía la del Juez Instructor, Sr. Gómez de Liaño.

Las causas de recusación se concretaban en el interés directo en el asunto, debido, en primer término, a que una acusación popular había solicitado, entre otros, la citación de su hermano, don Mariano Gómez de Liaño, con el carácter de imputado; y, en segundo lugar, a los hechos relatados en el Auto por el que el Sr. Garzón Real se abstuvo de conocer la recusación del Sr. Gómez de Liaño. Entre muchos detalles que ahora no son del caso se puntualiza en el primer escrito de recusación al que se ha hecho referencia lo siguiente:

«Se desprende del Auto de referencia, dictado por el Ilmo. Sr. Garzón, que existe una conspiración, o bien una coordinación al menos, extraprocesal, de determinadas personas, entre las que se encuentra el Ilmo. Sr. recusado, para "poner fin al sistema político actual"

utilizando, entre otros instrumentos, la jurisdicción y la función jurisdiccional, desde los Juzgados de la Audiencia Nacional. Esto es muy grave, como lo que a continuación se relata. Pero no lo afirma esta parte, sino que viene afirmado por el Ilmo. Sr. Garzón, por los medios de comunicación, y por numerosos libros escritos (entre otros los que firma el Sr. Ekaizer) y publicados recientemente. Esta defensa se limita, en ejercicio legítimo de defensa y con el máximo respeto a las instituciones y a las personas, a ponerlo sobre la mesa del Juzgado para que sea investigado con imparcialidad y con objetividad, porque afecta al proceso; y no solo a éste, sino a muchos otros que se tramitan en los Juzgados Centrales, en la Audiencia Nacional.»

Denegada la recusación por el propio Instructor, la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, formada por don Jorge Campos Martínez, don José Ricardo de Prada Solaesa y doña Rosa María Arteaga Cerrada, desestimó los recursos (de queja y apelación) interpuestos contra tal denegación en sendos Autos, prácticamente idénticos, de 9 de junio de 1998. Para dar idea cabal de la respuesta que, en la vía ordinaria, recibió la pretensión de los recusantes se transcriben los fundamentos 3 y 4 de uno de dichos Autos:

«Tercero.—Para entrar el tema hay que descartar las soluciones maximalistas. Ni por un lado se puede aceptar la posición del apelante, en el sentido de que el Instructor recusado ni siquiera pueda enterarse del contenido del escrito de recusación, y ha de limitarse a pasarlo al sustituto competente para el incidente de recusación, ni, de otro, cabe plantearse como regla general, sino por el contrario como un supuesto de suma excepcionalidad, que el propio Instructor recusado rechace a *limine* la recusación.

En efecto, la postura mantenida por el apelante, en su informe, impediría hasta el cumplimiento de lo establecido en el artículo 223 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en donde se contempla un supuesto de rechazo a *limine* por el recusado, de la causa de recusación, cuando hay previo conocimiento de la misma por el recusante no denunciado a su debido tiempo.

Es el propio artículo 223 de la Ley Orgánica del Poder Judicial quién da la pauta a seguir para determinar, repetimos solo en supuestos excepcionales, en qué supuesto cabe la resolución que hoy se recurre. En dicho artículo 223 late la idea de que quien recusa extemporáneamente, porque ya conocía de antes la causa de recusación, falta a la probidad y la recusación debe ser rechazada por el propio Instructor, al perseguir aquella solo una finalidad retardatoria del procedimiento.

De los dictámenes del Ministerio Fiscal, y de lo informado en la vista, se desprende lo siguiente:

a) Después de más de dos años de instrucción del Sumario 15/95 se persona una nueva Acusación Popular.

b) En contra de la opinión del Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras personadas, la nueva Acusación Popular propone unas diligencias de investigación que retrasarían innecesariamente, a juicio de las demás partes acusadoras, el Sumario, y ello cuando esta Sección, conociendo de recursos contra autos de prisión, ha puesto de relieve la necesidad de que se acelere la conclusión del Sumario, dada la situación de prisión de algunos procesados.

c) Se pide la declaración como imputado de un hermano del Instructor, al conceptuarle encubridor de los hechos objeto del Sumario.

d) En base a la actuación de dicha Acusación Popular, la Defensa del procesado Ángel Vaquero plantea la recusación del Instructor, considerando todo lo anterior como nuevos hechos que le hacen desconfiar de la imparcialidad del Instructor.

Debe añadirse a lo anterior que por la representación de otros procesados en el Sumario 15/95, y respecto de los cuales también se ha celebrado vista, en el mismo día de este recurso, de otro recurso de apelación con igual contenido, se formuló querrela contra el Instructor por delito de prevaricación al denegar la práctica de diligencias de investigación y la declaración como imputado del hermano del Instructor.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo en auto de fecha 5-11-97 acuerda desestimar la querrela por no ser los hechos constitutivos de infracción criminal y en los razonamientos jurídicos establece:

a) Se observa un notorio abuso de derecho a ejercer la acusación popular.

b) No se encuentra base alguna a las imputaciones formuladas contra el Instructor, con motivo del auto del Juzgado Central núm. 5 dictado en pliego de recusación en otro procedimiento (se refiere a las Diligencias Previas del llamado caso "Sogecable"), que los querellantes aducían como motivo de grave preocupación sobre la imparcialidad del Instructor.

c) No existe nada anómalo, ni irregular, en el rechazo que hace el Instructor de la diligencia solicitada, por la Acusación Popular, para que se reciba declaración al hermano del Instructor como imputado, puesto que tal solicitud era contraria a la buena fe y entrañaba abuso de derecho y fraude procesal.

d) Si el Juez recusado debiera abstenerse en todo caso resultaría harto fácil eliminar un Juez celoso de su oficio con la imputación puramente formal que hiciese una acusación popular, cuya falta de base y apoyo, no se deduce del solo criterio del Instructor, sino de un órgano imparcial como el Ministerio Fiscal que solicita el rechazo.

Cuarto.—Los términos del auto del Tribunal Supremo son realmente duros para la conducta de la acusación popular en el Sumario, para la querrela interpuesta por la defensa de los procesados en el Sumario 15/95 del Juzgado Central núm. 1, y extrapolables a la recusación, pues sin ambages se habla de fines espurios, y actos contrarios a la buena fe, que entrañan abuso de derecho y fraude procesal.

Sintetizando todo lo anterior se puede concluir que excepcionalmente, además de la causa prevista en el art. 223 de la LOPJ, el propio recusado puede rechazar *a limine* su propia recusación, cuando es patente que la misma responde a fines espurios y es contraria a la buena fe, por entrañar abuso de derecho y fraude legal, teniendo ello amparo en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en los artículos 24 y 126 de la Constitución Española que proclaman el derecho al Juez natural predeterminado en la Ley, sin que la parte a su libre elección pueda descartarlo con causas de recusación en fraude de Ley, y el derecho a la tutela judicial efectiva que comprende un procedimiento sin dilaciones maliciosas.

Este pronunciamiento no puede ser tachado de cambio de criterio, toda vez que, como ya ha quedado indicado, el propio Pleno de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional ha dictado recientemente auto de fecha 29-5-98 en el que se adopta igual solución de ser posible el rechazo *a limine* del incidente de recusación por el Instructor en los supuestos de abuso de derecho y fraude procesal.

Igualmente entendemos que en el plano de la indefensión material ningún perjuicio se ha seguido al apelante por el rechazo *a limine*, por cuanto ha dispuesto del control del recurso vertical ante esta Sección, que ha llegado a la convicción de no ser arbitraria la resolución del Instructor, sino razonada y razonable atendida la excepcionalidad del caso que se le planteó.»

A tenor de lo expuesto, desde la óptica de los presentes recursos de amparo, podría admitirse el rechazo *a limine* de la causa de recusación consistente en el interés directo dimanante de haber de dictar resolución en tema concerniente al hermano del Sr. Instructor, pues aunque tal resolución pudiera constituirle en Juez parcial, esa parcialidad carecería aquí de consecuencias, pues afectaría sólo a la resolución antedicha y, por lo tanto, a la acusación solicitante de la diligencia de investigación rechazada; pero no repercutiría sobre los recurrentes, con cuya defensa no se aduce que guarde ninguna relación. A lo que debe añadirse que la improcedencia de la diligencia rechazada fue ulteriormente confirmada, tanto por la Sala como por el Tribunal Supremo.

Sin embargo, el rechazo liminar llevado a cabo por el propio Juez instructor de la recusación fundada en el interés directo que al mismo se imputa en razón de su pertenencia a una presunta unión conspiratoria, cuyos fines se describen como contrarios a los intereses de los imputados hoy recurrentes, al comportar una valoración de fondo sobre la inexistencia de los hechos imputados que no le correspondía efectuar le situó en una posición sospechosa, una posición de Juez que enjuicia su propia actuación que pudo generar en los recurrentes una duda legítima acerca de su imparcialidad. A lo que hay que añadir que, al tratarse de un órgano unipersonal, resulta aún más importante preservar la apariencia de imparcialidad y que la propia fundamentación del Auto de inadmisión liminar, tanto por su forma de razonamiento como por su contenido (fundamentar la existencia del fraude procesal analizando el fondo de la tacha de parcialidad alegada), configuraba un escenario en el que las sospechas de parcialidad debieron ser preventivamente conjuradas mediante el apartamiento del recusado y la tramitación del incidente de recusación. A la misma conclusión conducía el particular contexto en el que se desarrollaba la investigación y su repercusión pública, que se revelaba como un momento especialmente adecuado para preservar al máximo la apariencia de imparcialidad y fortalecer así, no sólo la confianza de los acusados, sino también la del resto de los ciudadanos en el sistema judicial, pues como hemos reiterado, recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Delcourt c. Bélgica*, de 17 de enero de 1970, § 31; caso *De Cubber c. Bélgica*, de 26 de octubre de 1984, § 26; o caso *Hauschildt c. Dinamarca*, de 24 de mayo de 1989, § 48), «a este respecto incluso las apariencias pueden ser importantes», pues «lo que está en juego es la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben merecer a los que acuden a ellos».

No obstante, la ulterior resolución del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1997 por la que, en los categóricos términos que han sido transcritos, se inadmitió la querrela presentada contra el Juez instructor, y los posteriores Autos dictados en apelación por la Sala que conoció en segunda instancia del incidente, son más que suficientes para que podamos ahora entender que la legitimidad de esa duda se desvaneció en el curso del proceso judicial, de modo que, si hubo un momento en que pudo ponerse en tela de juicio si se había o no vulnerado el derecho a un Juez imparcial, no cabe, tras las actuaciones posteriores que acaban de reseñarse, declarar en este momento vulneración alguna, puesto que el incidente hubiera tenido que resolverse en el mismo sentido. Máxime cuando ambos órganos judiciales, de cuya imparcialidad no cabe dudar, llegaron a una misma conclusión expresada en los términos antes transcritos: la existencia de una posible conducta fraudulenta por parte de una de las acusaciones populares que, en coordinación con la defensa de los ahora recurrentes, solicitaba determinadas diligencias a los únicos efectos de preconfigurar una causa de recusación que permitiera

separar al Juez encargado de la instrucción, retrasar la misma y, en su caso, orientarla en favor de sus propios intereses.

Por las razones expuestas ha de llegarse a la misma conclusión desestimatoria respecto a la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley que, fundada en que no era el Instructor recusado el llamado legalmente a resolver la recusación, se aduce por los recurrentes junto a la del derecho a un juez imparcial. Rechazadas las causas de fondo que fundamentaban la recusación por Tribunales cuya imparcialidad no ha sido puesta en duda y cuya competencia fue admitida por los recurrentes, que a ellos acudieron, parece claro que han sido justamente los Jueces ordinarios predeterminados por la ley los que, en definitiva, se han pronunciado acerca de sus pretensiones, por lo que la aducida vulneración de un derecho que, en última instancia, no es sino instrumental del derecho a un juez imparcial, debe seguir la misma suerte desestimatoria que la de éste.

Y ello sin perjuicio de que debemos reiterar nuestra doctrina según la cual la inadmisión *a limine* de la recusación es excepcional, y más aún lo es cuando quien la lleva a cabo es el propio Juez recusado, que sólo podrá acordarla legítimamente cuando se den las circunstancias arriba expuestas, a saber: que la improcedencia de la recusación, tal y como se ha señalado en el FJ 2, pueda apreciarse *prima facie* de modo manifiesto claro y terminante y, además, que la tramitación ordinaria del incidente pueda causar perjuicios relevantes al proceso principal.

7. Antes de comenzar a analizar las alegadas vulneraciones de la presunción de inocencia, tanto las que afectan a la condena por el delito de detención ilegal como a la condena por el delito de asesinato hemos de precisar cuál es, al respecto, el ámbito de nuestra jurisdicción.

A tal efecto parece útil recordar cuanto dijimos en nuestra STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2:

«2. El bagaje teórico y jurisprudencial necesario para afrontar la alegación principal, atinente a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, parte de la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad. Ni la Constitución nos atribuye tales tareas, que no están incluidas en las de amparo del derecho a la presunción de inocencia, ni el proceso constitucional permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas. Como afirma la STC 174/1985, “la función del Tribunal Constitucional, cuando se alega ante él la presunción de inocencia, es verificar si ha existido esa prueba que pueda estimarse racionalmente de cargo. En caso afirmativo no le compete revisar la valoración de que tal prueba haya realizado el juzgador en conciencia, de acuerdo con el citado art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues su jurisdicción respecto a la actuación de los Tribunales ordinarios se reduce a determinar si se han vulnerado o no las garantías constitucionales [arts. 119.3, 123.1, 161.1 b) de la Constitución y 44 y 54 LOTC], sin que pueda ni deba actuar como una tercera instancia” (FJ 2).

Como hemos explicado en multitud de ocasiones, nuestra función de protección del derecho a la presunción de inocencia comporta, en primer lugar, en coordinadas mucho más restringidas a las materiales antes sugeridas, pero extraordinariamente trascendentes, la supervisión de que la actividad probatoria se ha prac-

ticado con las garantías necesarias para su adecuada valoración y para la preservación del derecho de defensa. Aún en un plano predominantemente formal, en segundo lugar, nos corresponde comprobar, cuando así se nos solicite, que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada. Desde la perspectiva del resultado de la valoración, en tercer y último lugar, nuestro papel debe ser, por las razones ya apuntadas, extraordinariamente cauteloso. Lejos de la función de volver a valorar la prueba y de cotejar sus conclusiones con las alcanzadas por los órganos judiciales, nuestra misión se constriñe a la de supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. En rigor, pues, la función de este Tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él.

Como señalábamos en la STC 81/1998, aunque “la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio ... opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable”, la jurisdicción constitucional de amparo, que “no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios”, sólo podrá constatar una vulneración del derecho fundamental “cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, pueda inferirse la culpabilidad, como hemos venido afirmando desde la STC 31/1981 hasta las más recientes (SSTC 24/1997 y 45/1997)” (FJ 3).

Dicho de otro modo: en esencia, sólo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado. Como precisaba la STC 94/1990 en relación con los dos últimos niveles de análisis, lo trascendente es que “el Tribunal operó razonablemente sobre pruebas de cargo suficientes ... para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, y que ello aparece explicitado en su Sentencia” (FJ 5). Ha de repararse, al hilo de esta cita jurisprudencial y de la anterior de la STC 81/1998, en algo que es extraordinariamente trascendente para esta jurisdicción de amparo en cuanto que la delimita radicalmente: el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar la razonabilidad de otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo.»

Esta doctrina, recogida en términos idénticos en el fundamento jurídico tercero de la STC 220/1998, de 16 de noviembre, y coincidente en lo sustancial con cuanto hasta ahora hemos mantenido ininterrumpidamente, se resume diciendo que el Tribunal Constitucional ha de limitarse a comprobar que la prueba existente se haya obtenido y practicado conforme a la Constitución, que sea de cargo y que, en consecuencia, los hechos declarados probados puedan inferirse de ella de modo razonable y no arbitrario. No podemos, al socaire de la presunción de inocencia, enjuiciar, ni siquiera desde la perspectiva de la razonabilidad, la valoración de la prueba en sí misma considerada, sino sólo en relación con la inferencia fáctica que de ella se deduzca. Ese es un límite de nuestra jurisdicción, para la que la valoración de la prueba, sea directa o indiciaria, está vedada

por hallarse atribuida de modo exclusivo a los Jueces y Tribunales ordinarios.

Desde este punto de partida ha de admitirse que nuestra estimación del amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia comportaría la anulación de la declaración de culpabilidad y de la consiguiente Sentencia condenatoria; pero la conclusión inversa no es cierta: nuestra denegación del amparo no implicaría una confirmación de la culpabilidad declarada por los Tribunales ordinarios, sino sólo la constatación de que se han cumplido al dictar la condena aquellos requisitos que nuestra jurisdicción puede controlar de entre todos los que la Constitución exige.

8. Todos los recurrentes consideran que su condena por el delito de detención ilegal no ha sido fundada en pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías, pues no tendrían tal carácter las declaraciones sumariales que durante el mes de agosto de 1997 realizó el recurrente Sr. Bayo Leal, por haber sido prestadas sin que pudieran asistir las defensas del resto de los condenados debido a que, entonces, las actuaciones estaban declaradas secretas conforme a lo previsto en el art. 302 LECrim. Según se aduce, la imposibilidad legal de asistir a dichas declaraciones y confrontar en aquel momento las manifestaciones del Sr. Bayo, las invalidaría para ser tenidas en consideración como pruebas obtenidas con todas las garantías capaces de desvirtuar la presunción de inocencia, pues dicho déficit de contradicción no podría suplirse, como han pretendido las Sentencias impugnadas, por el hecho de que en el acto del juicio oral, en el que se retractó de las mismas, se pudiera interrogar al Sr. Bayo acerca de su contenido y de las razones por las que las efectuó, una vez que, ex art. 714 LECrim, le fueron íntegramente leídas.

La pretensión de amparo, así justificada, parte de dos premisas que no pueden ser compartidas ya que ni la condena de los recurrentes por el delito de detención ilegal se fundó exclusivamente en el contenido de las declaraciones sumariales que se citan, ni la exigencia constitucional de contradicción establecida por nuestra doctrina, una vez proyectada sobre el derecho a la presunción de inocencia, impide integrar en la valoración probatoria, en ocasiones como la analizada, el resultado de las diligencias sumariales de investigación. Pasamos a examinar ambas cuestiones.

9. A lo largo del proceso judicial previo el recurrente Sr. Bayo Leal prestó declaración en múltiples ocasiones. De entre todas las manifestaciones que efectuó, algunas negaron su participación en los hechos, así como la del resto de recurrentes. Otras, por contra, la afirmaron. Algunas, como ya se ha dicho, fueron realizadas mientras las actuaciones permanecían declaradas secretas, esto es, con la única asistencia de su propio Abogado, del representante del Ministerio Fiscal y del Juez instructor. Otras, sin embargo, fueron prestadas antes y después de dicha declaración de secreto sumarial, previa citación de las defensas de los recurrentes y con su asistencia.

Es cierto, como se afirma en las demandas, que al justificar la condena por detención ilegal, los órganos judiciales han otorgado credibilidad al contenido incriminatorio de las declaraciones sumariales del Sr. Bayo Leal. Sin embargo, en un plano puramente fáctico, debemos matizar que, tal y como el Letrado de doña Felipa Artano Sagastume y doña María Jesús Arostegui Beraza adujo en la vista oral de este recurso, las declaraciones de agosto de 1997, realizadas cuando las actuaciones eran secretas para las partes, no fueron las únicas con contenido incriminatorio que el Sr. Bayo prestó en fase sumarial sino que, una vez alzado el secreto, reiteró sus imputaciones en varias ocasiones en presencia de los Letrados de los recurrentes, es decir, con plenas posi-

bilidades de contradicción. A título de ejemplo cabe citar las siguientes ocasiones:

a) Diligencia de fecha 18 de septiembre de 1997: declaración y posterior ofrecimiento de careo al Sr. Vaquero Hernández, folio 11692 y siguientes de las actuaciones sumariales; el Sr. Bayo ratifica sus imputaciones y el Sr. Vaquero se niega a realizar el careo aduciendo no querer hacerlo «con ningún guardia civil, sea superior o subordinado suyo».

b) Diligencia de fecha 24 de octubre de 1997: declaración y ofrecimiento de careo al Comandante Sr. Alba, folio 12129 de las actuaciones sumariales; el Sr. Bayo ratifica plenamente su declaración del anterior 12 de agosto; el Sr. Alba se acoge a su «derecho a no carearse ... porque él no se carea nunca con sus compañeros».

c) Diligencia de fecha 29 de octubre de 1997: intento de careo con el Letrado Sr. Argote Alarcón, folio 12216 de las actuaciones sumariales; el Sr. Argote se niega a carearse con quien fue su defendido al entender que ello «vulnera los derechos profesionales que le asisten»; el Sr. Bayo manifiesta no tener inconveniente en practicar el careo y ratifica la parte de sus declaraciones referida al cobro de diversas cantidades que le fueron satisfechas por el Sr. Argote.

d) Diligencia de inspección ocular del «Palacio de La Cumbre» de fecha 31 de octubre de 1997, folio 12265 y siguientes de las actuaciones sumariales: asistieron los Abogados de las partes personadas. Durante su desarrollo el Sr. Bayo Leal ratificó la realidad de la detención, la realización de interrogatorios a los detenidos y la presencia en el edificio del resto de condenados.

e) Diligencia de fecha 18 de noviembre de 1997: declaración y ofrecimiento de careo al Sr. Del Hoyo Cepeda, folios 12345 a 12347 de las actuaciones sumariales; el Sr. Del Hoyo se niega a practicar el careo porque no quiere hacerlo «con guardias civiles de su mismo cargo, inferiores o superiores». El Sr. Bayo Leal «afirma y ratifica sus declaraciones prestadas durante el mes de agosto del corriente año».

f) Diligencia de fecha 12 de marzo de 1998: careo con el Sr. Goñi Tirapu, folio 13090 y siguientes de las actuaciones sumariales, acerca de la entrevista supuestamente mantenida en prisión con el Sr. Dorado Villalobos, el Sr. Vaquero Hernández y el propio Sr. Goñi.

g) Declaración indagatoria del Sr. Bayo Leal, de 31 de marzo de 1998, folios 13260 a 13265 de las actuaciones sumariales, en relación con la ampliación de su procesamiento, acordada por Auto de 18 de marzo de 1998 que, con independencia de su contenido, supuso una posibilidad de contradicción, aunque no consta fuese aprovechada por los recurrentes.

Por ello, frente a lo alegado por el Abogado del Estado, ha de ponerse de relieve que el Juez instructor, una vez alzado el secreto sumarial, favoreció la posibilidad de que los imputados y sus defensas se confrontaran con el Sr. Bayo Leal y pudieran refutar sus manifestaciones. Si no lo hicieron en aquel momento fue porque no quisieron o no lo estimaron oportuno para sus intereses de defensa.

Tal y como han declarado probado las Sentencias impugnadas, el recurrente Sr. Bayo Leal admitió en dichas manifestaciones sumariales, de forma clara, concreta y precisa que él fue uno de los agentes de la Guardia Civil que participaron en el interrogatorio de los Sres. Lasa y Zabala, que se encontraban detenidos en San Sebastián en el Palacio denominado «La Cumbre», dependiente del Gobierno Civil. Según manifestó, en dicha tarea fue auxiliado por el agente Sr. Dorado Villalobos (también recurrente) y por otros agentes que no quiso identificar. La operación, según dijo, era coordinada y dirigida por los recurrentes Sres. Rodríguez Galin-

do y Elgorriaga Goyeneche, que les transmitían instrucciones acerca del objeto del interrogatorio a través del recurrente Sr. Vaquero Hernández (en aquellas fechas, capitán de la Guardia Civil) a quien se entregó el acta con el resultado del interrogatorio y que fue quien finalmente les indicó que pusieran fin a los interrogatorios. Bayo Leal aseguró que la primera de las noches durante las que se desarrolló la detención los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche estuvieron en el Palacio supervisando la custodia e interrogatorio de los detenidos. En todo momento negó haber participado en la detención inicial de las víctimas o en su asesinato.

Las manifestaciones inculpativas descritas habían sido precedidas de otras en las que el Sr. Bayo negó su participación en los hechos, así como la del resto de recurrentes, y fueron posteriormente retractadas durante la fase intermedia del proceso (mediante escrito de 29 de marzo de 1999, folio 1236 y ss. del rollo de Sala), y en el acto del juicio oral en el que, tras leerse sus anteriores imputaciones, explicó que las mismas no respondían a la verdad, sino que eran fruto de su soledad, desamparo y desesperación, y tenían como única finalidad conseguir que el Juez instructor pusiera fin a la situación de prisión provisional en que se encontraba desde meses antes para, así, reencontrarse con su familia. El Sr. Bayo se negó a contestar a las preguntas que pretendían dirigirle las partes acusadoras. Sí lo hizo a las formuladas por su propia defensa y las de los recurrentes.

10. Aclarados estos extremos fácticos con datos que derivan de la simple lectura de las actuaciones remitidas y las resoluciones impugnadas, lo que bastaría para justificar la desestimación de la queja, la segunda cuestión a resolver, desde la perspectiva planteada, se limita a determinar si el interrogatorio del Sr. Bayo Leal en el acto del juicio oral, con las características y el resultado que han sido descritos, es prueba suficiente y obtenida con todas las garantías como para dar por desvirtuada la presunción de inocencia de los recurrentes pues, como recordó el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, fue este interrogatorio, y no la declaración sumarial, la prueba en la que se ha fundado la decisión judicial de condena.

Para hacerlo debemos empezar por exponer, en sus justos términos, la doctrina constitucional que, en torno al derecho a la presunción de inocencia, se dice ignorada por las Sentencias impugnadas.

Este Tribunal ha reiterado que las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla son específica manifestación del derecho de defensa del acusado (por todas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 122/1995, de 18 de julio; y 76/1999, de 26 de abril), y muy concretamente lo es la de «interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él», facultad ésta que el art. 6.3 d) del Convenio europeo de derechos humanos reconoce a todo acusado como regla general entre sus mínimos derechos; y de un tenor similar es el art. 14.3 e) del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (STC 10/1992, de 16 de enero, y 64/1994, de 28 de febrero). Al contenido de esta última facultad se refirieron las SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 4, y 57/2002, de 11 de marzo, FJ 3, señalando que el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, caso *Unterpertinger c. Austria*, § 31; de 20 de noviembre de 1989, caso *Kostovski c. Holanda*, § 41; de 27 de septiembre de 1990, caso *Windisch c. Austria*, § 26; de 19 de febrero de 1991,

caso *Isgro c. Italia*, § 34; de 20 de septiembre de 1993, caso *Saidi c. Francia*, § 43; y la más reciente, de 27 de febrero de 2001, caso *Luca c. Italia*, § 40)

De esta manera hemos afirmado que «ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido» (STC 143/2001, de 18 de junio), pues, como se había señalado en anteriores ocasiones: «el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos» (STC 144/1997, de 15 de septiembre). La posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las «reglas esenciales del desarrollo del proceso» (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, 218/1997, de 4 de diciembre, 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000, de 30 de marzo), que se proyecta como exigencia de validez sobre la actividad probatoria, ya se trate de diligencias sumariales que acceden al juicio oral como «prueba preconstituída» (SSTC 200/1996, de 3 de diciembre; 40/1997, de 27 de febrero, y 94/2002, de 22 de abril, FJ 3), ya de los supuestos en que, conforme al art. 714 LECrim, se pretende integrar en la valoración probatoria el contenido de las manifestaciones sumariales del testigo o coimputado, ya hablemos propiamente, por último, de las manifestaciones prestadas en el juicio oral.

No obstante lo anterior hemos de aclarar que, en cada uno de los tres anteriores supuestos, la contradicción se articula atendiendo a las peculiaridades de la prueba de que se trate, pues, pese a su semejanza, no tienen la misma naturaleza el acta en que se documenta el testimonio anterior de quien no puede declarar en juicio por haber fallecido o hallarse en paradero desconocido (la denominada prueba preconstituída del art. 730 LECrim) una declaración prestada en el juicio oral que rectifica o contradice otra anterior (supuesto que aquí analizamos, previsto en el art. 714 LECrim), o el examen por primera vez de un testigo o imputado en el acto del juicio oral.

Por eso, desde la STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3, al analizar los requisitos constitucionales de validez de las pruebas capaces de desvirtuar la presunción de inocencia, este Tribunal ha establecido reiteradamente una regla general conforme a la cual «únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes» (STC 161/1990, de 19 de octubre, FJ 2).

No obstante, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra jurisprudencia ha admitido, también expresamente, que dicha regla general admite excepciones, a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción. Específicamente este Tribunal ha declarado conformes a la Constitución los supuestos recogidos en los arts. 714 y 730 LECrim, referidos al modo de practicar las pruebas en el juicio oral, a cuyo tenor:

«Art. 714. Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones observe.

Art. 730. [En el acto del juicio oral] Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el acto del juicio oral.»

Y también hemos declarado constitucionalmente viable la práctica anticipada de pruebas ante el propio Tribunal del juicio, legalmente prevista en el art. 657.3 LECrim, para el proceso ordinario, y en los arts. 790.5, 791.2 y 792.1 LECrim, para el procedimiento abreviado (STC 2/2002, de 14 de enero).

Singularmente, en lo que se refiere a las manifestaciones prestadas en fase sumarial cuyo resultado se pretenda integrar en la valoración probatoria, este Tribunal, al analizar la aplicación judicial de lo previsto en los arts. 714 y 730 LECrim, ha resaltado la necesidad de que en estos supuestos, dado su carácter secreto, el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC 2/2002, FJ 7), pues de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, intermediación y contradicción.

En conclusión, de acuerdo con el contenido del art. 714 LECrim, en el caso de que en el acto del juicio oral un testigo o un imputado (pues a este último se han extendido jurisprudencialmente las previsiones legales que analizamos), modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, se le podrá leer la declaración sumarial invitándole a que explique la diferencia o contradicción que se observe con la practicada en el juicio oral. Es este interrogatorio subsiguiente a la lectura de las anteriores declaraciones, realizado en presencia y con el protagonismo de las partes, el que hemos considerado que satisface las exigencias de contradicción precisas para desvirtuar la presunción de inocencia, de manera que, en tales casos, el órgano judicial, podrá fundar la condena en una u otra versión de los hechos optando por la que, a su juicio, tenga mayor credibilidad (SSTC 82/1988, de 28 de abril; 51/1990, de 26 de marzo; 161/1990, de 19 de octubre; 51/1995, de 23 de febrero; 182/1995, de 11 de diciembre; 153/1997, de 29 de septiembre; y 49/1998, de 2 de marzo). Dicho de otro modo, si se cumplen las exigencias reseñadas el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas, y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga por oportunas (SSTC 150/1987, de 1 de octubre, FJ 2; 137/1988, de 7 de julio, FJ 3; 93/1994, de 21 de marzo, FJ 4; y 14/2001, de 29 de enero, FJ 7; 174/2001, de 26 de julio, FJ 7; 2/2002, de 14 de enero, FJ 6, y 57/2002, de 11 de marzo, FJ 3).

En tales supuestos, pese a lo afirmado en las demandas, la doctrina de este Tribunal nunca ha exigido que la declaración sumarial con la que se confronta la distinta o contradictoria manifestación prestada en el juicio oral haya debido ser prestada con contradicción real y efectiva en el momento de llevarse a cabo, pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial. De ello es ejemplo el que hayamos reconocido validez y entidad suficiente para

justificar una condena a declaraciones sumariales incriminatorias retractadas en el acto del juicio oral, cuyo contenido accede a éste a través del mecanismo previsto en el art. 714 LECrim, en los siguientes supuestos:

a) declaraciones sumariales prestadas en ausencia de la defensa del imputado por haberse producido antes de que éste hubiera alcanzado dicha condición (SSTC 2/2002 y 57/2002);

b) declaraciones sumariales prestadas en ausencia de la defensa del imputado por hallarse éste en rebeldía en el momento en que se prestaron (STC 115/1998);

c) declaraciones sumariales prestadas en ausencia de la defensa del imputado porque éste declinó asistir a las mismas, pese a estar convocado (SSTC 2/2002);

d) declaraciones testificales prestadas en ausencia de la defensa del imputado por estar declarado secreto el sumario mientras éstas se prestaron (STC 174/2001, de 26 de julio).

Especial relevancia adquiere esta última resolución, en la que se analiza un supuesto en el que, según se precisa en su FJ 4, el recurrente, que fue citado a declarar en calidad de imputado dos meses antes de que se alzara el secreto del sumario, adujo la invalidez como prueba de cargo del contenido incriminatorio de las manifestaciones efectuadas en dicha fase secreta. Al descartar que dicha valoración vulnerara el derecho a un proceso con todas las garantías y, en conexión con él, la presunción de inocencia de los recurrentes, señalamos entonces que «sólo podría tener relevancia constitucional la imposibilidad de contradecir las declaraciones testificales prestadas ante el Juez de Instrucción durante la fase secreta del sumario si se hubieran introducido en el proceso como pruebas preconstituídas», es decir, si al acto del juicio oral no hubieran asistido los testigos y sólo se hubiera dado lectura a su contenido ex art. 730 LECrim.

Pero como quiera que en aquel supuesto «los testigos ... declararon en el juicio oral y admitieron haber declarado ante el Juez de Instrucción» y «en todas las declaraciones consta que se leyeron a los testigos los folios correspondientes a sus declaraciones previas y que se les pusieron en evidencia las contradicciones y las declaraciones efectuadas en aquel momento», se desestimó la pretensión de amparo porque «las declaraciones ante el Juez de Instrucción y su contenido fueron introducidas en el juicio oral a través de las declaraciones de los testigos prestadas en el mismo ..., dichas declaraciones fueron sometidas a debate contradictorio de forma legal y constitucionalmente impecable, leyendo a cada testigo los folios de las actuaciones en las que constaban sus declaraciones sumariales y haciéndoles constar sus contradicciones o matices. En dichas condiciones, carece de todo fundamento sostener que la valoración de dichas declaraciones para sustentar los hechos probados y la condena ... pueda ser lesiva del derecho al proceso con todas las garantías por haberse prestado sin contradicción, pues como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en múltiples ocasiones, si bien en principio las pruebas deben practicarse ante el acusado, en audiencia pública y en debate contradictorio, ello no significa que no puedan valorarse en ningún caso las declaraciones efectuadas durante la instrucción, siempre que se respeten los derechos de defensa del acusado, esto es, siempre que se de al acusado una ocasión adecuada y suficiente para contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor, sea en el momento en que presta la declaración sea con posterioridad» (STC 174/2001, FFJJ 4 y 7).

