

La justicia, por fin, empieza a hacer su trabajo

Han pasado cinco años y seis meses desde que se produjo el chivatazo en el bar Faisan a Joseba Imanol Elosua, sobre la inminente operación contra el entramado de recaudación del llamado “impuesto revolucionario” que abonaban empresarios a la banda terrorista ETA. Hoy, por fin, tras el Auto del pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional empieza a aplicarse el sentido común y los elementos mínimos imprescindibles en cualquier investigación sumarial, y por ello manifestamos nuestra plena confianza en la justicia, y la confianza de que, con el giro imprescindible que debe producirse en la investigación, se puedan esclarecer los hechos e identificar a los culpables.

Sin ánimo de ser exhaustivos pero dado que el Auto coincide en la práctica totalidad con los argumentos utilizados por la defensa del inspector Ballesteros y por esta organización, nos gustaría señalar que, entre otras variadas diligencias de investigación nos parece que deberían llevarse a cabo las siguientes:

- a) Declaración del comisario jefe de la UCI José Cabanillas, a fin de que ratifique su informe escrito entregado en el juzgado pocos días después del conocimiento de los hechos, en el que exponía que el día tres de mayo de 2006, hasta en tres ocasiones, y dos de ellas en presencia de testigos (un policía y el juez de enlace francés) Carlos Germán había manifestado sus reticencias –y resistencia- a llevar a cabo la operación de detención de miembros implicados en la trama investigada. Si es ratificado el informe, que el juez y el policía sean llamados a declarar.
- b) Que se investigue el robo producido en el bar Faisán pocos días después de la operación, con el fin de determinar si existía algún elemento electrónico en el interior del mismo colocado por algún cuerpo policial que pudiera haber recogido al autor de entregar el teléfono a Elosua.
- c) Que se investigue la llamada telefónica de más de cuatro minutos de duración entre Carlos Germán y un miembro de su equipo que se encontraba en la zona del bar Faisán, y que se incorpore al sumario la ubicación del teléfono de Carlos Germán cuando se realizó dicha comunicación telefónica (figura hasta las diez de la mañana pero a partir de dicha hora no aparece el lugar donde se encontraba Carlos Germán). Interrogar a Carlos Germán sobre las razones por las que no figura dicho dato en el sumario (es importante saber si el repetidor que recogió dicha llamada es el correspondiente a Canillas, Audiencia Nacional, Moncloa, Ferraz o la sede de la unidad de Asuntos Internos, por citar algunos lugares).
- d) Que el juez Grande-Marlaska declare sobre las razones por las que Carlos Germán fue nombrado jefe del equipo conjunto de investigación cuando esa responsabilidad le correspondía a José Cabanillas, y las razones por las que Carlos Germán no le informó en las varias conversaciones que mantuvieron ese día, que se había producido el chivatazo (solo eso cabe deducir de su escrito al comisario general de Información, exigiendo explicaciones por no haberle informado de un asunto que conocía Carlos Germán y no el comisario general).

¿Es necesario insistir en que quienes decidieron que Carlos Germán investigara ese asunto son responsables de que hoy, cinco años y medio después, no haya ningún resultado de su trabajo?

Madrid, 3 de noviembre de 2011.

AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN SEGUNDA
PLENO DE LA SALA PENAL

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

ROLLO DE SALA: APELACION CONTRA AUTOS 232/2011
PROC DE ORIGEN: SUMARIO (PROC. ORDINARIO) 1/2011
ÓRG. DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº 5

A U T O

MAGISTRADOS

D. JAVIER GÓMEZ BERMÚDEZ (Presidente)
D. FERNANDO GARCÍA NICOLÁS
D^a ÁNGELA MURILLO BORDALLO
D. ÁNGEL HURTADO ADRIÁN
D^a TERESA PALACIOS CRIADO
D^a MANUELA FERNÁNDEZ PRADO
D^a CARMEN PALOMA GONZÁLEZ PASTOR
D. JAVIER MARTÍNEZ LÁZARO
D. JULIO DE DIEGO LÓPEZ
D. JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO
D. JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA (Ponente)
D. NICOLÁS POVEDA PEÑAS

D. RAMÓN SAEZ VALCÁRCEL

D. ENRIQUE LOPEZ LÓPEZ

En Madrid, a tres de Noviembre de dos mil once.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Las representaciones procesales de **JOSÉ MARÍA BALLESTEROS PASTOR, ENRIQUE PAMIES MEDINA y VICTORIANO GARCÍA HIDALGO**, interpusieron recursos de reforma y subsidiario de apelación contra el auto de Procesamiento de fecha 13.07.2011 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5.

