

**AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN SEGUNDA**

N.I.G.: 28079 27 2 2007 0000763

ROLLO DE SALA: APELACION CONTRA AUTOS 330/2012

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: SUMARIO (PROC.ORDINARIO) 1/2011

ÓRGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº 5

A U T O

MAGISTRADOS

Ilmos. Sres.

D. FERNANDO GARCÍA NICOLÁS (Presidente)

D. JULIO DE DIEGO LÓPEZ

D. ENRIQUE LÓPEZ LÓPEZ (Ponente)

En Madrid, a quince de Enero de dos mil trece.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Las representaciones procesales de **JOSÉ MARÍA BALLESTEROS PASTOR** y **ENRIQUE PAMIES MEDINA**, interpusieron recursos de reforma y subsidiario de apelación contra el auto de Procesamiento de fecha 11.10.2012 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5.

SEGUNDO.– El Juzgado instructor mediante auto de fecha 2.11.2012 desestimó el recurso de reforma y admitió a trámite los recursos de apelación subsidiariamente interpuestos, dándole el curso legal, impugnando los recursos las representaciones procesales de **UNIÓN DE OFICIALES DE LA GUARDIA CIVIL Y PARTIDO POPULAR, ASOCIACIÓN DIGNIDAD Y JUSTICIA y ASOCIACIÓN VÍCTIMAS DEL TERRORISMO.**

TERCERO.– Recibido en esta Sección 2ª el testimonio de particulares, se formó rollo y se inició el trámite de instrucción con los apelantes, los apelados y el Ministerio Fiscal.

Evacuado el trámite, mediante resolución de 10.12.2012 se señaló vista que se celebró el día 14.12.2012 con la asistencia de los Letrados Sr. Vegas González, Sra. Ponte García, en defensa de los apelantes; los Letrados Sr. Godoy Garda, Sra. Santiago Ramírez y Sr. Guerra Maroto en defensa de los apelados; y el Ministerio Fiscal representado por el Sr. Bautista Samaniego.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique López López.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.– Con carácter previo y antes de entrar en el estudio del fondo de la cuestión, es conveniente recordar el alcance del anterior auto dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal, como consecuencia del recurso de apelación planteado frente el primitivo auto de procesamiento dictado por el Juez en la causa. La referida resolución del Pleno de la Sala principiaba dejando claro que “con independencia del tenor de esta resolución, adoptada en el curso de un procedimiento ordinario, las decisiones relativas al posible sobreseimiento de la causa competen en exclusiva a la Sala en fase intermedia (Capítulo II , del Título XI del Libro segundo de la LECrim.), de forma directa, y no por vía de recurso ni como petición principal, alternativa o complementaria a la solicitud de revocación del auto de procesamiento.”. En segundo lugar que la “La revocación del auto de procesamiento que se decide en el presente tiene como razón principal considerar que no se han agotado

todas las posibilidades de investigación que la situación ofrece. Se ha seguido exclusivamente una hipótesis investigatoria, con exclusión, a juicio de la Sala, de forma no suficientemente justificada, de otras vías o hipótesis posibles, especialmente ante la existencia de inconsistencias relevantes no resueltas en la hipótesis por la que finalmente se ha decantado el juzgado, que es la que en definitiva se ha sometido al análisis crítico de esta Sala, sobre la base de los argumentos dados por las partes recurrentes.”.

Al final de tal resolución se expresaba lo siguiente: “**Se parte de una hipótesis, quizá la más probable entre las posibles, pero en cualquier caso no de una certeza y en el plano lógico determina la construcción de una hipótesis sobre otra hipótesis, con un resultado siempre inseguro. Sexto. Por todo lo anterior la Sala entiende debe revocar el auto impugnado en relación con los tres procesados recurrentes, respecto de los cuáles considera que los indicios de criminalidad, sin duda existentes, sin embargo resultan insuficientes a los efectos requeridos de sustentar el procesamiento, y para que el juzgado instructor complete la investigación en la forma que crea oportuna.**”

De todo ello se debe inferir que el Pleno de la Sala de los Penal de la AN, en modo alguno determinó algún tipo de sobreseimiento, esto es una resolución judicial que suspenda o ponga fin a un proceso por falta de causas que justifiquen la acción de la justicia; muy al contrario, la revocación parcial del primitivo auto de procesamiento instaba al juez a seguir investigando, descartando otras hipótesis posibles, además de de la planteada, **calificándose ya en aquel momento la hipótesis del Juez Instructor como la mas probable entre las posibles, y además se concluía afirmando la existencia de indicios de criminalidad contra los tres procesados en aquel momento;** en el auto recurrido se excluye de este procesamiento a uno de aquellos, dirigiéndose el proceso contar los otros dos, recurrentes en este acto.