A la misma conclusión desestimatoria hemos de llegar ahora, puesto que las declaraciones sumariales incriminatorias del coimputado Sr. Bayo Leal, prestadas ante

el Juez de Instrucción con asistencia de su Letrado y después ratificadas con asistencia de las defensas del resto de recurrentes, fueron incorporadas al acto del juicio oral cumpliendo todas las exigencias constitucionales y legales. Su interrogatorio en el juicio oral, realizado en condiciones de plena contradicción, constituye una prueba válida capaz de desvirtuar la presunción de inocencia. Por ello es constitucionalmente legítimo que el órgano sentenciador diera mayor credibilidad a su contenido que a la retractación expresada en el acto de la vista. Cuestión distinta, que abordamos a continuación, es si dichas manifestaciones, por proceder de un coimputado, tienen entidad suficiente para justificar la condena impugnada.

11. De acuerdo con la doctrina constitucional (resumida recientemente en las SSTC 2/2002, de 14 de enero, y 57/2002, de 11 de marzo), las declaraciones de un coimputado, que no están prohibidas por la ley procesal, pueden valorarse como pruebas aptas para destruir la presunción de inocencia.

Establecida esta regla general, hemos afirmado también que, tanto por la posición que ocupa el coimputado en el proceso, cuanto porque no se le exige legalmente decir verdad, su declaración constituye una prueba intrínsecamente sospechosa (STC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5), no sólo por su escasa fiabilidad, derivada de la posibilidad de que en su manifestación concurren móviles espurios (entre los que es relevante el de autoexculpación o reducción de su responsabilidad), sino, ya desde la perspectiva constitucional del derecho de defensa, porque se trata de un testimonio que sólo de forma muy limitada puede someterse a contradicción, dado que el coimputado, en cuanto acusado que es, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación legal de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente en virtud del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocido expresamente en el art. 24.2 CE, que es una garantía instrumental del más amplio derecho a la defensa en cuanto reconoce a todo ciudadano el derecho a no contribuir a su propia incriminación (SSTC 29/1995, de 6 de febrero; 197/1995, de 21 de diciembre; 153/1997, de 29 de septiembre; 49/1998 y 115/1998, de 2 de marzo y 1 de junio; en el mismo sentido, las SSTEDH de 25 de febrero de 1993, caso *Funke c. Francia*, § 44; de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. Reino Unido*, § 68; y la ya citada de 27 de febrero de 2001, caso *Luca c. Italia*, § 33, han señalado que, pese a no venir expresamente recogido en el art. 6 CEDH, el derecho a no contribuir a la propia incriminación forma parte de la noción misma de proceso justo consagrada en dicho precepto).

Precisamente dicho déficit de contradicción, que es consustancial a la declaración de cualquier coimputado en nuestro Ordenamiento jurídico, contribuye a justificar que sus manifestaciones, cuando son prueba única, no adquieran entidad suficiente para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, por lo que su veracidad ha de verse avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa (SSTC 153/1997, de 29 de septiembre; 49/1998, de 2 de marzo; 115/1998, de 1 de junio; y 68/2001, de 17 de marzo, antes citada).

El análisis de las Sentencias impugnadas pone de relieve que, como hemos expuesto antes, la declaración del Sr. Bayo Leal, cuya veracidad debe ser externamente corroborada, no se produjo en el vacío, de forma aislada, sino en el curso de una confesión en la que reconoció haber participado en el interrogatorio y custodia de los detenidos. Asimismo dio datos específicos acerca de la distribución interna del edificio donde se produjo la detención, que han sido ratificados en la inspección ocular del Palacio de «La Cumbre» practicada en fase suma-

rial, lo que ha llevado a dar por reforzada la veracidad de su versión [fundamento jurídico segundo, letra A) de la Sentencia de la Audiencia Nacional]. La puesta a disposición y ulterior utilización de dicho edificio como lugar de custodia de los detenidos aparece también advenida por la declaración del testigo Sr. López Carrillo, al que las resoluciones impugnadas han dado credibilidad; este testigo manifestó que, tres meses antes del secuestro, le fue encargado señalar tres dependencias en el Palacio de «La Cumbre» para que en ellas se llevaran a cabo los interrogatorios de tres miembros de la organización terrorista ETA cuya detención en Francia y posterior traslado a España era inminente, acción que, finalmente, no se llevó a cabo. López Carrillo afirmó que su superior jerárquico en la Policía Nacional le indicó que podía deshacerse de las llaves porque la Guardia Civil se había hecho cargo del edificio. Lo mismo ocurre respecto al conocimiento de la ilegal detención por parte de los Sres. Elgorriaga Goyeneche y Rodríguez Galindo, pues también en este aspecto los órganos judiciales han otorgado credibilidad a las manifestaciones del Sr. López Carrillo, conforme a las cuales la noche del 15 de octubre de 1983 se produjo una conversación entre los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche en el interior del vehículo de este último, en la que el primero informó al Gobernador Civil de haber sido capturados dos «peces medianos», expresión que los órganos judiciales han entendido referida a la detención ilegal de los Sres. Lasa y Zabala [fundamento jurídico segundo, letra B), apartado 2, de la Sentencia de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional, y fundamento jurídico octavo de la Sentencia de casación].

La anterior exposición de cuanto hemos dicho al respecto permite, a la vista de los elementos de corroboración expuestos que fueron apreciados por la Sala sentenciadora, llegar a la conclusión de que la alegación que analizamos, tal y como se halla formulada, debe desestimarse, pues en sede de amparo constitucional no es exigible una corroboración plena, ya que determinar si unas pruebas o datos corroboran plenamente una declaración implica una valoración de tales pruebas o datos que a esta jurisdicción resulta vedada. Ni tampoco hemos procedido a definir qué deba entenderse por «corroboración», más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa para que pueda estimarse corroborada. Por eso todo lo que hemos exigido es que la declaración quede «mínimamente corroborada» (SSTC 153/1997, de 29 de septiembre; 49/1998, de 2 de marzo; 2/2002, de 14 de enero; y 57/2002, de 11 de marzo) o que se añada a las declaraciones del coimputado «algún dato que corrobore mínimamente su contenido» (STC 115/1998, de 1 de junio), dejando, como no puede ser de otro modo, a la casuística la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración (STC 68/2001, de 17 de marzo).

Aplicando la anterior doctrina al caso enjuiciado cabe afirmar que los hechos y datos que han sido expuestos no afectan meramente a la coherencia interna y a la credibilidad de la declaración sumarial del Sr. Bayo, sino que atañen también a su correspondencia con lo que los órganos judiciales apreciaron como realmente ocurrido: la participación de todos los recurrentes en los hechos declarados probados. De este modo, dejando a un lado la virtualidad en orden a la corroboración que quepa atribuir a cada uno de los elementos citados, aisladamente considerados, en relación con la participación de los recurrentes en la ilegal privación de libertad de los Sres. Lasa y Zabala, no puede negarse que, en este caso, tomados en conjunto, constituyen esa corroboración mínima que nuestra jurisprudencia ha venido exigiendo. Se trata, también aquí, como en el supuesto

analizado en la STC 68/2001, de un conjunto de indicios y pruebas convergentes de los que los Tribunales han extraído la conclusión de que las declaraciones sumariales analizadas respondían a la verdad, siendo la retracción posterior, a juicio de dichos órganos, un simple intento de quedar libre de responsabilidad penal y de proteger a su compañero (el Sr. Dorado Villalobos) y a sus superiores jerárquicos. Se supera así el umbral mínimo que abre paso a la libre valoración judicial de la prueba practicada, por lo que hemos de concluir, también, en la desestimación del amparo por este último motivo en relación con la condena por detención ilegal.

12. La condena de los recurrentes por el delito de asesinato se sustenta, en primer término, en una prueba indiciaria cuya base se halla constituida por la detención. Por ello, y dado que la culpabilidad es estrictamente individual, conviene precisar que el hecho de que se haya declarado constitucionalmente justificada su condena como coautores del delito de detención ilegal no implica que pueda efectuarse un enjuiciamiento conjunto de la legitimidad constitucional de la inferencia respecto al asesinato, sino que habrá que examinar si se halla constitucionalmente justificada la conducta que, como probada, se imputa a cada uno y que fue calificada de autoría en el delito de asesinato sin que tal calificación fuese impugnada desde la perspectiva del art. 25.1 CE.

Antes de analizar la virtualidad que en el caso pudiera desplegar la susodicha prueba indiciaria conviene explicar nuestra doctrina general sobre ella. Acudiendo para llevarlo a cabo a la jurisprudencia más reciente, en la STC 17/2002, de 28 de enero, FJ 3, afirmamos al respecto cuanto sigue:

«Este Tribunal ha admitido, asimismo, que el art. 24.2 CE no se opone a que la convicción del Tribunal se forme a través de la denominada prueba indiciaria (SSTC 174/1985 y 175/1985, de 17 de diciembre), declaración parecida a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que también ha entendido que la utilización de la denominada prueba de indicios no se opone al contenido del art. 6.2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (SSTEDH casos *Salabiaku contra Francia*, de 7 de octubre de 1988; *Pham Hoang contra Francia*, de 25 de septiembre de 1992; y *Telfner contra Austria*, de 20 de marzo de 2001). La prueba de cargo puede ser, pues, por indicios, cuando el hecho objeto de prueba no es el constitutivo del delito sino otro intermedio que permite llegar a él por inferencia lógica, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados; y b) los hechos constitutivos de delito han de deducirse de esos hechos completamente probados a través de un proceso mental, razonado y acorde con las reglas del criterio humano que, en principio, debe quedar explicitado en la Sentencia. La falta de concordancia con las reglas del criterio humano o, en otros términos, la irrazonabilidad, puede producirse, tanto por falta de lógica o de coherencia en la inferencia, cuanto porque los indicios constatados no conduzcan naturalmente al hecho que de ellos se hace derivar, en virtud de su carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado (entre las más recientes, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 91/1999, de 26 de mayo, FJ 3; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; y 44/2000, FJ2).

Por lo tanto, este Tribunal, cuando se le solicite, puede examinar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre; y 117/2000, de 5 de mayo). La finalidad de tal examen no es, obviamente, la de ponderar la razonabilidad de otras posibles inferencias (STC 157/1998, de 13 de julio, por todas),

ni la de confirmar, variar o sustituir los hechos sujetos a valoración judicial, como si fuese ésta una tercera instancia y el Tribunal Constitucional un Tribunal de apelación (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 10, por todas), sino la de verificar si el razonamiento empleado en la valoración probatoria ha sido o no arbitrario, irracional o absurdo (SSTC 140/1985, de 21 de octubre; 169/1986, de 22 de diciembre; 44/1989, de 20 de febrero; 283/1994, de 24 de octubre; y 49/1998, de 2 de marzo).»

Establecida en tales términos nuestra doctrina general sobre la prueba indiciaria en relación con la presunción de inocencia hemos de realizar aún dos precisiones:

La primera, referida exclusivamente a la necesidad de que la Sentencia exprese el razonamiento en virtud del cual se lleva a cabo la inferencia del hecho-consecuencia a partir del hecho-base. En el presente caso no cabe duda, por lo demás, de que la Sentencia de la Audiencia Nacional individualiza las pruebas y razona su valor. Esta específica exigencia, reiterada a partir de la STC 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 2, letra b), se mantiene en nuestra doctrina actual, si bien con una modulación visible explícitamente en el texto transcrito: es una exigencia que opera «en principio», es decir, allí donde sea necesaria o útil y no inexorablemente en todo caso. En efecto, recientemente hemos destacado que, tanto en el caso de la prueba directa como, con mayor razón, en la indiciaria, las inferencias han de motivarse excepto cuando resulten evidentes por sí mismas (STC 5/2000, de 17 de enero, y 249/2000, de 1 de diciembre). Y, en el mismo sentido, al admitir la posibilidad de vulneración de la presunción de inocencia cuando se lleva a cabo la inferencia sin razonamiento alguno, hemos excluido los supuestos en que un tal razonamiento resultase «aprehensible desde la constatación de los hechos de la Sentencia» (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13).

La segunda constatación tiene por objeto precisar que en múltiples ocasiones hemos admitido que la ausencia o debilidad de la motivación de la inferencia en la Sentencia de instancia pueda suplirse en la de apelación o casación. Para ponerlo de manifiesto basta transcribir cuanto dijimos en la STC 107/1989, de 8 de junio:

«Ciertamente, para valorar el razonamiento que ha llevado a los órganos judiciales a apreciar la participación de los actores en los hechos delictivos que se declaran probados y a los que anudan la condena impuesta, es escasamente reveladora la Sentencia de instancia, pues ésta se limita a señalar que “así se desprende de la apreciación conjunta y en conciencia de las pruebas practicadas” (primer considerando). No ocurre, sin embargo, lo mismo con la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que puede comprobarse sin dificultad que efectivamente concurren los requisitos necesarios para la validez de la prueba de indicios en que se fundamenta el fallo condenatorio.»

13. Para aplicar al caso la doctrina a que se ha hecho referencia hemos de comenzar analizando el hecho probado que sirve de fundamento a la inferencia relativa a la autoría del asesinato. El punto de partida de ese hecho es que «la detención en Francia y el traslado a San Sebastián de los miembros de ETA fue encomendada por el Comandante Rodríguez Galindo a personas cuya identidad no consta», tal y como se relata en el hecho probado I de la Sentencia de la Audiencia Nacional. A continuación la base de la inferencia a la que luego habremos de referirnos se expresa en los hechos probados III y IV en los siguientes términos:

«El Gobernador Civil, José Julian Elgorriaga Goyeneche, que escuchó por la radio la noticia de lo ocurrido,

se dirigió solo, por no localizar a sus escoltas, al lugar donde se había producido el atentado, conduciendo el vehículo oficial, un Ford Granada blindado. José Julian Elgorriaga Goyeneche estuvo en el escenario del suceso y visitó tanto el Hospital de Mondragón como el cuartel de Oñate, donde se instalaría la capilla ardiente. Encontró al Comandante Rodríguez Galindo, con el que regresaba hacia San Sebastián, seguido ya por sus escoltas, después de las 5 h. de la madrugada, cuando le pasaron al Comandante el aviso de que llamase por teléfono a Inchaurredo, siendo informado así de la llegada de José Antonio Lasa Arostegui y José Ignacio Zabala Artano a La Cumbre. Enrique Rodríguez Galindo le dijo a José Julian Elgorriaga Goyeneche que habían caído dos peces medianos en Francia, lo que fue oído por Ángel López Carrillo, que había ido a reunirse con el Gobernador Civil al enterarse de que había salido solo.

Desde el día 16 de octubre de 1983 José Antonio Lasa Arostegui y José Ignacio Zabala Artano estuvieron detenidos en La Cumbre y su custodia, siguiendo las ordenes del Comandante Enrique Rodríguez Galindo, fue encomendada por el Capitán Ángel Vaquero Hernández, a Enrique Dorado Villalobos y a Felipe Bayo Leal, llevándose a cabo, por turnos, en los que también intervinieron otras personas. A lo largo de varios días José Antonio Lasa Arostegui y José Ignacio Zabala Artano fueron interrogados por Enrique Dorado Villalobos y Felipe Bayo Leal, y visitados con frecuencia por Ángel Vaquero Hernández, y el primer día por Enrique Rodríguez Galindo y José Julian Elgorriaga Goyeneche.»

Hemos analizado ya la presunta vulneración de la presunción de inocencia en relación con la condena por el delito de detención ilegal y las pruebas existentes en cuanto al encierro en «La Cumbre» y las diversas actuaciones de los recurrentes desde que los detenidos llegaron a San Sebastián. En consecuencia, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo pudo justificadamente aceptar como «totalmente acreditado» el hecho de la detención y la coautoría de los condenados en el delito de detención ilegal.

Sin embargo la afirmación de que el Sr. Rodríguez Galindo dio la orden de detención en Francia no ha sido aún objeto de análisis por nuestra parte. Pues bien, en el análisis de la prueba efectuado en la Sentencia de la Audiencia Nacional se relatan las pruebas que fundamentan dicha aserción, a saber: de una parte, la declaración del Sr. López Carrillo que pone de manifiesto que fue al Sr. Rodríguez Galindo a quien se dio cuenta del secuestro, entregándosele los detenidos y, de otra, los documentos del Centro Superior de Información del Ministerio de Defensa que daban como seguro que intervenciones como la que aquí se enjuicia «se llevarían a cabo por miembros de la Guardia Civil, respaldados por la Comandancia de San Sebastián».

A partir de tales pruebas el Tribunal de instancia afirma que el recurrente Sr. Rodríguez Galindo fue quien tomó la decisión de llevar a cabo el secuestro; y, desde la limitada perspectiva que nos es propia, no podemos entender desvirtuada tal afirmación, que se infiere inmediatamente de las pruebas aducidas sobre cuyo valor nos está vedado pronunciarnos.

Esto sentado, la Sentencia de la Audiencia Nacional afirma, respecto a la condena por asesinato, lo siguiente:

«La decisión de eliminar a José Antonio Lasa Arostegui y José Ignacio Zabala Artano y de trasladarlos a Alicante sólo pudo ser tomada por las personas que habían decidido su secuestro; no habría ningún motivo para encomendarla a otras personas que las que entonces los custodiaban, y la exactitud de los datos que al respecto ofrece el testigo núm. 2345 lleva a la convicción de que materialmente además de otras personas Felipe

Bayo Leal y Enrique Dorado Villalobos hubieron de intervenir en esta parte de los hechos, aunque Felipe Bayo Leal no la haya querido reconocer.»

Se afirma, pues, el hecho-base (la inicial orden de secuestro y la ulterior estancia en «La Cumbre», tal y como se declara probado que ocurrió), el hecho-consecuencia (la muerte de Lasa y Zabala) y se expresa la inferencia en virtud de la cual se deduce uno de otro («la decisión ... sólo pudo ser tomada por las personas que habían decidido su secuestro» y «no habría ningún motivo para encomendarla [la eliminación] a otras personas que las que entonces los custodiaban»).

Esa escueta fundamentación, estimada desaconsejable por el Tribunal Supremo, no permite, sin embargo, desde la perspectiva constitucional, afirmar que la Sentencia de instancia carece en este punto de motivación. Pero, es que, además, el Tribunal Supremo la completa sobradamente. Precisa, en primer lugar, en contestación al recurso de Rodríguez Galindo, que:

«nada tiene de particular que en relación al asesinato de las dos personas citadas no exista una prueba directa. Se trata de un delito cometido por personas que investidas de una autoridad para la defensa de la legalidad, se han convertido en transgresores de la misma y del cuadro de valores que conforman el Estado de Derecho. Nada tiene de particular que la "cultura de la supresión de la prueba" esté presente en este caso, y que en definitiva existan datos concretos de las dificultades que ha tenido la investigación criminal.»

A lo que añade un completo análisis del indicio, expresado en los siguientes términos:

a) Desde el punto de vista formal existen unos hechos-base, a su vez integrantes del delito de detención ilegal, que están totalmente expresados en el razonamiento de la sentencia, e igualmente constatamos la expresión del razonamiento o juicio de inferencia que une aquellos con el hecho-consecuencia que se quiere acreditar.

b) Desde el punto de vista material se comprueba que los hechos-base (la detención de quienes luego aparecieron muertos) está acreditado por prueba directa y otra serie de probanzas y corroboraciones que ya se han analizado anteriormente. Se trata de la detención de un hecho de singular potencia acreditativa, porque es obvio que la primera obligación de toda persona que acuerda la detención de otra es convertirse en garante de la indemnidad del detenido, garantía más exigible si cabe en supuestos en los que la detención supone una flagrante violación del derecho a la libertad, que recordemos constituye el primero de los valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico (art. 1 CE). Este acreditado delito de detención en su valoración como indicio a los efectos de la imputación por el hecho-consecuencia no está desvirtuado por ningún contraindicio, y, en definitiva, el juicio de inferencia construido por la Sala sentenciadora, está explicitado y es razonable, debiéndose concluir el control casacional con la verificación del "juicio de razonabilidad" de la inferencia.»

A tan inequívocas declaraciones se suman, a renglón seguido, otras, a saber:

«En efecto, la prueba de cargo ha acreditado los dos pilares esenciales que justifican el juicio de razonabilidad objetivado:

a) La detención ilegal de los Sres. Lasa y Zabala, hecho del que existe una autoría plural, pero que en este preciso momento concretamos en la autoría del recurrente Sr. Rodríguez Galindo.

b) No consta la puesta en libertad de los ilegalmente detenidos.

Esta situación, la muerte de las personas que se encuentran bajo el dominio de quien vulnerando toda la legalidad, las detuvo, no constando su puesta en libertad, no dando ninguna explicación, y negando incluso el hecho de la detención, acreditado por prueba directa, constituye en opinión de la Sala un fortísimo indicio de que dicha muerte le es imputable a título de autor, [a] aquéllos que probadamente practicaron la detención.»

Todo ello se completa con cuanto se afirma en constatación al recurso del Sr. Elgorriaga:

«Como ya decíamos en el anterior recurso, se está en un claro supuesto de coautoría en el que hay un reparto de papeles, y en este sentido cuando los diversos partícipes colaboran eficazmente en el fin común, todos son autores de los hechos, y por lo que se refiere al recurrente, a la sazón Gobernador Civil de la Provincia, y como tal autoridad máxima del Ejecutivo Central, y jefe de todas las fuerzas de seguridad, es claro que sin su consentimiento, o por decirlo más claramente contra su consentimiento, no hubieran podido llevarse a cabo unos hechos como los enjuiciados, existiendo una evidente “comunidad” de decisión con el resto de condenados por quien en función del cargo que tenía se encontraba en una clara posición de garante de los valores superiores del ordenamiento jurídico como la libertad y el propio respeto a la Ley, con independencia de que la ejecución fuese realizada por otras personas.»

Cuanto se ha expuesto basta para descartar que la inferencia del asesinato a partir de la detención, al menos respecto a los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche, pueda estimarse carente de motivación. Procede, no obstante, proseguir el análisis para determinar si, no obstante la expresa y extensa motivación que la avala, pudiera calificarse de arbitraria o excesivamente abierta.

14. En las SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3, y 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4, hemos establecido el canon a partir del cual ha de enjuiciarse si una determinada inferencia es constitucionalmente válida, especificando las exigencias que desde la Constitución se proyectan sobre el nexo que une el hecho-base con el hecho-consecuencia:

«En relación con la razonabilidad de ese nexo y, en concreto, con la suficiente solidez del engarce entre el resultado alcanzado de la actividad probatoria y el relato de hechos probados, las preocupaciones de este Tribunal se han centrado prioritariamente en la denominada prueba de indicios, que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia. El engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia ha de ser “coherente, lógico y racional, entendida la racionalidad, por supuesto, no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes” (STC 169/1986, FJ 2). Con amplia cita de otras Sentencias (SSTC 174/1985, 175/1985, 169/1986, 229/1988, 107/1989, 384/1993, 206/1994), resumimos recientemente la consecuente doctrina jurisprudencial relativa a la prueba de indicios: “Este Tribunal tiene establecido que los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que: a) la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados; b) los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos plenamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde

con las reglas del criterio humano, explicitado en la Sentencia condenatoria” (STC 24/1997, FJ 2).

La falta de concordancia con “las reglas del criterio humano” —la irrazonabilidad— se puede producir tanto por la falta de lógica o de coherencia de la inferencia, en el sentido de que los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, como por el carácter no concluyente por excesivamente abierto, débil o indeterminado de la misma. Como subraya la STC 174/1985, “cuando la única prueba practicada es la indiciaria puede surgir el problema de si nos encontramos ante una verdadera prueba de ese tipo, es decir, ante una actividad que conduce razonablemente a dar por ciertos unos hechos determinados que incriminan al acusado, o si las conclusiones a que se pueda llegar por esta vía no pasan de ser sospechas o datos de los que se desprenden visos o apariencias más o menos acusadoras de que una persona ha podido cometer un delito, pero que no constituyen una base suficientemente firme para que de ellas pueda inferirse razonablemente la culpabilidad del acusado, y no suponen, por tanto, una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia consagrada por la Constitución” (FJ 5). Se trata, expresado en negativo, “del rechazo de la incoherencia, de la irrazonabilidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico, personal y subjetivo, como límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba” (STC 169/1986, FJ 2).

En suma, el control de la solidez de la inferencia, sobre todo cuando se lleva a cabo no desde el canon de su lógica o coherencia sino desde la suficiencia o grado de debilidad o apertura, debe ser extraordinariamente cauteloso en esta sede, pues, son los órganos judiciales los únicos que tienen un conocimiento preciso y completo, y adquirido con suficientes garantías, del devenir y del contenido de la actividad probatoria; contenido que incluye factores derivados de la inmediación que son difícilmente explicitables y, por ello, difícilmente accesibles a este Tribunal. El “mayor subjetivismo” de la prueba indiciaria (STC 256/1988) hace así tanto que este Tribunal deba ser particularmente riguroso en cuanto a la exigencia de una motivación suficiente, como que deba ser particularmente riguroso en cuanto al enjuiciamiento de la suficiencia del resultado de la valoración. En este ámbito de enjuiciamiento sólo podremos afirmar que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por falta de prueba de cargo cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada.

Así, nuestra jurisprudencia ha catalogado como inferencia no concluyente contraria al derecho a la presunción de inocencia la que une “la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo” con su “especial destino a tal ejecución” (STC 105/1988, FJ 3); la que concluye la intervención de una persona en un hecho punible a partir únicamente de la apreciación de que tuvo la ocasión de cometerlo o de que estaba en posesión de medios aptos para su comisión o por simples sospechas o conjeturas (STC 283/1994, FJ 2); la que une la sola posesión de unos pájaros con el robo con escalamiento de los mismos (STC 24/1997); la sola titularidad de una embarcación utilizada para una conducta ilegal de pesca con la autoría de dicha conducta (STC 45/1997); o finalmente, la que concluye la participación del acusado en una operación de tráfico de drogas a partir del único dato del acompañamiento al aeropuerto de quien iba allí a recoger la droga (STC 157/1998).»

A partir de esa doctrina (reiterada en las SSTC 5/2000, de 17 de enero; 117/2000, de 5 de mayo; 139/2000, de 29 de mayo; 249/2000, de 30 de octubre; y 137/2002, de 3 de junio), parece evidente que hay que descartar que en este caso la inferencia realizada fuera irracional, absurda, arbitraria, incoherente o ilógica; pero también que resultara tan excesivamente abierta que desde la óptica de nuestro control, impidiese afirmar la imputación del asesinato a partir de la detención, tal y como fue practicada, al menos en cuanto a los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga.

15. En efecto, ambos recurrentes estaban, como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, no solamente en una posición de garante de la que nacían deberes especialmente fuertes en cuanto a la indemnidad de los detenidos; sino que, en razón de sus respectivos cargos tenían el dominio total de la situación, de modo que podían disponer del destino de las personas detenidas que luego fueron asesinadas.

A partir de tales circunstancias, ni consta la puesta en libertad ni se da ninguna explicación alternativa que rompa la continuidad temporal entre la detención y la muerte.

Esa ausencia de explicación resulta especialmente significativa, pues implica a la vez que la ausencia de toda versión exculpatoria, el incumplimiento de una obligación gravemente sancionada tanto por el Código penal vigente al tiempo de los hechos (art. 483) como por el actual (art. 166). La falta de cumplimiento de esa obligación respecto a un detenido determinó que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Tomasi contra Francia*, Sentencia de 27 de agosto de 1992) entendiera cometidas las lesiones de dicho detenido durante la detención. Y, asimismo, esa falta de explicación es considerada como uno de los datos que, unidos a otros elementos de prueba, permiten presumir la muerte de una persona durante la detención (caso *Timurtas contra Turquía*, Sentencia de 13 de junio de 2000, § 82; caso *Akdeniz y otros contra Turquía*, Sentencia de 31 de mayo de 2001, § 85; caso *Orhan contra Turquía*, Sentencia de 18 de junio de 2002, § 14).

A lo que ha de añadirse que nuestra jurisprudencia, con expresa invocación de la doctrina sentada por la STEDH de 8 de febrero de 1996, caso *Murray contra Reino Unido*, ha efectuado diversas afirmaciones acerca de la ausencia de explicaciones por parte de los imputados. En la STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6, dijimos que «so pena de asumir un riesgo de inversión de la carga de la prueba, la futilidad del relato alternativo que sostiene el acusado y que supone su inocencia, puede servir acaso para corroborar su culpabilidad, pero no para sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes»; y, asimismo, en la STC 202/2000, de 24 de julio, FJ 5, precisamente en un supuesto de existencia de unos indicios previos, afirmamos que «según es notorio, en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria», lo que se aplica exactamente al caso que estamos analizando.

Además, hemos de señalar que aquí no estamos ante una muerte que haya que presumir sino ante un asesinato probado cuya desconexión respecto de la detención habrían debido explicar, en tanto les fuera posible, quienes tenían el dominio sobre la misma y la responsabilidad sobre la vida e integridad física del detenido. No nos hallamos, pues, ante un delito de sospecha, de la índole de los contemplados en el art. 483 del Código

penal anterior que contenía, sin más datos que la detención de particulares, la falta de explicación y la ignorancia acerca del paradero del detenido, una presunción de muerte de dudosa constitucionalidad (ATC 419/1990, de 28 de noviembre). En el presente caso hay una actuación organizada de Autoridades y Agentes de la Autoridad y una secuencia no interrumpida que conduce al asesinato de los detenidos. Las circunstancias en que se producen la detención y la muerte hacen muy difícil, si no imposible, hallar una alternativa razonable a la autoría de los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche. En cualquier caso, no se ha ofrecido ninguna. Y, por otra parte, como hemos repetido en multitud de ocasiones, «el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo» (STC 220/1998, ya citada, FJ 3 *in fine*).

16. Al indicio, de por sí suficiente, representado por la detención y la actuación en ella de los recurrentes Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche, se suma un indicio genérico, que por sí solo nada probaría; pero que en el presente caso, al describir un auténtico *modus operandi* concorde con lo aquí actuado, refuerza las conclusiones obtenidas. Es el constituido por los documentos del CESID incorporados a los folios 9540 y 9427, a los que reconocimos tal eficacia, entre otras, en la STC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, al afirmar que tales documentos «no afectan meramente a la coherencia interna y a la credibilidad de las declaraciones de los coimputados, sino que atañen también a su correspondencia con lo que el Tribunal apreció como realmente ocurrido».

Al respecto dice la Sentencia de la Audiencia Nacional lo que sigue:

«También cabe destacarse dentro de las pruebas indiciarias, que confirman los resultados del resto de las pruebas, los documentos del Centro Superior de Información del Ministerio de Defensa (CESID), tres de los cuales, ya desclasificados, han sido remitidos testimoniados a esta causa. En ellos se habla de las diversas posibilidades de intervención española en el sur de Francia, incluso señalando como más aconsejable el procedimiento consistente en la desaparición por secuestro (nota de despacho de 6 de julio de 1983), folio 9540, dando como seguro que tales intervenciones estaban previstas para fechas inmediatas, que se llevarían a cabo por miembros de la Guardia Civil, respaldados por la Comandancia de San Sebastián, así como que la selección de objetivos era asimismo inmediata (nota de despacho de 28 de septiembre de 1983, folio 9427).»

Parece claro que ese genérico *modus operandi* es el concurrente en el caso, donde se produce una desaparición por secuestro en los luctuosos términos que relatan los hechos probados de la Sentencia, de modo que las instrucciones genéricas vienen a sobreañadirse a los indicios de lo ocurrido para configurar una inferencia cuya revisión queda sustraída a la jurisdicción de este Tribunal, sin que sea necesario entrar ahora en el análisis de las otras pruebas con que la Audiencia y el Tribunal Supremo entienden reforzada la inferencia respecto a los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga.

17. Puesto que en su demanda los Sres. Bayo Leal, Dorado Villalobos y Vaquero Hernández, al justificar la supuesta lesión de su derecho a la presunción de inocencia, hacen referencia únicamente a la invalidez probatoria de las manifestaciones del Sr. Bayo, cuestión ésta cuya virtualidad ha sido ya desestimada al analizar la condena por detención ilegal, bastaría aquella respuesta para dar por contestada su pretensión de amparo. No obstante, una vez acumulados los recursos de amparo

presentados por todos los condenados y sometida a debate contradictorio en la vista oral de este proceso la suficiencia de la prueba indiciaria con base en la cual se ha justificado su condena por el delito de asesinato, analizaremos a continuación esta cuestión en relación también con los recurrentes reseñados.

El examen de la vulneración de la presunción de inocencia aducida por los Sres. Bayo y Dorado respecto a la condena por el asesinato de Lasa y Zabala ha de comenzar por el reconocimiento de la menor determinación del indicio constituido por la detención respecto de los ejecutores, aún siendo cierto que, como dice la Sentencia de la Audiencia Nacional, «no habría ningún motivo para encomendarla a otras personas que las que entonces los custodiaban».

Si esta inferencia, por la relativa fungibilidad de los ejecutores cuando actúan aparatos organizados de poder, pareciese excesivamente abierta, la cierran las testificales a que aluden tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo. Se trata de las declaraciones del testigo protegido núm. 2345 y la del Sr. López Carrillo. Mas, como se trata de testimonios de referencia, hemos de hacer algunas precisiones sobre su validez y eficacia probatorias.

Al respecto hemos dicho, en primer lugar, que la validez probatoria del testigo de referencia se halla condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo resultaría constitucionalmente inadmisibles.

Como dijimos en la STC 209/2001, de 22 de octubre, nuestra doctrina respecto al testimonio de referencia parte de su admisión como «uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tomar en consideración en orden a fundar la condena ... Como ya hemos dicho, los celos o reservas a su aceptación como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia se fundamentan, de un lado, en que "en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos" (STC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 4), y, de otro, en la limitación de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba que su utilización comporta (por todas STC 97/1999, de 31 de mayo, FJ 6; SSTEDH de 19 de diciembre de 1990, caso *Delta*, § 36; de 19 de febrero de 1991, caso *Isgrò* § 34; y de 26 de abril de 1991, caso *Asch*, § 27). En efecto, de un lado, incorporar al proceso declaraciones testificales a través de testimonios de referencia implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el Juez que ha de dictar Sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad (STC 97/1999, de 31 de mayo, FJ 6; en sentido similar, SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 5; 79/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3, y 7/1999, de 8 de febrero, FJ 2). De otro, supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE (específicamente STC 131/1997, de 15 de julio, FJ 4; en sentido similar, SSTC 7/1999, de 8 de febrero, FJ 2, y 97/1999, de 31 de mayo, FJ 6) y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio europeo de derechos humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso *Delta*, §§ 36 y 37)».

Por ello sólo hemos admitido la declaración del testigo de referencia en lugar del testigo directo ante la imposibilidad de citación o de articular fórmulas para trasladar directamente al proceso las declaraciones de éste (STC

35/1995, de 6 de febrero, FJ 3) o en situaciones, como la de la residencia de los testigos directos en Estados Unidos, en que su comparecencia en el proceso resultaba extraordinariamente dificultosa (STC 209/2001, de 22 de octubre, FJ 5).