SEGUNDO.- El Juzgado instructor mediante auto de fecha 24.07.2011 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 y conforme al acuerdo de la Presidencia de la Sala de lo Penal de fecha 26.07.2011, se remitieron las actuaciones al Presidente de la Sala de lo Penal para llamar a formar Sala para la resolución del recurso por la totalidad de los Magistrados.

CUARTO.- El Pleno de la Sala de lo penal, mediante resolución de 7.09.2011 señaló vista que se celebró el día 20.09.2011 con la asistencia de los Letrados Sr. Vegas González, Sra. Ponte García, Sr. Fuster Fabra y el Sr. Bejarano Guerra en defensa de los apelantes; los Letrados Sr. Regalado y

Sr. Maroto en defensa de los apelados; y el Ministerio Fiscal representado por el Sr. Zaragoza Aguado y el Sr. Bautista Samaniego. El resultado de la vista consta en el acta videográfica a la que expresamente nos remitimos.

II.- RAZONAMIENTOS JURIDICOS.-

Primero. Las distintas defensas recurrentes en el acto de la vista del recurso y en sus respectivos escritos de interposición del mismo efectuaron diversas alegaciones, todas ellas referidas al auto de procesamiento principalmente recurrido, si bien suscitaron diversas cuestiones, en algunos casos planteando o argumentando nulidades, por lo que estimaban eran defectos procesales merecedores de tal consideración. Respecto de ellas, el Tribunal considera que en este momento no deben ser tenidas por pretensiones separadas sino por alegatos puramente argumentales con finalidad exclusiva de servir de sustento a sus pretensiones principales de revocación del auto de procesamiento, sin que, por tanto, requieran ni vayan a ser objeto en esta resolución de una específica respuesta, individualizada o separada, distinta de la resolutoria de lo que con carácter principal es objeto del recurso.

El ámbito en el que se adopta la presente decisión es en el de la exclusiva resolución de un recurso de apelación contra un auto de procesamiento, por lo que exclusivamente se va a circunscribir a lo que es propio de esta clase de resoluciones, cuyo contenido resolutorio típico se deriva de la propia naturaleza del recurso, de lo que directamente se establece en las normas procesales aplicables y lo que resulta de la reiterada práctica de los tribunales en la materia. Por tanto, esta resolución no se referirá en absoluto a la petición de sobreseimiento o archivo o práctica de diligencias complementarias que han solicitado las partes al hilo del recurso, que en todo caso habrán de plantear de forma autónoma. No obstante, la Sala deja constancia de 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.

Segundo.-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.

El juzgado en su razonamiento se ha nutrido del material indiciario que le ha sido aportado exclusivamente por el equipo policial designado desde el inicio que ha llevado a cabo la investigación. No se han llevado a cabo investigaciones complementarios o de contraste realizadas por otros elementos investigadores, lo que además de conveniente en una correcta metodología de investigación de hechos y en situaciones de las características de las que son objeto de ello en el presente, resulta imprescindible cuando los investigadores están objetivamente afectados por la circunstancia muy relevante de su proximidad a los hechos, o incluso, de alguna manera, de estar incursos en los mismos, razón por la que los resultados de sus investigaciones han sido continuamente cuestionados, tachados de parciales o interesados por las defensas de los recurrentes, sin que se les haya dado por parte del juzgado una respuesta suficientemente razonable al respecto.

Resulta sin duda competencia del juzgado determinar, siguiendo criterios objetivos razonables y no puramente arbitrarios, quiénes han de ser sus auxiliares en la investigación, como así ha resuelto la Sala en los distintos recursos planteados que tenían por objeto este tema, pero también al juzgado instructor le compete adoptar las cautelas necesarias para evitar que determinadas circunstancias que objetivamente pudieran afectar al equipo investigador elegido lleguen a tener efectos contaminantes, reales o aparentes, y afectar seriamente al resultado final de la investigación, de tal manera que, aunque supuestamente éstos se hayan limitado a acopiar una serie de datos objetivamente obtenidos, con los que se construye y avala una determinada hipótesis, que se presenta por la investigación como la mas probable, surjan dudas perfectamente razonables sobre si se ha prescindido de forma no suficientemente razonada de datos o elementos que la contradigan, si la metodología de investigación ha sido verdaderamente la correcta, si la hipótesis de partida era la única posible y si el descarte de otras se ha llevado a cabo de forma rigurosa e imparcial y se han tenido en cuenta de forma crítica todas las circunstancias.

La hipótesis por la que finalmente se decanta el juzgado instructor y que expresa en el factum del auto de procesamiento, tanto respecto de los hechos que se imputan, como de los partícipes en los mismos, es resultado de un proceso lógico de inferencia que se basa en determinados hechos base o puntos de partida que la Sala, anticipa, no considera suficientemente firmes.