SEGUNDO.– Recordemos de forma breve lo ya razonado por el Pleno de la Sala respecto al significado del auto de procesamiento en nuestro sistema procesal actual, constituyendo un resumen de lo que sobre la naturaleza jurídica del auto de procesamiento ha elaborado la

jurisprudencia, *"El auto de procesamiento no constituye ya, pues, simplemente el arranque o punto de partida del ejercicio del derecho de defensa del encausado. Constituye la formalización de la imputación, tras la investigación, cuando prácticamente está ya concluida ésta, al menos de los aspectos esenciales sobre los que se asienta la imputación en contra del encausado, especialmente en investigaciones en las que, como acontece la presente caso, se parte de una incógnita, tras la constatación de un posible hecho delictivo, sobre quién o quiénes han podido ser los autores o partícipes principales en el mismo. Ello desencadena el inicio de una investigación judicial de los hechos, para lo que el instructor se verá amparado por los auxiliares de la investigación policía judicial que determine, y que se desenvolverá amparándose en las reglas de la buena lógica y en las técnicas, procedimientos y reglas de la correcta investigación científica y búsqueda de la verdad, para finalmente conseguir establecer, si es posible, tras la decantación rigurosa e imparcial de las posibles vías de investigación, una hipótesis consistente, no arbitraria, lo suficientemente factible, en el sentido de objetivamente verificable en grado suficiente, además de cerrada, para poderse afirmar de ella, que no responde a una mera opinión, sospecha, intuición o convicción subjetiva del juez, sino que, en términos jurídicos, responde a la objetiva existencia de indicios racionales de criminalidad y que es la forma objetivamente probable de cómo se produjeron los hechos..... El Tribunal Constitucional, en resoluciones conocidas referidas por las partes en sus escritos de recurso, de innecesaria cita por ser clásicas en la materia, refieren la diferencia entre la mera posibilidad y la probabilidad de comisión del hecho delictivo, siendo esto último lo que se vuelca en el auto de procesamiento: "Ello significa que tal medida tiene que basarse en datos y circunstancias de valor fáctico, que representado más que una mera posibilidad, y menos que una certeza, supongan por sí mismos la probabilidad de la comisión de un delito, que se constata con la formalización de un acto de imputación que constituye al procesado en parte procesal, para poder determinar posteriormente el Tribunal en el juicio oral, de existir acusación pública o particular, la presencia o no del reproche de culpabilidad que, en su caso, conlleve a la imposición de pena" (Auto TC 289/1984). También el Tribunal Supremo y otros tribunales inferiores y las distintas*

Secciones de esta Sala han hecho con frecuencia referencia a la aproximación rigurosa, neutral y desapasionada del caso y a la búsqueda y análisis de los indicios siguiendo estos principios de cara al establecimiento de hipótesis de hechos probables amparados en indicios racionales de criminalidad como fundamento del auto de procesamiento. "Como establece la STS de 29 de marzo de 1999 , el indicio o los indicios racionales de criminalidad que justifican el auto de procesamiento equivalen a un acto de inculpación formal adoptado por el Juez Instructor exteriorizador de un juicio de probabilidad a la vista del resultado de la instrucción judicial los cuales deben distinguirse de las meras conjeturas o suposiciones sin el menor soporte objetivo destacando las STS de 21 de marzo , 22 de junio y 21 de octubre de 2005 , que no debe confundirse entre lo que es una línea de investigación con apoyo en sospechas fundadas y objetivadas, y los indicios inequívocamente inculpativos que permiten dictar el auto de procesamiento o que obtenidos en el acto del plenario constituyen la prueba de cargo en los que puede sustentarse una sentencia condenatoria. Precisamente en relación con los indicios racionales de criminalidad, recuerda la STS de 9 de enero de 2006 que, según su específica utilidad procesal, es decir, según para qué se necesitan en el desarrollo del procedimiento, la palabra indicios, que significa siempre la existencia de datos concretos reveladores de un hecho importante para las actuaciones judiciales, exige una mayor o menor intensidad en cuanto a su acreditación según la finalidad con que se utilizan. Así, la máxima intensidad ha de existir cuando esos indicios sirven como medio de prueba de cargo (prueba de indicios), en cuyos casos han de estar realmente acreditados y han de tener tal fuerza probatoria que, partiendo de ellos, pueda afirmarse, sin duda razonable alguna, la concurrencia del hecho debatido (artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); en otras ocasiones, sin que haya una verdadera prueba, han de constar en las actuaciones procesales algunas diligencias a partir de las cuales puede decirse que hay probabilidad de delito y de que una determinada persona es responsable del mismo; en estos supuestos nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal exige indicios para procesar (artículo 384) o para acordar la prisión provisional (artículo 503) o para adoptar medidas de aseguramiento para las

posibles responsabilidades pecuniarias (artículo 589)" Auto núm. 32/2010 de 1 febrero Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª).

La racionalidad los indicios ha de implicar, atendiendo también a la posición ocupa el auto de procesamiento en la arquitectura procesal actual, no únicamente la suficiencia y la razonabilidad abstracta de éstos, conducente a una mera "probabilidad metafísica", sino que se ajustan a un estándar o canon de calidad procesal, determinante de una hipótesis probable que garantice que el sujeto no se va a someter a un procedimiento eminentemente injusto o arbitrario por carencia o falta de calidad o consistencia en concreto del material indiciario, porque la hipótesis fáctica no esté adecuadamente construida, la investigación sea incompleta y pueda dar lugar a otras hipótesis igualmente posibles o que excluya o relativice la fiabilidad de la hipótesis. Equivalente a que la hipótesis sea demasiado abierta, relativa, es que tenga elementos de inconsistencia relevantes, de tal manera que aunque permita algún grado de verificación aparente, sin embargo no de explicación suficiente a ciertas contradicciones o conraindicios relevantes. A todo ello ha de unirse la necesaria susceptibilidad de los indicios para convertirse en material probatorio eficaz..."