En segundo lugar, dado su carácter indirecto, hemos otorgado al testigo de referencia un valor probatorio disminuido. En tal sentido hemos llegado, en ocasiones, a negar que la declaración del testigo de referencia pueda por sí sola erigirse en prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia (STC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 4; en sentido similar SSTC 79/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3; 131/1997, de 15 de julio, FJ 2; 7/1999, de 8 de febrero, FJ 2; 97/1999, de 31 de mayo, FJ 6; 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4 y 68/2002, de 21 de marzo, FJ 10).

En tercer lugar en la STC 68/2002 hemos declarado que «la necesidad de favorecer la intermediación, como principio rector del proceso en la obtención de las pruebas impone inexcusablemente que el recurso al testimonio referencial quede limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo o principal (STC 79/1994, FJ 4)». A tenor de lo expuesto, esa declaración debe interpretarse en el sentido de que se aplica solamente a los supuestos, antes aludidos, en que la declaración del testigo de referencia es la única llevada al proceso, en el que no declara el testigo principal. Pues, si declaran ambos, y concurren todas las exigencias constitucionales de intermediación y contradicción, no hay razón alguna, ni constitucional ni legal, para impedir la declaración del testigo de referencia, porque, entre otras razones, puede servir a los órganos judiciales para contrastar la veracidad del testigo directo.

Por último, procede destacar lo afirmado en la STC 68/2002, FJ 10, en orden a la solución del caso allí planteado:

«Ciertamente, este caso presenta la peculiaridad de que el testigo directo ... es, al propio tiempo, uno de los coimputados que, en tal condición, y como se razonó anteriormente, no viene obligado a decir verdad. Ahora bien, aunque al igual que ocurre con el testigo de referencia (el coimputado ...), tal circunstancia pueda restarle credibilidad, es obvio que no le priva de su condición de testigo directo, cuyo relato, sometido a contradicción, no debe ser sustituido, tampoco en este caso, por el testimonio de referencia. Partiendo de esta premisa, y atendiendo a la declaración del "coimputado-testigo directo", resulta palmario que no ha avalado en ningún momento la versión del "coimputado-testigo de referencia" respecto a la participación del demandante de amparo en los hechos enjuiciados.»

Como es obvio, la Sentencia no analiza una relación entre testigo directo y testigo de referencia, sino entre dos imputados uno de los cuales declara de ciencia propia y el otro por referencia del anterior. No sienta, pues, ninguna doctrina general aplicable al testigo de referencia; sino que se limita a afirmar la regla general de que, en principio, la declaración del coimputado que declara de ciencia propia no puede ser sustituida, en el caso, por la del que declara de referencia, dada su mayor entidad probatoria no enervada por el resultado de la contradicción entre ambos.

En efecto, debe tenerse en cuenta que, por regla general, nuestros pronunciamientos relativos al testimonio de referencia se vinculan a supuestos en los que el testigo de referencia relata una conversación mantenida con un testigo presencial del hecho imputado y que, además, se refiere a casos en los que se cita al juicio únicamente al testigo de referencia. Por el contrario, en el caso concreto que ahora nos ocupa, el testigo referido (Sr. Dorado

Villalobos) no es un testigo en sentido estricto, sino uno de aquéllos a los que se atribuye la comisión del hecho, es decir, un coimputado que no tiene obligación de decir verdad; mientras que el testigo de referencia, que es un «testigo directo» respecto a lo declarado ante él por el supuesto partícipe, es un verdadero testigo, que declara con obligación de veracidad tutelada penalmente.

18. Aplicando al caso las consideraciones expuestas hemos de comenzar afirmando que las declaraciones de los testigos de referencia que aquí se han valorado como pruebas de cargo, esto es, las del Sr. López Carrillo y del testigo protegido núm. 2345, no han sustituido a la de ningún testigo directo, pues ningún testigo de tal naturaleza declaró en el proceso, sino sólo los coimputados, que no tienen obligación de decir verdad. En segundo lugar, hemos de afirmar que hubo intermediación y contradicción, sin que tal afirmación, a la vista de cuanto ya se ha expuesto, necesite justificación alguna. En tercer lugar, que las declaraciones de ambos no son la única prueba en virtud de la cual se produce la condena por asesinato, sino que se sobreañaden a los indicios analizados anteriormente, limitándose a especificarlos. Y, por último, que el hecho de que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo les otorguen credibilidad sobre las declaraciones de los imputados, tras la pertinente confrontación, ni resulta arbitrario ni puede ponerse en tela de juicio en esta sede.

Pues bien, como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo en su fundamento jurídico tercero 3.4, el testigo protegido 2345 afirma en su declaración que, según le dijo el Sr. Dorado Villalobos, él mismo y el Sr. Bayo Leal, que actuaban siempre a las órdenes del Comandante Rodríguez Galindo, trasladaron a Lasa y Zabala a Alicante y les dieron muerte. Y el testigo Sr. López Carrillo afirma que, cuando se publicó la desaparición de los Sres. Lasa y Zabala, «al preguntarle al Gobernador qué es lo que había pasado con ellos, éste manifestó: “estos ya no están no preguntes más”» (folio 3280 y plenario).

Con tales declaraciones no sólo se refuerza la univocidad de los indicios existentes contra los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche, sino que desparece la eventual indeterminación de los mismos respecto a Bayo Leal y Dorado Villalobos.

19. Queda por analizar la vulneración de la presunción de inocencia aducida por el Sr. Vaquero Hernández en relación con el delito de asesinato.

Es cierto que en la Sentencia de la Audiencia Nacional consta que se encargó de transmitir las órdenes a los Sres. Dorado y Bayo para la custodia y los interrogatorios. En esta línea, la propia Sentencia afirma, para considerarle autor, que «Rodríguez Galindo, como Comandante, superior, dio órdenes e instrucciones que, por medio de Ángel Vaquero Hernández, como Capitán, eslabón en la cadena de mando, fueron transmitidas al Cabo Enrique Dorado Villalobos y al Guardia Felipe Bayo Leal, quienes intervinieron en la directa realización material».

El hecho de que el Sr. Vaquero fuese el superior jerárquico directo de quienes han sido declarados ejecutores del asesinato, y que se considere probado que estuvo la primera noche en el Palacio de «La Cumbre», que supervisó los informes de los interrogatorios, que actuó de enlace en la transmisión de las órdenes en la cadena de mando y que les ordenó el cese de los interrogatorios, junto al indicio, ya referido, que aportan los documentos del CESID, y al hecho de que las Sentencias consideren probado que sus mandos superiores ordenaran las muertes y sus subordinados las ejecutaran, aboca a que no podamos considerar ilógica ni excesivamente abierta la inferencia de la Sala respecto a que la orden de asesinar dada a los Sres. Dorado y Bayo les fuera también trans-

mitida por la misma persona que había supervisado las detenciones.

Por todo lo cual este Tribunal ha decidido desestimar el amparo solicitado por los recurrentes.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar las demandas de amparo acumuladas.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintidós de julio de dos mil dos.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Fernando Garrido Falla.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Eugeni Gay Montalvo.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formulan los Magistrados don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez y don Roberto García-Calvo y Montiel respecto de la Sentencia del Pleno de este Tribunal dictada en los recursos de amparo núms. 4858-2001, 4907-2001 y 4922-2001 acumulados

Afirmando de partida nuestro respeto personal hacia los Magistrados, cuyo voto mayoritario ha dado lugar a la Sentencia, así como a sus opiniones, y en ejercicio por nuestra parte de la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, queremos expresar por este Voto nuestro criterio discrepante, dándole así publicidad por este medio.

I) Planteamiento de carácter general

1. Alusión sintética a la razón del estudio unificado de las demandas, pese a la diversidad del contenido de las demandas de los Sres. Vaquero Hernández, Dorado Villalobos y Bayo Leal respecto de los demás.

Se debe advertir que el contenido de las tres demandas de amparo no es totalmente coincidente, pues si bien en su fundamentación básica lo son las de los demandantes Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche, las de los demandantes Sres. Vaquero Hernández, Dorado Villalobos y Bayo Leal centran su alegato de vulneración de la presunción de inocencia exclusivamente en la falta de contradicción de las declaraciones auto y heteroinculpatórias del último. Por ello, en principio, su recurso debiera decidirse según lo que procediera en función del análisis de esa alegada falta de contradicción, que es, a su vez, motivo de impugnación alegado por los otros dos recurrentes. No obstante, coincidiendo en este punto con la apreciación de la Sentencia mayoritaria (FJ 17), entendemos que «una vez acumulados los recursos de amparo presentados por todos los condenados y sometida a debate contradictorio en la vista oral de este proceso la suficiencia de la prueba indiciaria con base en la cual se ha justificado su condena por el delito de asesinato» se debe analizar esa cuestión también en relación con los recurrentes reseñados.

2. Enunciación sintética de los términos de la discrepancia.

Como dato inicial necesario para la comprensión de todo lo que sigue debe señalarse que en los hechos

enjuiciados en el proceso al que se refieren los recursos de amparo, entendemos que existen tres etapas perfectamente diferenciadas: a) la primera, el secuestro en Francia de las desgraciadas víctimas de los hechos Sres. Lasa y Zabala; b) la segunda, la estancia de los secuestrados en la villa La Cumbre de San Sebastián, y sus interrogatorios en ésta; c) la tercera, el asesinato de los secuestrados en la Foya de Covos de Bursot, Alicante.

Según se verá en la ulterior argumentación, la planificación y ordenación del secuestro en Francia opera en las Sentencias recurridas como presupuesto argumental de las condenas, y en especial de las condenas por los delitos de asesinato. Por ello, en la medida en que el problema central del proceso entendemos que se centra en la individualización de las responsabilidades, y que la de los hechos de esa primera etapa no está en absoluto determinada, ello trasciende sobre la imputación subjetiva de los hechos de las etapas siguientes y en especial de la última.

Nuestra discrepancia se centra en parte de la fundamentación de la Sentencia alusiva a las condenas por los delitos de detención ilegal, en la parte en que desde ella se sientan las bases de la ulterior fundamentación relativa a las condenas por los delitos de asesinato, no así en cuanto a la conclusión desestimatoria de los amparos por aquellos primeros delitos, y en toda la fundamentación y conclusión derivada de ella concerniente a las condenas de los recurrentes por los asesinatos de sus trágicas víctimas, los infortunados don José Antonio Lasa Arostegui y don José Ignacio Zabala Artano. Nuestro criterio, contrario al de la Sentencia, es el de que hubiera sido procedente la estimación parcial de los amparos en cuanto a los segundos de los delitos.

Para decirlo con claridad desde el principio, y a reservas de justificarlo con la ulterior argumentación, estimamos que se vulneró el derecho fundamental de presunción de inocencia de los recurrentes en sus respectivas condenas por esos delitos, y que las Sentencias recurridas, y la nuestra al desestimar los recursos en ese particular, no dan razón constitucionalmente convincente para tales condenas y desestimación, respectivamente.

Consideramos que nuestra Sentencia adolece de un exceso de autorrestricción en el enjuiciamiento que constitucionalmente nos incumbe, y que se ha limitado a mantener el análisis de las Sentencias recurridas en su mera superficie, absteniéndose de hecho de un enjuiciamiento crítico más riguroso, que creemos obligado, en el que se abordasen con mayor profundidad los elementos auténticamente conflictivos de este proceso constitucional, que, según nuestra opinión, se han desvanecido en la fundamentación de nuestra Sentencia.

Compartimos, por lo demás, la Sentencia en cuanto al rechazo de la vulneración del derecho al Juez imparcial; pero no sin advertir que, pese a ese rechazo, las alegaciones de los recurrentes en cuanto a la recusación del Instructor del sumario, aun impotentes para justificar, en nuestro criterio, una posible estimación de sus amparos por esa alegada vulneración, con la obligada y consecuente anulación de las Sentencias recurridas, dejan, no obstante, un eco de inquietud intelectual en los firmantes de este Voto, que inevitablemente aflora al enjuiciar otros contenidos de las Sentencias recurridas, no para enturbiar los términos del análisis que corresponde a dichos contenidos; pero sí para evitar que en la tesitura extrema de posibles alternativas pueda atenuarse la de mayor rigor crítico.

3. Consideraciones de carácter general sobre los hechos objeto de condena y sobre las garantías de su enjuiciamiento.

La lectura de las Sentencias recurridas pone de manifiesto la existencia de unos hechos pavorosos, que no pueden menos de suscitar un sentimiento de horror en

cualquier mentalidad mínimamente sensible a los valores, principios y derechos sobre los que se asienta cualquier Estado de Derecho y en concreto el Estado Social y Democrático de Derecho que se configura en nuestra Constitución. Surge de esa lectura, y se refuerza con la de las actuaciones conducentes a dichas Sentencias, la desoladora convicción de que agentes del Estado estuvieron detrás de los repugnantes crímenes objeto de enjuiciamiento en esas Sentencias. Pero la repugnancia que unos hechos tales provoca y el sano impulso depurador de su persecución, a la hora de la reacción jurisdiccional del Estado contra los mismos, no puede justificar ninguna especie de eclipse, ni total ni parcial, de las garantías constitucionales y procesales de los que son llevados al proceso como acusados por los hechos.

Sólo un proceso caracterizado por su transparencia y diafanidad en la observancia de las garantías de los acusados en él satisface las exigencias del Estado democrático de Derecho. Por ello, en la medida en que en el proceso *a quo* afloran elementos de oscuridad, es necesario, como exigencia de la razonabilidad de las Sentencias condenatorias, que esos elementos queden convincentemente aclarados, para así poder tener la seguridad de que los que han entrado en el proceso amparados por el derecho fundamental de presunción de inocencia, puedan resultar condenados como culpables de los hechos enjuiciados con absoluto respeto de ese derecho.

Las demandas de amparo se refieren en este caso a inquietantes elementos de indudable entidad, relacionados con las pruebas que han servido de soporte a la Sentencia de la Audiencia Nacional, confirmada por la del Tribunal Supremo, concernientes en especial a la fiabilidad de los testigos claves del proceso, que exigían una respuesta esclarecedora en las Sentencias recurridas, mientras que, como se razonará más adelante, la que se encuentra en aquélla es muy escasamente satisfactoria. Dichos elementos de oscuridad, independientemente de otros, tienen que ver especialmente con la entrada en el proceso de los testigos Sres. López Carrillo y testigo protegido 2345, que, según los términos de las Sentencias recurridas, son el soporte esencial del relato de hechos probados de la de la Audiencia Nacional, junto con la declaración del coimputado Sr. Bayo.

El *iter* discursivo de las Sentencias recurridas que concluye con la condena de los delitos de asesinato, según se demostrará después, está empedrado de sucesivos hitos de oscuridad, cuyo insuficiente desvelamiento y superación en los iniciales va provocando, no obstante, llamadas a la cautela a la hora de abordar el análisis del siguiente, determinando que esta cautela deba ser especialmente exigente al enfrentarse con el remate final de las condenas por asesinato.

La lectura de los recursos y de las Sentencias recurridas pone de manifiesto, en una apreciación global, propia del momento discursivo actual de planteamiento, que existen en este caso tres planos de diferente consideración en relación con la prueba constitucionalmente idónea para enervar la presunción de inocencia: el genérico de la actuación criminal de algún sector de agentes del Estado en la lucha contra el crimen terrorista; el más concreto de los hechos por los que fueron condenados los recurrentes; y dentro de él, y en último lugar, pero a la postre el más fundamental, el de la individualización de conductas y responsabilidades de cada uno de los actores en cada uno de los episodios que integran el total *iter* delictivo descrito en la Sentencia de la Audiencia Nacional. Es precisamente el último de los citados planos el que se revela especialmente problemático en este caso, y el que imponía a este Tribunal una delicada tarea de enjuiciamiento crítico, en el que, sin pretender en absoluto sustituir la función de la Jurisdicción penal, sí existe un espacio propio para nuestro

control constitucional, que estimamos que la Sentencia no ha ejercido en los términos que consideramos posibles, y por tanto debidos.

II) Doctrina constitucional sobre el derecho fundamental de presunción de inocencia

1. Referencias jurisprudenciales.

Hechas las consideraciones generales y de planteamiento que preceden, y antes de acometer el análisis crítico de las Sentencias recurridas en relación con la alegada vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), es conveniente referirse, como base de partida de ese análisis, a la jurisprudencia de este Tribunal sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Compartimos el contenido del fundamento jurídico 7 de la Sentencia, en cuanto exposición genérica de la doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental de presunción de inocencia y el alcance de sus facultades de control. Pero consideramos que es conveniente completar esa referencia jurisprudencial (por el valor que tiene respecto de las singulares cuestiones suscitadas en este caso la doctrina no aludida en la anterior cita), recordando que también este Tribunal ha declarado «constantemente que la prueba de cargo ha de estar referida a la realidad del hecho, a los elementos esenciales del delito objeto de condena, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva (STC 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 5; 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3 y 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5) - [y que]... nuestra doctrina está construida sobre la base de que el acusado llega al juicio como inocente y solo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones» (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9); o en otros términos, que es necesario que los actos de prueba «abarquen tanto la realidad del hecho como todo lo atinente a la participación y responsabilidad del acusado, siendo las partes acusadoras las que han de probar los hechos constitutivos de la pretensión penal, sin que pueda constitucionalmente exigirse a la defensa la prueba diabólica de los hechos negativos» (STC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 3).

Asimismo hemos advertido que «la imposibilidad legal y material de valorar los hechos no puede conducir a que el Tribunal Constitucional abdique de su función de protección del derecho fundamental a la presunción de inocencia, expresamente reconocido en el art. 24.2 CE. Por lo que, con el límite antes mencionado, nuestra doctrina ha afirmado reiteradamente que sí nos corresponde el análisis externo de la valoración efectuada por los órganos judiciales a fin de controlar si la condena del acusado se ha basado en verdaderas pruebas de cargo ... [lo que lleva a situar nuestro análisis entre otros elementos]... en el control de la lógica de la inferencia fáctica, en el sentido de que tanto en la apreciación de que una afirmación de hecho de la acusación ha quedado acreditada, como en el razonamiento del discurso de valoración, se han respetado las reglas de la lógica o, lo que es lo mismo, que el discurso del órgano judicial no sea arbitrario, incoherente con las pruebas practicadas o irrazonable» (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 10).

No creemos que, a la luz de la doctrina que se acaba de transcribir, sea compartible la tesis de la Sentencia, en exceso autolimitativa, contenida al final del párrafo penúltimo de su FJ 7, cuando se dice que «no podemos, al socaire de la presunción de inocencia, enjuiciar, ni siquiera desde la perspectiva de la razonabilidad, la valoración de la prueba en sí misma considerada, sino solo en relación con inferencia fáctica que de ella se deduzca.

Ese es un límite de nuestra Jurisdicción, para la que la valoración de la prueba, sea directa o indiciaria, está vedada por hallarse atribuida de modo exclusivo a los Jueces y Tribunales ordinarios».

2. Consideraciones generales derivadas de la jurisprudencia anterior en relación con los problemas generales de este proceso.

2.1 La alusión general a la jurisprudencia que se acaba de citar en el apartado anterior debe completarse con unas consideraciones complementarias, asimismo de índole general, a la vista de lo que creemos deficiencias de razonabilidad de la fundamentación de las Sentencias recurridas, consideraciones que más adelante deberán tener su proyección concreta en el enjuiciamiento de los pertinentes contenidos de aquéllas.

El control constitucional de la existencia de pruebas de cargo válidas e idóneas para enervar la presunción de inocencia, por muy externo que sea tal control, no puede limitarse, sin riesgo de abdicación, al menos limitada, de nuestra función, a comprobar acriticamente la mera existencia del medio de prueba aludido en una Sentencia de condena, sin una mínima constatación (que no valoración) de su sentido, pues sólo ese sentido puede permitir aceptar que la prueba en cuestión pueda ser de cargo. La constatación de la existencia de prueba de cargo con un criterio de razonabilidad necesariamente debe incluir la constatación de la existencia de una relación de coherencia lógica entre el hecho probado y los medios que se indican como soporte probatorio de tal hecho. En tal sentido, cuando de declaraciones testimoniales o de imputados se trata, puede, y debe, constatararse si existe una relación de correspondencia entre el contenido de dichas declaraciones y el contenido de hecho probado que la Sentencia diga basado en ellas.

El control de esa relación de correspondencia no es, en modo alguno, valoración de la credibilidad de dichas declaraciones, sino simple constatación de su contenido, para ver si en él existe alguno discernible, que tenga lógica relación con lo declarado probado con base en él. Y por ello, para dar por buena la inferencia probatoria expresada en una sentencia recurrida en amparo, no basta que en su fundamentación sobre la apreciación de la prueba tal sentencia se limite a referirse, como soporte de dicha apreciación, a una determinada declaración, si en ésta no existe ningún contenido que tenga relación con lo probado, y con razón reforzada, si la declaración de que se trate tiene un contenido de sentido contrario a lo que se declare probado con proclamada base en ella.

El ejercicio de nuestras facultades de control no más allá del límite antes citado; pero en todo caso sí hasta ese límite, no es un subterfugio argumental para que eludir la reserva constitucional de jurisdicción que el art. 117.3 CE atribuye a los Juzgados y Tribunales, invadiendo su espacio, sino ejercicio paladino de la función constitucional que nos corresponde ex art. 161.1 b) CE y arts. 1 y 2.1 b) LOTC. Y en sentido contrario, la falta de ejercicio de nuestra facultad de control hasta ese límite posible, cuando hemos sido reclamados para ello, supone una inadecuada y deficiente respuesta a la pretensión de tutela del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cuyo amparo constitucional nos incumbe.

2.2 Si bien el otorgamiento de credibilidad a un determinado medio de prueba, (en concreto a unas determinadas declaraciones testimoniales), cuando existen otros (otras declaraciones en este caso concreto aludido) con entidad suficiente para desvirtuarlo, se inserta en el ámbito más estrictamente subjetivo de la decisión del órgano judicial sentenciador, y por tanto más protegido, en principio, frente a cualquier posible control externo, también es necesario precisar que ese insuperable subjetivismo

no puede llegar a extremos de arbitrariedad, constitucionalmente vedada a todos los poderes públicos (art. 9.3 CE), y entre ellos, obviamente, al judicial.

La Sentencia del Tribunal Supremo recurrida en este caso lo expresa muy bien, cuando en su fundamento de Derecho segundo 3 (folio 35), al definir su propio ámbito de control, en ese particular coincidente con el nuestro, dice al respecto:

«Solo excepcionalmente, en casos de falta de motivación o de conclusiones contrarias a las máximas de experiencia, reglas de la lógica o principios científicos, esta Sala, como último garante de la legalidad ordinaria penal y en garantía de la interdicción de la arbitrariedad -art. 9.3 CE- exigible a todos los poderes públicos y, muy excepcionalmente del Poder Judicial, en cuanto que todo enjuiciamiento debe venir definido por las coordenadas de motivación y razonabilidad, podría revisar aquellas valoraciones evidenciadoras de tacha de arbitrariedad o inmotivación.»

El deber constitucional de motivación de las sentencias (art. 120.3 CE) debe operar al compás de los concretos problemas suscitados en cada proceso, de modo que cuando en las concretas circunstancias de uno determinado se manifiesta como especialmente problemática la valoración de unos testimonios respecto de otros de sentido contrario, la insustituible función del órgano judicial sentenciador de valoración de la prueba no puede considerarse exenta de la necesidad de justificar en términos de razonabilidad la opción valorativa asumida. Y en tal caso, y según la jurisprudencia de este Tribunal antes citada, corresponde al espacio lógico de su posible control el análisis crítico de que «en el razonamiento o discurso de valoración, se han respetado las reglas de la lógica o, lo que es lo mismo, que el discurso del órgano judicial no sea arbitrario, incoherente con las pruebas practicadas o irrazonable» (STC 124/2001, FJ 10 *in fine*, citada antes).

En caso de testimonios de contenido contradictorio la coherencia de los hechos probados con unos supone simultánea incoherencia respecto de otros, y en tal caso la relación de coherencia sólo se salva si se explica razonablemente la prevalencia atribuida a unos respecto de otros testimonios. El control de esa explicación no es valoración de la prueba, sino análisis de la razonabilidad del «discurso del órgano judicial».

2.3 También es necesario precisar que cuando se alude en nuestra doctrina a la falta en el proceso constitucional de las «garantías necesarias de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas», como explicación del límite de nuestras facultades de control de la valoración de la prueba por el órgano judicial, nuestros déficits, en la comparación de las situaciones respectivas de cada tribunal, sólo son una realidad en cuanto las situaciones a comparar sean las del órgano judicial de instancia y este Tribunal Constitucional, pues sólo ante el primero se cumplen las precitadas garantías. Pero la referencia a éstas, como clave de las respectivas situaciones, no justifica las diferencias, cuando se trata de comparar las situaciones respectivas de este Tribunal y la del órgano de casación, pues también a éste le afectan similares déficits. Sobre el particular basta con que nos refiramos a la propia Sentencia del Tribunal Supremo, objeto de impugnación en este recurso de amparo, y en concreto a su fundamento de Derecho segundo.3 (folio 35), en el que, al definir su propia función jurisdiccional «en relación a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia», se dice que «ya desde ahora debemos advertir que queda extramuros del control casacional la valoración de la prueba existente, la que en virtud de la intermediación que dispuso

la Sala sentenciadora, y de acuerdo con el art. 741 LECriminal, a ella le pertenece».

Sobre esa base, y según la propia doctrina del Tribunal Supremo que acabamos de recordar, no podemos partir en nuestro enjuiciamiento, como límite insuperable, de que el dominio insustituible que corresponde al órgano jurisdiccional de instancia en la valoración de la prueba, le corresponda en similares términos al órgano de casación; ni por tanto existe razón para que las consideraciones sobre apreciación de la prueba contenidas en las sentencias de casación, cuando en ellas no se altera el relato de hechos probados de las sentencias recurridas ante el Tribunal Supremo, por el éxito del correspondiente motivo casacional, puedan ser un ámbito vedado a nuestro análisis crítico, al ejercer nuestra función constitucional de control de la existencia de la prueba de cargo ante alegadas vulneraciones del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

III) Aplicación de las consideraciones generales al caso. Enunciación de la sistemática a seguir

Fijada la que podíamos calificar de base doctrinal general para el enjuiciamiento constitucional del caso, es ya llegado el momento de entrar en su aplicación concreta a éste.

Para ello nos situaremos en dos diferentes planos de análisis crítico: la Sentencia de la Audiencia Nacional y la de casación del Tribunal Supremo, tal y como en sus respectivos informes en la vista oral propusieron de consuno el Abogado del Estado y el defensor de doña Felipa Artano Sagastume y doña María Jesús Arostegui Beraza, pues ante todo conviene considerar que es en la primera donde en medida fundamental se ha ejercido la potestad punitiva del Estado, por lo que debe ser respecto de ella donde se proyecte en la misma correspondiente medida nuestro control constitucional. Ello sin perjuicio de que para la justificación constitucional de las condenas puedan, y deban, tenerse en cuenta los razonamientos de la Sentencia de casación, en cuanto que en ella se ejerce la potestad jurisdiccional que corresponde al Tribunal Supremo, que es en este caso, en el contenido fundamental de la misma, ejercicio de una facultad de control, con ocasión de la cual se aportan razonamientos complementarios, no contenidos en la Sentencia de instancia, para justificar con ellos el ejercicio directo del poder punitivo del Estado en esa Sentencia de instancia, y sanar las deficiencias de la Sentencia ante él recurrida. A su vez en el análisis de cada una de las Sentencias se seguirá la pauta sistemática de la distinción entre cada uno de los delitos por los que los recurrentes han sido condenados.

IV) Análisis de la Sentencia de la Audiencia Nacional en cuanto a la condena por el delito de detención ilegal

1. Exposición de los contenidos de la Sentencia de la Audiencia Nacional relevantes para el análisis.

En la Sentencia de la Audiencia Nacional la base fáctica de las condenas por el delito de detención ilegal se contiene en los hechos probados I, III y IV, cuyo soporte probatorio se explica en el fundamento de Derecho segundo. En éste la referencia más concreta y singularizada al delito de detención ilegal se contiene en el siguiente pasaje del folio 41 de dicha Sentencia:

«Las declaraciones de los testigos n.º 2345 y Ángel López Carrillo, que ninguna relación conocida tenían entre ellos, coinciden en lo esencial, se han visto confirmadas en los aspectos expuestos por los testigos mencionados, y no han resultado desvirtuadas por otros testimonios según se han examinado. A ello se une que

se ven corroboradas por las declaraciones de Felipe Bayo Leal prestadas ante el Instructor en agosto de 1997, llevando al Tribunal a la convicción de que Enrique Rodríguez Galindo y José Julián Elgorriaga Goyeneche planearon el secuestro de José Antonio Lasa Arostegui y José Ignacio Zabala Artano y su estancia en La Cumbre, Elgorriaga facilitó el uso de esa villa, y el Capitán Vaquero fue, como declaró Bayo, la persona que se encargó de transmitir las ordenes a Dorado y Bayo, quienes llevaron a cabo la custodia y los interrogatorios.»

Los hechos probados I, III y IV de la Sentencia contienen una serie de contenidos fácticos de trascendental importancia (sobre todo dada la conexión establecida en la Sentencia entre los delitos de detención ilegal y los de asesinato), que conviene destacar, inquiriendo si los medios de prueba explicitados en el fundamento de Derecho segundo referente a dichos hechos probados pueden servir de soporte lógico a la afirmación como probados de los mismos.

Entre dichos contenidos del relato debe destacarse el siguiente (hecho probado I, folio 7, párrafo 2 de la Sentencia), en alusión temporal al año 1983:

«A lo largo de ese año el Comandante Rodríguez Galindo y el Gobernador Civil José Julian Elgorriaga Goyeneche, al tener conocimiento de que en el Ministerio de Interior se iba abriendo camino la idea de aceptar la realización de acciones violentas contra miembros de E.T.A. refugiados en el Sur de Francia, como una vía para acabar con la actividad terrorista de ese grupo, entonces tremendamente cruenta, decidieron que ellos debían intervenir, tratando de lograr la detención en Francia y el traslado a España de aquellos miembros de E.T.A. que consiguiesen localizar, a fin de obtener información, aunque luego fuese preciso hacerlos desaparecer para evitar que los hechos fuesen descubiertos, valiéndose de algunos de los Guardias Civiles destinados en el servicio de información de esa Comandancia, entre ellos el Capitán Ángel Vaquero Hernández, el Cabo Enrique Dorado Villalobos y el Guardia Felipe Bayo Leal, quienes se mostraron de acuerdo con todo ello. Para mantener custodiados y bajo control a los miembros de E.T.A. que lograsen traer de Francia, eligieron la villa llamada La Cumbre, entonces en situación de semiabandono, propiedad del Estado, que se encontraba a disposición del Gobierno Civil. Esa villa, sita en el Alto de Aldapeta de San Sebastián, consistía en un edificio rodeado de un jardín, con piscina y pista de tenis y era utilizada esporádicamente por miembros de las fuerzas policiales para guardar motocicletas y perros o incluso para jugar al tenis. José Julian Elgorriaga Goyeneche facilitó que accediera al recinto y al edificio el Comandante Enrique Rodríguez Galindo.

La detención en Francia y el traslado a San Sebastián de los miembros de E.T.A. fue encomendada por el Comandante Enrique Rodríguez Galindo a personas cuya identidad no consta. Estas personas el día 15 de Octubre de 1983 estuvieron en Bayona, siguiendo a José Antonio Lasa Arostegui y a José Ignacio Zabala Artano, y, cuando sobre las 0,30 horas, ya del día 16, los vieron solos en la calle Tonneliere, dirigiéndose a un coche, les abordaron y lograron inmovilizarlos e introducirlos en los coches que llevaban; y, con ellos ocultos, pasaron la frontera y llegaron a San Sebastián.»

En el hecho probado III, párrafo 2 —folio 19—, tras la referencia del párrafo anterior a un atentado contra una patrulla de la Guardia Civil de Oñate, se dice:

«El Gobernador Civil, José Julián Elgorriaga Goyeneche, que escuchó por la radio la noticia de lo ocurrido, se dirigió solo, por no localizar a sus escoltas, al lugar donde se había producido el atentado, conduciendo el

vehículo oficial, un Ford Granada blindado. José Julián Elgorriaga Goyeneche estuvo en el escenario del suceso y visitó tanto el Hospital de Mondragón como el cuartel de Oñate, donde se instalaría la capilla ardiente. Encontró al Comandante Enrique Rodríguez Galindo, con el que regresaba hacia San Sebastián, seguido ya por sus escoltas, después de las 5 h. de la madrugada, cuando le pasaron al Comandante el aviso de que llamase por teléfono a Inchaurredo, siendo informado así de la llegada de José Antonio Lasa Arostegui y José Ignacio Zabala Artano a La Cumbre. Enrique Rodríguez Galindo le dijo a José Julián Elgorriaga Goyeneche que habían caído dos peces medianos en Francia, lo que fue oído por Ángel López Carrillo, que había ido a reunirse con el Gobernador Civil al enterarse de que había salido solo.»

Por su parte el hecho probado IV dice, en lo atinente a la estancia e interrogatorio de las víctimas de la horripilante acción delictiva Sres. Lasa y Zabala, lo siguiente:

«Desde el día 16 de octubre de 1983 José Antonio Lasa Arostegui y José Ignacio Zabala Artano estuvieron detenidos en La Cumbre y su custodia, siguiendo las ordenes del Comandante Enrique Rodríguez Galindo, fue encomendada por el Capitán Ángel Vaquero Hernández, a Enrique Dorado Villalobos y a Felipe Bayo Leal, llevándose a cabo, por turnos, en los que también intervinieron otras personas. A lo largo de varios días José Antonio Lasa Arostegui y José Ignacio Zabala Artano fueron interrogados por Enrique Dorado Villalobos y Felipe Bayo Leal, y visitados con frecuencia por Ángel Vaquero Hernández, y el primer día por Enrique Rodríguez Galindo y José Julián Elgorriaga Goyeneche.»

2. Puntualizaciones críticas sobre el contenido de los pasajes transcritos.

En los pasajes transcritos existen varios elementos a destacar:

a) La alusión a que en el Ministerio del Interior se iba abriendo paso la idea de lo que sin ningún tipo de eufemismo puede calificarse como guerra sucia contra la acción terrorista de ETA.

b) La decisión de los recurrentes Enrique Rodríguez Galindo y José Julián Elgorriaga Goyeneche de intervenir en esa violencia antiterrorista del modo que allí se describe.

c) La detención en Francia y traslado a San Sebastián de los infortunados Sres. Lasa y Zabala, por orden del entonces Comandante Enrique Rodríguez Galindo, ejecutada por personas desconocidas.

d) La detención e interrogatorios practicado en la villa de La Cumbre, con las participaciones subjetivas individualizadas que se indican en el relato.