Tercero.-Significado del auto de procesamiento en nuestro sistema procesal actual.

El proceso de constitucionalización e internacionalización de nuestro sistema procesal ha hecho que determinadas instituciones procesales que cumplían una cierta misión en la primigenia arquitectura procesal prevista en nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal cumplan en la actualidad otras funciones que, sin ser en sus aspectos externos definitivamente diferentes, sí se adapten ahora a las exigencias y postulados que requiere el proceso penal actual, en el que el derecho de defensa de los imputados es una de sus piedras angulares, que necesariamente debe quedar garantizado desde los primeros momentos del procedimiento, y en el que el conocimiento preciso de la imputación, de los elementos de la investigación, del material indiciario en contra y a favor del imputado, son prerequisites insoslayables de la posibilidad de defensa real y efectiva y por ende de la igualdad de armas, como elementos esenciales consustanciales con el ejercicio del derecho de defensa.

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.

Se trata de un planteamiento o punto de vista que aunque hunde sus raíces en las reglas de la estricta lógica cognoscitiva, trasciende a ella al estar connotado jurídicamente. 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 incriminatorios 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.

Si bien reiteradamente el Tribunal Constitucional ha referido la imposibilidad de que el auto de procesamiento pueda vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, sin embargo si es susceptible de afectar al derecho a la tutela judicial efectiva del art 24.1 de la CE, ya que requiere de la correspondiente motivación adecuada, tanto en la expresión, como en la propia consistencia de los indicios de tal manera que estos resulten racionales, suficientes, no arbitrarios, etc..., lo cual resulta verificable precisamente a través del mecanismo específico establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dota de una sustantividad propia al recurso de apelación contra el auto de procesamiento previsto expresamente en el propio art. 384 de la ley procesal.

Cuarto.- Consideraciones de la doctrina constitucional sobre las presunciones judiciales.

Si bien durante la fase de investigación nos movemos en el ámbito de los meros indicios y no en puridad de las pruebas y que la jurisprudencia del TC en la materia se refiere a la prueba de indicios, consideramos útil en esta resolución hacer referencia a ciertas elementales reglas de esta clase prueba, en cuanto que sus principios establecen pautas perfectamente trasladables a los indicios en fase de investigación y al control judicial por vía de recurso sobre la racionalidad de éstos y en definitiva de las hipótesis judiciales obtenidas deductivamente de éstos.

El Tribunal Constitucional, en multitud de resoluciones que constituyen doctrina plenamente consolidada y que no requiere de una especial cita, ha establecido la posibilidad de enervación del derecho a la presunción de inocencia también a través de la prueba indiciaria, siempre que: a) los indicios se basen en hechos plenamente acreditados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas, y b) que los hechos constitutivos del delito se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la Sentencia condenatoria.

Respecto de ésta, tiene señalado que el control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta ha de efectuarse, tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde la suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa).

Siguiendo, respecto del auto de procesamiento, la lógica del razonamiento empleada por el Tribunal Constitucional, en relación con el alcance del control sobre la racionalidad de los principios, debe convenirse que son los órganos de enjuiciamiento quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio.

Por ello, el TC sólo llega a considerar insuficiente la conclusión probatoria – es cierto que desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, pero entendemos que es un estándar aplicable también al auto de procesamiento, en cuanto afectante también al derecho a la tutela judicial - si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 14; 198/2002, de 28 de

octubre, FJ 5; y 56/2003, de 24 de marzo, FJ 5, 123 /2006 de 24.04 y 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3, 263/2005 de 24. de Octubre).

Por último, hemos de decir que el Tribunal constitucional no pone definitivos obstáculos a que el hecho base de que parte la prueba indiciaria venga a su vez acreditado por prueba indirecta, pero llama especialmente la atención sobre las necesarias cautelas a adoptar y sobre que ello se proyecta negativamente en la calidad de la hipótesis final. Igualmente nosotros entendemos que, llegado el caso, también puede afectar negativamente a la necesaria racionalidad de los indicios exigibles para sustentar el auto de procesamiento. Así, el TC en la referida STC 263/2005 de 24.10, con cita de la STC 186/2005, de 4 de julio, ha establecido que *"no cabe excluir a limine la posibilidad de que los indicios vengan a su vez acreditados por prueba indirecta, sino que ello habrá de depender de las circunstancias del caso concreto, atendiendo en particular a la solidez que quepa atribuir a la constancia probatoria de esos indicios. Ello no obstante, no puede ocultársenos que la ausencia de prueba directa, unida a la sucesiva concatenación de inferencias indiciarias, vendrá a arrojar mayores dudas acerca del carácter abierto o débil de la inferencia final, y a suscitar, en consecuencia, mayores interrogantes en relación con el respeto a las exigencias derivadas de la presunción de inocencia"* (FJ 6).