En definitiva, cuando la sala se enfrenta a un recurso contra un auto de procesamiento, el objeto se centra en el estudio del auto de procesamiento, y la determinación de si conforme a la investigación realizada, a través de los testimonios que las partes han solicitado se unan al rollo, justifican el relato de hechos objeto de la imputación por parte del juez instructor, así como la determinación de los indicios obrantes en las investigaciones criminales. La doctrina y la jurisprudencia vienen entendiendo que en un auto de procesamiento lo que se exige es que el juez llegue a la convicción, con base a una valoración de la investigación y de las pruebas practicadas de que una determinada persona haya participado en la ejecución de un hecho punible, pudiéndose añadir que dicho acuerdo no debe ser consecuencia de vagas indicaciones o de ligeras sospechas, sino el resultado lógico de un hecho que pueda fundamentalmente dar origen a responsabilidad para el que ha de ser procesado. El TC, en STC de 16

Feb. 1983, ya sancionó que los indicios racionales van ligados al problema de la probabilidad. Para incoar un sumario, será precisa la posibilidad de la comisión de un delito; para la imputación la probabilidad de participación de una persona determinada y, para la condena, la certeza, con exclusión de toda duda; añade dicho Tribunal que no basta para que se acuerde el procesamiento, la existencia de algún indicio de criminalidad, dado que es preciso que el indicio o indicios sean racionales, de modo que no se llegue a tan grave medida como consecuencia de vagas medidas, como consecuencia de vagas indicaciones o livianas sospechas, lo que implica tenerse que apoyar en datos de valor fáctico que, representando más que una posibilidad y menos que una certeza, supongan una probabilidad de la existencia de un delito, ya que la aseveración sobre la que debe adoptarse el procesamiento es relativa aunque lógicamente suficiente, pero sin exigir un inequívoco testimonio de certidumbre; argumento válido también para el presente caso. En suma, el procesamiento constituye, para algunos de los delitos más graves, el único vehículo procesal arbitrado por la LECrim. Para que unas determinadas conductas –lo que implica un hecho, sus circunstancias y ejecutores– sean analizadas en toda su extensión y profundidad por el Tribunal que, en definitiva, viene llamado a pronunciarse sobre la anti juridicidad, culpabilidad y punibilidad de tales conductas. Avala lo expuesto la doctrina del TC que, constatando cómo a través del procesamiento por regla general, no puede vulnerarse derecho fundamental alguno, dado su carácter procesal y provisional (SS 17 Abr. 1989 y 5 Abr. 1990), insiste en su carácter de presupuesto imprescindible para la apertura del juicio oral, y de ahí que sólo quepa revisar su «pureza» o adecuación a las exigencias implícitas en el párr. 1. ° del art. 384 LECrim., insistiendo el TS en que, al tratarse de meros indicios, el Tribunal de apelación deberá obviar un análisis y valoración profundos de los elementos de conocimiento, que no pruebas, a su alcance, corrigiendo exclusivamente supuestos de manifiestas infracciones de dichos presupuestos, especialmente en el ámbito de la culpabilidad entendida como participación en el hecho (SS 28 Ene. 1988, 27 Feb. 1989 y 18 Dic. 1990)

TERCERO.– Que para analizar el auto de procesamiento recurrido, se hace necesario recordar las razones por las cuales fue revocado parcialmente el auto del que trae causa, y analizar si han sido salvadas

aquellas objeciones que en su momento determinó el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En tal sentido, se debe recordar que se consideró que la actividad delictiva se concretaba en una conversación telefónica a través de la que se revela a Joseba Elosúa, una determinada información, y que tal conversación la mantiene con una persona de identidad para él desconocida, a través de un teléfono de características también para él desconocidas, que le es entregado por persona que no se identificó, a la que tampoco había visto antes, con la finalidad de que mantuviera dicha comunicación. El contenido de dicha conversación solo es inferible de las conversaciones mantenidas entre Elosúa y su yerno Carmelo Luquin en el interior del coche del primero, interceptadas y grabadas a través de la radiobaliza colocada en su interior por la policía. La primera, el 4/05/2006, el mismo día en que se produjo la llamada, y también días después, el 28/05/2006, constituye la única referencia directa y espontánea a tales hechos, siendo posteriormente interrogados policialmente y judicialmente sus protagonistas. Ante ello, se articularon una serie de dudas, que fueron plasmadas en el auto del Pleno de la Sala, y que de forma sintética eran las siguientes:

- La Sala no consideraba suficientemente justificadas determinadas conclusiones a las que llega el juzgado instructor plasmadas en el Auto, especialmente las referidas a la intencionalidad de la tercera persona desconocida que se comunica con Elosúa, más allá del hecho nuclear descrito.
- En relación con el lugar y tiempo en que se produjo la filtración de información al Joseba Elosúa por parte de la tercera persona desconocida; se dijo que ni uno ni otro dato resulta determinable con suficiente precisión a través de la conversación grabada por la radiobaliza instalada por la policía en el coche del anterior, más allá de que la filtración se produjo con anterioridad a que éste y su yerno se desplazaran en coche a Francia, a partir de las 12:40 horas, para entrevistarse con el Sr. Eduardo y hablaran en el trayecto sobre ella.
- Se objetaba que aunque determinados aspectos permitían al juzgado elaborar una inferencia que señale a persona concreta, en este caso el procesado José María Ballesteros, como aquella que

entregó el teléfono a Joseba Elosúa para establecer la comunicación, el mismo testigo negaba que fuera aquel.