Adviértase que de un marco impreciso de violencia antiterrorista se pasa a una decisión personalizada y concreta de participación en ella de los recurrentes Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche, y bajo su planificación y dirección, de los otros tres recurrentes Sres. Vaquero Hernández, Dorado Villalobos y Bayo Leal. Asimismo en el relato existen dos secuencias perfectamente diferenciables, consistentes en el secuestro en Francia e inmediato traslado a la villa La Cumbre, por una parte, y en la detención e interrogatorios en ésta, por otra, con protagonistas subjetivos en cada caso perfectamente diferenciados.

Pues bien, la lectura del fundamento de Derecho segundo de la Sentencia, y la posterior constatación de lo en él argumentado sobre los medios de prueba tenidos en consideración como soportes del relato de los hechos probados I, III y IV, pone de manifiesto que, si bien respecto de los cuatro contenidos del relato que se acaban de individualizar, los aludidos en los apartados a) y d) tienen un refrendo probatorio claramente discernible,

más o menos directo [la declaración de Rafael Vera Huidobro referida en el apartado A) del fundamento de Derecho segundo —folio 34— y los documentos del Centro Superior de Información del Ministerio de Defensa (CESID), aludidos en el mismo fundamento, apartado B), 5 —folio 45—, en cuanto al primero de los apartados; y las declaraciones del coimputado Bayo, en cuanto al último], y menos claramente discernible en cuanto al contenido del apartado c), según se razonará más adelante (declaraciones del testigo López Carrillo, aludidas en el fundamento de Derecho segundo B.2 —folios 38 y 39—), en cuanto al contenido del relato de hechos probados aludido en el apartado b), ni se explica en concreto en ese fundamento, ni en ningún otro, en términos mínimamente convincentes, la inferencia probatoria que de unos determinados medios de prueba pueda conducir al hecho aludido en ese apartado, ni la compulsión de las declaraciones aludidas en ese fundamento permite establecer ningún correlato lógico entre las mismas y ese concreto particular del relato de hechos.

Ese vacío tiene una importancia trascendental, aunque en parte pueda no ser definitivamente determinante respecto de la alegada vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia en cuanto a los delitos de detención ilegal. Respecto a éstos debe tenerse en cuenta que existen las dos secuencias que antes se indicaron, y que el relato de hechos probados de la Sentencia precisa; y basta la participación en la segunda, para poder tener por constitucionalmente enervada la presunción de inocencia, y justificada por tanto en estrictos términos constitucionales las condenas de los recurrentes por los delitos de detención ilegal. Pero habida cuenta de la conexión que se establece en la Sentencia entre los delitos de detención ilegal y los de asesinato, y la importancia crucial que para los últimos se atribuye a la primera de las secuencias, según tendremos ocasión de razonar más adelante, la conducta referida en el citado apartado b) y en la parte inmediatamente ligada a él del apartado c) se erigen en elementos clave de la individualización de la conducta de los recurrentes concernidos por él, aspecto que, como se indicó al enunciar al principio de este Voto con carácter general las líneas generales de problematismo del caso, está en el núcleo más problemático del mismo.

A falta de una explicación concreta en la fundamentación jurídica de la inferencia probatoria conducente a esa parte del relato de hechos probados, y dada la imposible constatación del medio de prueba que le sirva de soporte, la única conclusión constitucionalmente adecuada es la de que en esa parte del relato de hechos probados no se ha desvirtuado en la Sentencia de la Audiencia Nacional la presunción de inocencia a que los dos recurrentes afectados por él tienen derecho, con las consecuencias que más adelante deberán extraerse de esta proclamación negativa.

La Sentencia se limita a relacionar de modo en exceso genérico y global los medios de prueba a que alude en su fundamento de Derecho segundo A) y B), 1 y 2 con los apartados I, III y IV del relato de hechos probados, adoleciendo de una absoluta imprecisión respecto del particular de ese relato aquí analizado, que no puede desvanecerse en las ambigüedades de un conjunto argumental, cuando tiene de por sí la entidad propia y diferenciada que la propia Sentencia le atribuye en ulteriores pasajes.

El resto del relato, en cuanto concierne a los delitos de detención ilegal, y según la referencia de medios probatorios que le sirven de soporte, contenida en el pasaje del fundamento de Derecho segundo que antes quedó transcrito, tiene como soportes probatorios explicitados las declaraciones del testigo probatorio 2345, las del testigo Ángel López Carrillo, las cuales dicho pasa-

je afirma corroboradas por las declaraciones de Felipe Bayo Leal, prestadas en agosto de 1997.

El paso siguiente en nuestro estudio deberá ser el análisis de esos aludidos medios de prueba, para constatar si entre ellos y el relato de hechos probados, que se dice sustentado en los mismos, existe la correlación lógica, a que en otro momento anterior de este Voto nos referimos, en cuanto signo de la razonabilidad de las inferencias probatorias, exigible para el respeto del derecho fundamental de presunción de inocencia. Al propio tiempo deberá analizarse la razonabilidad de la valoración de dichos concretos medios de prueba en la Sentencia, cuestión especialmente discutida en el proceso, y que constituye uno de los puntos en los que afloran elementos de oscuridad a que nos referimos al principio de este Voto, necesitados de una respuesta esclarecedora.

3. Análisis de la razonabilidad de la valoración probatoria alusiva al testigo protegido 2345.

En primer lugar de ese estudio se sitúa el testigo protegido 2345, testimonio especialmente discutido en el proceso, según se acredita en los recursos de amparo.

Se trata de un testigo de referencia, lo que obliga a atenerse a la doctrina de este Tribunal sobre tal medio de prueba, y un testigo cuya aparición en el proceso viene rodeada de una serie de circunstancias, en parte reflejadas en la Sentencia, y otras indicadas en los recursos, que exigían una explicación razonable de la atribución de credibilidad pese a ellas.

3.1 Doctrina general sobre la prueba testifical de referencia.

En relación con el valor probatorio de la prueba testifical de referencia, la doctrina de este Tribunal, en términos semejantes a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sometido a especiales exigencias la eficacia probatoria del testimonio de referencia. Así, en las SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 5, y 303/1993, de 25 de octubre, FJ 7, hemos admitido que la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia, pero añadiendo en la última de ellas la prevención de que, aunque «sea un medio probatorio admisible (con la sola excepción del proceso por injurias y calumnias verbales: art. 813 LECrim) y de valoración constitucionalmente permitida que, junto con otras pruebas, pueda servir de fundamento a una Sentencia de condena, no significa que, por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia».

En este sentido, hay que recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mostrado una postura de especial prudencia en relación con la idoneidad de las declaraciones de referencia como elemento probatorio suficiente para fundamentar una condena penal, en la medida en que significan siempre una limitación de la posibilidad plena de defensa contradictoria (SSTEDH 19 de diciembre de 1990, caso *Delta c. Francia*, § 37; 19 de febrero de 1991, caso *Isgrò c. Italia*, § 35; 26 de abril de 1991, caso *Asch c. Austria*, § 28; 28 de agosto de 1992, caso *Artner c. Austria*, §§ 22-24; y 14 de diciembre de 1999, caso *A.M. c. Italia*, § 25).

La anterior doctrina ha sido ratificada posteriormente en las SSTC 79/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 261/1994, de 3 de octubre, FJ 3; 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3; 131/1997, de 15 de julio, FJ 2; 7/1999, de 8 de febrero, FJ 2 b); 97/1999, de 31 de mayo, FJ 6; y 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4, en las que este Tribunal ha calificado dicho medio de prueba como poco recomendable. En particular, la STC 209/2001, FJ 4, efectúa una síntesis de nuestra doctrina junto con la emanada

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señalando: «En efecto, de un lado, incorporar al proceso declaraciones testimoniales a través de testimonios de referencia implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el Juez que ha dictado Sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad (STC 97/1999, de 31 de mayo, FJ 6; en sentido similar, SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 5; 79/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3; y 7/1999, de 8 de febrero, FJ 2). De otro, supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE (específicamente STC 131/1997, de 15 de julio, FJ 4; en sentido similar, SSTC 7/1999, de 8 de febrero, FJ 2; y 97/1999, de 31 de mayo, FJ 6) y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso *Delta*, §§ 36 y 37)».

3.2 El testigo de referencia no puede sustituir al testigo directo.

En esa medida, dado su carácter excepcional, hemos mantenido siempre que «la admisión del testimonio de referencia se encuentra subordinada al requisito de que su utilización en el proceso resulte inevitable y necesaria», afirmando que el hecho de que la prueba testimonial de referencia sea un medio probatorio de valoración constitucionalmente permitida «no significa, como se indicaba en la STC 303/1993, de 25 de octubre, que, sin más, pueda erigirse en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que, como se señalaba en la STC 217/1989, de 21 de diciembre, la declaración del testigo de referencia no puede sustituir la del testigo principal; antes al contrario, cuando existan testigos presenciales, el órgano judicial debe oírlos directamente, en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia. Por lo tanto, la necesidad de favorecer la inmediación, como principio rector del proceso en la obtención de las pruebas impone inexcusablemente que el recurso al testimonio referencial quede limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo o principal» (STC 79/1994, de 14 de marzo, FJ 4; y STC 62/2002, 11 de marzo, FJ 9).

3.3 Testigo de referencia versus coimputado.

El testimonio de referencia tampoco puede sustituir al testigo directo aunque éste sea un coimputado que no está obligado a decir verdad. En efecto, en la reciente STC 68/2002, de 21 de marzo, para un supuesto en el que el testigo directo era al propio tiempo uno de los coimputados, hemos afirmado expresamente que «aunque tal circunstancia pueda restarle credibilidad, es obvio que no le priva de su condición de testigo directo, cuyo relato, sometido a contradicción, no debe ser sustituido, tampoco en este caso, por el testimonio de referencia» (FJ 9).

No podemos compartir la interpretación de la Sentencia sobre el sentido atribuido a la STC 68/2002, devaluándola en cuanto posible pauta jurisprudencial de aplicación al actual testigo de referencia, hasta el punto de llegar a decir que la STC 68/2002 «no sienta, pues, ninguna doctrina general aplicable al testigo de referencia», cuando de modo explícito esta precedente sentencia atribuye la respectiva condición de testigo de referencia y testigo directo a los que en ella se analizaba, pese a su parigual condición de coimputados. Creemos, en contra de la tesis de la Sentencia mayoritaria, que en la argumentación de la STC 68/2002 no era la con-

dición común de coimputados de ambos testigos la *ratio* determinante de la prevalencia atribuida a la declaración del testigo directo sobre la del de referencia.

Pero es que en todo caso consideramos difícilmente conciliable con las garantías constitucionales del proceso penal que declaraciones autoincriminatorias de una persona, comunicadas fuera del proceso a un determinado particular, autoproclamado testigo directo de haberlas recibido, puedan suplir en ninguna medida en el proceso a las declaraciones del imputado, para las que la Ley exige unos requisitos, cuya ausencia obsta constitucionalmente a la validez probatoria de tal declaración. Creemos que desde un prisma mínimamente garantista entra en el terreno de lo paradójico, que declaraciones de un imputado ante la policía o ante las autoridades judiciales, si no se prestan con estricta observancia de los requisitos legales, carezcan de valor probatorio, y que esas mismas declaraciones prestadas ante un particular, por supuesto sin ninguna garantía, puedan acceder al proceso con virtualidad probatoria, porque las relata el particular que dice haberlas recibido, vertiéndolas en el proceso como testigo.

No alcanzamos a comprender cómo la declaración del testigo de referencia, cuando lo es de lo declarado por un imputado, pueda merecer mayor entidad como prueba, que cuando el testigo de referencia lo es de lo relatado por un testigo. En cualquier caso, no vemos razón para que la regla general de nuestra jurisprudencia sobre la especial prudencia respecto de la aceptación de la idoneidad de las declaraciones de los testigos de referencia, que la Sentencia mayoritaria recoge, cuando dice que «hemos otorgado al testigo de referencia un valor probatorio disminuido» (FJ 17 —folio 82, párrafo 3—), pueda recibir de hecho en este caso una corrección casi de sentido inverso, para otorgar un valor probatorio acrecentado respecto al que propone esa regla, cuando el de referencia es un testigo de lo declarado por un imputado y cuando éste niega haber relatado lo que dice el testigo de referencia.

3.4 Circunstancias a destacar en la entrada en el proceso del testigo de referencia 2345.

Entre esas circunstancias, que no pueden por menos de suscitar una lógica inquietud respecto de la limpieza de su testimonio, están en primer lugar la de que dicho testigo pueda haber declarado en el proceso tras haber recibido para ello siete millones de pesetas, dato reflejado en el fundamento de Derecho segundo B.2 de la Sentencia —folio 37—, sin que, ello no obstante, tan inquietante hecho merezca ninguna consideración especial, cual sería razonable. En segundo lugar es digno de destacar que dicho testigo interviene en el proceso después de haber sido interrogado por el Comisario General de la Policía Judicial, quien, abierto el sumario, va tomando directamente declaraciones a testigos clave antes de que declaren ante el Juez Instructor, declaraciones que unas veces acceden al sumario, como la del testigo Sr. López Carrillo, como según veremos más adelante, pero no en todos los casos, y en concreto en la recibida por él al testigo protegido, según se relata, con referencia a la declaración del Sr. De Federico en la vista oral, en el recurso de amparo del Sr. Rodríguez Galindo (página 101). En tercer lugar está el posible móvil del testigo de procurarse con la denuncia de guardias civiles del cuartel de Inchaurren un escudo de protección frente a ETA. Téngase en cuenta que es el propio testigo el que en el inicio de su declaración sumarial de 24 de julio de 1995 explica la razón de su comparecencia voluntaria a declarar, diciendo que «se está relacionando el contrabando en el que el declarante tiene relaciones con la financiación del G.A.L. y en el Diario Vasco y en el periódico Eguin aparecen artículos donde se afirma esta relación»; por lo que «como el declarante entiende que esta relación no es cierta, estas publica-

ciones pueden significar la renovación de su pena de muerte». Dada esa manifestación de partida del testigo, la explicación de la Sentencia (fundamento de Derecho segundo B.2 —folio 38—) de que «la hipótesis de que el testigo miente para protegerse de E.T.A., llegando a implicar a una persona con la que hasta entonces tenía amistad, no resulta verosímil, pues parece que precisamente una mentira en este tema no le puede provocar seguridad, por mucho que implique a miembros de la Guardia Civil», resulta muy escasamente razonable, pues la negativa de la verosimilitud de esa posible explicación reclamaba un razonamiento judicial más terminante y convincente.

Vemos, pues, que el acceso al proceso de ese fundamental testigo está rodeado de espacios de oscuridad no bien aclarados, que necesariamente deben llevar hasta el extremo la prudencia en la valoración de la razonabilidad atribuida a la credibilidad de tal testigo, que con carácter general exige nuestra jurisprudencia y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No decimos que exista una razón constitucional para negar radicalmente la atribución de credibilidad al mismo, ni, por supuesto, puede sustituirse en su función al órgano judicial, sino simplemente que la intensidad del genérico control constitucional de la idoneidad y validez de los testigos de referencia debe ser en este caso especialmente calificada.

Téngase en cuenta que la declaración del testigo de referencia es en la economía total de la Sentencia de la Audiencia Nacional el principal soporte probatorio del salto cualitativo que se produce en el relato de hechos probados desde una situación de guerra sucia contra los miembros de ETA a una implicación personal en ella de los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche, y, como un hito de tal implicación, en la planificación directiva por ambos del secuestro de los Sres. Lasa y Zabala en Francia.

3.5 Análisis del valor atribuido en la Sentencia de la Audiencia Nacional al testigo de referencia.

En la Sentencia de la Audiencia Nacional se afirma que «el testigo protegido identificado con el n.º 2345 ha mantenido en el juicio esencialmente la declaración prestada ante el Instructor, relatando que el procesado Enrique Dorado Villalobos le había dicho, con relación a que el mismo, junto con Felipe Bayo Leal y otros Guardias Civiles, habían sido quienes habían secuestrado a José Antonio Lasa Arostegui y José Antonio Zabala Artano, les habían custodiado e interrogado en el sótano de La Cumbre, y los habían trasladado a una finca de Alicante, donde les habían dado muerte y enterrado en cal viva, todo ello siguiendo ordenes de Enrique Rodríguez Galindo, y con la intervención del Gobernador Civil José Julián Elgorriaga Goyeneche, que había sido quien había facilitado las llaves de La Cumbre, y que los cadáveres habían aparecido y no habían sido identificados» (fundamento de Derecho segundo, apartado B.2, de la Sentencia de la Audiencia Nacional).

Entre todos los medios de prueba relatados en la Sentencia de la Audiencia Nacional como soporte de su relato de hechos probados conviene advertir que es exclusivamente el testigo de referencia el que relata la autoría del secuestro en Francia de los infortunados Sres. Lasa y Zabala. Pues bien, nada habría que oponer a la inferencia probatoria de la Sala si el contenido de la declaración de ese testigo tuviese exacta correlación con el hecho, probado con base en ella, pero lo cierto es que, si sobre ese particular se compara el relato de hechos probados con el del testigo, lo que se constata es, sorprendentemente, una radical diferencia. Y es esa radical diferencia la que desde la óptica del derecho fundamental de presunción de inocencia suscita la cuestión acerca de la razonabilidad de la inferencia probatoria, que entra en el ámbito de nuestro posible control.

Y así, en el hecho probado I de la Sentencia se dice al respecto —folio 17— que:

«La detención en Francia y el traslado a San Sebastián de los miembros de E.T.A. fue encomendada por el Comandante Enrique Rodríguez Galindo a personas cuya identidad no consta. Estas personas el día 15 de Octubre de 1983 estuvieron en Bayona, siguiendo a José Antonio Lasa Arostegui y a José Ignacio Zabala Artano, y, cuando sobre las 0,30 horas, ya del día 16, los vieron solos en la calle Tonneliers, dirigiéndose a un coche, les abordaron y lograron inmovilizarlos e introducirlos en los coches que llevaban; y, con ellos ocultos, pasaron la frontera y llegaron a San Sebastián.»

Y en la declaración prestada por el testigo protegido 2345 ante el Juez instructor el 24 de julio de 1995, se dice, con referencia a lo que a él le había contado Enrique Dorado:

«Los hechos que me cuenta se refieren al secuestro, traslado a San Sebastián, al palacio de Las Cumbres, en aquella fecha, interrogatorio, tortura, muerte y enterramiento de dos personas a las que ya en aquella fecha, verano de 1985, Enrique Dorado me dice que se llamaban Lasa y Zabala.

Según me dice, utilizando un vehículo Renault 12, propiedad de Enrique Dorado, se dirigen a Francia, 4 personas, las 4 Guardias Civiles destinadas en el cuartel de la Guardia Civil de Inchaurredo, estas personal son el propio Enrique Dorado, Felipe Bayo, otro llamado H. y otro de apellido S., apodado "el M.". De estas cuatro personas Enrique Dorado era el Jefe.»

No es comprensible en estrictos términos de análisis de la razonabilidad de la inferencia (recuérdese lo que en otro lugar de este Voto, apartado II.1 —se transcribía del FJ 10 de la STC 124/2001—), que en el hecho probado se sustituyan los protagonistas perfectamente individualizados referidos por el testigo, por otros desconocidos. Si en ese punto a la Sala sentenciadora no le resulta creíble la declaración del testigo protegido, valoración que a ella sola incumbe, y la actuación humana descrita por el testigo no se acepta por la Sala, una actuación distinta, pues distinta es una actuación de otros autores, necesitaría un soporte probatorio asimismo distinto, que inexcusablemente debiera haberse referido. Negar la actuación de los sujetos individualizadamente señalados por el testigo, y sustituir en el relato de hechos probados esa actuación por otra, con el único soporte probatorio de la misma declaración testifical, cuando esa declaración testifical se rechaza nada menos que en el elemento esencial definitorio de la actuación descrita consistente en su autoría, no es en modo alguno razonable.

La aplicación del cambio subjetivo se encuentra en el fundamento de Derecho segundo. B.2 —folio 42—, cuando se dice:

«Sin embargo, por aplicación del principio *in dubio pro reo*, no puede estimarse probado que Felipe Bayo Leal y Enrique Dorado Villalobos se hayan desplazado a Francia la noche del 15 al 16 de octubre de 1983. Aunque pueda pensarse que los testigos que han dicho haber visto a Felipe Bayo Leal y Enrique Dorado Villalobos esa noche estuvieran tratando de favorecer a sus compañeros, lo cierto es que aquel desplazamiento sólo aparece en la declaración del testigo n.º 2345, y la referencia que éste relata no contiene datos suficientes al respecto; sólo manifiesta que Enrique Dorado Villalobos le dijo que habían sido ellos pero sin aportar detalle alguno sobre la forma en que lo habían realizado. A ello se une que, si bien el testigo Mariano Martínez Colomo dijo haber visto que, de las dos personas que parecían vigilarles el día 15 de octubre, uno tenía bigote, como

entonces llevaba Felipe Bayo Leal, según aparece en una foto de la época, y también declara que Rajado Benavente (que no ha comparecido al Juicio Oral) le comentó que había visto en Bayona días antes a los policías que le habían detenido de la comandancia de San Sebastián, debe tenerse presente que además de Felipe Bayo Leal podía haber otros varios guardias con bigote y también varios hubieron debido intervenir en esa detención. Por otro lado, el extremo que nos ocupa fue negado por Felipe Bayo Leal en sus declaraciones de agosto de 1997.»

No nos corresponde enjuiciar la aplicación de ese criterio de *in dubio pro reo*, simplemente lo constatamos como contenido de la Sentencia. Lo único que enjuiciamos, en términos de control de la razonabilidad de la inferencia probatoria, es la simultánea aplicación del criterio *in dubio pro reo* respecto de la conducta imputada por el testigo a los concretos acusados a los que se aplica, y la imputación a otras personas de la conducta que el testigo atribuía a esos acusados.

No se trata de la fragmentación de la valoración de una declaración testifical, aceptándola respecto de unos contenidos, y rechazándola respecto de otros, sino de algo de mucha mayor entidad, como es la sustitución de la declaración del testigo, alterando en términos esenciales la identidad de los hechos declarados por él en un concreto contenido de su declaración. Y esto no es ya problema de credibilidad del testigo, sino directa e inmediatamente de constatación de la razonabilidad de la inferencia probatoria.

Y lo es además, porque en el punto que nos ocupa, que por sus posteriores derivaciones en la Sentencia se convierte casi en el auténtico núcleo fundamentador de la imputación de otras conductas, la sustitución de los contenidos del testimonio en la inferencia probatoria sustentada en él no se produce sólo para exonerar de la participación en una actuación delictiva a unas personas, sino, fundamentalmente, para atribuir la comisión de esa actuación, como inductor de la misma desde una posición de mando sobre los inducidos, al entonces Comandante Sr. Rodríguez Galindo.

Debe significarse que en el concreto punto que nos ocupa, el testigo, (que lo es de referencia, no se olvide) no afirmó (y al decirlo no hacemos juicio de valoración, sino puro análisis de constatación) que Dorado le hubiese dicho que la orden del secuestro en Francia la hubiese dado el Sr. Rodríguez Galindo, como tampoco que la hubiese dado el Sr. Elgorriaga Goyeneche, a quien en otro momento de la Sentencia también se imputa esa misma actuación directora. Concretamente en la citada declaración puede leerse sobre el particular:

«Se le pregunta si Enrique Dorado le dijo si había recibido alguna orden para realizar el secuestro de Lasa y Zabala y en caso afirmativo de quién.

R. El me dijo que él hacía lo que el coronel Rodríguez Galindo le decía y que él actuaba cumpliendo las órdenes de Rodríguez Galindo, aunque él no me dijo en concreto que la orden de secuestrar a Lasa y Zabala se la diese Rodríguez Galindo. Insisto en que él me dijo que actuaba siempre cumpliendo las órdenes de Rodríguez Galindo.»

Y líneas más adelante en la misma declaración puede leerse:

«En relación a las órdenes que él cumplía me dijo en otra ocasión que también las recibía del General C., pero no me preciso si esto tuvo lugar en relación al secuestro de Lasa y Zabala.»

Ocurre así que la única parte que el testigo de referencia no declara haberle sido dicha por el testigo referido: «que la orden de secuestrar a Lasa y Zabala se la diese Rodríguez Galindo», cuando el testigo, por el

contrario sí declara haberle sido referido quiénes realizaron materialmente el secuestro, es la que, ello no obstante, se convierte en el discurso de la Sentencia en el único soporte probatorio mínimamente discernible de la imputación al Sr. Rodríguez Galindo de haber dado la orden de secuestro. La inferencia probatoria en la que lo que el testigo de referencia no afirma se convierte en el soporte del hecho probado (orden del Sr. Rodríguez Galindo), y lo que afirma (autoría material del secuestro perfectamente individualizada), se excluye del mismo por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, adolece sin lugar a dudas de una falta completa de razonabilidad. Y por ello una inferencia tal entendemos que vulnera el derecho fundamental de presunción de inocencia.

Algo similar ocurre en cuanto a la intervención planificadora del secuestro del Sr. Elgorriaga Goyeneche.

En relación con esa intervención en el relato del testigo protegido que nos ocupa puede leerse lo siguiente:

«Se le pregunta si le dijo Enrique Dorado si Julen Elgorriaga conocía el uso que se iba a hacer del palacio de Las Cumbres y si en concreto que iba a ser el lugar donde permanecerían dos personas a las que pretendían secuestrar.

R. Únicamente nos dijo que Julen Elgorriaga les había facilitado las llaves.

P. Enrique dorado le comentó a Vd. Si Julen Elgorriaga ya supo después o mientras Lasa y Zabala permanecían en el palacio de Las Cumbres, que éstos estaban allí.

R. No pero yo creo que sí lo conocía puesto que Enrique Dorado me dijo que Julen Elgorriaga estaba enterado de todas las cosas y que incluso me dijo que el secuestro y la muerte de Lasa y Zabala la había acordado el Consejo de Ministros, manifestación ésta que hizo en plan machada o en plan fanfarrón, puesto que cuando más importancia se daba, más protegido parecía estar y en consecuencia en el mundo del contrabando su participación era más apreciada, con lo que había que pagarle más y paso a convertirse en la mano derecha de Santamaría.»

En esa declaración lo único que el testigo declara haberle sido referido no es una actuación directiva del Sr. Elgorriaga, sino simplemente la facilitación del uso del inmueble, en el que se iba a retener a unas personas, que iban a ser secuestradas, y cuya orden de secuestro, según lo que el testigo dice haberle sido relatado por el Sr. Dorado, la habría dado nada menos que el Consejo de Ministros.

Una imputación de tal entidad no resulta, obviamente, mínimamente creíble, y con absoluta razonabilidad la Sala sentenciadora no la cree; pero lo que ya no es razonable, es que una hipotética, y no aceptada actuación del a la sazón Gobernador Civil de Guipúzcoa, en los estrictos términos en que es relatada por el testigo, de facilitación del uso de un local para la retención de los secuestrados por orden muy superior a él, en vez de reflejarse en esos estrictos términos en el relato de hechos probados de la Sentencia, si es que la Sala sentenciadora estimara que el testigo de referencia es creíble en lo que dice haberle sido referido, se convierta en participación directiva del Sr. Elgorriaga junto con el Sr. Rodríguez Galindo en la planificación del secuestro en Francia de los Sres. Lasa y Zabala.

La conclusión inevitable desde el prisma de la razonabilidad de la inferencia probatoria, exigible como contenido del derecho fundamental de presunción de inocencia, es la de que el testigo de referencia, una vez que la Sentencia de la Audiencia Nacional no ha aceptado su testimonio en sus estrictos términos en cuanto al episodio del secuestro en Francia, no puede ser tenido en consideración para la configuración de ese secuestro en los términos en que lo hace la Sentencia, y espe-

cialmente en cuanto a la intervención planificadora y directiva en él de los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche.

4. Testimonio del Sr. López Carrillo.

El segundo de los soportes probatorios del relato de hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Nacional en lo concerniente al delito de detención ilegal, según indicamos *ut supra* —apartado II.2— es el testigo López Carrillo. De ese testigo dice la Sentencia (fundamento de Derecho segundo B.2 —folio 38—), que:

«...describe que recibieron las instrucciones, de sus mandos policiales, para pasar a Francia tratando de obtener información sobre refugiados de E.T.A., la identidad de los funcionarios que se trasladaron, los contactos que se establecieron con policías franceses y el modo en que barajaron la posibilidad de que desde Francia les entregaran etarras prescindiendo de todos mecanismos legales. Además ha seguido manteniendo como en la noche del 15 al 16 de octubre de 1983, al volver del Hospital de Mondragón, tras el atentado de Oñate, presenció el aviso de que "J1 debe llamar a Inchaurredo", y como Enrique Rodríguez Galindo, que en ese momento iba en el automóvil de José Julián Elgorriaga Goyeneche, junto con el testigo, después de llamar por teléfono desde el Ayuntamiento de Plasencia de Armas, le dice a José Julián Elgorriaga Goyeneche que habían caído dos peces medianos. También relata este testigo como el Comandante Paulino García Díez, en ese momento su superior, le mandó pedir las llaves de La Cumbre en el Gobierno Civil y señalar tres habitaciones que pudiesen servir para mantener custodiados a detenidos, y que el mismo Comandante es quien después le indica que puede tirar las llaves, que ya la Guardia Civil se había hecho cargo.»

Queda claro en esa sintética indicación de la fundamentación jurídica de la Sentencia recurrida cuál es el sentido esencial de la información que se dice haberse obtenido por ese testimonio en orden a la justificación del relato de hechos probados. Desde luego en ese pasaje no se atribuye al testigo que en su declaración imputase directamente a los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche una actuación planificadora y directiva respecto a la realización de secuestros de etarras en Francia, para su posterior traslado al palacio de La Cumbre, y en concreto del secuestro de los Sres. Lasa y Zabala. El dato es importante porque, en la medida en que antes hemos rechazado la inferencia probatoria extraída de la declaración del testigo protegido núm. 2345, la declaración de éste otro testigo al que ahora nos estamos refiriendo pasa a ser el único soporte probatorio directo del relato de hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Nacional, en el punto relativo a los delitos de detención ilegal, y más en concreto al inicio de los mismos mediante los secuestros realizados en Francia.

Por otra parte la lectura de los actuales recursos de amparo, a los que debemos dar respuesta, y la de la Sentencia de la Audiencia Nacional objeto inmediato de nuestro control constitucional, y las referencias en ella a los testimonios de confirmación o de rechazo de la fiabilidad de las declaraciones del testigo Sr. López Carrillo, pone en evidencia que la apreciación de ese testimonio fue un punto especialmente problemático en el proceso; por lo que, según quedó indicado en el apartado II.2.2 de este Voto, la razonabilidad de la concreta atribución de prevalencia de ese testimonio respecto de los opuestos a él está abierta al control crítico de este Tribunal.

4.1 Análisis de la aceptación en la Sentencia de la Audiencia Nacional del testimonio del Sr. López Carrillo.

El contenido esencial de ese testimonio se centra en el hecho de haber viajado en el vehículo especial del Gobernador Civil Sr. Elgorriaga en compañía del Sr. Rodríguez Galindo y haber oído la comunicación de éste a aquél, de unos secuestros realizados en Francia la noche del 15 al 16 de octubre de 1983 («que habían caído dos peces medianos»), comunicación que tuvo lugar después de una parada en Plasencia de las Armas, y de una llamada por teléfono del Sr. Rodríguez Galindo al cuartel de Inchaurredo.

La realidad de la presencia del testigo en el coche del Gobernador Civil en el momento referido y la de la llamada telefónica realizada desde las oficinas de la policía municipal de Plasencia de las Armas fueron parte importante del debate procesal desarrollado en torno a la credibilidad del testigo, según se refleja en la valoración de la prueba, de la que se da cuenta en el fundamento de Derecho segundo B.2 de la Sentencia de la Audiencia Nacional.

Evidentemente la atribución de credibilidad al testigo le corresponde en exclusiva a la Sala sentenciadora que oyó su testimonio, y no a este Tribunal; pero el juicio sobre la razonabilidad de esa atribución de credibilidad, cuando la presencia del testigo en la ocasión y lugar en que declaró haber estado fue objeto de la especial polémica indicada, entra inequívocamente en el ámbito de nuestro control constitucional, cuando tal cuestión nos es planteada para la tutela del derecho fundamental de presunción de inocencia, según la jurisprudencia referida *ut supra* (apartado II.1, STC 124/2001, FJ 10).

Y en ese control tanto las circunstancias de la entrada del testigo en el proceso, aludidas en la demanda de amparo del Sr. Rodríguez Galindo, y en la de los Sres. Vaquero, Dorado y Bayo, como las explicaciones dadas en la Sentencia para la solución de los puntos controvertidos de la declaración del testigo en su contraste con otros testimonios, deben ser objeto de detenida atención en nuestro análisis.

En cuanto a lo primero, es elemento ligado a la transparencia y diafanidad del proceso a que nos referíamos en el inicio de este Voto; y no es precisamente lo más propio de ellas el que, hallándose un sumario en curso, y estando por tanto la autoridad judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional de investigación de unos hechos de tan extraordinaria gravedad como los investigados, que comprometían a sectores ligados con el Ministerio del Interior, la primera y esencial declaración de ese testigo, (que tuvo lugar el 12 de agosto de 1995), no se prestara ante la autoridad judicial, sino ante el Comisario General de Policía Judicial, que estaba llevando a cabo una investigación de los mismos hechos por orden superior de las autoridades del propio Ministerio investigado. La incuestionada honorabilidad de tan digno funcionario, y la asimismo incuestionada solvencia de la investigación gubernativa, no empecen, no obstante, a la consideración de que el modo de entrada en el proceso de tan importante testigo no es el más conforme con las garantías del proceso penal. Téngase en cuenta que no se trata de un atestado previo al proceso penal, instruido por órganos policiales, cual es común, aportado después al Juzgado de Instrucción, el cual a partir de aquel atestado inicia el ejercicio de su función jurisdiccional, sino de una investigación gubernativa paralela y simultánea a la investigación sumarial. No cabe duda que desde el prisma de las garantías del proceso penal un modo tal de entrada del testigo en el proceso no es, objetivamente considerado, el que mejor se adecua a aquellas garantías.

Ocurre además que esa primera declaración es seguida poco después (el día 5 de septiembre de 1995) de otra declaración ampliatoria del mismo testigo ante la unidad adscrita de Policía Judicial de Alicante, no ante el Juez instructor del sumario, declaración en la que

se aclaran y rectifican determinados extremos, no intrascendentes para la constatación de la credibilidad de lo declarado por el testigo en su precedente declaración.