Quinto.- Dudas que se le plantean al Tribunal en relación con el relato de hechos y razonamientos jurídicos seguidos por el Juzgado instructor de cara a valorar su consistencia en relación con los indicios de criminalidad existentes.

1.- Respecto de los hechos presuntamente delictivos que son objeto de imputación en el Auto de Procesamiento.

a) Hechos que considera la Sala existentes. La actividad delictiva se concreta en una conversación telefónica a través de la que se revela a Joseba Elosúa una determinada información. La 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 Joseba Elosúa y su yerno Carmelo Luquín 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. Constituyen la única referencia directa y espontánea a tales

hechos. Sobre ellas, tras su detención, fueron interrogados policialmente sus protagonistas, lo mismo que judicialmente.

Los hechos base presuntamente delictivos investigables que considera la Sala inferibles en una interpretación razonable de los indicados indicios existentes son: *"La puesta en conocimiento de Joseba Elosúa, presuntamente relacionado con la banda terrorista ETA como integrante de la red de cobro del denominado impuesto revolucionario, por lo que se encuentra actualmente procesado en otro procedimiento, y en aquel momento estaba siendo judicialmente investigado, de una información relevante en relación con la investigación que se estaba llevando a cabo sobre su persona, y respecto de la detención de otra, también relacionada con la misma actividad delictiva"*.

b) Deducciones efectuadas en el Auto de Procesamiento en relación con el contenido de la conversación mantenida por una tercera persona con Joseba Elosúa.

El epígrafe cuarto de los Antecedentes de Hecho, bajo el título: *"Hechos presuntamente cometidos por las personas investigadas en la presentes actuaciones"*, se refiere a las presunciones fácticas que el juzgado instructor deriva fundamentalmente de las citadas conversaciones entre Joseba Elosúa y su yerno Carmelo Luquín en el interior del coche.

La Sala llama la atención sobre la dificultad de interpretar y extraer conclusiones de unas conversaciones de las características de las referidas, mantenidas en sendos desplazamientos por carretera en el interior del automóvil, la primera, pocas horas después del hecho y la segunda al cabo de tres semanas. En cualquier caso, estas deben ser analizadas con cautela, sin perder de vista las circunstancias, el contexto en que se producen y su tenor literal, huyendo de deducciones excesivas.

Se tratan de conversaciones casuales, incidentales, que surgen, la primera, al hilo de lo acababa de ocurrir, con una comunicación natural, no forzada, entre parientes con confianza entre ellos, sin que los interlocutores aparentemente adopten precauciones, ni mantengan recelos de ser escuchados. La conversación transcurre de forma confusa, desordenada, dispersa y deshilvanada, llena de cortes. Elosúa relata aspectos sueltos y sincopados de la comunicación mantenida un fragmento de tiempo desconocido antes. Más que pretender contar o relatar lo ocurrido expresa la inquietud y el impacto que le ha causado la llamada, especulando sobre su significado y aporta poca información sobre el contenido de la llamada.

Por ello la Sala no considera 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, mas allá del hecho nuclear base que se ha hecho constar en el apartado anterior.

2. Deduciones relativas a otros aspectos concretos de la investigación.

A) En relación con el lugar y tiempo en que se produjo la filtración de información al Sr. Elosúa por parte de la tercera persona desconocida.

Es evidente que ni uno ni otro dato resulta determinable con suficiente precisión a través de la conversación grabada por la radio-baliza instalada por la policía en el coche del Sr. Elosúa, más allá de que la filtración se produjo con anterioridad a que éste y el Sr. Luquin se desplazaran en coche a Francia, a partir de las 12:40 horas, para entrevistarse con el Sr. Cau y hablaran en el trayecto sobre ella.

De su contenido no es deducible si fue momentos antes o en otro momento de aquella mañana, después de que Elosúa saliera de su domicilio para dirigirse al Bar. Del tenor de la conversación parece que con anterioridad Elosúa ya habría informado a su yerno sobre la llamada. Durante el viaje Elosúa comenta con él sus dudas, reflexiona con su yerno sobre el significado de la llamada, etc..Por idénticas razones no es determinable si la llamada se produjo en el interior del bar o en otro sitio.