- Se expresa que la declaración del testigo en lo referido al momento en que se había producido la filtración tampoco se compadece con otros elementos indiciarios documentales existentes en el procedimiento, singularmente, con el acta de vigilancia policial, que consta a folios 3668 a 3670 del sumario, extendida el día siguiente 05.05.2011, en la Comisaría Provincial del Cuerpo Nacional de Policía de San Sebastián, por dos de los funcionarios policiales, instructor y secretario respectivamente, que estuvieron llevando a cabo la vigilancia permanente el día anterior sobre el Bar Faisán, de tal suerte que se sitúa al testigo Joseba Elosúa, en torno a las 11:15 horas, no en el Bar Faisán, sino en el interior de la perfumería, en compañía de su hijo, su esposa, y su yerno, donde permanece charlando varios minutos, sin que se especifiquen cuántos, en una especie de reunión familiar, que no es posible determinar si casual o no.
- Se destacaba que las contradicciones entre el contenido del acta y lo que manifiesta el testigo en sus diferentes declaraciones no se limitaban a aspectos puntuales, episódicos o de detalle, y que por ello existían otras alternativas igualmente posibles de los hechos que deben ser investigadas.
- Se apuntaba que la descripción que hace de la persona que le entregó el teléfono para mantener la conversación con el tercero desconocido, era diferente a la ropa que portaba el José María Ballesteros.
- Se destacaba que según las grabaciones videográficas, José María Ballesteros se introdujo en el Bar Faisán por su puerta delantera, sobre las 11:14 horas, cuando Joseba Elosúa en sus declaraciones decía que la persona que le entregó el teléfono se introdujo en el bar por la puerta trasera, próxima al lugar donde él se encontraba en aquel momento, siendo que a esa hora, las 11:14 horas, según el acta de vigilancia policial, en realidad se encontraba si no reunido, si a punto de reunirse, en torno a las once y cuarto, con su familia próxima en el interior de la perfumería regentada por su yerno.

- En relación con la condición de miembros del Cuerpo Nacional de Policía de la persona que le entregó el teléfono a Joseba Elosúa, y de la otra con la que mantuvo la comunicación y le transmitió la información, se dijo que resultaba objetivo que la información revelada a Elosúa estaba fundamentalmente en conocimiento de los miembros de la policía que oficialmente estaban realizando la investigación sobre la red de extorsión de ETA, sobre el Bar Faisán, si bien no resultaba por principio descartable que esta información, de distintas maneras, pudiera estar en poder de otros sujetos no directamente integradas en dicha investigación, dadas las características fronterizas del Bar Faisán, centro de interés de la policía española y francesa e incluso de los servicios de información.
- No se justificaba suficientemente en el Auto recurrido la exclusión de la posibilidad de que la llamada se realizara a través de una antena francesa, operada por una compañía de telefonía de ese país. Tampoco la posibilidad de que la comunicación telefónica se llevara a cabo por otros medios de telecomunicación diferentes de la telefonía GSM tradicional, también técnicamente posibles.
- Se decía que tampoco se habían investigado otras posibilidades relativas a otros medios de telecomunicación factibles, como que se llevará a cabo a través de "teléfonos satélites".
- Por último se objetaba que tampoco la investigación ha tenido en cuenta las llamadas salientes de las registradas en la BTS de la zona y fragmento de tiempo en que se fija la comunicación.

CUARTO.— Que una vez que se han recordado las objeciones que en su momento se apuntaron por parte de la Sala, es el momento de analizar si tales han sido resueltas en el auto ahora recurrido. Tras su simple lectura, resultan sobradamente superadas, aclaradas y resueltas las mismas, de tal modo que el análisis del auto, debe conducir forzosamente a su confirmación, basándose exclusivamente en sus propios términos. El Juez de Instrucción ha realizado un excelente trabajo, que se viene a sumar al ya desarrollado en el primero de los autos, sobre todo, si tenemos en cuenta la dificultad que tienen los casos en los hechos no están acreditados por evidencias directas, que podrán convertirse en pruebas directas en su momento, debiendo valorar los indicios como única fuente de conocimiento de los mismos.

En términos generales se puede conceptuar el término indicio como el hecho o dato conocido indubitablemente probado, y por el que a través de un razonamiento lógico o presunción se acredita la existencia de otro hecho desconocido pero que está íntimamente vinculado al primero. El indicio es un hecho o acto inicial debidamente acreditado o probado a fin de por descartarlo de cualquier otro como son las conjeturas o sospechas, éstas de por si están definidas como meras afirmaciones que no tienen sustento objetivo, real o palpable, y radica aquí, la diferencia fundamental que existe entre uno y otro concepto, en segundo lugar el indicio como razonamiento o proceso lógico inherente a su esencia exige la conexidad indispensable entre el acto inicial y el hecho a probar, recordemos que lo que se quiere lograr con el indicio es probar un hecho que no cuenta con medios directos que permitan conducir a concluir un resultado, careciendo en un primer momento de medios que permitan captar la convicción del hecho central que se ha de probar. Recordemos que los indicios pueden llegar a convertirse en prueba indiciaria, si bien para ello deben ser plurales o único de singular fuerza acreditativa; que sean concomitantes al hecho que se trata de probar y por r ello los indicios deben ser periféricos respecto a la dato factico a probar, y por ello el indicio debe encontrarse íntimamente vinculado a la comisión del delito, propiamente al momento de su ejecución, como el encontrar elementos reveladores de su perpetración en lugar de los hechos, datos y objetos que conduzcan a que el imputado tuvo efectiva participación, debiendo estar relacionados cuando sean varios de modo que se refuercen entre si y que no excluyan el hecho consecuencia.