Aunque los elementos reseñados no sean de por sí decisivos en términos constitucionales para negar la idoneidad de ese testigo, no dejan de ser elementos de oscuridad, que en un juicio de razonabilidad de la apreciación de la prueba, no pueden por menos de ser tenidos en consideración, provocando una especial cautela frente a cualquier posible laxitud en el análisis crítico del valor atribuido a ese testigo.

El otro orden de consideraciones indicado más detrás, el alusivo a las explicaciones expuestas en la Sentencia de la Audiencia Nacional para la solución de las controversias suscitadas respecto de lo declarado por dicho testigo, aunque pueda situarse en un espacio de control de racionalidad de dichas explicaciones, no puede llevar a sustituir el análisis de éstas por la valoración contrastada por nuestra parte de las declaraciones contradictorias a que las explicaciones se refieren. El análisis posible no puede trascender de las explicaciones mismas, y es lo cierto que aunque en ellas existan elementos de preocupante ambigüedad, que provocan una indudable insatisfacción intelectual en quien busque en ellas certezas, tales ambigüedades (destacadas en la vista oral, y en su demanda, por el defensor del Sr. Rodríguez Galindo), sin embargo, no equivalen a irracionalidad, arbitrariedad o incoherencia, que sería la única consideración desde la que, según la jurisprudencia referida al principio, podríamos rechazar la apreciación jurisdiccional de la prevalencia de ese testimonio respecto de otros. En definitiva se trata de un problema de credibilidad del testigo en el que, a pesar de la ambigüedad e insuficiencia de las explicaciones de la Sentencia al respecto, no podemos rechazar su juicio valorativo, debiendo estimar por tanto desde nuestra perspectiva constitucional que la aceptación de las declaraciones del testigo Sr. López Carrillo como soporte de la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida es respetuosa con el derecho fundamental de presunción de inocencia de los recurrentes.

En todo caso no está de más llamar la atención sobre la cauta ambigüedad del pasaje del hecho probado III, párrafo 2 —folio 19— de la Sentencia, transcrito antes (*vid* apartado 5 de este Voto) en cuanto a las concretas circunstancias de localización del testigo cuando oyó lo que dijo haber oído, habida cuenta que precisamente lo discutido fue si el testigo se hallaba donde dijo haber estado, cuando oyó lo que dijo haber oído. Si la Sala sentenciadora consideró que, pese a los testimonios en contrario, el testigo Sr. López Carrillo viajaba con el Gobernador Civil de Guipúzcoa Sr. Elgorriaga Goyeneche, y con el entonces Comandante Sr. Rodríguez Galindo, acompañándoles en el vehículo oficial del primero, y que oyó la referida conversación en dicho vehículo, es difícilmente explicable que no se detallen tales circunstancias en el hecho probado, que respondería así estrictamente a lo relatado al respecto por el testigo. Esa reserva de explicitud y ese distanciamiento entre lo declarado y su reflejo probatorio sin duda debilita la razonabilidad del discurso judicial, aunque no llegue definitivamente a eliminarla, proyectando una sombra de duda, que no puede menos de reaparecer en nuestro propio discurso, al enfrentarnos con el enjuiciamiento crítico de la prueba de indicios.

4.2 Análisis del contenido probatorio de la declaración del testigo Sr. López Carrillo.

Ahora bien, la idoneidad constitucional del testigo no supone de principio que el contenido de sus declaraciones sirva de base lógica de la parte del relato de hechos probados *prima facie* relacionable con su testimonio, si no puede establecerse una correlación ine-

quívocamente discernible entre el contenido de las declaraciones y el hecho o hechos probados de que se trate.

En la muy global relación, ya destacada más detrás (apartado IV) que la Sentencia de la Audiencia Nacional establece en el fundamento de Derecho segundo B), entre las pruebas atendidas y los «hechos contenidos en los apartados I, III y IV», del relato de hechos probados, la eventual función probatoria de las declaraciones del testigo que ahora nos ocupa tendría, en principio, relación con la parte de aquel relato relativa a la atribuida participación de los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche en las detenciones ilegales, y antes que con ellas con la afirmada decisión de dichos dos recurrentes de intervenir en lo que en su momento calificamos como guerra sucia contra ETA (*vid* pasaje del hecho probado I de la Sentencia, transcrito en el apartado IV de este Voto).

Pues bien, si se lee la declaración del testigo que ahora nos ocupa, prestada ante el Comisario General de la Policía Judicial del Cuerpo Nacional de Policía, el día 12 de agosto de 1995, base y referencia de todos los posteriores, en ella no existe ningún contenido en el que directamente atribuya a los dos recurrentes pre-citados una decisión de intervenir en la referida guerra sucia, ni de haber planificado y ordenado el secuestro en Francia de los que luego resultaron víctimas de un horrible asesinato.

En dicha declaración, en la parte en la que puede establecerse una relación discernible con operaciones en Francia y con protagonistas de ellas, pueden destacarse los siguientes pasajes:

«A primeros de Enero del año 83, su jefe directo P. G. Diez, en ese momento Comandante Jefe de la Policía Nacional le llama a su despacho y le presenta a dos personas que estaban allí, siendo una de ellas el citado Gobernador Civil, Julen Elgorriaga y la otra R. de F. L., entonces asesor personal del Ministro Barrionuevo. El Comandante P. le hace la siguiente propuesta: "Seleccionar un grupo de policías nacionales para realizar labores de contrapropaganda antiterrorista con el fin de contrarrestar todos los medios de difusión que tenía herri batasuna en la calle y romper ese monopolio informativo".

Esta propuesta significaba que les liberarían del Servicio ordinario y se les facilitarían los medios necesarios para realizar esta tarea. Esta propuesta fue aceptada por el declarante, seleccionando a los siguientes policías:

... ..

[Sigue cita individualizada de los policías seleccionados y alusión a operaciones realizadas intrascendentes a los efectos que ahora nos ocupan.]

Posteriormente se firmó otro Grupo de Policías, seleccionado por el actual Comisario F. G., procedente del Ejército, que entonces era Capitán de la Policía Nacional, con la misión de: "Pasar a Francia, estableciéndose allí en hoteles y captar información sobre miembros de e.t.a. huidos y entablar relaciones de amistad con policías franceses, tanto de la R.A.F (Policía de Aire y Frontera), Gendarmería y la C.R.S.".

La información que recogían en Francia (direcciones, fotografías de casas y personales, incluso correspondencia extraída de los buzones de determinados domicilios), se entregaba, en principio, al Capitán F.J.G. quien la remitía al CESID.

Dentro de las misiones que le fueron encomendadas al declarante, se encontraba el asistir a todos los lugares dónde se producían atentados de E.T.A., para informar directamente al Gobernador Civil.»

Sigue después en la declaración en relación con el «caso Lasa y Zabala» el relato de la visita al lugar del atentado de Oñate, así como al Hospital de Mondragón, y regreso con el Gobernador Civil y con el Comandante Rodríguez Galindo, de cuyo relato es destacable el siguiente pasaje:

«Durante el trayecto, a la altura de Placencia de las Armas, a través de la emisora del vehículo oficial del Gobernador, se recibe un mensaje que textualmente decía: "Que J. uno llame por teléfono urgente a Intxaurreondo", al tiempo que el coche que les seguía hace señales luminosas avisándoles del mensaje, decidiendo parar en el citado pueblo a llamar por teléfono desde el Ayuntamiento, donde Galindo, acompañado, cree, por un Guardia Civil, realiza la llamada telefónica, desconociendo desde que sitio concreto del Ayuntamiento, facilitándole un teléfono un Policía Municipal de dicho Consistorio.

Transcurridos unos cinco minutos, regresa al vehículo con cara de satisfacción, sentándose en el asiento del acompañante del conductor, al lado del Gobernador, al que manifiesta textualmente: "Hay buenas noticias, han caído dos peces en el anzuelo". Julen Elgorriaga le pregunta: "¿Son dos peces gordos?". Respondiendo Galindo: "No ha habido demasiada suerte. Son dos peces medianos. Pero más vale eso que nada".

... ..

Quiere manifestar que unos meses antes, el Comandante P. le llamó a su despacho y le ordenó ir al Gobierno Civil, y le pidiera a la Secretaria personal del Gobernador Civil, las llaves del Palacio de La Cumbre, y que con esas llaves se dirija al edificio, donde debería elegir tres habitaciones para meter allí a tres personas, que él sospechó, aunque no se le dijo, que eran tres detenidos. Estas habitaciones deberían estar incomunicadas entre sí. Debería poner también unos indicadores donde deberían estar cada una de estas personas, ya que los que las llevarían allí desconocían el edificio, que en esas fechas estaba desocupado.»

Sigue después el relato de la entrega de las llaves, el señalamiento por el testigo de las habitaciones y su localización, así como la indicación interior del itinerario de acceso a ellas con flechas, y lo siguiente:

«Días después, el Comandante P. le cita nuevamente en su despacho y le explica el motivo del marcaje de las habitaciones del Palacio de La Cumbre, que consistía en que: "Se estaba preparando una operación en Francia, en colaboración con policías franceses, para una vez detenidos legalmente por policías franceses, los entonces dirigentes de E.T.A., Antxon, Txomin y Txiquierdi, serían entregados a policías españoles en el Coll de Ibaridin, debidamente esposados, amordazados y narcotizados, trasladándolos posteriormente a las habitaciones preparadas de La Cumbre. Allí serían interrogados".

Esta operación, por lo que le contó, costaría dos millones de francos franceses. La única condición que ponían estos policías franceses era que "no vivieran para contarlo".

Esta operación, finalmente no se llevó a cabo por razones que el declarante desconoce.

Dado que continuaba con las llaves, le preguntó al Comandante P. qué hacía con ellas, diciéndole que podía tirarlas, ya que la Guardia Civil se había hecho cargo del edificio, suponiendo que cambiando las cerraduras. Esto ocurre unos dos meses antes de la desaparición de Lasa y Zabala.

... ..

Tres o cuatro días después de la visita al Hospital de Mondragón, antes relatada, mantiene una conversa-

ción con el Gobernador Civil, en la que el declarante le pregunta por el resultado de "los peces de Galindo", contestándole el Gobernador:

La Guardia Civil es mejor que nosotros. Esta operación solo ha costado 25.000 pts., lo que se han gastado en copas mientras hacían la espera.

Al preguntarle el declarante si los etarras tenían mucha información, le contestó "que algo sabían".

También el Gobernador, en tono jocoso, le dijo: "Sabes que pensaban que los había secuestrado el Mosad israelí".

A la pregunta del declarante de por qué habían dicho esto, le contó "que estuvo con Galindo a ver a los etarras y que como precaución se pusieron unas capuchas, y que Galindo y el Gobernador les preguntaron si sabían quiénes eran", momento en que los etarras les hicieron el comentario relativo al Mosad, momento en que Julen Elgorriaga se reía al oír la respuesta de los etarras.

Cuando el periódico Egin, en fechas próximas posteriores, dio la noticia de la desaparición de Lasa y Zabala, el declarante entró en el despacho del Gobernador Civil, preguntándole textualmente: "Julen, qué es lo que ha pasado con los dos tíos estos, por fin", al tiempo que le mostraba la noticia publicada en el diario Egin sobre la desaparición de Lasa y Zabala, respondiendo el Gobernador, en tono serio y enfadado: "Éstos ya no están. No me preguntas más".»

Puede parecer insólita una transcripción tan extensa de una declaración de un testigo, con el riesgo de considerarse inadecuada a la función constitucional que nos incumbe; pero aunque sea insólita (como lo es el caso mismo que enjuiciamos, con sus muy peculiares circunstancias muy poco comunes), se justifica precisamente para evidenciar que el análisis que hacemos, de control de la razonabilidad de las inferencias probatorias, se sitúa estrictamente en nuestro ámbito constitucional de enjuiciamiento en relación con el derecho fundamental de presunción de inocencia, con arreglo a la jurisprudencia que en su momento se indicó. Al hacerlo, procuramos huir de la expeditiva opción discursiva de las afirmaciones o negaciones pretendidamente apodícticas, con las que en no pocas ocasiones se sustituye el discurso argumentativo por el voluntarismo decisionista encubierto.

La lectura comparada de los pasajes del relato de hechos probados de la Sentencia contenido en los apartados I, III y IV del mismo que quedaron transcritos, y de los de la declaración que se acaba de transcribir, evidencia que no existe ningún contenido discernible en ésta, que de modo directo, y como prueba que lo soporte, permita relacionar dicho contenido con los más problemáticos de esos hechos probados. Y al propio tiempo hay referencias muy precisas a presencia de un asesor del Ministro en uno de los episodios iniciales, y a la del CESID como receptor de informaciones turbamente obtenidas en Francia e implicación mercenaria de policías franceses, de los que no es razonable prescindir en la tesitura posible de otros expedientes probatorios distintos de los de las pruebas directas.

Por ello, la única apreciación respetuosa con la razonabilidad de la inferencia probatoria, es la de que la citada declaración, en cuanto eventual prueba directa de los hechos probados expresados en la Sentencia como inferidos de ella, sin matizaciones, sólo puede ser la que niegue tal razonabilidad.

Obviamente, la inoperancia del testimonio en cuanto prueba directa de los hechos que la Sentencia infiere, no haría irrazonable el que con base en dicha declaración y con el complemento de otros medios probatorios, pudiera llegarse al resultado expresado en la Sentencia; pero para ello sería precisa una motivación suficiente-

mente explícita, que explicase la conexión lógica de la inferencia probatoria final y la prueba tenida en consideración al respecto. Esa posible motivación suficientemente explícita está ausente de la Sentencia, según veremos después.

Baste aquí, como conclusión, la de que desde la óptica constitucional del derecho fundamental a la presunción de inocencia, la declaración analizada no puede considerarse como eficaz para enervar tal presunción respecto de los demandantes, en los particulares de los hechos probados transcritos antes; más en concreto, en cuanto a la decisión de los demandantes Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche de participar en la violencia antiterrorista en Francia mediante secuestros para obtener información, seguidos de asesinatos, la propuesta de aquellos a los otros tres demandantes para participar en tales operaciones y la aceptación de éstos, y la orden del entonces Comandante Rodríguez Galindo dada a personas desconocidas de secuestrar en Francia a los infortunados Sres. Lasa y Zabala.

5. Declaraciones del coimputado Bayo. Planteamiento inicial.

Esas declaraciones se toman en consideración en la Sentencia en el crucial pasaje del fundamento de Derecho segundo que se dejó transcrito en el apartado IV de este Voto como elemento de corroboración de las declaraciones, que en dicho pasaje se dicen coincidentes en lo esencial, de los testigos núm. 2345 y Ángel López Carrillo.

Lo peculiar de las declaraciones de ese coimputado, como se observa en el fundamento jurídico 9 de la Sentencia mayoritaria, es que hay tres grupos de declaraciones prestadas en la fase sumarial: uno inicial, en que dicho coimputado, como los demás imputados, niega su participación en los hechos; otro, constituido por las declaraciones de agosto de 1997, prestadas en situación de secreto de sumario, decretado a su instancia, y sin posibilidad de participación de los demás imputados en dichas declaraciones; y otro final, consistente en la retractación escrita de las declaraciones precedentes, escrito en el dicho coimputado explica las razones que le llevaron a prestar las precedentes declaraciones auto y heteroincriminatorias. A dichas declaraciones sumariales les siguen las declaraciones en el juicio, en el que se dio lectura íntegra a las declaraciones sumariales, en el que el coimputado mantuvo la retractación del escrito precitado.

Los demandantes negaron en el juicio y niegan en los recursos de amparo la idoneidad constitucional de las declaraciones inculpativas del coimputado Bayo por no haberse respetado en ellas el requisito de la contradicción, y haber sido rectificadas en la propia fase sumarial, siendo las prestadas en el juicio totalmente exculpativas para él y para los demás coimputados.

El problema, pues, de la declaración de este coimputado se centra en el requisito de la contradicción, al que debe añadirse en la ponderación del testimonio del coimputado el elemento de su corroboración.

5.1 Contenido de la Sentencia de la valoración atribuida a la declaración del coimputado Bayo.

Sobre el particular la Sentencia en su fundamento de Derecho segundo A), folio 33, dice lo siguiente:

«Felipe Bayo Leal en el acto del juicio oral ha manifestado que sólo deseaba ratificarse en un escrito que había dirigido a la Sala en marzo de 1999, y que consta al folio 1238 tomo 3 del Rollo de Sala, en el que rectificaba las declaraciones prestadas ante el Instructor, las cuales achacaba a la sensación de soledad y abandono que le estaba produciendo el encarcelamiento y a una cierta manipulación del propio Juez Instructor. En esas declaraciones, no ratificadas en el juicio, pres-

tadas en agosto de 1997 ante el Instructor, con asistencia letrada, tras cesar para su defensa al Letrado Sr. Jorge A.A., estando el sumario declarado secreto, Felipe Bayo Leal vino a reconocer la realidad de la estancia de Jose Antonio Lasa Arostegui y Jose Ignacio Zabala Artano en La Cumbre, donde fueron vigilados e interrogados por él y por Enrique Dorado Villalobos, junto con otras personas, siguiendo las órdenes que su entonces Comandante Enrique Rodríguez Galindo, que actuaba de acuerdo con Jose Julián Elgorriaga Goyeneche, le transmitía a través del Capitán Angel Vaquero Hernández. Incluso concretó como el primer día habían estado Enrique Rodríguez Galindo y José Julián Elgorriaga Goyeneche viendo a Jose Antonio Lasa Arostegui y Jose Ignacio Zabala Artano en La Cumbre. y Felipe Bayo Leal negó haber intervenido en el secuestro en Francia y en el traslado a Alicante, las torturas y la muerte.

Para apoyar esas declaraciones Felipe Bayo Leal presentó al Instructor una cinta magnetofónica, que dijo entonces haber sido grabada por él y por Enrique Dorado Villalobos, que era quien llevaba oculta la grabadora, cuando les visitaron en la cárcel José Ramón G.T. y Rafael Vera Fernández Huidobro. Oída esa cinta en el acto del juicio, ni Enrique Dorado Villalobos ni Rafael Vera Fernández Huidobro, ni José Ramón G.T. han reconocido sus voces, aunque ambos coinciden en la realidad de la visita. La mala calidad de la cinta no ha permitido que se pudiese llevar a cabo una análisis acústico. En la vista oral Felipe Bayo Leal ha afirmado que esa cinta es una falsificación, que ha sido realizada por él sirviéndose de un ordenador y de un programa informático. Afirmación que carece de toda credibilidad pues, aunque efectivamente hubiese podido disponer en prisión de un ordenador, un registro de voces y los demás medios necesarios para hacer esa manipulación, es, conforme a un juicio racional de experiencia, terminantemente inverosímil que Felipe Bayo Leal hubiese podido crear artificialmente, casi palabra a palabra, una conversación ficticia entre cuatro personas al principio, luego entre tres, tan prolongada en el tiempo (para construir un engaño que avalase las que iban a ser nuevas declaraciones hubiese bastado con muchos menos minutos), tan viva y tan expresiva. Además, no existen en la cinta elementos que evidencien una manipulación de la clase indicada por Felipe Bayo Leal, por más que en abstracto sea posible, y, sobre todo, la fidelidad de la cinta se desprende de su contenido, pues no incluye afirmaciones dirigidas a montar una imputación contra alguien, sino comentarios que explican cómo en este procesado se va perfilando la decisión de a modificar la versión que hasta entonces venía manteniendo; a ello se une que en la cinta constan reflexiones tan personales sobre la situación por la que estaban pasando que no parecen fruto de manipulación alguna.

En el momento de hacer uso del derecho a la última palabra, Felipe Bayo Leal explicó que la desesperación que le produjo sentirse abandonado por Enrique Rodríguez Galindo "que había vuelto la grupa de su caballo dejándoles a él y a Enrique Dorado Villalobos en el frente" le llevó a montar las declaraciones prestadas en agosto de 1997, en las que trató de confirmar los datos que constaban en el sumario, las falsas versiones de testigos, que él conocía por haberlas estudiado.

Un detenido examen de aquellas declaraciones de Felipe Bayo Leal lleva a que no parezca verosímil esa explicación que da para rectificarlas. Por un lado, de ser cierto que no habían intervenido en la comisión de los hechos, no podían sentirse abandonados por Enrique Rodríguez Galindo: si nada sabía éste, nada podía decir para ayudarles; sólo partiendo de que habían actuado cumpliendo las órdenes de Enrique Rodríguez Galindo puede entenderse que, estando ellos en la cárcel, se sintiesen abandonados por su superior. Tampoco es cier-

to que Felipe Bayo Leal se limitase a confirmar los datos que existían en el sumario y las «falsas» versiones que hasta entonces habían venido prestando los testigos, pues en algunos extremos si confirma esas versiones pero en otros no. Así debe destacarse que, en relación al testigo n.º 1964, lejos de confirmar la declaración de éste, le quita todo valor a su referencia (valoración que es semejante a la que llega el Tribunal y que se especifica más adelante, pero que no concuerda con su explicación pues se trataría para Felipe Bayo Leal de un testigo igual de falso que los demás). Respecto a la presencia en el lugar del atentado de Cándido A.A., tampoco parece que pretenda confirmar la versión de Ángel L.C., pues confirma la presencia de ese Comandante en Oñate, afirmando no saber si había ido con Enrique Rodríguez Galindo.

A ello se añade el reconocimiento de La Cumbre, folios 12.265 y ss. El contenido del acta evidencia que realmente este acusado conoció esas instalaciones, aunque precisamente por el tiempo transcurrido pueda no recordar algunos extremos. No sólo se desarrolló con facilidad durante la inspección, lo que puede tener la explicación que da en el juicio oral (haber leído las declaraciones sumariales de Ángel L.C. y visto los planos en la prensa), sino que ofreció datos extremadamente concretos, y no simplemente del cambio de la puerta principal, lo que dice en el juicio haber deducido de la estructura del edificio, sino también del cambio de apariencia del salón y del cambio de la puerta a la cocina, y localizó la antigua cocina de gas, el montacargas y la puerta de acceso al sótano.

En definitiva, valorando lo que Felipe Bayo Leal manifestó en el acto del juicio oral, junto con todas sus anteriores manifestaciones, este Tribunal llega a la conclusión de que resultan más verosímiles las declaraciones prestadas en agosto de 1997, aunque no haya querido, por no inculparse en exceso y por no inculpar a otros guardias civiles, relatar toda la realidad de lo acaecido, frente a las manifestaciones exculpatorias que presta antes y en el juicio oral; y que nada impide valorar el contenido de las declaraciones de agosto junto al resto de las pruebas.»

Asimismo la Sentencia en el fundamento de Derecho primero, resuelve la cuestión planteada por las defensas de los acusados sobre la invalidez de las declaraciones inculpativas del coimputado Sr. Bayo, por haber sido prestadas sin contradicción de los demás imputados durante el secreto del sumario en los siguientes términos:

«al alzarse el secreto, las partes solicitaron la ampliación de declaraciones practicadas en ese periodo, y en las que no habían tenido la oportunidad de intervenir; sin embargo el Instructor concluyó el Sumario sin pronunciarse sobre esas peticiones. A ellas es a las que se refiere el Auto de esta Sala que confirma la conclusión cuando señala que “a la hora de valorar esas declaraciones (que aparecen especificadas en los antecedentes de la resolución) no puede dejar de tenerse presente que se prestaron sin contradicción, pero como las declaraciones que han de constituir prueba no son éstas sino las prestadas en el acto del plenario, no existe base suficiente para revocar un sumario a fin de tomar con contradicción declaraciones testimoniales que pueden prestarse directamente en el acto de la vista oral”. Así no se deniega la posibilidad de valorarlas, pero sí se hace hincapié en la especial consideración que en la evaluación debe darse al hecho de que las partes no tuvieron la oportunidad de solicitar aclaraciones o puntualizaciones. Ello no es predicable respecto a aquellas otras diligencias practicadas estando el sumario declarado secreto, y respecto de las cuales, tras el alzamiento del secreto, no hicieron petición alguna, pues en relación a ellas sí

tuvieron esa oportunidad que no ejercitaron. Respecto a las declaraciones del acusado Felipe Bayo Leal, prestadas en agosto de 1997, cuando el sumario estaba declarado secreto, y que tanto interesa ahora a las defensas que no se tengan en cuenta, por haber sido prestadas sin contradicción, nada solicitaron las partes cuando el Instructor levantó el secreto (la ampliación de su declaración sólo se pide a la Sala, tras la conclusión del sumario, so pretexto de que existía una rectificación), por lo que ningún obstáculo existe para que el Tribunal, al valorar las declaraciones prestadas por el procesado en el juicio oral, las ponga en relación con aquellas otras, para evaluar la credibilidad de unas y otras.»

5.2 Análisis de los razonamientos de la Sentencia de la Audiencia Nacional.

En el juicio de razonabilidad de las inferencias probatorias, en cuanto elemento a considerar para la desvirtuación de la presunción de inocencia, el objeto inmediato de nuestro análisis deben ser directamente los razonamientos de la Sentencia recurrida.

Y sobre el particular el pasaje del fundamento de Derecho primero de la Sentencia recurrida que se acaba de transcribir contiene una argumentación que no resulta constitucionalmente aceptable.

Se salva o no en dicho pasaje la falta de contradicción de las declaraciones prestadas durante el secreto del sumario según que las partes, después de levantado aquél, hubieran solicitado o no su reproducción. Y en concreto respecto de las cuestionadas declaraciones del coimputado Bayo la *ratio* expresada del rechazo del vicio imputado a las mismas, y por tanto de su idoneidad para que pudieran ser valorados por el Tribunal, como en efecto hizo, es la de que «nada solicitaron las partes cuando el Instructor levantó el secreto». Tal modo de razonar, como alegan los demandantes en sus demandas y después de ellos el Abogado del Estado en la vista oral de los recursos de amparo, lo que hace es trasladar de hecho a los acusados la carga de subsanar los defectos constitucionales de la prueba de cargo, que, como tal, opera en su contra, desplazándola de las partes acusadoras o incluso del Juez de Instrucción, a quienes incumbía velar por la regularidad constitucional de la prueba de cargo, a los acusados. Si hubiéramos de limitarnos exclusivamente a la razón expresada en la Sentencia para salvar la idoneidad de las declaraciones que nos ocupan, como pruebas constitucionalmente admisibles, la tesis de los recurrentes sobre la invalidez de esas declaraciones debiera prosperar. Ello acarrearía la grave consecuencia de que el soporte probatorio más decisivo para la implicación de los demandantes en el episodio de detención ilegal que se desarrolló en la villa de La Cumbre, quedaría constitucionalmente inhabilitado.

Si tal fuera el caso, la simple lectura en el juicio de unas declaraciones prestadas en el sumario, afectas de un vicio que las hacía constitucionalmente inválidas en cuanto posible pruebas de cargo, no permitiría salvar su invalidez, ni por tanto, sería posible su consideración como pruebas practicadas en el juicio, con opción del Tribunal para formar su convicción con base en ellas, prefiriéndolas respecto de las declaraciones de signo contrario prestadas por el mismo coimputado en el juicio.

5.3 Sustitución de la deficiencia argumental de la Sentencia de la Audiencia Nacional por la Sentencia mayoritaria.

Ocurre, no obstante, que la Sentencia mayoritaria (FJ 9) salva la validez constitucional de las declaraciones sobre la base de la existencia de las plurales diligencias sumariales que cita, aceptando sobre el particular la tesis expuesta en la vista de estos recursos por el Letrado de las Sras. Artano Sagastume y Arostegui Beraza, diligencias en las que, en decir de la Sentencia mayoritaria,

el Sr. Bayo «reiteró sus imputaciones en varias ocasiones en presencia de los Letrados de los recurrentes, es decir, con plenas posibilidades de contradicción».

Este modo de salvar la validez constitucional de las declaraciones que nos ocupan supone que una cuestión, planteada en su día a la Sala sentenciadora, y no resuelta por ésta con un razonamiento constitucionalmente aceptable (lo que llevaría en principio al éxito de la tesis impugnatoria), se resuelve por este Tribunal Constitucional, enfrentándose por sí mismo directamente con el examen de la prueba practicada.

La amplitud del criterio de enjuiciamiento constitucional utilizada sobre este punto, contrasta con la autorrestricción de la que la Sentencia hace gala en cuanto a los límites del control constitucional que considera posible en la tutela del derecho fundamental de presunción de inocencia, autorrestricción extrema respecto de la que ya hemos manifestado nuestro apartamiento.

Ahora bien, como de lo que se trata es de la constatación de datos procesales, y no de una sustitución en la valoración de la prueba, y aun con grandes dudas sobre la corrección procesal de una amplitud de enjuiciamiento tal en el marco de subsidiariedad del recurso de amparo, no encontramos una razón definitiva para rechazar el criterio mayoritario. Con base en dicho criterio podemos salvar, como hace la Sentencia de la que disentimos, la falta de contradicción de las cuestionadas declaraciones en el momento en que fueron prestadas, al haberse reproducido en el sumario la oportunidad de contradicción en los trámites posteriores que nuestra propia Sentencia cita. Sobre esa base, no se trata de trasladar a la parte la carga de subsanar los vicios constitucionales de las pruebas de cargo, lo que de ningún modo consideraríamos constitucionalmente aceptable, sino de negar la falta de oportunidad de contradicción.

En consecuencia, compartiendo sobre este particular la tesis de la Sentencia mayoritaria, consideramos rechazable la tesis impugnatoria de la validez de estas declaraciones, aceptando, en suma, la validez constitucional de las mismas y su posible valoración como prueba por el Tribunal sentenciador.

Sobre el particular podemos compartir globalmente el contenido de los fundamentos jurídicos 10 y 11 de la Sentencia mayoritaria.

5.4 Precisiones sobre el contenido concreto de las declaraciones del Sr. Bayo y su alcance en cuanto prueba de cargo.

Pero el hecho de que se acepte la validez constitucional de esas declaraciones no justifica la abdicación de nuestro control crítico respecto de la correlación lógica entre el contenido de las mismas y la inferencia probatoria que lleva al hecho probado.

Existe sin duda esa correlación estrictamente en cuanto al episodio desarrollado en la villa de La Cumbre, y en tal sentido, y exclusivamente referido a las participaciones subjetivas descritas en el relato de hechos probados en cuanto a ese episodio, no apreciamos ninguna quiebra en la inferencia probatoria relacionada con él. Sin embargo la extensión de la eficacia de esas declaraciones como soporte probatorio directo del relato de hechos probados en lo relativo a la implicación de los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche en la violencia antiterrorista y a la planificación y ejecución de los secuestros en Francia, estimamos que no es constitucionalmente aceptable por falta de razonabilidad.

En el pasaje de la Sentencia de la Audiencia Nacional transcrito en el apartado 5.1 de este Voto queda claramente de manifiesto que uno de los elementos expresamente argüidos en la Sentencia es la cinta magnetofónica a la que allí se hace alusión, de la que llega a afirmarse que «la fidelidad de la cinta se desprende de su contenido».

Pues bien, si atendemos al pasaje de la Sentencia de la Audiencia Nacional recurrida que quedó transcrito en el apartado 5.1 de este Voto, en cuyo pasaje se sintetiza la apreciación de los medios de prueba que soportan el relato de hechos probados, es claro que la función probatoria atribuida a la declaración que ahora nos ocupa, como corroboración de otras distintas, tiene que ver directamente con la planificación del secuestro en Francia de las trágicas víctimas de la acción delictiva por parte de los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche. La cuestión a analizar, en el limitado ámbito de nuestro control constitucional externo de la razonabilidad de la inferencia probatoria, es si en esas declaraciones con su complemento de refuerzo, citado en la Sentencia, de la cinta magnetofónica existe algún contenido discernible, que de modo directo (y al margen de posibles juicios valorativos que no nos incumben) pueda explicar la inferencia probatoria expresada por la Sala sentenciadora.

No ya el examen directo por nuestra parte de esas declaraciones, sino la mención de ese contenido en la Sentencia, pone de manifiesto que «Felipe Bayo Legal negó haber intervenido en el secuestro en Francia y en el traslado a Alicante, las torturas y la muerte». La lectura de las declaraciones evidencia algo más: que no solo negó su propia intervención, sino también la de miembros de la Guardia Civil, (dato en este caso de extraordinaria importancia), y que en la conversación de la cinta se hace una imputación directa a los políticos, sin concretar nombres, como responsables de la ordenación de los secuestros, y a la realización de la acción delictiva por mercenarios.

Esas comprometedoras declaraciones podrán merecer o no credibilidad para la Sala sentenciadora, cuestión a la que no alcanza, en principio, nuestro control constitucional; pero lo que no cabe, y ahí sí llega nuestra facultad de control de razonabilidad de las inferencias probatorias, es que de unas declaraciones que niegan la intervención de la Guardia Civil en los secuestros realizados en Francia, y que en la cinta magnetofónica considerada por la Sala imputan dicha acción sin veladuras a políticos y mercenarios, pueda inferirse la conclusión radicalmente contraria de imputar la planificación al Sr. Rodríguez Galindo, a la sazón comandante de la Guardia Civil, y al entonces Gobernador Civil de Guipúzcoa, a quien en dicha declaración no se cita. Una inferencia tal es irrazonable y en sí misma absurda y arbitraria. Es, así, constitucionalmente rechazable la atribución de fuerza probatoria directa a dichas declaraciones en lo relativo a los secuestros en Francia.

En sentido similar, a lo que dijimos al analizar el sentido y función probatoria posible de las declaraciones del testigo Sr. López Carrillo, debemos reiterar aquí que la inoperancia de las declaraciones que nos ocupan, en cuanto prueba directa del episodio del secuestro en Francia, no haría irrazonable el que dichas declaraciones pudieran utilizarse, no como prueba directa, sino en una función de elemento de una eventual prueba indiciaria; aunque para ello sería inexcusable una argumentación explícita, que no se encuentra en la Sentencia, según veremos después.

6. Análisis de la explicación en la Sentencia de la Audiencia Nacional de la prueba del delito de detención ilegal.

Rechazada en los apartados anteriores, en los que las analizábamos de modo individualizado, la razonabilidad de las inferencias probatorias extraídas de las declaraciones de los testigos núm. 2345 y Sr. López Carrillo y de las declaraciones del coimputado Sr. Bayo, en cuanto soportes directos de la atribución en los hechos probados (hechos probados I) de la decisión de los demandantes Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche de intervenir en acciones violentas contra los miembros

de ETA, el último paso en nuestro análisis debe ser el de afrontar el juicio de razonabilidad del análisis conjunto que hace la Sentencia recurrida de la Audiencia Nacional en el pasaje de su fundamento de Derecho segundo B.2 —folio 41— que quedó transcrito en el apartado IV de este Voto.