Para determinar el tiempo y lugar de la filtración en la hipótesis judicial plasmada por el juzgado instructor en el Auto se acude, tal como expresamente se señala en el auto, a las declaraciones policiales y judiciales del propio Elosúa, en calidad de testigo en este procedimiento, aunque la tenga de imputado en el principal. A través de ellas, en el auto se va desgranando un relato posible de lo acontecido en aquella mañana. Para ello, el juzgado da pleno valor, y considera, a efectos de la construcción de la hipótesis fáctica, que son hechos ciertos, determinados contenidos de las declaraciones, específicamente en los aspectos que se refieren al tiempo, lugar y forma en que se produce la comunicación. Sin embargo, no saca consecuencias de las contradicciones internas existentes en las propias declaraciones y, sobre todo, del resultado de su confrontación externa con otros elementos indiciarios existentes.

La Sala, para realizar el análisis de la racionalidad de los elementos indiciarios existentes a la que viene obligada en fase de recurso, debe partir siempre, en la misma medida que el instructor, de una aproximación

prudente, desapasionada y crítica, no a uno, sino al conjunto de los plurales indicios, especialmente, en relación con los aportados en sus declaraciones por determinados testigos, bien sean coimputados, o de alguna manera involucrados en los hechos, es decir, con una posición singular en los hechos no totalmente ajena y externa, y que por la naturaleza de las declaraciones, posición, características del sujeto, e incluso la forma en cómo se prestan o realizan, deben ser interpretadas de forma especialmente cuidadosa, no fragmentaria, sino en su conjunto y, sobre todo, su verosimilitud y consistencia, contrastada racionalmente, no solo con algunos sino con el conjunto de elementos indiciarios existentes.

Estas cautelas son especialmente importantes cuando a los indicios aportados se les da además un valor de hecho cierto basilar, sobre el que se construya el resto de la hipótesis judicial, de tal forma que si el cimiento falla se desmorona el resto del edificio. No se plantea hacer un análisis de la racionalidad de los indicios desde la perspectiva o canon de la suficiencia o calidad concluyente de los mismos indicios o de la verosimilitud de la hipótesis, que es una labor propia del enjuiciamiento, sino desde el canon de su lógica, cohesión, o racionalidad de las deducciones cuando existen elementos indiciarios acreditados que descartan el hecho base que en la hipótesis lógica se hace depender de otros indicios mas débiles, dudosos, inseguros o controvertidos.

Trasladado este planteamiento al presente caso, debe tenerse en cuenta que, aunque determinados aspectos permitan al juzgado elaborar una inferencia que señale a persona concreta, en este caso el Sr. Ballesteros, como aquella que entregó el teléfono al Sr. Elosúa para establecer la comunicación, sin embargo, el mismo testigo, de manera radical y reiterada niega que fuera el Sr. Ballesteros. Ante el propio juzgado instructor, a folio de 10.406 del Sumario, el testigo Elosúa manifiesta tajantemente, refiriéndose a Ballesteros, que le conocía, "*que había visto en un diario de Madrid, en El Mundo, a esa persona dos veces*", y que no fue él quien le entregó el teléfono: "*que esa persona no es, seguro que no es*".

Por otra parte, 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 -los carnet profesional número 18.724 y 78.882-, instructor y secretario respectivamente, que estuvieron llevando a cabo la vigilancia permanente el día anterior sobre el Bar Faisán. Ese mismo día,

según parece, estaba previsto llevar a cabo un importante operativo policial para la detención de miembros del aparato de extorsión de ETA y debe suponerse por ello que la vigilancia aquel día debió de ser especialmente intensa y rigurosa, y que el contenido del acta, además de cierto, es igualmente riguroso y detallado.

En ella –de forma contraria a lo que se dice en el auto de procesamiento– se sitúa al testigo señor 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 Josema, su esposa Avelina 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. En el relato de hechos del Auto se sitúa el inicio de la llamada a través de la que se produce la filtración precisamente a las 11:20 horas. En las grabaciones videográficas de la vigilancia aparece igualmente el Sr. Ballesteros entrando por la puerta delantera del Bar Faisán sobre las 11:14 horas. Es decir, a tenor del acta de vigilancia en el momento en que el Sr. Ballesteros estaba entrando en el Bar Faisán, el Sr. Elosúa estaba fuera, reunido o a punto de reunirse en el minuto siguiente con tres de los miembros más próximos de su familia, en el local perfumería de su hija y yerno. A esta reunión, por razones desconocidas, no se refiere en ningún momento el testigo en sus declaraciones.