En tal sentido, y como en la anterior resolución de la Sala ya se dejó sentado que la hipótesis inicial el juez era la más probable de la posibles, y que existían indicios de criminalidad, debemos valorar lo argumentado por el juez sobre la base de las nuevas diligencias de investigación practicadas con posterioridad a la revocación parcial. Los indicios previos más importante existentes son la serie de fotogramas revelados por la Guardia Civil tras digitalización de la cinta de videovigilancia correspondiente al día 4 de mayo de 2006, en los que se podía observar al imputado José María Ballesteros Pastor en las inmediaciones y, más tarde, saliendo del bar Faisán en un lapso horario coincidente con las llamadas efectuadas entre los números telefónicos

del imputado y del entonces Jefe Superior de Policía del País Vasco, Enrique Pamiés, encontrándose el terminal móvil del imputado Ballesteros en las cercanías del bar, según informe pericial elaborado al efecto; aquellos fotogramas fueron reconocidos por el propio imputado, quien, en la entonces pieza secreta, manifestó ser él la persona que aparecía en el video grabado el día de los hechos; el imputado en la causa seguida contra la red de extorsión José María Elosúa Urbieto confirmó en nueva declaración el horario en el que se produjo aquélla, coincidente con el señalado por el equipo investigador, añadiendo que, a la hora de la filtración, sólo había en el bar una persona que fuera extraña, pues “todos eran de Iparralde y estaban hablando francés”, siendo esta persona la que dentro del bar le pasó el teléfono. Dicha hora coincide con la presencia del imputado Ballesteros en el bar y con el cruce de llamadas arriba reseñado. Por último, su hijo, José María Elosúa Llanos, afirmó estar presente en el bar Faisán entre las 12:00 y las 12:45 horas, corroborando que nadie “le puso a su padre un teléfono en la oreja” en dicho lapso horario, anterior a su marcha a Francia, lo que llevó a descartar cualquier horario alternativo.

Como consecuencia del dictado del auto del Pleno de la Sala, fueron practicadas una serie de diligencias de investigación, que unidas a todo lo actuado hasta el momento, resuelven todas y cada una de las dudas articuladas a los efectos de considera adecuado y correcto el auto recurrido. Así resulta que el día 26 de marzo de 2012 prestaron declaración los miembros del CNP 89143 (f.12848 y ss. del tomo 25), 85497 (f.12804 y ss. del tomo 25), 87588 (f.12819 y ss. del tomo 25) y 87492 (f.12800 y ss. del tomo 25), quienes manifestaron de forma unánime que el funcionario del equipo investigador 78882 nunca salió de la oficina hasta después de que Elosúa Urbieto saliera a llamar desde una cabina y se fuera a Francia, lo que nuevamente descarta el horario alternativo propuesto por las defensas. Ese mismo día, Carmelo Luquin, yerno de Elosúa (f. 12759 del tomo 25), citado como testigo, corrobora la secuencia de la filtración que señala el equipo investigador, pues afirma que su suegro primero le saluda al llegar, durante un brevísimo tiempo, y que más tarde viene muy agitado y le señala que una persona le acaba de decir que van a detener a otro de los implicados residente en Francia cuando cruce la frontera. Afirma también que, en ese momento, no llama a través de la cabina de al lado del bar, y que

después, alrededor de una hora más tarde, tras cerrar la perfumería donde trabajaba en torno a las 12.30 h. –perfumería que está a ocho metros del bar y cuya comunicación interior con éste no es posible detectar desde el apostadero de la policías–, va al bar a dejar las llaves de su local y, viendo a su suegro muy nervioso, le lleva a Francia. Esta coincidencia entre la presencia del imputado Ballesteros en el bar y la hora de la filtración se deriva de la declaración testifical de María del Carmen Gogorza Jáuregui, camarera del bar Faisán (f.12965 y ss. del tomo 25), quien afirma que en la mañana del 4 de mayo inició su jornada laboral a las 11.00 horas y que Elosúa no había llegado todavía. Que a los quince o veinte minutos de haber iniciado su jornada laboral, es decir, entre las once y quince y las once y veinte minutos, entró un hombre mayor de treinta y menor de cincuenta años que preguntó por Joseba Elosúa. Joseba no tardó mucho en entrar; el hombre que había preguntado por él anteriormente, le entregó un teléfono móvil, móvil a través del cual Joseba Elosúa habló con una tercera persona. Está segura que la persona consumió una café en el bar (lo que coincide con lo afirmado en su día por el propio imputado Ballesteros). Cuando la persona le entrega el teléfono a Joseba Elosúa, éste se encuentra en el interior del bar.

En cuanto a la posible intervención de otras fuerzas policiales, resulta de interés el informe TEPOL de 14 de mayo de 2012 (f.13400 a 13402 del tomo 26), en el cual se dice que nadie, excepto la Comisaría General de Información, intervino teléfonos en la operación Urogallo. En el mismo sentido, la Guardia Civil, en oficio de 26 de abril de 2012 (f.13078 y 79 del tomo 25), afirma no tener conocimiento previo de la Operación Urogallo, ni del operativo ni de los hechos objeto de la investigación. Igualmente confirma este extremo la Policía Autónoma Vasca.