Ese pasaje expresa un juicio de globalidad que se relaciona de modo inequívoco con los pasajes de los hechos probados I, III y IV, asimismo transcritos en el apartado IV de este Voto. En ese juicio global se deben destacar tres elementos argumentales: a) la afirmada coincidencia esencial entre las declaraciones de los testigos 2345 y López Carrillo; b) la no desvirtuación de esas declaraciones por los de otros testimonios analizados; c) la corroboración de dichas declaraciones por las del coimputado Sr. Bayo. De la conjunción de los tres se extrae la convicción explicitada del Tribunal de que «Enrique Rodríguez Galindo y José Julián Elgorriaga Goyeneche planearon el secuestro de Jose Antonio Lasa Arostegui y Jose Ignacio Zabala Artano y su estancia en La Cumbre, Elgorriaga facilitó el uso de esa villa, y el Capitán Vaquero fue, como declaró Bayo, la persona que se encargó de transmitir a Dorado y Bayo, quienes llevaron a cabo la custodia y los interrogatorios».

De los tres elementos argumentales referidos el último es irrazonable, según se razonó en su momento al analizar la declaración del coimputado (apartado 5.4), pues lejos de ser elemento corroborador de los otros dos, en cuanto a la secuencia de hechos anteriores a la detención e interrogatorios de La Cumbre, es directamente contradictorio.

Aun desde el limitado ámbito de nuestro control constitucional en la tutela del derecho fundamental de presunción de inocencia, y tal y como quedó expuesto en el apartado II.2.2.1 de este Voto, en el control de la razonabilidad de una inferencia probatoria no podemos aceptar la corrección de una afirmación apodíctica de una Sentencia de condena, referida al sentido de unas declaraciones, cuando la lectura de las mismas pone en evidencia que el contenido de la declaración tiene un sentido contrario al atribuido. Aparte de ello la argumentación de la Sentencia adolece de una inaceptable imprecisión en la individualización de conductas, que es el problema más relevante de este caso, al fundamentar su apreciación probatoria, pues funde en una secuencia única episodios de clara diferenciación cronológica, y con participaciones subjetivas diferenciadas en cada uno de ellos, si se atiende al relato de hechos probados.

Esa imprecisión es clara cuando se da un sentido único a la declaración del coimputado Sr. Bayo. Siendo así que en ella, sin ningún género de duda, se distinguen los dos episodios a que aludíamos. La eficacia corroboradora de esa declaración en cuanto al episodio de La Cumbre, aceptable, no puede oscurecer el sentido contradictorio respecto de las imputaciones subjetivas del episodio precedente.

Existe, pues un elemento de irrazonabilidad en la argumentación de la Sentencia que necesariamente transciende a la conclusión a la que se llega a través de tal argumentación.

A ello debe añadirse que la coincidencia esencial entre las declaraciones del testigo protegido 2345 y del testigo López Carrillo sólo podría justificar la inferencia probatoria que la Sala expresa en el pasaje que analizamos, cuando en el contenido de las declaraciones de uno y otro existiesen contenidos de individualizada imputación a los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche de la planificación de los secuestros; mas si ese contenido no es discernible en dichas declaraciones, como resulta del análisis que ha quedado hecho

de ellas en apartados anteriores, esa coincidencia esencial resultará de por sí inoperante.

Y lo mismo ocurre con el otro elemento argumental de la no desvirtuación de las declaraciones de los testigos por otras, pues en definitiva el valor de ese dato negativo no puede implicar que las declaraciones no desvirtuadas puedan tener un valor diferente y superior del que por sí mismas les corresponde.

De las precedentes observaciones resulta que las declaraciones coincidentes en lo esencial del testigo protegido 2345 y del testigo López Carrillo no tienen un contenido de atribución directa a los demandantes Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche de la conducta delictiva que se les imputa en el hecho probado primero de la Sentencia (transcrito en el apartado IV de este Voto). Y si la declaración del coimputado Sr. Bayo niega la implicación de la Guardia Civil en la planificación y dirección de los secuestros de los infortunados Sres. Lasa y Zabala, y en lugar de ello afirma otras participaciones de superior nivel en las cintas magnetofónicas de que en su momento se hizo mérito, por la alusión a ellas de la propia Sentencia, la convicción que se explica en ésta en el pasaje que analizamos no resulta justificada en términos constitucionalmente razonables, ni por sí misma permite desvirtuar la presunción de inocencia.

La convicción subjetiva de la Sala expresada en la Sentencia no se ofrece a la consideración externa de nuestro control constitucional como la consecuencia de una argumentación, trazada en términos de razonabilidad objetiva, lo que determina que no podamos aceptar que tal convicción, no razonablemente justificada, baste para enervar la presunción de inocencia.

Lo que se hace en ese pasaje de la Sentencia es en realidad, aunque sin decirlo, expresar la consecuencia probatoria de una no explicitada prueba de indicios, de la que serían hechos base de partida los afirmados en las declaraciones de los dos testigos citados.

Ya el solo hecho de que no se exprese el itinerario argumental intermedio que, en su caso, pudiera ir de los medios de prueba referidos a la convicción manifestada en el pasaje que estamos analizando, supone que una prueba tal no se ajusta a la doctrina constitucional que sobre la de indicios viene proclamando este Tribunal, y por tanto no puede ser admitida la convicción afirmada por la Sentencia en el pasaje que estamos analizando, que, como se verá más adelante, resulta crucial en dicha Sentencia.

Pero en todo caso es conveniente que nos detengamos en la exposición genérica de nuestra doctrina sobre la prueba de indicios, para inquirir después, si, pese a que en la Sentencia se eluda esa calificación, en la argumentación conducente a la convicción expresada de la Sala sentenciadora que estamos analizando, y que constituye el soporte explícito del fundamental hecho probado primero, puede ser constitucionalmente aceptada con arreglo a dicha doctrina como medio idóneo para enervar la presunción de inocencia.

7. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prueba de indicios.

Respecto a la denominada prueba de indicios, es reiterada doctrina de este Tribunal que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a la que convicción del órgano judicial se forme a través de la denominada prueba de indicios (en el mismo sentido, SSTEDH de 7 de octubre de 1988 —*Salabiaku contra Francia*—; 25 de septiembre de 1992 —*Pham Hoang contra Francia*—; 20 de marzo de 2001 —*Telfner contra Austria*—). Doctrina de la que cabe destacar, a los efectos que ahora interesan, los siguientes aspectos:

a) Partiendo de que lo característico de la prueba de indicios es que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia, dicha doctrina ha girado generalmente sobre la razonabilidad y suficiencia de este engarce, aunque afirmando también la necesidad absoluta de que el hecho o indicio esté acreditado (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre; 220/1998, de 16 de noviembre; 124/2001, de 4 de junio). En resumen, este Tribunal ha mantenido que para que la prueba indiciaria pueda traspasar el umbral de las meras sospechas o conjeturas ha de gozar de los siguientes requisitos: a) el hecho o hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; c) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia; d) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre, (FJ 2), «en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes» (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12).

En consecuencia, la prueba de indicios no puede ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se parta de una actividad probatoria lícita, cuando el hecho base no está plenamente acreditado, cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia y cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, esto es, cuando se trata de una inferencia irrazonable o no concluyente por excesivamente abierta, débil o indeterminada, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la inferencia es tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12). Se trata, expresado en negativo, «del rechazo de la incoherencia, de la irrazonabilidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico, personal y subjetivo como límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba» (STC 169/1986, de 16 de octubre, FJ 2; doctrina que reproducen, entre otras, las SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 17/2002, de 28 de enero, FJ 3; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 6; 123/2002, de 20 de mayo, FJ 9; 137/2002, de 3 de junio, FJ 7).

b) En aplicación de la doctrina constitucional expuesta, este Tribunal ha afirmado, en primer lugar, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia tanto cuando el hecho base no está probado, como cuando carece de juicio de inferencia (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13), pues «valoración libre o en conciencia no equivale a valoración de indicios carentes de razonamiento alguno, cuando es precisamente a través de la actividad de juicio sobre los hechos probados como el órgano judicial llega a deducir otros que le permiten subsumir la conducta en el tipo penal» (STC 175/1985, de 17 de diciembre, FJ 5).

En segundo lugar, el control de inferencia, por su irrazonabilidad o carácter excesivamente abierto, ha sido apreciado también de forma continuada por este Tribunal. En este sentido, se ha considerado que la mera tenencia de útiles para el robo no puede fundamentar una deducción de haber participado en él (STC 105/1988, de 8 de junio), o que el hecho de estar

escondido en las inmediaciones de un lugar donde se cometió el robo no equivale a la prueba de su comisión (STC 150/1987, de 1 de octubre), o que de la tenencia de unos pájaros no puede deducirse la participación del acusado en su sustracción (STC 24/1997, de 11 de febrero) o, finalmente, que de la titularidad de una embarcación desde la que se pescaba ilegalmente no puede deducirse la autoría de una infracción administrativa (STC 45/1997, de 11 de marzo) (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 13). También se han considerado lesivas del derecho a la presunción de inocencia afirmaciones como que el acusado tuvo la oportunidad de cometer el delito (SSTC 283/1994, de 24 de octubre; 124/2001, de 4 de junio) o que del simple acompañamiento para recoger la droga pueda deducirse la participación en un delito contra la salud pública (STC 157/1998, de 13 de julio) o que el hecho de ser titular de la explotación de un bar y el conocimiento de un coimputado por delito contra la salud pública implique la participación en dicho delito (STC 171/2000, de 26 de junio) (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13).

c) El control por este Tribunal de la fundamentación de las inferencias efectuadas por los órganos judiciales debe ser en extremo cauteloso, pues «son los órganos judiciales los únicos que tiene un conocimiento preciso y completo, y adquirido con suficientes garantías, del devenir y del contenido de la actividad probatoria: contenido que incluye factores derivados de la intermediación difícilmente accesibles a este Tribunal» (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3).

Ahora bien, la imposibilidad legal y material de valorar los hechos no puede conducir a que este Tribunal abdique de su función de protección del derecho fundamental a la presunción de inocencia, expresamente reconocido en el art. 24.2 CE. En este sentido, es asimismo reiterada doctrina de este Tribunal que en su labor de control en relación con las inferencias derivadas de la prueba por indicios no puede llegar a sustituir las inferencias de los órganos judiciales cuando las deducciones se basan en una apreciación lógica y sólida, aunque pueda ser criticable (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 4), lo que equivale a decir que entre las diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos (SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13; 137/2002, de 3 de junio, FJ 8). En otras palabras, este Tribunal no puede valorar las pruebas, pero sí verificar, cuando se recurre a la prueba indiciaria, que los hechos base de los que se parte estén plenamente probados y que el razonamiento que lleva de estos hechos a los constitutivos de delito no resulte una inferencia irrazonable, arbitraria o absurda o inconcluyente por excesivamente abierta, débil o indeterminada, no probando lo que con aquéllos se pretende probar. El mayor subjetivismo de la prueba indiciaria hace que este Tribunal deba ser particularmente riguroso en cuanto a la exigencia de una motivación suficiente y especialmente prudente en cuanto al enjuiciamiento de la suficiencia del resultado de la valoración, de modo que en este ámbito de enjuiciamiento sólo podremos afirmar que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por falta de prueba de cargo cuando el hecho base no esté plenamente acreditado, cuando excluya al hecho consecuencia o cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12).

8. Los elementos aportados por el testigo de referencia 2345 y por el testigo López Carrillo como bases de la no explicitada prueba de indicios.

En el análisis precedente de la inferencia probatoria en la Sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, concerniente a las declaraciones del testigo de referencia (apartado 3.4 de este Voto) quedó suficientemente razonado el rechazo de la argumentación de dicha inferencia, por lo que es visto que dicha declaración no podemos considerar que aporte hechos que puedan ser tenidos en cuenta como indicios probados idóneos para soportar una prueba de indicios. En todo caso, en el contenido de dicha declaración, y como ya se destacó en su momento, no hay relato de imputación directa referida a los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche en las actividades de violencia anteriores al episodio de La Cumbre, respecto de los que la Sentencia de la Audiencia Nacional expresa la convicción, cuya justificación estamos analizando. A lo más una sospecha del testigo de referencia, que al relatar lo que dice le reveló el coimputado acerca de quién le daba las órdenes, junto al entonces Comandante Rodríguez Galindo citó al General C., e incluso, en concreta alusión al secuestro y muerte de los trágicamente asesinados, y en términos ciertamente increíbles, y por ello no creídos en la Sentencia, nada menos que al Consejo de Ministros.

No cabe encontrar, pues, en tal declaración una aportación mínimamente aceptable de un hecho indiciario, que pueda servir de base para una prueba de indicios, sobre la que soportar la convicción que estamos analizando.

Y tampoco las declaraciones del testigo López Carrillo examinadas en apartado anterior (apartado 4) aportan hechos inequívocos, que, aun no expresados con precisión en la argumentación de la Sentencia, pudieran, en su caso, operar como indicios probados, base de una prueba de tal tipo.

En concreto, la afirmación de hecho probado I de que ante las noticias de que en el Ministerio del Interior «se iba abriendo camino la idea de aceptar la realización de acciones violentas contra miembros de E.T.A.», y que los recurrentes Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche «decidieron que ellos debían intervenir, tratando de lograr la detención en Francia y el traslado a España de aquellos miembros de ETA que consiguiesen localizar, a fin de obtener información, aunque luego fuese preciso hacerles desaparecer para evitar que los hechos fuesen descubiertos, valiéndose de algunos Guardias Civiles destinados en el servicio de información de esa comandancia, entre ellos», con cita individualizada de los que se dice en el pasaje aludido, que «se mostraron de acuerdo con todo ello», tal afirmación, reiteramos, no tiene ningún correlato constatable en la declaración inequívocamente utilizada en la Sentencia como soporte de los hechos que se declaran probados.

En el relato del testigo no hay ni siquiera alusión al Servicio de Información de la Guardia Civil, ni por supuesto a los concretos guardias civiles de distinta jerarquía que se citan en el relato de hechos probados, salvo del Sr. Rodríguez Galindo. Las alusiones que se hacen a la Guardia Civil en la declaración del testigo son extraordinariamente vagas. La primera, cuando se relata el episodio de la llamada recibida en el coche del Gobernador Civil para que el Comandante Rodríguez Galindo llamase al cuartel de Inchaurreondo y la posterior comunicación de éste a aquél. La segunda, cuando se afirma de modo absolutamente genérico y vago, que el Comandante de la Policía (no de la Guardia Civil), de quien había recibido el cargo de tomar del Gobierno Civil las llaves del Palacio de La Cumbre, en los términos que quedaron transcritos, al preguntarle al testigo qué hacía con las llaves, una vez frustrada la operación para la que las había tomado, a cuya pregunta el citado Comandante

respondió «que podía tirarlas, ya que la Guardia Civil se había hecho cargo del edificio, suponiendo que cambiando las cerraduras». Y la tercera, al relatar la mayor eficacia de la Guardia Civil respecto a la de la policía, y la visita del Sr. Rodríguez Galindo junto con el Gobernador al Palacio de La Cumbre para ver a los detenidos.

Esas imprecisas referencias en lo que tiene de posible individualización de conductas, en términos de una mínima razonabilidad, en lo que a miembros de la Guardia Civil se refiere, solo mencionan al Sr. Rodríguez Galindo, y no a los demás demandantes. Y a aquél, no en un momento previo al secuestro, planificándolo y ordenando su realización, que es lo más esencial del hecho probado, sino en un momento posterior al secuestro ya realizado, de cuya autoría no se da en la declaración la más mínima pista.

La declaración del testigo tampoco tienen ningún contenido en el que de modo directo se atribuya al Sr. Elgorriaga Goyeneche lo que se le imputa en el pasaje de hechos probados, del que se inquiriere la posible relación con aquella declaración. El testigo se refiere en ella a distintos episodios de entidad distinta. El primero de ellos, con presencia del Gobernador Civil y un asesor personal del Ministro, alude a la formación de un grupo de policías, no de guardias civiles, para misiones de información, ni siquiera en Francia. Sin precisar más protagonistas que quien seleccionó el grupo, en todo caso, también de policías, no de guardias civiles, ni fecha («posteriormente se formó»), se relata ya una operación de mucha mayor entidad: el paso de un grupo de policías a Francia y el establecimiento de contactos con elementos de la policía francesa, también en misiones informativas, entregándose el resultado de las informaciones obtenidas al Capitán de la Policía que seleccionó el grupo, quien, a su vez, los remitía al CESID. No hay tampoco en esa parte del relato, en la que se empiezan a narrar ya episodios inequívocamente irregulares, atribución alguna a guardias civiles, por supuesto no al entonces Comandante Sr. Rodríguez Galindo; pero tampoco al Gobernador Civil. Es dato de importancia la implicación del CESID como receptor de las informaciones. La parte del relato de más directa y potencial significación probatoria para el caso es la de la preparación del secuestro de tres conocidos etarras, citados por sus nombres, para los que se destinaban las habitaciones señaladas por el testigo en La Cumbre, operación de la que se llega a decir, y es significativo, hasta su proyectado coste en francos. De esa operación, directamente criminal de secuestro por policías franceses, posterior entrega a policías (de nuevo sin atribución alguna de implicaciones de guardias civiles) y posterior asesinato, no se indica quién la organizase («se estaba preparando una operación en Francia»), y desde luego tampoco hay referencia alguna a ningún tipo de intervención del Sr. Elgorriaga Goyeneche. La única implicación de éste aparece en el relato ya de la visita de los detenidos en La Cumbre.

Así pues, aunque tratásemos de buscar por nuestra parte la justificación de la convicción probatoria expresada en la Sentencia, sobre la base de una eventual prueba de indicios, a partir de las declaraciones referidas, no sería posible encontrar los elementos inexcusables para que esa inexpresada prueba pudiera ser aceptada.

9. La detención de los GEO en Francia en cuanto base de una eventual prueba de indicios.

Al razonar las inferencias probatorias conducentes a los hechos probados I, III y IV con el que se cierra el núm. 2 del fundamento de Derecho segundo B —folio 42—, que es decisivo en relación con el relato contenido en el Hecho Probado I, en la parte antes transcrita (*vid* apartado IV.1 de este Voto), la Sentencia se refiere a un episodio de inequívoca violencia antiterrorista, que

en ella se da por probado. Tal episodio, no protagonizado en ningún sentido por los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche, sino directamente asumido, según se dice en el pasaje aludido de la Sentencia, por el Ministerio del Interior, se utiliza en la Sentencia para justificar la inferencia probatoria que soporta el relato aludido del hecho probado I.

El pasaje del fundamento de Derecho primero B.2 *in fine* de la Sentencia es el siguiente:

«La detención de tres miembros de los G.E.O. en Francia, cuando trataban de secuestrar a un miembro de E.T.A., hecho que, como el acusado Rafael Vera Fernández Huidobro ha recordado en el acto del juicio oral, fue asumido desde el Ministerio de Interior, se produjo el día 18 de octubre de 1983, esto es, dos días después del secuestro de José Antonio Lasa Arostegui y José Ignacio Zabala Artano. Esa coincidencia en el tiempo no parece que sea fruto de la casualidad y son varios los testimonios, ya aludidos, que relatan la presencia de miembros de las Fuerzas de Seguridad en Francia tratando de captar información, lo que se percibía entre los círculos de los refugiados vascos. De tal coincidencia temporal de hechos con intervención en Francia de miembros de distintos cuerpos de Seguridad del Estado, se desprende que de algún modo se extendió, entre responsables y agentes de la lucha antiterrorista, la convicción de que desde sectores gubernamentales se apoyaba o se aceptaban actuaciones violentas realizadas en el país vecino; recordemos que en este caso no se hace imputación de orden o instrucción alguna que partiera de los órganos centrales. Por ello debe ser sostenido que Enrique Rodríguez Galindo y José Julián Elgorriaga Goyeneche eran conocedores de que se iba apoyando o aceptando la realización de acciones violentas contra miembros de E.T.A. refugiados en Francia, lo que les movió a realizar los hechos enjuiciados.»

En tal pasaje no se alude a ningún concreto medio directo de prueba respecto de la gravísima imputación que se hace a los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche, sino que propiamente lo que se hace, sin decirlo, es desarrollar una prueba de indicios. Resulta así que a cada paso del itinerario argumental de la Sentencia nos encontramos con un encadenamiento de eventuales indicios, sin justificar en cada caso cómo se alcanza la conclusión inferida de cada uno, pese a lo cual la conclusión, no argumentada, sino simplemente afirmada, se convierte en contenido del argumento por el que por la misma vía de indicios no explicados se conduce a las consecuencias condenatorias más graves. En esa inexpresada prueba de indicios de un episodio concreto con autores conocidos, en el que no existe implicación alguna de los citados (intento de secuestro de un miembro de ETA, por los GEO, asumido por el Ministerio del Interior), y de unas actuaciones informativas de miembros de las Fuerzas de Seguridad del Estado no concretadas, y del hecho afirmado de que «en este caso no se hace imputación o instrucción alguna que partiera de los órganos centrales», se concluye en la participación directa de dichos señores en los hechos enjuiciados en la Sentencia recurrida.

El salto lógico que implica esa inferencia, desde luego no explicado en la Sentencia, no resulta razonable.

Ni siquiera es correcta la afirmación de sus bases de partida. Entre ellas está la ya destacada de que «en este caso no se hace imputación o instrucción alguna que partiera de los órganos centrales».

En tal negativa se olvida que el testigo de referencia núm. 2345 hizo la extrema imputación a la que antes nos referimos; de modo que, si se acepta ese testimonio como soporte cualificado del relato de hechos probados, como hace la Sentencia de la Audiencia Nacional, no se puede hacer la proposición negativa que se acaba

de transcribir, o al menos no puede hacerse sin una explicación complementaria, cuando esa proposición negativa es un elemento clave en la inferencia indiciaria.

Pero es que en todo los hechos base relatados son absolutamente insuficientes para inferir de ellos la participación activa, y directiva, en hechos similares que la Sentencia afirma en el pasaje referido, que es absolutamente crucial en su discurso.

10. Conclusión final sobre el enervamiento de la presunción de inocencia en relación con el delito de detención ilegal en la Sentencia de la Audiencia Nacional.

El precedente examen de las inferencias probatorias de la Sentencia de la Audiencia Nacional, derivadas de los medios que expresamente se indican en ella como conducentes al relato de hechos probados en los relativos al delito de detención ilegal, pone en evidencia la carencia de razonabilidad de dichas inferencias en cuanto a la doble imputación a los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche que «decidieron que ellos debían intervenir, tratando de lograr la detención en Francia y el traslado a España de aquellos miembros de E.T.A. que consiguiesen localizar, a fin de obtener información», y de que «la detención en Francia y el traslado a San Sebastián de los miembros de E.T.A. fue encomendada por el Comandante Enrique Rodríguez Galindo a personas cuya identidad no consta». Esa doble imputación (que como se verá es la base para la posterior de asesinato) consideramos que vulnera la presunción de inocencia de los dos demandantes citados, cuya participación en los delitos de detención ilegal sólo puede aceptarse como probada, en términos constitucionalmente compatibles con el derecho fundamental de presunción de inocencia, en relación con la fase de esa detención desarrollada en la villa La Cumbre de San Sebastián.

V) Análisis de la Sentencia de la Audiencia Nacional en cuanto a la condena por los delitos de asesinato

1. Indicación de los concretos contenidos de la Sentencia directamente referidos a los hechos referibles a dichos delitos y la fundamentación de la inferencia probatoria.

El relato de hechos probados de la Sentencia en lo relativo a estos delitos se contiene en el hecho probado IV, tras el relato de los interrogatorios de los detenidos en La Cumbre, y es del siguiente tenor:

«Desde el día 16 de octubre de 1983 José Antonio Lasa Arostegui y José Ignacio Zabala Artano estuvieron detenidos en La Cumbre y su custodia, siguiendo las órdenes del Comandante Enrique Rodríguez Galindo, fue encomendada por el Capitán Angel Vaquero Hernández, a Enrique Dorado Villalobos y a Felipe Bayo Leal, llevándose a cabo, por turnos, en los que también intervinieron otras personas. A lo largo de varios días José Antonio Lasa Arostegui y José Ignacio Zabala Artano fueron interrogados por Enrique Dorado Villalobos y Felipe Bayo Leal, y visitados con frecuencia por Angel Vaquero Hernández, y el primer día por Enrique Rodríguez Galindo y Jose Julián Elgorriaga Goyeneche.

Una vez concluidos los interrogatorios a que fueron sometidos José Antonio Lasa Arostegui y José Ignacio Zabala Artano, y resueltos Enrique Rodríguez Galindo, José Julián Elgorriaga Goyeneche, Angel Vaquero Hernández, Enrique Dorado Villalobos y Felipe Bayo Leal en darles muerte para hacerlos desaparecer, decidieron llevarlo a cabo en un paraje aislado, que les permitiese deshacerse de los cuerpos, enterrándolos en cal viva, para lo cual fue elegida la Foya de Coves, término municipal de Busot, Alicante.

Enrique Dorado Villalobos y Felipe Bayo Leal, junto con otras personas, trasladaron a José Antonio Lasa

Arostegui y a José Ignacio Zabala Artano, atados y amordazados, y con los ojos vendados, a aquel lugar, que tenía acceso por un camino de tierra que partía de la carretera local A-182 (Busot-Aguas de Busot), Km 12,100, por el que circularon unos 15 Km., después abandonaron los coches y se introdujeron andando por la zona de monte unos 200 m. Allí, con una pistola Browning, hicieron un disparo a José Antonio Lasa Arostegui en la cabeza, y dos a José Ignacio Zabala Artano, también en la cabeza, lo que les causó la muerte inmediata.

Después arrojaron los cuerpos, sin ropa, aún amordazados y con unas vendas, a una fosa que habían preparado, de unos 180 cm. de largo, por 80 de ancho y 90 de profundidad, y los cubrieron con tierra y con mas de 50 kilos de cal viva.»

A su vez en el hecho probado V, se dice lo siguiente:

«Sobre las 16,15 h. del día 20 de enero de 1984 una voz masculina llamó al teléfono de la Cadena Ser de Alicante, y cuando le contestó la locutora M.^a Nieves M.M., le dijo que hablaba en nombre de los Grupos Antiterroristas de Liberación, que prestase atención, que no lo iba a repetir, que ese día habían asesinado a José Antonio Lasa Arostegui y a José Ignacio Zabala Artano, que habían muerto pidiendo un sacerdote, pero que no se lo habían dado, porque no se lo merecían, y que se encontraban sus cuerpos en Busot; colgando a continuación.»

La motivación de la inferencia probatoria conducente al relato referido del Hecho Probado I se contiene en el Fundamento de Derecho Primero B.2.^o —Folio 41—, donde se dice al respecto:

«La decisión de eliminar a José Antonio Lasa Arostegui y José Ignacio Zabala Artano y de trasladarlos a Alicante sólo pudo ser tomada por las personas que habían decidido su secuestro; no habría ningún motivo para encomendarla a otras personas que las que entonces los custodiaban, y la exactitud de los datos que al respecto ofrece el testigo n.^o 2345 lleva a la convicción de que materialmente además de otras personas Felipe Bayo Leal y Enrique Dorado Villalobos hubieron de intervenir en esta parte de los hechos, aunque Felipe Bayo Leal no la haya querido reconocer.»

2. Análisis de la razonabilidad de la inferencia probatoria.

Sorprende la escuetísima motivación de la inferencia probatoria de unos hechos tan gravísimos.

Aunque en la Sentencia no se diga así, es claro que el medio de prueba tenido en cuenta es, respecto a la decisión de ejecutar los asesinatos, una prueba de indicios complementada en cuanto a la ejecución material por la declaración del testigo protegido núm. 2345.

Conviene observar ante todo que la lectura relacionada del apartado de hechos probados y de la fundamentación jurídica de la Sentencia de la Audiencia Nacional pone de manifiesto, si no la falta de coherencia o concordancia entre uno y otro apartado, sí, al menos, la carencia de la debida precisión e, incluso, de identidad entre ambos. En relación con el secuestro en Francia de don José Antonio Lasa Arostegui y don José Ignacio Zabala Artano se sostiene en el relato de hechos probados que fue encomendado por el recurrente en amparo don Enrique Rodríguez Galindo «a personas cuya identidad no consta» (apartado I); y en la fundamentación jurídica de la Sentencia, al referirse a la detención, se afirma que fueron los demandantes de amparo don Enrique Rodríguez Galindo y don José Julián Elgorriaga Goyeneche quienes planificaron su secuestro y estancia en La Cumbre. A su vez, respecto al asesinato de don José Antonio Lasa Arostegui y don José Ignacio Zabala Artano,

en la fundamentación jurídica de la Sentencia se dice que «la decisión de eliminar [los] y de trasladarlos a Alicante sólo pudo ser tomada por las personas que habían decidido su secuestro», aseveración que, puesta en relación con la del párrafo precedente, debe entenderse circunscrita a quienes planificaron y encomendaron su secuestro y su estancia en la Cumbre —don Enrique Rodríguez Galindo y don José Julián Elgorriaga Goyeneche, resultando en consecuencia excluidos, al no ser mencionados en tal acción, don Ángel Vaquero Hernández, don Enrique Dorado Villalobos y don Felipe Bayo Leal. A estos dos últimos, con base en las declaraciones del testigo protegido núm. 2345, se les imputa, junto con otras personas no identificadas, una intervención material en el traslado a Alicante y en el asesinato de don José Antonio Lasa Arostegui y don José Ignacio Zabala Artano, sin precisar en modo alguno la concreta conducta que les es atribuible. Sin embargo, a diferencia de lo constatado en la fundamentación jurídica de la Sentencia, en su relato de hechos probados se narra que fueron todos los recurrentes en amparo quienes resolvieron «darles muerte para hacerlos desaparecer» (apartado IV).

Tal falta de precisión e identidad, si no de coherencia, entre el relato de hechos probados y la fundamentación jurídica de la Sentencia de la Audiencia Nacional pone de relieve la absoluta insuficiencia de la motivación respecto del problema de más especial enjundia constitucional que se suscita en el presente supuesto en relación con el derecho a la presunción de inocencia, que es el referido a la individualización de las conductas imputables y, consiguiente responsabilidad penal de cada uno de los demandados en los delitos de asesinato por los que han sido condenados. La exigencia de individualización en modo alguno puede ser eliminada en los delitos que surgen de un grupo o colectivo con el expeditivo recurso de condenar a todos los componentes del grupo o colectivo que hubiera intervenido en algunas de las secuencias de la actividad delictiva desarrollada, sin pruebas individualizadas de su participación en los concretos delitos por los que se les condena. Es constitucionalmente inaceptable la atribución del delito a todos los miembros del grupo por el hecho de pertenecer a él, eludiendo el espinoso problema de la individualización de conductas de sus componentes.

Las imprecisiones destacadas no son algo accesorio, meramente referido a la mejor o peor técnica de la redacción de la Sentencia, sino que tienen un carácter transcendental, en cuanto que tiene que ver con el hecho base, que sirve de soporte a la prueba de indicios, y con la justificación del soporte probatorio de ese hecho base.

3. Análisis de la prueba de indicios utilizada en la Sentencia.

Sobre la prueba de indicios nos remitimos a la doctrina expuesta en el apartado IV.7 de este Voto.

Lo primero que debe observarse es que, siendo inequívocamente la prueba de indicios el soporte probatorio básico de los hechos declarados probados, en cuanto a la decisión de los asesinatos, falta en la Sentencia una construcción adecuada de dicha prueba, en la que se explicita con claridad el hecho o hechos bases plenamente acreditados por otros medios de prueba y el juicio de inferencia, el razonamiento o engarce lógico que del hecho base conduce a la consecuencia inferida. El pasaje de la Sentencia analizado supone en realidad adelantar la consecuencia inferida, omitiendo el razonamiento que inexcusablemente debía precederle.

Si se recuerda nuestra doctrina constitucional sobre la prueba de indicios, referida en el apartado IV.7 de este Voto, es indudable que la inferencia probatoria explicitada en el pasaje del folio 41 de la Sentencia antes

transcrito, no cumple con las exigencias de tal doctrina. Ese defecto determina la inidoneidad de esa prueba, ciertamente más insinuada que articulada, para enervar la presunción de inocencia. El pasaje examinado expresa una convicción subjetiva; pero no enuncia en términos de una mínima objetividad un discurso lógico razonable, coherente y no arbitrario.

El hecho base tomado en consideración arranca del precedente delito de detención ilegal, y alude inequívocamente a la decisión del secuestro, con lo que la falta de prueba del relato fáctico concerniente a ese delito en el episodio clave del mismo: la decisión del secuestro, razonada en el apartado IV.10 de este Voto, determina la consecuencia de que la prueba de indicios de los delitos de asesinato es insostenible. Si «la decisión de eliminar a José Antonio Lasa Arostegui y José Ignacio Zabala Artano y de trasladarlos a Alicante solo pudo ser tomada por las personas que habían decidido su secuestro», en la medida en que no consideramos aceptable, por las razones que quedaron expuestas, la inferencia probatoria en virtud de la que en la Sentencia se atribuye dicha decisión de secuestro a los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche, resulta claro que el hecho base aludido en la sucinta argumentación del pasaje que examinamos se desvanece, y con él su consecuencia indiciaria.

No procede aquí reproducir, sino simplemente recordar, lo que ha quedado expuesto sobre las distintas secuencias fácticas en el relato concerniente a los delitos de detención ilegal, y cómo precisamente la decisión de los demandantes (con distintas situaciones en cuanto a la iniciativa), de intervenir en la violencia antiterrorista con secuestros en Francia, interrogatorios en España y asesinatos, seguida de la concreta planificación y ordenación de los secuestros en Francia de las trágicas víctimas de tal acción delictiva, no podía considerarse probada en términos constitucionalmente admisibles.

El pasaje analizado es claro que no se refiere al exclusivo episodio de la detención en la villa de La Cumbre, sino que la referencia es a un hecho complejo y artificioosamente unitario, que incluye, junto a ese episodio, el cronológicamente anterior del secuestro en Francia. Pero precisamente esa fusión indiferenciada de episodios fácticos, cuyos protagonistas subjetivos sólo estaban probados en cuanto al último, y no en cuanto al inicial, que es ahora el propiamente determinante, ya advertimos cómo suponía la violación de la exigencia de individualización de responsabilidades, exigencia incumplida que, si era inaceptable referida a delitos de detención ilegal, lo es con la misma, o mayor razón por su mayor gravedad, en su proyección sobre los delitos de asesinato ligados con la detención precedente.

En su eventual función de hecho base de una prueba de indicios del posterior asesinato no es lo mismo un hecho complejo, consistente en la planificación y ordenación del secuestro de unas determinadas personas en Francia, para trasladarlas e interrogarlas después de secuestradas a España, reteniéndolas durante varios días, y permaneciendo sin cambios la identidad de los protagonistas en las dos secuencias de la acción compleja; que dos episodios, aunque interrelacionados, distintos; esto es, un primer secuestro en un lugar (Francia) y una ulterior retención en otro (España), con autores diferentes en cada uno de ellos.