En el acta de vigilancia, fuera de lo indicado, no se resalta ninguna otra circunstancia novedosa en relación con otros días, ni la presencia de otros familiares o personas que se entrevistasen con Elosúa de una manera tan llamativa como se dice en la hipótesis del Auto y, si, únicamente, continúa diciendo, que a partir de las 12:00 horas, Elosúa, no se indica si dentro o fuera del bar, o en la puerta del mismo, permaneció charlando con las camareras y el vigilante del parking, y que durante los minutos siguientes entra y sale del bar, sin especificar cuantas veces, donde va, ni si se desplaza a la lonja de su propiedad o entra en la perfumería de su yerno, etc., hasta que a las 12:35 horas se dirige a las cabinas telefónicas existentes en frente a la puerta de la cocina del bar y realiza llamadas desde ellas acompañado por su yerno. La realidad objetiva de estos intentos de llamadas queda acredita también a través de otros elementos existentes, aunque fueron negadas por Elosúa en sus declaraciones, si bien no tuvo inconveniente en reconocer que fue desde el teléfono de un Bar en Francia desde el que se puso en contacto con Cau.

Las contradicciones entre el contenido del acta y lo que manifiesta el testigo en sus diferentes declaraciones no se limitan a aspectos puntuales, episódicos o de detalle. Llegan en algunos casos al grado de

incompatibilidad de versiones y son afectantes a elementos trascendentales para la investigación, de tal manera que introducen una gran incógnita irresuelta de forma satisfactoria en el Auto, según parámetros de suficiencia de motivación exigibles de cara a valorar la racionalidad y razonabilidad en el manejo de los indicios y de la hipótesis resultante, en relación con el momento y circunstancias en qué se llevó a cabo la filtración, hasta el punto de hacer albergar serias dudas, además de sobre la coherencia, sobre la verosimilitud posible de la hipótesis contenida en el auto de procesamiento, que está construida sobre una determinada cronología cerrada. En definitiva, existen otras alternativas igualmente posibles de los hechos que deben ser investigadas.

Otros aspectos derivados de las declaraciones de Elosúa que ponen en crisis la hipótesis judicial es la descripción que hace de la persona que le entregó el teléfono para mantener la conversación con el tercero desconocido, especialmente en lo referente a la vestimenta que describe en diversos momentos, haciendo referencia siempre a que se trataba de alguien mas o menos trajeado, no con un traje clásico o de calidad, sino mas moderno o informal, sin ser de calidad, pero dentro de esta línea. Esta descripción de vestimenta en nada coincide con la que el Sr. Ballesteros portaba aquel día, según puede apreciarse en varios de los fotogramas de las videograbaciones policiales tomadas en la vigilancia permanente que se estaban llevando a cabo sobre la puerta de entrada del Bar Faisán, en los que se aprecia que la vestimenta que portaba Sr. Ballesteros era totalmente "esport", de manga corta o media manga, vistiendo un "niqui" de color oscuro, adornado con un llamativo logotipo con grandes letras blancas sobre fondo oscuro a la altura del pecho, atuendo que nunca razonablemente hubiera permitido a nadie tenerlo o recordarlo como integrante de una vestimenta mas o menos formal, y menos ser confundido con una traje, además de que por sus características, esta camisa con un llamativo logotipo hubiera sido lo mas fácilmente recordable o describable como parte de un atuendo.

También es destacable, que según las mismas grabaciones videográficas, el Sr. Ballesteros se introdujo en el Bar Faisán por su puerta delantera, sobre las 11:14 horas, cuando Sr. Elosúa en sus declaraciones, singularmente en la última judicial prestada, manifiesta una y otra vez, de forma reiterada, que aunque no recordaba por donde salió, sí 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 qué 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.

El análisis sobre la verosimilitud del testigo es claramente un tema reservado para la práctica de la prueba en el juicio oral, pero en este estadio el juzgado debe motivar, para despejar cualquier sombra de duda de irracionalidad, incongruencia o arbitrariedad, la razón de otorgar credibilidad solo a algunos contenidos de la declaración de Elosúa, sobre los que fundamenta la hipótesis incriminatoria contra los procesados recurrentes y, sin embargo, por razones que no han sido explicadas y a la Sala no le resultan evidentes, se los deje de dar a otros, que son precisamente los que directamente exculparían al procesado Ballesteros y, por extensión, a los otros dos recurrentes.

La constancia de que exista una llamada entre el imputado Sr. Ballesteros y el Sr. Pamiés a la hora y lugar establecida en la hipótesis policial acogida por el Juzgado, no es un elemento de verificación o corroboración de la hipótesis válido ni definitivo. Forma parte integrante de la propia tesis y que permite avanzar una posibilidad, es decir de que el hecho pudo ser en ese momento y lugar, pero que debe ser objeto de compaginación y contraste con otros elementos que evidencien situaciones incompatibles, como que el Sr. Elosúa no se encontrará en el Bar Faisán a dicha hora. Lo que no autorizaría es a excluir sin otra justificación una mayor amplitud en la investigación, partiendo de otras posibilidades en relación con el lugar y tiempo de producción del hecho.