En lo relativo al uso de teléfonos satélite, esta posibilidad queda descartada, en el informe pericial sobre teléfonos satélite de 8 de mayo de 2012 (f.13104 a 13136 del tomo 25), tanto por imposibilidad técnica como por lo llamativo del despliegue que exigiría su uso. Según el peritaje, se pueden recibir avisos de llamada con la antena plegada, pero para hablar es preciso desplegar la antena. Una vez desplegada, el tamaño alcanzado por el conjunto terminal–antena duplica el tamaño

de propio terminal, y además para poder responder o establecer comunicación los teléfonos satélite deben utilizar espacios abiertos y con línea de visión directa con el satélite, por la gran atenuación que sufre la señal al atravesar suelos, paredes y ventanas del edificio. Sólo en caso de estar próximos a una ventana, con el terminal mirando a la ventana y la antena desplegada sería probable la comunicación; igual conclusión se obtiene (f.13138 a 13165 del tomo 25) de la pericial de telefonía satélite emitida por la Universidad Carlos III. En el mismo sentido se pronuncia el informe policial obrante a los folios 13380 a 13386 del tomo 26.

Respecto a la Determinación del lugar y tiempo de ocurrencia de los hechos objeto de investigación, el Juez resuelve la cuestión de una forma sumamente acertada, La valoración conjunta de distintas evidencias sumariales conducen a determinar, de forma indiciaria, que la persona que entrega al Sr. ELOSÚA el teléfono a través del cual se produce la filtración de información hace acto de presencia en el bar “Faisán” en un periodo o tramo horario presuntamente comprendido entre las 11.20 y las 11.30 horas, desarrollándose la referida comunicación en el interior del bar “Faisán”, atendiendo a los datos técnicos aportados por la radiobaliza instalada previa autorización judicial en el vehículo Ford Focus de Joseba Elosúa, se constata como primer dato objetivo el relativo a la salida de Joseba ELOSÚA de su domicilio particular en torno a las 11.00 horas del día 4 de mayo, quedando el vehículo estacionado en la zona contigua al bar siendo aproximadamente las 11.10 horas , así como por las imágenes grabadas por el sistema de videovigilancia “operado por la policía sobre la entrada principal del bar “Faisán” y recogidas en la cinta VHS de vídeo vigilancia nº 122, se detecta el Ford Focus de ELOSÚA pasando por delante del bar a las 11:05 horas, existiendo un desfase de tres minutos en el temporizador del videograbador –según obra reflejado desde el inicio de la investigación, Informe nº 314/06 de 27 de junio (folios 1.177 y ss.), y se detalla en el Oficio nº 48/11, de 11.02.11 (folios 8.560 y ss.), así como en el Informe de análisis de 28.05.12 (folios 13.432 y ss.)–, lo que arroja como hora real de llegada del vehículo a la zona de aparcamiento exterior del bar las 11:08 horas”. El Instructor hace una valoración adecuada y coherente de las declaraciones prestadas en sede policial y judicial por Joseba ELOSÚA URBIETA ; describe y supera la

aparente contracción destacada con los datos que se desprenden del acta de vigilancia policial del día 4 de mayo de 2006, documentada en las actuaciones en folios 3668 a 3670, de tal suerte “que la misma sitúa la llegada a las inmediaciones del bar del vehículo Ford Focus conducido por Joseba ELOSÚA a las once horas y cinco minutos (coincidiendo con el hito horario reflejado en el temporizador de la grabación de videovigilancia contenida en la cinta n° 122, al que debe adicionarse el desfase de tres minutos en la hora que registra la cámara de vídeo, según quedó explicado *ut supra*), aparcando Joseba el vehículo e introduciéndose en la cocina del bar; posteriormente, sitúa a Joseba en el interior de la perfumería “Ainhoa” en compañía de otros familiares, lo que se produce “en torno a las once y cuarto”, precisándose que aquéllos permanecen en el interior charlando durante varios minutos, si bien sin aportar más detalle sobre los movimientos realizados seguidamente por el investigado ELOSÚA, al que no se vuelve a detectar hasta las doce horas, recogándose su presencia en actitud de espera y charlando con las camareras y el vigilante del parking, saliendo y entrando del bar durante los minutos siguientes, hasta que sobre las doce horas y treinta y cinco minutos se dirige a las cabinas telefónicas instaladas frente al bar y realiza sendas llamadas desde dos de ellas, antes de dirigirse junto con su yerno Carmelo Luquín hacia el vehículo Ford Focus y emprender su ruta hacia Francia”. En este sentido resulta definitivo que una vez analizadas las anteriores evidencias por la Unidad Central Especial n° 1 de la Jefatura de Información de la Guardia Civil, y teniendo a su disposición la totalidad de las actuaciones instructoras, en cumplimiento del requerimiento cursado por el Juzgado en fecha 8.03.12 a fin de que se emitiera Dictamen sobre la compatibilidad o contradicción existente entre el contenido del acta de vigilancia policial correspondiente al día 4 de mayo de 2006 (folios 3668 a 3670), de la cinta de videovigilancia correspondiente a tal jornada (cinta VHS -CINTA DE VIDEO/VIGILANCIA N° 122), así como de las distintas declaraciones prestadas en la causa en sede policial y judicial por parte del Sr. Elosúa, tomando también en consideración los datos técnicos registrados en la audiobaliza instalada en el vehículo Ford Focus propiedad de Joseba Elosúa, por dicha Fuerza actuante se concluye afirmando la compatibilidad de los anteriores elementos indiciarios, no habiéndose detectado contradicciones que los cuestionen, siendo las fuentes de

información analizadas “perfectamente concordantes en los hechos que recogen”, concordando las manifestaciones de Joseba Elosúa con los datos obtenidos de las demás fuentes de información, y reforzándose dicha compatibilidad por el contenido de otras evidencias incorporadas al Sumario, como son alguna de las declaraciones a que se ha hecho referencia en el epígrafe f) (Informe de Análisis nº 19/2012, obrante a los folios 13.622 a 14.045).