En el pasaje que analizamos resulta claro que es el hecho complejo, y no el singular de la detención en La Cumbre, el que se tiene en cuenta; por lo que no sería lógicamente correcto sustituir en este análisis la inequívoca referencia fáctica, en un intento de salvar la validez de la inferencia, pues ello supondría eludir el problema de la individualización de responsabilidades en el hecho base, dándole sin explicación una solución inadecuada.

Las dificultades de individualización de las responsabilidades, entre un grupo de acusados, según se indicó *ut supra*, no pueden solventarse en términos constitucionalmente aceptables a base de proyectar especularmente (en feliz expresión del Abogado del Estado en la vista oral, que aquí utilizamos a otros efectos) la identidad del grupo con participación acreditada en un episodio al episodio que le precedió, y cuyos protagonistas no constan acreditados.

Así pues, la prueba de indicios de la que deriva la imputación de los delitos de asesinato a los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche carece del hecho base plenamente probado que pudiera entenderse aludido en el pasaje de la Sentencia aquí considerada, lo que es constitucionalmente determinante por sí solo para el rechazo de esa prueba.

Pero es que además, en la medida en que la expresión pudiera ser considerada como razonamiento de inferencia (que no es el caso, por su inaceptable sumariedad), la afirmación, en términos inadecuadamente apodícticos, de que «la decisión de eliminar a José Antonio Lasa Arostegui y José Ignacio Zabala Artano y de trasladarlos a Alicante solo pudo ser tomada por las personas que habían decidido su secuestro», no puede considerarse en sí misma razonable, ni conforme a las reglas del criterio humano y de la experiencia común. Esa afirmada limitación subjetiva, en la que el ineludible compromiso jurisdiccional de concretar quién tomara la decisión de los asesinatos (si es que la decisión del secuestro, según se dice, se corresponde con la del asesinato), se sustituye por la referencia a los sujetos que pudieron haberla tomado, se revela como irrazonable en sí misma. En cuanto posibilidad, esa posibilidad se amplía razonablemente a muchas más personas, y más en las concretas circunstancias que rodean los hechos, según las propias alusiones de la propia Sentencia (vid hecho probado 1: violencia antiterrorista, fundamento de Derecho segundo B.2 *in fine*, y alusión a la detención de grapos en Francia, con otros pasajes de la Sentencia) ya mencionados en otros lugares de este Voto a otros efectos (vid especialmente apartado IV.8 y 9).

De nuevo el razonamiento de la Sentencia, la afirmación irrazonada más bien, se ofrece como medio no razonable para solventar la dificultad central de este proceso, que es la de la individualización de responsabilidades, sustituyendo la indicación de la prueba constitucionalmente idónea al respecto por la afirmación contundente. Esa afirmación trasluce una vez más la convicción; pero no es un argumento correcto de una inferencia probatoria.

La argumentación de la Sentencia salta de los que se dice tomaron la decisión a los que la ejecutaron, respecto de los que la innominada prueba de indicios se completa con la declaración del testigo protegido 2345. En el primer tramo argumental, con formulación gramatical no enteramente correcta, aunque claramente alusiva a la ejecución de la decisión, se dice que «no habría ningún motivo para encomendarla a otras personas que las que entonces los custodiaban». Una afirmación tal no tiene contraste lógico posible, es tan genérica que llega a causar perplejidad.

Los motivos de la selección de las personas a quienes encomendar la ejecución de un asesinato de otras, ilegalmente detenidas en un lugar, y detenidas tras un secuestro previo por personas distintas, no determinadas, pueden ser tan varios e imponderables, que la afirmación de que «no habría ningún motivo para encomendarla a otras personas que las que entonces los custodiaban», no puede considerarse avalada por las reglas de la lógica, del criterio humano y de la experiencia. Y menos en las circunstancias que rodearon el caso, a las que ya antes hemos hechos alusión. El argumento adolece de similares deficiencias, cuando no mayores, que el alusivo a las personas «que habían deci-

dido secuestrar», con las mismas dificultades respecto de la individualización de responsabilidades; por lo que, en evitación de reiteraciones inconvenientes, basta que nos refiramos a lo que líneas atrás quedó dicho.

El argumento indiciario se refuerza en este caso por la referencia a la «exactitud de los datos que al respecto ofrece el testigo n.º 2345». A la postre sería el testimonio de este singular testigo (singular en el doble sentido de ser único, y de su cualidad de testigo de referencia) la prueba única de que los ejecutores de los asesinatos fueron los que custodiaron a sus víctimas en la villa de La Cumbre en San Sebastián.

Pues bien, las dificultades desde nuestra doctrina constitucional para la aceptación de ese testimonio único como prueba, que se señalaron en otro lugar (apartado IV.3), cuando la declaración del testigo de referencia es desmentida por el referido, y cuando además concurren en aquél las circunstancias que se indicaron en otro lugar (apartado IV.3) impiden que ese testimonio único pueda aceptarse como prueba constitucionalmente idónea para desvirtuar la presunción de inocencia.

En un análisis de la razonabilidad de la valoración de la prueba, llama la atención que la Sentencia hable en este pasaje de la «exactitud de los datos que al respecto ofrece el testigo», expresión cuyo alcance es de difícil determinación. Si los datos que ofrece el testigo son exactos, será porque han sido contrastados por otros medios distintos que los de su simple aportación, y en tal caso sería lógico indicar cuál fuera el medio de contraste. Y si en vez de exactitud, de lo que se trata es de precisión de los datos, que puede ser el sentido más probable de la referida expresión, no se ve la razón para negar la precisión en el relato del secuestro por el testigo (*vid* Apartado IV.3.5 de este Voto, y la transcripción del pasaje de la Sentencia de aplicación del *in dubio pro reo* respecto de los autores del secuestro), y afirmarla en el relato relativo al asesinato, pues la lectura de las declaraciones acreditada igual nivel de precisión en ambos.

El hecho de que en el relato del testigo de referencia alusivo al secuestro se haya tenido en cuenta la desvirtuación de esa parte del relato por otras pruebas, lo que no ocurriría en la parte del relato alusiva al asesinato, como explicación posible del diferente crédito atribuido en la Sentencia a una y otra parte del relato, no tendría en cuenta que también la declaración del testigo de referencia relativo a los asesinatos ha sido desmentida en su declaración por el coimputado Sr. Bayo. Y, si la declaración de éste se acepta a unos efectos, se necesitaría una explicación, ausente en la Sentencia, para justificar su rechazo en el extremo que ahora nos ocupa.

En todo caso no consideramos razonable aceptar la declaración de un testigo de referencia, fragmentando su contenido, rechazando parte de él, y rechazando otra, pues la inexactitud constatada de parte del contenido, tratándose de un testigo cuya aceptación, según nuestra doctrina, debe hacerse con reservas, no puede dejar de ser considerada a la hora de admitir el resto.

Por otra parte, en el punto que analizamos, tampoco la declaración del testigo de referencia se acepta en la Sentencia en sus estrictos términos, siendo la única prueba de la ejecución de los asesinatos (falta de estricta correlación que a otros efectos ya se destacó en otro momento —apartado IV.3.5—), pues en ella sólo se cita como autores de éstos a Dorado y Bayo, y la Sentencia, sin indicación de soporte probatorio, añade la intervención de otras personas desconocidas, lo que pone inmediatamente en cuestión la afirmada exactitud de los datos aportados por él.

El hecho de que se acepte la declaración de un testigo, sospechoso con carácter general según nuestra doctrina, y con especiales circunstancias en el presente caso para intensificar las razones genéricas de la reserva, que ya se destacaron en su momento, y que se fragmente el

contenido de su testimonio, para rechazar de él lo desvirtuado por otras pruebas, y admitir lo no desvirtuado, y ello prescindiendo en esta segunda parte de una concreta desvirtuación por un coimputado, trae al primer plano la inquietante consideración de que se rechaza el testimonio, respecto del delito que puede ser probado por otros medios (caso del delito de detención ilegal) y que se admite cuando es la única prueba del delito (los de asesinato). Una valoración tal del testimonio tan especial es directamente contraria a nuestra jurisprudencia.

Hasta aquí nos hemos referido al hecho base de la prueba por indicios y a la razonabilidad lógica del juicio de inferencia, y queda aun por analizar si la inferencia es excesivamente abierta o inconcluyente, según la jurisprudencia que se indicó en su momento (apartado IV.7). Por lo ya expuesto al analizar en líneas precedentes la razonabilidad de las inferencias, en el mismo reproche de falta de razonabilidad latía implícitamente que la inferencia era excesivamente abierta o inconcluyente. En realidad la Sentencia parte de la posibilidad en que se encontraban los demandantes respecto de la decisión, encomienda o ejecución material de los asesinatos, para imputar directamente dichas decisión, encomienda y ejecución. El recuerdo aquí de las SSTC 105/1988, 24/1997, 45/1997, 220/1998, 283/1999 y 124/2001, aludidas en el apartado IV.7 c) de este Voto aporta la base doctrinal para calificar la inferencia probatoria de excesivamente abierta e inconcluyente.

Mas en todo caso es necesario advertir que, según se razonó antes, el hecho base tomado en la Sentencia para la inarticulada utilización de una prueba de indicios era la previa ordenación de los secuestros, y no el episodio mucho más limitado de la detención e interrogatorios de los secuestrados en la villa La Cumbre; mas si la única actuación delictiva con soporte en pruebas constitucionalmente idóneas es la atinente exclusivamente a ese único episodio de la villa La Cumbre, la apertura de la inferencia, habida cuenta de la participación de personas indeterminadas, bajo órdenes asimismo no precisadas en el episodio de secuestro que procedió al de La Cumbre, se amplía en términos que hacen la inferencia constitucionalmente inaceptable por no concluyente y excesivamente abierta.

Sobre la base de una previa exteriorización del necesario razonamiento *o iter* discursivo, que aquí falta, quizás no pudiera calificarse de ilógica, irracional, excesivamente abierta o inconcluyente la inferencia de que quien previamente hubiera secuestrado, retenido o detenido ilegalmente a una persona, si ésta después aparece muerta, participara en su asesinato, dado en todo caso que en ese planteamiento hipotético se parte de una situación de base nítida; mas cuando no se da tal nitidez de partida, sino por el contrario una situación de no aclarada complejidad de las acciones precedentes al asesinato, con participaciones subjetivas diferentes en las distintas etapas, unas identificadas, y otras no, una inferencia como la que analizamos resulta no razonable por excesivamente abierta e inconcluyente.

En el análisis del discurso judicial no puede dejar de considerarse un elemento altamente obstaculizador para la consecuencia establecida en la Sentencia, como es el de la reivindicación de los asesinatos, reflejada en el relato de hechos probados. Respecto del mismo la argumentación en la que se rechaza en la Sentencia su virtualidad obstaculizadora de la inferencia probatoria resulta absolutamente insuficiente en términos de la razonabilidad exigible.

Dice el hecho probado V de la Sentencia:

«Sobre las 16,15 h. del día 20 de enero de 1984 una voz masculina llamó al teléfono de la Cadena SER de Alicante, y cuando le contestó la locutora M.ª Nieves

M.M., le dijo que hablaba en nombre de los Grupos Antiterroristas de Liberación, que prestase atención, que no lo iba a repetir, que ese día habían asesinado a Jose Antonio Lasa Arostegui y a Jose Ignacio Zabala Artano, que habían muerto pidiendo un sacerdote, pero que no se lo habían dado, porque no se lo merecían, y que se encontraban sus cuerpos en Busot; colgando a continuación.»

Y en el análisis de la prueba en los fundamentos de Derechos se dice respecto de esa reivindicación en el fundamento de Derecho primero B.1 —folio 35—, lo siguiente:

«La declaración de la testigo periodista de la cadena Ser permite estimar probada la forma en que se reivindica el hecho, reivindicación que, por realizarse en Alicante, donde después aparecen los cadáveres, y con la mención de la localidad de Busot, se estima como procedente del entorno de los autores de los hechos o de las personas que desde Alicante hubieron de prestarles apoyo y determinaron la elección del lugar. No ocurre lo mismo con la reivindicación realizada, según consta en el atestado remitido desde Francia, folio 1.067, mediante llamada de teléfono al diario Egin, el 25 de Octubre de 1983, que no se estima aquí relevante, y en la que, en nombre del Batallón Vasco Español, se decía que los cadáveres se encontraban en Francia, en la carretera de Pau, desvío a Dax; pues esos datos resultaron inexactos.

La llamada a la cadena SER de Alicante se realiza el día 20 de enero de 1984, pero no se puede inferir de ese único dato que la reivindicación sea inmediata a las muertes, que pudieron haber ocurrido en fechas mas cercanas al momento de la desaparición (parece más razonable pensar que pocos días hubiesen podido bastar para interrogar a José Antonio Lasa Arostegui y José Ignacio Zabala Artano y que resultaría en exceso arriesgado mantener tanto tiempo su cautiverio). La denominación Grupos Antiterroristas de Liberación, G.A.L., se utilizó por primera vez en un comunicado escrito, que se colocó en la persona de Segundo M.M. cuando el 14 de diciembre de 1983 fue puesto en libertad, según consta en la Sentencia del T.S. de 29-07-98. Esas siglas fueron creadas por Julián S.I., según manifestó cuando prestó declaración como testigo en el Juicio Oral, y no existe vinculación directa entre las personas condenadas en esa causa y los aquí acusados como autores de los hechos (Rafael Vera Fernández Huidobro esta aquí acusado de encubrimiento y de malversación, por hechos acaecidos años más tarde). Después de todas las medidas tomadas para evitar el descubrimiento de los cadáveres, la llamada reivindicando el hecho lleva a creer que alguna de las personas que desde Alicante sirviera de apoyo tomó la decisión de sumarse a esas siglas al compartir el objetivo de luchar contra E.T.A. por cauces ilegales.»

Tal explicación resulta en estrictos términos lógicos insatisfactoria, y por ello muy escasamente razonable.

Téngase en cuenta que no existe ninguna prueba directa de la fecha de los execrables asesinatos, y que existe una total ruptura espacio-temporal entre la detención ilegal en La Cumbre del 16 al 18 de octubre de 1983 y la aparición de los cadáveres de los asesinados en la Foya de Coves de Busot (Alicante) el 20 de enero de 1985. Esa ruptura deja un muy amplio espacio de incertidumbre entre ambos hechos, que se alza como grave dificultad a la hora de articular una prueba de indicios, en función de la cual se pueda inferir, en su caso, que los que participaron en el episodio de detención ilegal en La Cumbre fueran los autores (en diversos modos de autoría) de los asesinatos en la Foya de Coves. Dificultad que se intensifica, cuando entre ambos hechos

se interfiere una reivindicación de los asesinatos en nombre de un determinado grupo criminal, en la que se fija con precisión la fecha de los asesinatos («ese día habían asesinado», y eso se dice el 20 de enero de 1984; esto es un año antes de la aparición de los cadáveres, y meses después del episodio de La Cumbre). Y se acrecienta la dificultad cuando además en esa reivindicación se indica el lugar en que se cometieron los asesinatos, cuya exactitud viene a confirmar un año después la aparición de los cadáveres, lo que implica *prima facie* un conocimiento real del crimen que de por sí presta verosimilitud al hecho de su comisión por quienes lo reivindican.

La explicación sobre la cronología de los asesinatos y la exactitud de la fecha indicada al respecto en esa reivindicación, cuya eventual certeza rompe la inmediatez temporal entre la detención ilegal en La Cumbre y los asesinatos que, parece deducirse (pues en rigor no se fija fecha a los asesinatos) en el hecho probado IV, y se afirma en el último de los pasajes transcritos, causa cierta perplejidad. Si, según se afirma en ese pasaje «la denominación Grupos Antiterroristas de Liberación, G.A.L., se utilizó por primera vez en un comunicado escrito que se colocó en la persona de Segundo Marey, cuando el 14 de diciembre de 1983 fue puesto en libertad, según consta en la Sentencia del T.S. de 29-07-98», el hecho de que se utilizase esa denominación después de ese momento fundacional (la reivindicación tuvo lugar el 20 de enero de 1984), en modo alguno resta verosimilitud a la hipótesis de que pudieran haber sido miembros del GAL, que reivindicaron los asesinatos en su nombre, los que pudieran haberlos cometido. Para el rechazo de la posibilidad que fuesen en efecto miembros del GAL los autores de los asesinatos reivindicados en su nombre, no resulta explicación convincente, en términos de pura razonabilidad, la de que «no existe vinculación directa entre las personas condenadas en ese caso [secuestro de Marey] y los aquí acusados como autores de los hechos», pues precisamente esa falta de vinculación hace más inexplicable el hecho de que quienes no tenían vinculación directa con los acusados en el proceso del que traen causa los actuales amparos pudieran conocer los asesinatos y el lugar de enterramiento de los cadáveres de los asesinados. La afirmación del pasaje aludido de que «después de todas las medidas tomadas para evitar el descubrimiento de los cadáveres, la llamada reivindicando el hecho lleva a creer que alguna de las personas que desde Alicante sirviera de apoyo tomó la decisión de sumarse a esas siglas al compartir el objetivo de luchar contra ETA por cauces ilegales», se ofrece como en exceso voluntarista, pues implica en realidad la fuga de una dificultad probatoria muy intensa, acudiendo a una mera hipótesis imaginativa.

El grave problema que esa reivindicación suscita es que la data de los asesinatos es de por sí elemento lógico objetivamente idóneo para romper la inmediatez con el momento de la previa desaparición de sus víctimas, y ante esa dificultad la afirmación de la Sentencia en el pasaje que analizamos de que «parece más razonable pensar que pocos días hubieran podido bastar para interrogar a José Antonio Lasa Arostegui y José Ignacio Zabala Artano y que resultaría en exceso arriesgado mantener tanto tiempo su cautiverio», no deja de ser una conjetura probabilística, carente del rigor lógico que es exigible en las inferencias probatorias, a través de las que deben establecerse certezas.

En definitiva, lo esencial es la imprecisión del momento que a la postre se refleja en la argumentación. Tal incertidumbre temporal abre de por sí un amplio espacio de posibles participaciones en ellos, y más si se tiene en cuenta la indeterminación de los protagonistas de la secuencia inicial (secuestro en Francia) del total itinerario criminoso que culminó en los asesinatos y el

hecho, afirmado en la Sentencia, como hecho probado (hecho probado I), de que en el Ministerio del Interior se iba abriendo camino la idea de aceptar la realización de acciones violentas contra miembros de ETA refugiados en el sur de Francia y la presencia de miembros de distintos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado para obtener información o actuar sobre miembros de ETA, a lo que también se refiere la Sentencia al explicar la valoración de la prueba. En esas circunstancias (reflejadas en la Sentencia, no obtenidas por nosotros en una vedada apreciación de la prueba) la excesiva apertura de la inferencia y su falta de sentido concluyente resultan innegables, siendo un elemento más para entender que la prueba de indicios (que en realidad se extrae de las afirmaciones de la Sentencia, pues, según se dijo no se enuncia como tal) no cumple con las exigencias de nuestra doctrina al respecto, ni es por tanto idónea para enervar la presunción de inocencia.

4. Conclusión.

La precedente argumentación conduce a la conclusión de que la Sentencia de la Audiencia Nacional en cuanto a la condena de los demandantes por los delitos de asesinato de los Sres. Lasa y Zabala vulnera su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

VI) Análisis de la Sentencia de casación del Tribunal Supremo

1. Planteamiento general.

La primera de las Sentencias decide los recursos de casación interpuestos por todas y cada una de las partes del proceso penal, acusadoras y acusadas, en la que se desestiman todos los recursos, excepto el interpuesto por la acusación particular, constituida por doña Felipa Artano y doña María Jesús Arostegui, de cuyo recurso se estima el tercero de los motivos, referido a la inaplicación a los condenados de «la circunstancia agravante ordinaria de prevalimiento público —art. 10.10 Código Penal de 1973— en relación con los dos delitos de detención ilegal». Dicho motivo se enjuicia en el fundamento de Derecho trigesimoquinto de la Sentencia, en el que se razona su estimación. De ésta surge la segunda Sentencia, que se limita a elevar las condenas por los citados delitos a nueve años y un día de prisión mayor por cada delito de detención a los condenados Enrique Rodríguez Galindo y José Julián Elgorriaga Goyeneche, a ocho años y seis meses de prisión mayor por cada delito de detención al condenado Ángel Vaquero Hernández y a ocho años y un día de prisión mayor por cada delito de detención a Enrique Dorado Villalobos y Felipe Bayo Leal.

Desde nuestra óptica constitucional del derecho fundamental a la presunción de inocencia es claro que nuestro estudio debe centrarse en la primera de las Sentencias, y dentro de ella, en especial en la fundamentación atinente al rechazo de la vulneración de dicho derecho, que se alegó como motivo de casación en los recursos de los aquí demandantes de amparo. Dicha fundamentación se contiene en el fundamento de Derecho tercero.3, concerniente al recurso del Sr. Rodríguez Galindo, cuya argumentación es objeto de posteriores y reiteradas referencias desde la fundamentación de rechazo del motivo similar de los recursos de los demás condenados. Por ello esta parte de la Sentencia debe ser el objeto esencial de nuestras propias consideraciones.

La Sentencia vuelve a enfrentarse con la alegada vulneración del citado derecho fundamental en el fundamento de Derecho octavo, referido al recurso del Sr. Elgorriaga Goyeneche, en el decimosexto y decimoséptimo, referidos al recurso de casación de los Sres.

Vaquero Hernández y Dorado Villalobos y en el vigesimooctavo referido al recurso del Sr. Bayo Leal.

Puesto que en esencia respecto de estos recursos la argumentación de la Sentencia de casación es de referencia a lo razonado en el fundamento de Derecho tercero, basta con que de antemano proclamemos la extensión a estos recurrentes de las consideraciones y conclusiones a que lleguemos en el análisis del fundamento Jurídico tercero.

Ante todo conviene resaltar la magistral construcción técnica de la Sentencia del Tribunal Supremo, lo que, no obstante, no puede ser determinante para que podamos compartir sus conclusiones finales.

Y por otra parte se debe observar que el sentido de la Sentencia no es, a diferencia de la de la Audiencia Nacional, el de ejercicio directo de la potestad punitiva del Estado, sino más bien el de revisión crítica del enjuiciamiento de la Sentencia de la Audiencia Nacional, que es en la que de modo inmediato se produce el ejercicio de la citada potestad estatal. Ello implica que desde nuestra óptica constitucional de tutela del derecho fundamental de presunción de inocencia, las consideraciones que han quedado expuestas al ejercer por nuestra parte el control de razonabilidad de las inferencias probatorias de la Sentencia de la Audiencia Nacional, no pueden ser trasladadas como eventual juicio crítico de la Sentencia del Tribunal Supremo, a la que, así, no puede en ningún caso atribuirse de modo directo dicha vulneración, sino, en su caso, el no haber remediado la vulneración producida en la Sentencia de la Audiencia Nacional. A este reproche sólo podría llegarse, (y en efecto se llegará), si en la fundamentación de la Sentencia de casación no se puede encontrar la respuesta de superación de los defectos que hemos apreciado en la de la Audiencia Nacional.

En una primera aproximación crítica a la Sentencia del Tribunal Supremo puede apreciarse que la misma no desciende de la superficie de la Sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, para ejercer el juicio de razonabilidad de las inferencias probatorias en una más directa consideración de los medios de prueba tenidos en cuenta en ella, de sus precisos contenidos, y de la exacta correlación entre éstos y los hechos probados. En tal sentido estimamos que la Sentencia del Tribunal Supremo se sitúa en la misma posición en exceso autorrestrictiva que en este Voto hemos achacado a la de este Tribunal de la que disentimos.

Y precisamente por ello, al no realizarse un enjuiciamiento de mayor profundización crítica, los defectos que hemos apreciado en la razonabilidad de las inferencias probatorias de la Sentencia de la Audiencia Nacional no obtienen respuesta constitucionalmente aceptable en su aplicación a las muy concretas y complejas circunstancias del caso en la del Tribunal Supremo; lo que supone que, a la postre, las apreciaciones que hemos hecho en referencia directa a la primera de las Sentencias no quedan desvirtuadas por la Sentencia del Tribunal Supremo, que, así, no ha remediado las vulneraciones constitucionales, que pudo remediar, si su control de razonabilidad de las inferencias probatorias se hubiese ejercido descendiendo a planos de análisis más concretos.

Por otra parte es constatable en la Sentencia del Tribunal Supremo una real suplencia de la deficiente argumentación de la Sentencia de la Audiencia Nacional, en concreto en la construcción argumental de la prueba de indicios respecto de los asesinatos, que, ausente en realidad, como ya vimos, en la Sentencia de la Audiencia Nacional, se reconstruye en la del Supremo, o casi se aporta de nuevo.

2. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo en lo relativo al delito de detención ilegal.

2.1. Consideraciones generales.

El aislar en este análisis el tratamiento de los delitos de detención ilegal del correspondiente a los de asesinato, responde a la estructura sistemática que desde el inicio nos planteamos, que no es exactamente la sistemática seguida en la Sentencia del Tribunal Supremo, aunque no sea muy distinta.

En el fundamento de Derecho tercero.3 de la Sentencia se precisan las concretas denuncias del recurrente al que se refiere ese fundamento (el Sr. Rodríguez Galindo), que aluden a ineficacia de las declaraciones del coimputado Sr. Bayo, de los testigos Sres. López Carrillo y Vázquez Aira y del testigo protegido núm. 2345, en cuanto medios de prueba constitucionalmente idóneos, y todo ello previo un planteamiento de cuál es el enjuiciamiento posible en un recurso de casación en relación con los medios de prueba.

Es oportuno llamar aquí la atención sobre el canon de control que la propia Sentencia establece (del que se dio cuenta en este Voto en el apartado IV.2.2). La cuestión es si en este caso el control de la estricta coherencia entre los hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Nacional y los medios de prueba utilizados en ella para establecerlos, así como el de la razonabilidad de las inferencias extraídas de esos medios de prueba, atendidos los concretos contenidos de las declaraciones, situaba o no el caso en el supuesto excepcional al que la propia Sentencia se refiere en el pasaje de la misma, transcrito antes en el apartado de este Voto ya referido (IV.2.2). En la medida en que en aplicación de nuestro propio canon de control constitucional hemos entendido que ese enjuiciamiento nos está permitido, con razón reforzada debemos entender que también le estaba permitido al Tribunal Supremo, según su propia afirmación; y por ello es por lo que líneas atrás dejamos dicho que apreciábamos en la Sentencia del Tribunal Supremo la misma excesiva autorrestricción, que la que atribuimos a nuestra Sentencia, que es la razón básica de la disidencia respecto a ésta.

2.2 Argumentación alusiva a la declaración del coimputado Sr. Bayo.

En el análisis de la declaración del coimputado Sr. Bayo (FJ 1 de la Sentencia —folio 37 y siguientes—) se dilucidan los dos óbices opuestos por el recurrente, alusivos a la falta de contradicción y a la fiabilidad del testigo, dada su enfermedad mental.

El análisis de dichos dos alegados óbices resulta inobjetable desde nuestra propia óptica constitucional en lo que se refiere al segundo, sin que sea necesario que nos extendamos en nuestra argumentación al respecto.

Mas no puede ser el mismo nuestro juicio en cuanto al análisis que se hace del primero: la falta de contradicción, al haberse prestado la declaración en situación del secreto del sumario, sin presencia de las partes. La contestación de la Sentencia a ese óbice —folio 37—, es la siguiente:

«En respuesta a esta alegación, debemos recordar que si bien es cierta la declaración en sede sumarial del Sr. Bayo Leal estando secreto el sumario, no es menos cierto, que pocos días después de concluirse dicha declaración concretamente por auto de 8 de septiembre obrante al folio 11414 se alza el secreto parcial del sumario "...decretado el ocho de agosto de 1997, respecto de las declaraciones del procesado Felipe Bayo ...". A partir de dicho momento, se pudo solicitar por la representación del actual recurrente y del resto de los recurrentes condenados, nueva declaración que ya hubiera estado sometida al rigor de la contradicción, en la propia fase sumarial. No interesa indagar las causas de que ello no se hiciera. Basta constatar que pudo hacerse y no se hizo, como argumento para desmentir la alegación de que la defensa nunca pudo someter a contradicción la declaración inculminatoria del Sr. Bayo.»

Ya al examinar la similar respuesta de la Sentencia de la Audiencia Nacional al mismo óbice en el apartado IV.5.5.2 de este Voto, exponíamos las razones de rechazo de ese argumento; por lo que basta con que se de aquí por reproducido por remisión lo ya dicho al respecto. Pero lo mismo que entonces, debemos aludir aquí a las razones atendidas en nuestra propia Sentencia, aludidas en el siguiente apartado IV.5.5.3 de este Voto, para aceptar que, pese a la deficiencia del argumento de la Sentencia del Tribunal Supremo, pueda admitirse, en definitiva, la concurrencia del requisito de la contradicción y por ende la idoneidad constitucional de la declaración como medio de prueba.

Con todo, y para completar las reservas y dudas que en ese apartado del Voto se expusieron, no está de más resaltar aquí el dato de que tampoco la Sentencia del Tribunal Supremo hace referencia a las diligencias en que se basa la argumentación de nuestra Sentencia.

En suma, entendemos que la Sentencia del Tribunal Supremo, al aceptar la idoneidad constitucional de la declaración del coimputado Sr. Bayo, es constitucionalmente correcta. Ahora bien, esa idoneidad genérica, como ya se razonó al enjuiciar la razonabilidad de las inferencias derivadas de esa declaración cuando analizábamos la Sentencia de la Audiencia Nacional, es cuestión distinta de la atinente a la consideración concreta del contenido de la declaración y su eficacia como soporte de los hechos probados, sobre lo que habrá de volverse.

2.3 Argumentación alusiva a las declaraciones de los Sres. López Carrillo y Vázquez Aira.

El análisis de las declaraciones de los testigos Sres. López Carrillo y Vázquez Aira se sitúa en un plano de pura valoración de la credibilidad atribuida a uno y otro testigo, en el que la solución judicial se mueve en el terreno que le es estrictamente propio y que desde nuestra propia posición debemos respetar. Por ello no hay nada que objetar al rechazar los óbices opuestos a dichas declaraciones y a la eficacia atribuida al testimonio del testigo Sr. López Carrillo.

Con todo, conviene aludir aquí a lo que al analizar esa declaración dejamos dicho en el apartado IV.4 de este Voto, y especialmente en el 4.1 sobre dificultades que allí se destacaron sobre el modo de entrada en el proceso de este testigo, sobre las que tampoco la Sentencia del Tribunal Supremo hace consideraciones que permitan disipar nuestra preocupación intelectual al respecto.

Y en todo caso, y como ya hemos hecho al referirnos a la precedente declaración del testigo en apartado anterior de este Voto (IV.2), conviene retener la idea de la diferenciación entre la idoneidad constitucional genérica del testimonio y la eficacia concreta de su contenido como soporte de la declaración de hechos probados.

2.4 Argumentación alusiva a la declaración del testigo protegido 2345.

En esa parte de la argumentación del relato se contienen consideraciones que en cuanto se refieren a la mera «incorporación del testigo protegido 2345 al causal probatorio de cargo», pueden ser compartidas. Cosa diferente es la realidad del contenido de las declaraciones y su eventual función como soporte de los hechos probados.

Mas no puede compartirse (aunque debamos reconocer que esa tesis la comparte la Sentencia de este Tribunal de la que disintimos) el distanciamiento que se indica en la Sentencia entre ese concreto testigo y el supuesto genérico de la doctrina del testigo de referencia, por el hecho de que el testigo referido sea aquí un coimputado. Sobre este particular, y para rechazar tal planteamiento, nos referimos a lo ya expuesto en el apartado IV.3, especialmente 3.2.

En todo caso, y en la medida en que en la Sentencia del Tribunal Supremo no existe ningún contenido alusivo a las circunstancias de la entrada en el proceso de este especial testigo, a las que aludíamos en el análisis de la Sentencia de la Audiencia Nacional en IV.3.4, las reservas que allí se hacían y la crítica que se razonaba en 3.5 no resultan desvirtuadas por el contenido del fundamento de la Sentencia del Tribunal Supremo que aquí analizamos.

2.5 Análisis de la argumentación del apartado 3.4 del fundamento de Derecho tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo alusivo a la alegada «ausencia de prueba de cargo respecto del recurrente [*Sr. Rodríguez Galindo*] en relación a los delitos de detención ilegal y asesinato por los que ha sido condenado».

La argumentación se inicia con la siguiente afirmación, que es clave, a nuestro juicio, para lo que estimamos, y así lo hemos razonado al enjuiciar la Sentencia de la Audiencia Nacional, la difuminación del problema crucial de la individualización de responsabilidades, problema esencial en este caso.

Se dice así [el subrayado de la propia Sentencia]:

«Los hechos sentenciados se desarrollan en dos secuencias claramente diferenciadas aunque seguidas en el tiempo, la primera secuencia se refiere a la detención de los Sres. Lasa y Zabala en Francia y su traslado a La Cumbre, en San Sebastián el día 16 de octubre de 1983, y la segunda al hallazgo de sus cadáveres el 20 de enero de 1985 en la Foya de Coves —Alicante— aunque su identificación no tuvo lugar hasta diez años más tarde, en 1995.»

Ese arranque de la argumentación implica una concepción de los elementos esenciales del problemático caso que difieren en términos muy sensibles de la visión que de él hemos expuesto, y razonado, al analizar la Sentencia de la Audiencia Nacional.

Es precisamente la reducción fáctica de la detención ilegal a un hecho unitario, la que en el razonamiento ulterior de la Sentencia del Tribunal Supremo permite solucionar los problemas de la imputación subjetiva de los delitos, y sobre todo lo que permite establecer la base de una prueba de indicios para las condenas por los delitos de asesinato. Y por ello es por lo que desde el inicio debemos salir al paso de un planteamiento tal. Ese planteamiento además encierra en realidad un juicio de valor implícito, que consideramos que no se ajusta estrictamente al relato de hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Nacional, (no modificado en la Sentencia del Tribunal Supremo, y por lo tanto límite infranqueable de su posible fundamentación jurídica), en la que incluso en su composición formal en la distribución sistemática del relato de hechos probados se distingue en hechos distintos el secuestro de los infortunados Sres. Lasa y Zabala en Francia y la estancia en La Cumbre, con protagonistas diferenciados en cada episodio.

Por tanto el respeto de esa diferenciación fáctica es en este caso absolutamente determinante, y de ella se deriva la dificultad básica de todo el proceso.

La Sentencia dice a continuación lo que sigue:

«La sentencia enmarca los hechos en la consolidación de la idea sostenida por personas del Ministerio del Interior, de llevar a cabo acciones violentas contra miembros de ETA, al margen de la Ley. Se trata de una afirmación que integra un juicio de valor que aparece fundamentado y que la sentencia recurrida estima suficiente para exponerlo como juicio de certeza que define el escenario espacio temporal y espacial en el que luego ocurrirán los concretos hechos enjuiciados. Al respecto se remite a los documentos del Centro Superior de Información del Ministerio de la Defensa...»