En el caso de cambiar la forma de presentación de la tesis, de manera que se la haga aparecer partiendo del hecho base cierto de la presencia acreditada de forma directa del Sr. Ballesteros en las inmediaciones del domicilio de Elosúa, y posteriormente en el interior del Bar Faisán, coincidiendo con el momento en que se lleva a cabo la llamada de varios minutos al teléfono del Sr. Pamiés, sobre lo que se inferiría que fue éste, mediante este teléfono, quien materialmente hizo la filtración al Sr. Elosúa, hipótesis que sería corroborable por las declaraciones del propio Elosúa, nos encontraríamos con una situación problemática desde la perspectiva de lógica semejante a la anteriormente analizada, fundamentalmente por varias razones con consecuencias desde el canon de la lógica, coherencia y racionalidad de la hipótesis. La primera, porque aunque el hecho base de la hipótesis pueda ser cierto, sin embargo no se puede tener por que sea el único posible que cumpla igual condición, ya que hipotéticamente podrían existir muchas mas llamadas de las mismas características en otros momentos, o de distintas características pero con la misma funcionalidad -llamadas entrantes-, nada de lo que ha sido

investigado. La metodología de la investigación ha partido en realidad de acotar tiempos sobre otra hipótesis aportada por la declaración del Sr. Elosúa, a la que parece tenerse indiscutiblemente por cierta, cuando en realidad no es mas que otra hipótesis no suficientemente fundada, ya que como hemos visto plantea serios problemas de consistencia y verosimilitud por su contradicción evidente e inexplicada con otros elementos indiciarios de gran fortaleza.

En segundo lugar, porque además algunos elementos esenciales de la hipótesis, como son los del lugar y la franja horaria en que se produjo el hecho, chocan abiertamente con otros, que tendrían al menos en el plano formal el mismo valor de hecho cierto del que partiría la hipótesis judicial. Una vez mas, con el hecho de que el Sr. Elosúa no estuviera en el Bar Faisán en el fragmento de tiempo en que se dice en la hipótesis judicial que se produjo la filtración, además de las otras contradicciones relevantes resultante del acta de vigilancia de la policía ya analizadas.

A) En relación con la condición de miembros del Cuerpo Nacional de Policía de la persona que le entregó el teléfono al Sr. Elosúa y de la otra con la que mantuvo la comunicación y le transmitió la información.

Resulta 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, y en particular, sobre el señor Elosúa, entre otras personas, pero tampoco resulta por principio descartable que esta información, de distintas maneras, pudiera estar en poder de otro 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.

El Sr. Elosúa deduce de la conversación que mantiene, que su comunicante era un policía, así lo expresa en reiteradas ocasiones en el curso de la conversación grabada por la radiobaliza del coche. Descarta que fueran miembros de la Erzaintza y tampoco parece albergar sospechas de que pudieran tratarse de miembros de la guardia civil. Llega a la suposición de que son policías que tienen relación con aquellos que le están vigilando y que por razones desconocidas se ponen en contacto con él de forma singular y extraña, aparentemente clandestina. Son, pues, meras deducciones mas o menos fundadas, que quienes entran en comunicación con él fueran miembros del Cuerpo Nacional de Policía.

Lo anterior tiene consecuencias desde una perspectiva crítica de la metodología de investigación. No se puede tener por un hecho cierto que se traten de miembros del Cuerpo Nacional de Policía, de tal manera que permita descartar otras posibilidades y por tanto justifique el cierre definitivo de la horquilla de investigación, refiriéndola exclusivamente a funcionarios policiales de un determinado cuerpo. Lo mismo cabe decir respecto de que únicamente se tengan en cuenta las llamadas hayan sido identificadas como establecidas entre funcionarios policiales, ya que los comunicantes podrían haber incluso ocultando su condición de policías utilizando terminales o números telefónicos de particulares, es decir no públicamente asignados a funcionarios policiales. Que según la hipótesis del juzgado se trate de una comunicación a través de teléfonos asignados a funcionarios del CNP es una circunstancia que podrá actuar en todo caso como elemento corroborador a posteriori, pero no puede ser tomada como un prius o punto de partida en la investigación, excluyendo otras posibilidades.

B) No se justifica 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.

La investigación ha tenido en cuenta únicamente las llamadas de teléfono realizadas a través de los operadores de telefonía móvil españolas, pero no las llamadas efectuadas a través de operadores franceses o de estaciones base de telefonía (BTS) ubicadas en territorio francés que pudieran dar cobertura al lugar donde se produjo la comunicación telefónica conteniendo la filtración.