En cuanto a la determinación de las personas responsables de los hechos criminales, el Juez hace un detallado análisis que hace decretar que la entrega del teléfono y de la llamada hubiera podido haber sido llevadas a cabo por personas al margen del Cuerpo Nacional de Policía, y que no estuviera cuando menos el máximo responsable de los hechos perfectamente informado de todo lo que estaba aconteciendo, e iba a suceder. Para ello se realiza nuevo informe de análisis por el CNP, obrante a los folios 13432 a 13618 del tomo 27, y después de repasar los indicios habidos añadiendo las declaraciones de Carmelo Luquin y María del Carmen Gogorza, así como otras declaraciones policiales y judiciales que corroboran la hipótesis establecida, reiteran que tanto el sujeto 1 como el sujeto 2 de las conversaciones telefónicas sospechosas son miembros del CNP, siendo el primero ajeno a la investigación y desconocido por los policías del equipo de investigación; al segundo se le identifica como un policía con capacidad jerárquica y de mando, que conoce informaciones operativas generadas unas horas antes, conoce a Joseba, trabaja en información y participa o ha participado en la investigación (debemos recordar que las pesquisas sobre Elosúa no era nuevas en el 2006, sino que había sido objeto de indagación de forma intermitente durante muchos años). Asimismo, estudian cinco comunicaciones en sentido entrante habidas en el período de tiempo investigado, tomando declaración a sus interlocutores y descartando su intervención en los hechos, dado que son ajenas a la Operación Urogallo y totalmente desvinculadas de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. En este sentido la Guardia Civil hace un informe de análisis (F.13622 a 14045 del tomo 28) en el que concluyen que tanto el autor 1 como el autor 2 (el que lleva el teléfono como el que le dirige), deben ser miembros del CNP. Del primero se afirma que es un miembro del CNP ubicado en las inmediaciones del lugar, con formación y experiencia en investigación, mientras que del segundo se entiende que

tiene una posición elevada en la jerarquía del CNP, que está vinculado a operaciones antiterroristas y que tiene capacidad de mando y conocimiento previo de los despliegues, estando vinculado a la provincia de Guipúzcoa. En cuanto a la investigación de las llamadas salientes, no se puede excluir que la llamada pueda tener un sentido entrante (aunque asumen el informe policial anterior que subsana dicha omisión). Considera un acierto y ejemplo de buenas prácticas establecer contacto con las 63 personas cuyos teléfonos reunían las condiciones objeto de estudio en llamadas salientes. Identificada una llamada entre dos miembros del CNP en la franja horaria estudiada, la decisión de estudiar esta opción es metodológicamente acertada. Respecto a las cuatro hipótesis (H1, H2, H3 y H4) que se manejan, a saber, filtración realizada por los imputados (H-1), filtración realizada por el equipo investigador (H-2), filtración realizada por otras agencias de seguridad (H-3) y filtración realizada por otros actores ajenos a la lucha contra ETA (H-4), la hipótesis 1 se revela como la más consistente, la hipótesis 2 es altamente inconsistente, la hipótesis 3 es la menos consistente, mucho más que el resto, y la hipótesis 4 queda descartada por completo. La compatibilidad entre los indicios utilizados por el equipo investigador se ve reforzada por el contenido de las evidencias incorporadas posteriormente, cuales son las declaraciones de Carmelo Luquín y María del Carmen Gogorza. En cuanto a las llamadas de Francia, no afectan a la consistencia de la hipótesis 1, dado que incide en el medio y no en la autoría personal.

En el auto se destaca que sobre el tráfico total de llamadas en relación con las líneas telefónicas móviles que se encontraban activas y situadas bajo la cobertura de los repetidores BTS que daban servicio a la zona de Zaisa, Behobia, Irún, en donde se encuentra ubicado el bar "Faisán", entre las 11:10 y las 12:00 horas del día 4 de mayo de 2006, resultan un total de 1.932 llamadas producidas en dicho marco espacio-temporal, incluyendo tanto las referidas a titulares abonados como a tarjetas prepago, y tanto las de sentido entrante como saliente (Anexo 2 del Informe nº 367/06 e Informe nº 109/11). Efectuado el pertinente análisis sobre tales llamadas, partiendo de los datos aportados por el propio ELOSÚA y que se ven corroborados por las restantes diligencias acordadas (así, grabación de la cámara, baliza del vehículo), se obtiene un total de 63 llamadas ubicadas en la zona de estudio, con sentido de

tráfico saliente, producidas entre las 11.10 y las 11.40 horas, y de duración superior a 240 segundos (4 minutos), de entre las cuales, averiguada la identidad de todos los titulares y usuarios de los teléfonos implicados en el tráfico analizado, únicamente una llamada aparece efectuada entre dos sujetos que son funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, tratándose de la llamada realizada a las 11:23 horas desde el teléfono nº 630526421 al teléfono nº 629278485, siendo titular y usuario del primero José María BALLESTEROS PASTOR, mientras que la titularidad del segundo corresponde a la Dirección General de la Policía, estando atribuido su uso a Jefe Superior de Policía del País Vasco Enrique PAMIES MEDINA. El informe anterior es ampliado por la Guardia Civil a los folios 14073 y ss. del tomo 28, incluyendo en su análisis tanto el informe ampliatorio sobre llamadas entrantes elaborado por el CNP como las periciales satélites. Concluyen que tanto uno como los otros refuerzan la hipótesis H1, que se ve reasentada tanto por el nuevo estudio de las llamadas salientes como por el estudio sobre teléfonos satélite. Afirman que las hipótesis H2, H3 y H4 incrementan su grado de inconsistencia. En sentido, contrario, la hipótesis H1 se revela como la más consistente.