Tras aludir al cuestionamiento sobre la autenticidad de los documentos, se dice:

«La Sala sentenciadora, les otorga credibilidad suficiente y a ello une la detención de tres miembros de los G.E.O. que también intentaron secuestrar a un miembro de ETA, hecho que se produjo el 18 de octubre de 1983 —dos días después del secuestro de los Sres. Lasa y Zabala—, coincidencia temporal que estima como una actuación concertada y no fruto de la casualidad, por lo demás, la sentencia que se impugna, no considera los documentos del CESID como única fuente de convicción, más bien les concede el carácter de mero dato de corroboración...»

Por último, para cerrar la parte de la argumentación de la Sentencia que interesa en este momento, alusiva a la violencia antiterrorista de determinados medios estatales, se concluye dicha argumentación diciendo:

«Al día de hoy, podemos considerar que el hecho de iniciar unas acciones contra el terrorismo desde la ilegalidad es algo que —lamentablemente—, referido a aquella época puede estimarse como hecho notorio.»

Lo que se completa con referencias judiciales sobre esa lamentable violencia.

En ese pasaje de referencia a la Sentencia de la Audiencia Nacional, de una destacable eficacia convictiva aisladamente considerado, se pasan por alto determinadas precisiones del relato de hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Nacional, especialmente problemáticos respecto de la grave cuestión de la individualización de responsabilidades, sobre las que se llamó la atención en este Voto en sus apartados IV.1 y 2 especialmente, y que, tras un estudio por nuestra parte del contenido de las declaraciones que pudieran tener alguna relación discernible con esa parte de los hechos probados, nos llevaba a la conclusión expresada en el número 10 de ese apartado.

Dada nuestra apreciación de la razonabilidad de las inferencias probatorias alusivas a esa parte del relato de hechos probados, no nos resulta aceptable la argumentación de la Sentencia del Tribunal Supremo.

La lectura del hecho probado I de la Sentencia de la Audiencia Nacional (*vid* apartado IV.1 de este Voto) pone de manifiesto que hay algo más que el enmarcamiento de los hechos en un marco de violencia antiterrorista, lo que es sin duda cierto. Existe un contenido del hecho probado más significativo, resaltado en el apartado IV.2 b) y c) de este Voto, que tiene que ver con una imputada decisión personal de los Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche de intervenir en esas actividades, y en una propuesta y expresa aceptación de los demás demandantes, que en la construcción argumental de la Sentencia opera como auténtica clave de su discurso: («...decidieron que ellos debían intervenir, tratando de lograr la detención en Francia y el traslado a España de aquellos miembros de E.T.A. que consiguiesen localizar, a fin de obtener información, aunque luego fuese preciso hacerlos desaparecer para evitar que los hechos fuesen descubiertos, valiéndose de algunos de los Guardias Civiles destinados en el servicio de información de esa Comandancia, entre ellos el Capitán Ángel Vaquero Hernández, el Cabo Enrique Dorado Villalobos y el Guardia Felipe Bayo Leal, quienes se mostraron de acuerdo con ello»). Hay en esa parte del relato unos compromisos personales de dirección y ejecución de un determinado tipo de actuaciones delictivas, en función del cual se acotan las actividades enjuiciadas en el proceso *a quo* en un marco de imputaciones subjetivas limitado a los demandantes. Ocurre empero que esos compromisos previos, que tienen en la Sentencia de la Audiencia Nacional la funcionalidad señalada, están ayu-

nos de una prueba directa, y tampoco en relación con ellos se articula una prueba de indicios en términos constitucionalmente aceptables, como se razonó en el apartado IV de este Voto.

Sobre esa base la difuminación de ese fundamental contenido del hecho probado I en el pasaje de la Sentencia del Tribunal Supremo que ahora analizamos, supone un distanciamiento conceptual respecto de los exactos términos del relato de hechos probados de la Sentencia recurrida en casación, a través del que se desvanece lo que constituye el problema esencial de este proceso, sobre el que tan reiteradamente hemos llamado la atención, lo que no consideramos constitucionalmente aceptable.

El salto desde la violencia antiterrorista en general, (con implicación de sectores del Ministerio del Interior con una concreta manifestación en acciones ajenas a los demandantes, asumidas por el Ministerio del Interior), a la decisión personalizada de los demandantes de participar en ella con protagonismo propio diferenciado, es la cuestión clave del proceso, de la que no se puede prescindir en el análisis de la razonabilidad de las inferencias probatorias.

La argumentación ulterior del fundamento de Derecho que analizamos, referida ya en concreto a lo declarado por los testigos antes citados, así como a la solución por parte de la Sentencia de la Audiencia Nacional de las contradicciones de esas declaraciones por otras, con referencia a los límites de la Sentencia casacional al respecto y cita de las SSTC 68/2001, 81/1998 y STC de 4 de junio de 2001, lleva a la conclusión expresada en el siguiente pasaje:

«Desde la doctrina expuesta, y ya dando respuesta concreta a la denuncia del recurrente de inexistencia de prueba de cargo que justifique su condena como autor de dos delitos de detención ilegal cometidos en las personas de los Sres. Lasa y Zabala, estimamos que el resultado del control casacional efectuado existió suficiente actividad probatoria como para provocar el decaimiento del derecho a la presunción de inocencia y dando un paso más, la conclusión objetivada en la declaración de autoría es totalmente razonable y en modo alguno arbitraria, punto en el que debe cesar el control casacional que se limita al “juicio sobre la prueba”, quedando extramuros el “juicio sobre la valoración de la prueba” como ya se dijo y ahora se reitera.

Es evidente que quien ordenó los interrogatorios de los detenidos a subordinados de su máxima confianza, y los visitó, en cuanto superior jerárquico integrado en una estructura militar del Cuerpo de la Guardia Civil, fue asimismo quien dio la orden de su detención. Esta es en síntesis, viene a ser la conclusión a que llega la sentencia, conclusión totalmente razonable y plausible, la que queda enmarcada en las concretas coordenadas espacio-temporales ya referidas que preconstituían un cierto ambiente favorecedor de este tipo de acciones.»

Debe tenerse en cuenta que la Sentencia no hace en ese pasaje una propia apreciación de la prueba, sino la revisión crítica de la apreciación de la desarrollada ante el Tribunal *a quo*, de modo que, como ya advertimos en el apartado II.2.3 de este Voto, el Tribunal de casación no se encuentra en una posición de ventaja respecto a la nuestra desde el punto de vista de la inmediación y oralidad, y respecto a las distintas posibilidades de apreciación de la credibilidad de los testigos y partes, circunstancia, por lo demás, destacada en la Sentencia del Tribunal Supremo con absoluta corrección.

Ocurre que, dado lo expuesto en el apartado IV de este Voto en sus distintos apartados, la apreciación de la razonabilidad de las inferencias probatorias extraídas de las declaraciones de los mismos testigos aludidas en este fundamento de Derecho de la Sentencia del

Tribunal Supremo, resulta totalmente diferente de la nuestra; lo que nos impide aceptar las conclusiones contenidas en el pasaje transcrito de la Sentencia del Tribunal Supremo. Las diferencias se explican por la ya antes aludida excesiva restricción del canon de enjuiciamiento aplicado en la Sentencia del Tribunal Supremo, que, al abordar el examen de la cobertura de la declaración de hechos probados por las declaraciones que se citan, entendemos que no ha penetrado en el concreto contenido de cada una de las declaraciones y en su relación con cada uno de los hechos, examen que, correspondiendo al de un juicio de razonabilidad de las inferencias probatorias, y por tanto al de la tutela del derecho fundamental de presunción de inocencia, pudo ser realizado en la Sentencia casacional, y consideramos que ésta no realizó. Por eso no encontramos razones compartibles en la Sentencia del Tribunal Supremo que nos permitan superar la apreciación de la vulneración de dicho derecho fundamental que ya expusimos en IV.10.

Es destacable en el pasaje transcrito la no diferenciación de los distintos episodios de las detenciones ilegales, y la difuminación de la secuencia fáctica del secuestro en Francia, que es la parte del relato de hechos probados en que hemos apreciado la vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia.

Especialmente hemos de destacar la contundente afirmación de que «es evidente que quien ordenó los interrogatorios de los detenidos a subordinados de su máxima confianza, y los visitó, en cuanto superior jerárquico integrado en una estructura militar del Cuerpo de la Guardia Civil, fue asimismo quien dio la orden de su detención».

Es éste uno de los puntos en los que la Sentencia del Tribunal Supremo viene a suplir con la propia una argumentación ausente en la de la Audiencia Nacional. Y se hace precisamente para llenar el vacío de explicación respecto de la planificación de los secuestros en Francia. En realidad lo que hace la Sentencia del Tribunal Supremo en este punto, aun sin decirlo expresamente, es articular por sí misma, con ocasión del recurso de casación, una auténtica prueba de indicios, en la que del hecho probado de la dirección de los interrogatorios de los ilegalmente detenidos en La Cumbre, se infiere, como hecho evidente, la orden de detención.

Contrasta esa suplencia en lo que es propiamente articulación de una prueba, ausente en la Sentencia de la Audiencia Nacional, con la restricción, que hemos considerado excesiva, en el análisis de la razonabilidad de las inferencias probatorias de las consideradas en la Sentencia del Tribunal *a quo*.

En todo caso, y habida cuenta de las circunstancias concurrentes, la afirmación de que «es evidente» lo que la Sentencia dice, no resulta aceptable, pues lejos de ser evidente, es precisamente el elemento más problemático del caso. En la misma alusión en ese comprometido pasaje a la condición de «superior jerárquico integrado en una estructura militar del Cuerpo de la Guardia Civil», no puede dejar de considerarse, como elemento imprescindible a la hora de un necesario control de la apertura de la inferencia, que el Sr. Rodríguez Galindo no era la cabeza de esa estructura militar jerarquizada, sino un segundo jefe; por lo que el hecho de que miembros de la «estructura militar del Cuerpo de la Guardia Civil» por orden del entonces Comandante Rodríguez Galindo participasen en los interrogatorios de unas personas ilegalmente detenidas en La Cumbre, no permite inferir, atendiendo a las reglas del criterio humano o de la experiencia común, que son las que deben jugar en la prueba de indicios, que quien dirigiera los interrogatorios de los detenidos fuese el que diera la orden de la detención, habiendo, como había, jerarquías superiores a la suya, de quien podía haber provenido esta última orden.

Finalmente esta prueba de indicios innominada articulada en la Sentencia del Tribunal Supremo supone en el ulterior discurso de la misma que el hecho base de la posterior prueba de indicios de los asesinatos se establecería a su vez sobre una prueba de indicios.

Por todo lo razonado debemos rechazar la argumentación de la Sentencia del Tribunal Supremo por la que por su parte se rechaza la vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia del recurrente Sr. Rodríguez Galindo en los imputados delitos de asesinato, manteniendo frente a ella la que al respecto quedó puesta en el apartado IV de este Voto.

3. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo en lo relativo a los delitos de asesinato.

El mismo fundamento de Derecho tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo examina la alegada vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia en la condena por los delitos de asesinato.

La Sentencia comienza su análisis de la cuestión, concretando con plausible precisión el pasaje de la Sentencia recurrida en casación en el que se contiene el enjuiciamiento de la cuestión, respecto del que formula una inequívoca censura. Se dice al respecto:

«La sentencia recurrida con una concisión desaconsejable dada la importancia de los cargos, aborda la cuestión en el último párrafo de la página 41 afirmando desde la acreditación de la secuencia anterior —la detención—, que la decisión de eliminar a los Sres. Lasa y Zabala *“...solo pudo ser tomada por las personas que habían decidido su secuestro...”*, juicio de inferencia que lo apoya en la propia declaración del testigo protegido núm. 2345, que es el único de todas las pruebas personales practicadas que de manera explícita se refiere a esta segunda secuencia tanto en su declaración sumarial —folio 3075— como en el Plenario.»

Es claro que en este pasaje la Sentencia establece la base de partida de su propio análisis, sobre cuya base, aceptada en cuanto establecida en la Sentencia de la Audiencia Nacional, se articula la posterior argumentación.

Es destacable en esa base de partida la expresa referencia a «la acreditación de la secuencia anterior —la detención—», y la expresa indicación de que el juicio de inferencia de la Sentencia de la Audiencia Nacional se apoya en la declaración del testigo protegido núm. 2345, «único de todas las pruebas personales practicadas que de manera explícita se refiere a esta segunda secuencia».

En nuestro propio análisis ya expresado en el Apartado anterior, y en los referidos desde él del apartado IV de este Voto, hemos apreciado la vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia del recurrente en cuanto al contenido de la declaración de Hechos Probados de la Sentencia de la Audiencia Nacional relativo al secuestro realizado en Francia y a la previa opción del Sr. Rodríguez Galindo de intervenir en la violencia antiterrorista, iniciada por sectores del Ministerio del Interior, así como en la inferencia probatoria concerniente al testigo de referencia. Dadas esas precedentes consideraciones de nuestra parte, el presupuesto de arranque de la argumentación de la Sentencia del Tribunal Supremo, que parte del respeto de esos dos elementos de la Sentencia de la Audiencia, nos resulta rechazable.

Con ello todo el ulterior discurso, en el que no se supera ese déficit inicial, pese a su indudable brillantez, entendemos que carece de una base firme de sustentación.

La Sentencia del Tribunal Supremo hace la afirmación, referida a la de la Audiencia Nacional, que es decisiva para nuestro propio análisis, de que:

«Aunque la sentencia no lo explicita, es claro que la prueba de cargo respecto de los asesinatos, es prueba indiciaria.»

Y tras exponer la doctrina relativa a la idoneidad de tal prueba y a los límites del control casacional respecto a la misma, pasa a analizar las circunstancias del caso en los siguientes términos:

«En el presente caso ya se parte de la acreditación por prueba directa —testimonio del coimputado— y resto de las probanzas analizadas de la realidad de la detención de dos personas y de la autoría respecto del recurrente. Autoría que es plural en la medida en que existe un acuerdo de voluntades de varias personas, todas menos una, integradas en una cadena mando militar, pero el único civil, el Sr. Elgorriaga, en su condición de Gobernador Civil, Jefe de todas las Fuerzas de Seguridad del Estado en la Provincia; todas acordes en la realización del plan delictivo trazado, con distintos papeles en tres niveles que pueden ser de decisión, coordinación y ejecución, todos nucleares respecto del tipo y por tanto con igual grado de responsabilidad penal, bien que en este recurso nos centremos en la persona del recurrente Sr. Rodríguez Galindo, coautoría que en relación al delito de detención ilegal dada su naturaleza de delito permanente evidencia una especial y permanente persistencia en el designio criminal.

La aparición de los cadáveres el 20 de enero de 1985 en la Foya de Coves, Busot-Alicante, y su identificación —no cuestionada como los restos mortales de los que fueron en vida de los Sres. Lasa y Zabala, plantea el interrogante de la determinación de la autoría de tales muertes.

La sentencia sometida a la presente censura casacional, construye un juicio de inferencia que parte del hecho-base, totalmente acreditado de la detención y de la coautoría de los condenados en dicho delito de detención ilegal, llega al hecho-consecuencia de que también ellos son autores del delito de asesinato, y por tanto lo es el recurrente, Sr. Rodríguez Galindo cuyo recurso es el que ahora se analiza.

La sentencia recurrida con la concisión que ya ha sido censurada nos dice en el último párrafo de su página 41 *“...la decisión de eliminar a ...y de trasladarlos a Alicante, solo pudo ser tomada por las personas que habían decidido su secuestro...”*

Puede comprobarse cómo en el pasaje transcrito se da por sentada la acreditación por prueba directa de las detenciones ilegales, con lo que no sólo se da por buena, sino que incluso se refuerza en la Sentencia del Tribunal Supremo, la fusión indiscriminada en un episodio de detención de lo que son dos secuencias claramente diferenciadas en el relato de hechos probados, con participaciones subjetivas diferentes, fusión previamente producida en la fundamentación jurídica de la Sentencia de la Audiencia Nacional. Resulta así que la argumentación de la Sentencia de casación no se atiene estrictamente al relato de hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Nacional, en el que no existe una unicidad del soporte fáctico de los delitos de detención ilegal, sino dos secuencias de hechos perfectamente diferenciadas.

Ya hemos razonado con reiteración cómo esa diferenciación de secuencias y de conductas delictivas es precisamente el núcleo problemático para la individualización y prueba de las responsabilidades por los delitos de asesinato, por lo que todos los razonamientos expuestos al respecto conservan aquí su valor, y por ello no podemos aceptar esas consideraciones de la argumentación de la Sentencia del Tribunal Supremo.

Pero es que además la Sentencia del Tribunal Supremo no se limita a la pura referencia a los contenidos relevantes de la de la Audiencia Nacional, sino que ade-

más se completa la simple referencia con una apreciación probatoria inmediatamente propia, cuando se habla de la «Autoría que es plural», y se explica esa autoría plural, diciendo de las personas partícipes que estaban «todas acordadas en la realización del plan delictivo trazado, con distintos papeles en tres niveles que pueden ser de decisión, coordinación y ejecución, todos nucleares respecto del tipo y por tanto con igual grado de responsabilidad penal».

Es ésta una consideración de tanta importancia, que propiamente supone afirmar en el punto de arranque de lo que se presenta como análisis crítico de una inferencia probatoria, obtenida por una prueba de indicios, la conclusión que, en su caso, pudiera inferirse por medio de esa prueba.

Tal conclusión es además de la más trascendental importancia jurídica, pues supone la afirmación de acuerdo para la comisión de un delito (*pactum sceleris*), con el que se cubre todo el itinerario del mismo, en el que se incluyen desde el principio nada menos que los asesinatos.

Lo que aquí interesa es destacar que esa consideración no se contiene en la Sentencia de la Audiencia Nacional, y que, en cuanto apreciación probatoria directa, no viene acompañada de la indicación de su soporte probatorio. Por tanto al ulterior análisis no se le puede atribuir el sentido de versar sobre la razonabilidad de una inferencia establecida en su Sentencia por el órgano *a quo*, según el cometido definido en la propia Sentencia de casación como propio de ésta, sino que es una apreciación probatoria de la Sentencia de casación, de inequívoco significado de suplencia de la argumentación de la Sentencia recurrida en casación.

Y en esa apreciación probatoria, lo recordamos una vez más, el órgano jurisdiccional no se encuentra en la situación de ventaja por razón de la inmediación y de la oralidad respecto de nuestra propia posición. Por ello, ateniéndonos en todo caso a los límites de nuestro control constitucional, que es, en cuanto a la apreciación de la prueba, de exclusivo control de razonabilidad de las inferencias probatorias, los razonamientos que dejamos expuestos al tratar de nuestro análisis de la Sentencia de la Audiencia Nacional, y más en concreto del contenido de éste atinente a los delitos de detención ilegal, conservan aquí todo su valor, para que no podamos aceptar la apreciación probatoria de la Sentencia de casación, que aquí estamos analizando.

Sigue a continuación la que en la argumentación de la Sentencia se presenta como control casacional de la prueba indiciaria, del que se distingue un punto de vista formal y otro material. En el primero se dice que hay hechos-base expresados en el razonamiento de la Sentencia y «expresión del razonamiento o juicio de inferencia que une aquellos con el hecho-consecuencia que se quiere acreditar».

Precisamente en nuestro propio análisis de la Sentencia de la Audiencia Nacional, en el apartado V.3, exponíamos nuestro criterio de que en el pasaje de la página 41 de dicha Sentencia, aludido en la del Tribunal Supremo, no había juicio de inferencia, sino afirmación pura y simple de la consecuencia inferida, y por ello rechazábamos desde nuestra óptica constitucional la inferencia obtenida por una innominada prueba de indicios. Esas consideraciones nos impiden aceptar las de la Sentencia del Tribunal Supremo contrarias al respecto.

El análisis desde el punto de vista material reitera la acreditación de los hechos base «la detención de quienes luego aparecieron muertos», acreditación que se dice producida «por prueba directa y otra serie de probanzas y corroboraciones que ya se han analizado anteriormente». Y se añade:

«Se trata de la detención de un hecho de singular potencia acreditativa, porque es obvio que la primera

obligación de toda persona que acuerda la detención de otra es convertirse en garante de la indemnidad del detenido, garantía más exigible si cabe en supuestos en los que la detención supone una flagrante violación del derecho a la libertad, que recordemos constituye el primero de los valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico —art. 1 CE. Este acreditado delito de detención en su valoración como indicio a los efectos de la imputación por el hecho— consecuencia no está desvirtuado por ningún conatindicio, y, en definitiva, el juicio de inferencia construido por la Sala sentenciadora, está explicitado y es razonable, debiéndose concluir el control casacional con la verificación del “juicio de razonabilidad” de la inferencia.»

Es preciso llamar la atención sobre la «singular potencia acreditativa» que se atribuye al hecho de la detención, significado que se justifica en razón de que «la primera obligación de toda persona que acuerde la detención de otra persona es convertirse en garante de la indemnidad». Tal planteamiento parte de la hipotética singularización de la «persona que acuerda la detención de otra»; pero precisamente esa singularización es el factor problemático en este caso, según hemos resaltado con reiteración a lo largo de este Voto. Nos referimos al respecto a lo que quedó dicho en el apartado V.3 cuando respecto de la Sentencia de la Audiencia Nacional analizábamos si la inferencia probatoria obtenida por una prueba de indicios, no argumentada en dicha Sentencia, era o no excesivamente abierta o inconcluyente (folio 64). El enunciado de la obligación de garante que se contiene en el pasaje que ahora analizamos podría ser admisible en una situación de base nítida; pero no cuando el elemento de problematicidad se sitúa precisamente en la determinación de quiénes acordaron la detención, habida cuenta de la existencia de las dos fases de la detención sobre las que hemos llamado la atención con insistencia. Por ello no consideramos constitucionalmente aceptable que de la sola acreditación del delito de detención ilegal en su contenido fáctico desarrollado en La Cumbre, pudiera deducirse en este caso la autoría de los asesinatos: en primer lugar, por la trascendental importancia que respecto a éstos es atribuible a la planificación y ordenación de los secuestros en Francia, cuya imputación a los demandantes Sres. Rodríguez Galindo y Elgorriaga Goyeneche consideramos en su momento (apartado IV.10) contraria al derecho fundamental de presunción de inocencia, y en segundo lugar por la ruptura de la conexión espacio-temporal entre la detención y el descubrimiento de los cadáveres.

En un paso más en la argumentación se llega a decir en el pasaje que analizamos que el indicio afirmado, a los efectos del hecho consecuencia, no está desvirtuado por ningún conatindicio. Tal proposición encierra un elemento de apreciación de prueba, que no es ni mucho menos evidente, y que, para que fuera aceptable, precisaría, en nuestro criterio, de una mayor justificación argumental. No puede olvidarse el contenido del hecho probado V de la Sentencia de la Audiencia Nacional: la reivindicación de los asesinatos en nombre del GAL el 20 de enero de 1984, y la que considerábamos insatisfactoria explicación de tal hecho como eventual elemento obstativo en la prueba de indicios a que nos referimos en el apartado V.3 *in fine* de este Voto. El indudable valor de conatindicio respecto de la imputación de responsabilidad por los asesinatos, reclamaba una explicación mínimamente satisfactoria, sin la cual la eficacia desvirtuadora del indicio, atribuible al conatindicio, se alza contra la contundente negativa del pasaje. Sobre este punto llama la atención en la Sentencia el silencio sobre el posible significado obstativo de esa reivindicación.

Naturalmente los óbices conceptuales que se alzan frente a los presupuestos argumentales del pasaje analizado impiden que podamos aceptar el juicio conclusivo de que «el juicio de inferencia construido por la Sala sentenciadora, está explicitado y es razonable», que es con el que se culmina en la casación la afirmada «verificación del “juicio de razonabilidad” de la inferencia».

El fundamento de Derecho de la Sentencia de casación que estamos analizando se refuerza con la afirmación siguiente:

«En efecto, la prueba de cargo ha acreditado los dos pilares esenciales que justifican el juicio de razonabilidad objetivado:

a) La detención ilegal de los Sres. Lasa y Zabala, hecho del que existe una autoría plural, pero que en este preciso momento concretamos en la autoría del recurrente Sr. Rodríguez Galindo.

b) No consta la puesta en libertad de los ilegalmente detenidos.

Esta situación la muerte de las personas que se encuentran bajo el dominio de quien vulnerando toda la legalidad, las detuvo, no constando su puesta en libertad, no dando ninguna explicación, y negando incluso el hecho de la detención, acreditado por prueba directa, constituye en opinión de la Sala un fortísimo indicio de que dicha muerte le es imputable a título de autor, aquellos que probadamente practicaron la detención.»

Este pasaje tiene dos partes, cada una de las cuales debe ser objeto de análisis.

La primera es en realidad reiteración de la afirmada posición de garantes de los autores de la detención ilegal, que ya ha sido objeto de anterior análisis, sin que por tanto sea preciso reiterar lo ya dicho.

La segunda se refiere, como elemento de justificación de la imputación de los asesinatos a quien se ha considerado garante de la libertad de los detenidos, a la falta de constancia de la puesta en libertad y a la falta de explicación y negativa de la detención.

Debemos reconocer que esa misma falta de explicación es especialmente destacada en nuestra Sentencia (FJ 15), con cita de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de agosto de 1992 (caso *Tomasi contra Francia*), 13 de junio de 2000 (caso *Timurtas contra Turquía*) y 18 de junio de 2002 (caso *Orhan contra Turquía*).

Saliendo al paso de la cita en nuestra Sentencia de las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos referidas, debe significarse que en esas Sentencias no se enjuician responsabilidades penales de individuos, sino la responsabilidad de los estados concernidos por violación del art. 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, lo que es algo esencialmente distinto. Por ello la cita de esta jurisprudencia para justificar el juego de una prueba de indicios conducente a la imputación de una responsabilidad individual por unos delitos de asesinato la estimamos fuera de lugar. Y más, cuando en el la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de julio de 1999 (caso *Selmouni contra Francia*), que reitera la doctrina del caso *Tomasi*, se afirma que la culpabilidad de los agentes de policía compete únicamente a los Tribunales internos, en concreto en el caso a los penales franceses, y que cualquiera que hubiera sido el resultado del procedimiento en el plano interno, la constatación de la culpabilidad o no de los agentes de policía no podría librar al Estado demandado de su responsabilidad con respecto al Convenio.

Pero volviendo al análisis de la Sentencia de casación, estimamos que interpretar la referida falta de explicación como factor en contra del acusado en la tesis de

justificar una presunción de asesinato, cuando se ha probado su autoría de una detención ilegal precedente, resulta contraria a la jurisprudencia de este Tribunal.

Con carácter general, este Tribunal, mediante la expresa invocación de la doctrina sentada en la STEDH, de 8 de febrero de 1996 (caso *John Murray*), en relación con la posibilidad de atribuir valor de indicio o probatorio de cargo al silencio o a la futilidad del relato alternativo de los acusados de su participación en los hechos incriminados, en virtud de los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable como manifestación del derecho de defensa en su vertiente pasiva y concreción del derecho a la presunción de inocencia, tiene declarado que pueden extraerse consecuencias negativas del silencio de los acusados «cuando, existiendo pruebas inculpativas objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación», de modo que «en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación ... la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada, o la motivación fuese irrazonable o bien fuese la consecuencia del sólo hecho de haber optado la recurrente por guardar silencio» (STC 202/2000, de 24 de julio, FF JJ 3 y 5). En otras palabras, el silencio o la futilidad del relato alternativo de los acusados «puede servir acaso para corroborar su culpabilidad, pero no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficiente» (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6). De modo que el silencio del acusado no puede completar una prueba de cargo inexistente o insuficiente, sin que ello vulnere la presunción de inocencia, por la sencilla razón de que el derecho a la presunción de inocencia, comporta, en primer término, que el hecho delictivo ha de probarlo la acusación.

Como se afirmó en la STC 229/1998, de 1 de diciembre, «la versión de los hechos ofrecida por el inculcado constituye un dato que el Jugador puede tener en cuenta, pero ni aquél tiene por qué demostrar su inocencia ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba debe servir para considerarlo culpable» (FJ 2). O, en palabras, de la STC 24/1997, de 11 de febrero, «ciertamente el acusado no tiene que demostrar su inocencia e incluso el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba no debe servir para considerarlo culpable. Pero su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente» (FJ 3).

Así pues, al silencio de los acusados, como señala el Abogado del Estado, sólo cabría conferirle valor de corroboración de la culpabilidad de los demandantes de amparo si previamente la Sala, con los elementos de prueba de los que dispone, hubiera llegado a tal conclusión o evidencia inculpativa, lo que, por las razones antes expuestas, no puede entenderse que ha acontecido en el presente supuesto.

En un sentido más concreto respecto del art. 483 del Código Penal de 1973, que establecía un tipo agravado de la detención ilegal penado con pena igual a la del delito de asesinato, reclusión mayor, este Tribunal (ATC 419/1990, de 28 de noviembre, FJ 6, cuya doctrina reitera el ATC 420/1990, de 28 de noviembre, FJ 4), rechazó, como incompatible con el derecho fundamental de presunción de inocencia, una interpretación del tipo como puro delito de sospecha por la falta de explicación de la desaparición. Pues bien, si la interpretación de un tipo tal en términos de delito de sospecha se consideró incompatible con el derecho fundamental de presunción de inocencia, no sería lógico admitir que la conducta que, en su caso, pudiera haber dado cuerpo

a ese tipo especial (correlativo, salvo en la gravedad de la pena al art. 166 del Código penal de 1995), pueda ser interpretada en contra del acusado en términos de elemento indiciario nada menos que de los asesinatos de las personas detenidas, resolviendo por tal expediente interpretativo las graves dificultades que en este caso se suscitan para la individualización de las responsabilidades.

No se nos oculta que en este caso, y a diferencia de los casos a que se refieren los Autos aludidos, no nos hallamos sólo ante unas desapariciones, puesto que la aparición de los cadáveres de las trágicas víctimas demuestra la existencia de los asesinatos. Pero entendemos que la ruptura espacio-temporal entre las detenciones y la aparición de los cadáveres, así como la indeterminación de los protagonistas subjetivos de la etapa inicial de todo el *iter* delictivo, de especialísima importancia en este caso, impiden que por el solo hecho de las detenciones en La Cumbre, pueda atribuirse de modo indiscutible el pleno dominio de la acción, y la condición de garante a los demandantes de amparo, para sustentar sobre esa base la imputación de los asesinatos por vía presuntiva.

Por último el fundamento de Derecho de la Sentencia de casación que analizamos (y en la misma línea nuestra Sentencia) alude a dos elementos de corroboración de la prueba indiciaria. Por una parte, a la declaración del testigo protegido 2345; mas la descalificación por nuestra parte de tal prueba, por las razones que dejamos expuestas más atrás, nos impide aceptar tal corroboración.

Y por otra, se alude a la respuesta del Sr. Elgorriaga al testigo Sr. López Carrillo, cuando al preguntarle éste a aquél por los detenidos en La Cumbre obtuvo como respuesta la de que «... éstos ya no están, no me preguntes más...».

Una respuesta tal, en las muy difusas circunstancias del caso, sobre las que tan reiteradamente se ha llamado la atención, es tan excesivamente abierta, que no permite razonablemente extraer de ella un elemento de corroboración del hecho de unos asesinatos.

La conclusión final del fundamento sobre la no vulneración de los derechos fundamentales alegados por el recurrente en casación, en la concreta referencia al de presunción de inocencia, no podemos aceptarla, entendiéndolo, en contra de esa conclusión, que se ha vulnerado dicho derecho en la condena de Sr. Rodríguez Galindo por los asesinatos de las trágicas víctimas Sres. Lasa y Zabala.

Y por la extensión de las argumentaciones del fundamento de Derecho tercero de la Sentencia de casación a los otros recursos, esa misma conclusión es referible a los demás demandantes.

VII) Conclusión final

La consideraciones precedentes nos llevan a la conclusión de que en las Sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo recurridas, en la primera de modo directo y en la segunda al no haber reparado la vulneración de la anterior, se ha vulnerado el derecho fundamental de presunción de inocencia de los demandantes en cuanto a la imputación de responsabilidad por el episodio fáctico de los secuestros en Francia de las trágicas víctimas de los hechos y en cuanto a sus condenas por los delitos de asesinato; y que, sin embargo, las condenas por los delitos de detención ilegal en el contenido fáctico exclusivamente referente al episodio desarrollado en La Cumbre son compatibles con dicho derecho fundamental. Esta apreciación creemos que debiera llevar como consecuencia la estimación parcial de los recursos de amparo, con anulación en todo caso

de las Sentencias recurridas y retroacción de actuaciones al momento de dictar sentencia en la Audiencia Nacional, para que en relación con la acusación por los delitos de detención ilegal, y con referencia en exclusiva al episodio fáctico antes acotado, se dicte la sentencia que proceda en Derecho, habida cuenta además de que la apreciación del posible juego de la prescripción, expresada en el fundamento de Derecho tercero 2 de la Sentencia de la Audiencia Nacional, tenía como presupuesto la conexión con los delitos de asesinato, excluidos, en nuestro criterio, por las razones ya expresadas.

En todo caso las razones de la estimación de los recursos en relación con todos los demandantes estimamos que se potencian muy especialmente en el caso del demandante Sr. Vaquero, respecto del que la inexistencia de prueba de cargo resulta especialmente cualificada.

En este sentido dejamos formulado nuestro Voto particular.

Madrid, a veintidós de julio de dos mil dos.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Firmado y rubricado.

15994 *Sala Segunda. Sentencia 156/2002, de 23 de julio de 2002. Recurso de amparo 278-2001, promovido por don Giuliano de Montis respecto a los Autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que declararon procedente su extradición a Italia.*

Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (intangibilidad), a la defensa y a un proceso con garantías: extradición concedida después de haber denegado una primera solicitud; condena en el Estado reclamante mientras se tramitaba en España la solicitud para enjuiciarlo; entrega condicionada al respeto del derecho de defensa (STC 91/2000).

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 278-2001 (demanda núm. 104-B-2001), promovido por don Giuliano de Montis, representado por el Procurador de los Tribunales don Luis José García Barrenechea y asistido por la Letrada doña Amalia Fernández Doyague, contra el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 35/2000, de 5 de octubre, y el Auto del Pleno de la misma Sala núm. 71/2000, de 11 de diciembre, que desestimó el recurso de súplica interpuesto contra el anterior Auto, por los que se accedió a la ampliación de la extradición del demandante de amparo solicitada por la República de Italia mediante nota verbal núm. 461, en el expediente de extradición núm. 8/97. Ha comparecido y formulado alegaciones