El Auto recurrido se limita a considerar que no se trata de una posibilidad relevante. Se basa en que tiene suficiente con la identificación de una llamada en un repetidor ubicado en España que se compagina con la hipótesis de tiempo y lugar en que se llevó a cabo la filtración según la investigación policial y resto de elementos que fundamentan la hipótesis de la investigación (llamada saliente desde el teléfono ubicado en el lugar de unas determinadas características, entre teléfono usados por policías, uno de ellos con posibilidad de tener acceso a la información revelada y el otro en el que concurren determinadas circunstancias profesionales que no justifican a primera vista su presencia en el lugar de los hechos y respecto del que el juez instructor pone en duda la veracidad de sus manifestaciones explicando la razón de su presencia por la zona, por entenderla inverosímil).

La justificación actual de no llevar a cabo diligencias de investigación complementarias en el indicado sentido se basa mas en la imposibilidad de efectuarlas ahora por no existir ya registros disponibles que en la no pertinencia de las mismas.

El razonamiento del juzgado instructor tachando de irrelevante la posibilidad no es, desde el plano de la lógica racional, correcto. Puede ser una hipótesis menos probable, pero de ninguna manera imposible y como tal tiene un grado de relevancia y debió haber sido investigada. La consecuencia de no haberse hecho no es la calificación por este motivo de la tesis judicial como errónea, sin embargo si la hace mas insegura o abierta, y pone en evidencia la defectuosa metodología de investigación seguida, sin que, objetivamente, en la misma se hayan agotado todas las posibilidades de investigación, que han sido descartadas sin suficiente justificación racional.

Tampoco se investigado otras posibilidades relativas a otros medios de telecomunicación factibles, como que se llevará a cabo a través de "teléfonos satélites". Se ha descartado sobre la base errónea de que este tipo de teléfonos son fácilmente reconocibles para cualquier persona. Sin embargo, estimamos que no resulta así, al menos en términos tan tajantes y absolutos. Consta acreditado en las actuaciones que en la fecha de los hechos ya existían teléfonos satélites de características muy similares a los de la telefonía convencional GSM. Por otra parte, consta que el Sr. Elosúa no era ni siquiera usuario ni disponía de teléfono móvil ni parecía estar interesado por ellos. Su hijo tiene declarado judicialmente que su padre no sabía marcar desde un teléfono móvil.

Una vez mas, en uno y otro caso, nos encontramos ante una tesis construida a través de determinadas inferencias que se asientan no sobre hechos ciertos, sino que, o bien se hace sobre la deducción no suficientemente contrastada ni construida de que únicamente se utilizó telefonía GSM, operadoras y BTS españolas (se desprecia estas posibilidades), o sobre la base de que solo pudieron utilizarse éstas, lo que técnicamente es erróneo.

En el momento procesal en que nos encontramos, el que la investigación sea objetivamente incompleta no sería por si solo motivo para la revocación del auto de procesamiento, dado el carácter provisional del mismo, y la posibilidad de llevar a cabo investigaciones ulteriores una vez constatada la existencia de déficits en la investigación. Sin embargo, analizado desde la perspectiva que produce el que la investigación este ya agotada en determinados sentidos, debe dejarse constancia, a efectos de valorar la racionalidad de los indicios de criminalidad, de que sin perjuicio

de reconocer que la tesis judicial contenida en el auto de procesamiento responda a una lógica de investigación y tenga una apariencia de racionalidad, sin embargo se encuentra afectada, en cuanto al proceso investigativo de búsqueda de la verdad seguido, de graves defectos consistentes en exclusiones arbitrarias, es decir, no justificadas desde el plano de la lógica, de posibilidades ciertas de ocurrencia de los hechos, lo que necesariamente ha de afectar al juicio que se haga sobre la racionalidad y coherencia de la investigación y debe proyectar efectos negativos en el juicio de esta Sala sobre la racionalidad de los indicios que se le presentan como sustentadores del procesamiento.

C) 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.

También la investigación se desentiende de la posibilidad de que pudiera tratarse de una llamada saliente. El razonamiento que debemos dar en relación con esta decisión de la investigación es idéntica a en los casos anteriores. 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.

Consecuencia de lo anterior no se analiza la calificación jurídica que puedan merecer los hechos.

Por todo ello la Sala,

ACUERDA:

III.- PARTE DISPOSITIVA

Estimar parcialmente el recurso de apelación planteado por las representaciones procesales de **JOSÉ MARÍA BALLESTEROS PASTOR,**

ENRIQUE PAMIES MEDINA y VICTORIANO GARCÍA HIDALGO, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, contra el auto de Procesamiento de fecha 13.07.2011 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, por lo que se revoca el mismo.

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.