Por último, el juez elabora un argumento determinante sobre la falta de reconocimiento por parte de Joseba Elosúa de la persona que le pasó el teléfono móvil el día 4.05.06, que solventan las dudas planteadas por el Auto del Pleno de la Sala, que transcribimos por su innegable acierto, “.., a la vista del contenido negativo de la diligencia de reconocimiento en rueda que fue practicada en sede judicial, en fecha 13 de enero de 2009 (folio 5771), esto es, transcurridos 2 años y 8 meses desde la fecha de comisión de los hechos (4.05.06), como ya se razonó al respecto en auto de 13.07.2011 conviene recordar cómo el propio ELOSÚA, en su declaración policial de 23.06.06 (ratificada judicialmente), al ser preguntado apenas mes y medio después de ocurrir los hechos si sería capaz de reconocer a la persona que le puso el teléfono para hablar con el interlocutor, responde “que no puede garantizar que le pueda reconocer, puesto que es bastante despistado”, dato que ratificó en su declaración testifical del 26.04.11, y que viene a convertir toda diligencia posterior en este sentido en una diligencia de contenido o finalidad prácticamente imposible, motivo por el que carece de trascendencia procesal la alegada falta de reconocimiento del Sr.

Ballesteros como la persona que le pasa el teléfono, al evidenciarse además en la referida declaración otros datos aportados por Elosúa que entran en contradicción con datos técnicos objetivados en la causa (así, intentos de llamadas a Cau Aldanur desde el móvil de su hijo, que Elosúa niega), o con la propia declaración prestada por Joseba Imanol Elosúa Llanos en la misma fecha (en cuanto al encuentro con su padre en el bar pasadas las 12.00 horas que sin embargo niega Joseba Elosúa Urbietta)". En cualquier caso debe recordarse que el análisis sobre la verosimilitud del testigo es claramente un tema reservado para la práctica de la prueba en el juicio oral. En lo que se refiere a la persona interlocutora de Joseba Elosúa, la Sala se remite íntegramente a lo argumentado por el Juez, para sostener válidos los indicios existentes sobre el procesado Enrique Pamies, debiendo ser objeto del debate propio del juicio oral, todas las objeciones articuladas por su defensa.

Todo ello no puede conducir más que a considerar sumamente correcto el auto del Juez de Instrucción, resolución judicial que no sólo ha reafirmado los indicios existentes en el primero de los autos de procesamiento respecto a los imputado definitivamente procesados, sino que además han sido reforzados con nuevas diligencias, tras lo cual los razonamientos del auto recurrido han superado todas la dudas planteadas en el auto dictado por el Pleno de la Sala de lo penal.

QUINTO.- Que respecto a la calificación jurídica realizada por el Juez respecto de los hechos, no es este el momento procesal oportuno para decidir si estamos ante un delito de colaboración con banda armada o un delito de revelación de secretos. La calificación jurídica en un auto de procesamiento tiene carácter provisional, y no vincula a las acusaciones, la cuales fijaran definitivamente el objeto del proceso en el momento oportuno. No obstante lo cual, conviene recordar que el Tribunal Supremo respecto al elemento subjetivo del tipo penal en el delito de colaboración con banda armada consistente en si es necesario que el colaborador comparta los fines perseguidos por la banda armada u organización criminal, ha ido evolucionando, y en este sentido , en la última resolución en la que tuvo oportunidad de tratar la cuestión, si bien de forma indirecta, la STS de 26 de julio de 2012, se dice que "el dolo exigible es el conocimiento y voluntad de la colaboración que se está prestando a la organización. Los móviles o fines últimos, en

principio, son indiferentes e irrelevantes....Pero, como se ha insinuado antes, y en esto se coincide con la sentencia de instancia, el delito de colaboración con banda armada no exige un dolo específico en la terminología clásica. Es suficiente conocimiento y voluntad. Ni siquiera el móvil humanitario excluiría la tipicidad, aunque en determinadas ocasiones puedan entrar en juego causas de justificación, o exculpación o atenuantes.". En definitiva, se debe tener claro que la calificación jurídica realizada en un auto de procesamiento es una preliminar aproximación típica, que no vincula a las acusaciones, ni a la sala encargada del enjuiciamiento, y en el que en todo caso los elementos subjetivos del tipo no suelen ser analizados, habida cuenta la naturaleza de la resolución. En cualquier caso no es este el momento procesal oportuno para debatir tal cuestión. Por todo ello deben ser desestimados los recursos planteados frente al auto de procesamiento dictado.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación,

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por las representaciones procesales de **JOSÉ MARÍA BALLESTEROS PASTOR y ENRIQUE PAMIES MEDINA**, contra el auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de fecha 2.11.2012, por el que se desestima el recurso de reforma interpuesto contra el auto de procesamiento.

Notifíquese esta resolución al apelante y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma es firme, pues contra ella no cabe interponer recurso alguno.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado Instructor para constancia en las actuaciones.

De haber cantidades depositadas para recurrir, con el resultado de lo dispuesto en esta resolución, procédase por el Juzgado Central de Instrucción a darle el destino legal a dicha cantidad.

Una vez notificada la presente resolución, archívese el Rollo de Sala entre los de su clase, dejando nota en el correspondiente Libro Registro.

Así, por este nuestro auto, lo dictamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.— Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.