

JUZGADO DE LO PENAL Nº 1 DE VITORIA-GASTEIZ - UPAD PENAL

ZIGOR-ARLOKO ZULUP - GASTEIZKO ZIGOR-ARLOKO 1 ZENBAKIKO EPAITEGIA

AVENIDA GASTEIZ, 18-1ª Planta - CP/PK: 01008

TEL: 945-004851 FAX: 945-004913

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: penal1.vitoria@justizia.eus / zigor-arloa1.gasteiz@justizia.eus

NIG PV / IZO EAE: 01.02.1-09/006443

NIG CGPJ / IZO BJKN: 01059.43.2-2009/0006443

CAUSA / AUZIA: Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 389/2018 - M

Atestado nº/ Atestatu zk.: A/28/12 - 163A1200028

Hecho denunciado/ Salaturako egitate: Contra el patrimonio histórico y Estafa (todos los supuestos) / Historia-ondarearen aurkako delituak eta Maula

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia: Juzgado de Instrucción nº 1 de Vitoria-Gasteiz - UPAD Penal / Zigor-arloko ZULUP - Gasteizko Instrukzioko 1 zenbakiko Epaitegia
Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 205/2018

Contra/Kontra: ELISEO GIL ZUBILLAGA
Abogado/a / Abokatua: FRANCISCO JAVIER MARTINEZ DE SAN VICENTE CORRES
Procurador/a / Prokuradorea: JOSE IGNACIO BELTRAN ARTECHE
Contra/Kontra: OSCAR ESCRIBANO SANZ
Abogado/a / Abokatua: VIRGINIA URTARAN AGUIRRE
Procurador/a / Prokuradorea: PATRICIA SANCHEZ SOBRINO
Contra/Kontra: RUBEN MANUEL CERDAN CASILARI
Abogado/a / Abokatua: MARIA DE LOS ANGELES RODRIGUEZ BELTRAN
Procurador/a / Prokuradorea: COVADONGA PALACIOS GARCIA
R C Subsidiario/Erantzule zibil subsidiarioa: LURMEN S.L.
Abogado/a / Abokatua: FRANCISCO JAVIER MARTINEZ DE SAN VICENTE CORRES
Procurador/a / Prokuradorea: JOSE IGNACIO BELTRAN ARTECHE
Acusador particular/Akusatzaile partikularra: DIPUTACION FORAL DE ALAVA.
Abogado/a / Abokatua: FRANCISCO JAVIER VILLARRUBIA MILLAS
Procurador/a / Prokuradorea: MARIA MERCEDES BOTAS ARMENTIA

SENTENCIA NÚM. 44 /2020

En Vitoria-Gasteiz, a 8 de junio de 2020.

D^a. ISABEL MARÍA DIEZ-PARDO HERNÁNDEZ, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal nº 1 de Vitoria-Gasteiz, habiendo visto los presentes autos de procedimiento abreviado núm. 389/2018, por DELITO CONTINUADO DE DAÑOS en el PATRIMONIO HISTÓRICO en concurso con DELITO CONTINUADO de FALSEDAD en DOCUMENTO PRIVADO, y DELITO CONTINUADO DE ESTAFA en concurso con DELITO continuado de FALSEDAD en DOCUMENTO PRIVADO, con la intervención del Ministerio Fiscal, en representación de la acción pública; DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA, como acusación particular, representado/a por el/la Procurador/a D/D^a. *MARÍA MERCEDES BOTAS ARMENTIA*, asistido/a por el/la Letrado/a D/D^a. *FRANCISCO JAVIER VILLARRUBIA MILLAS*; contra ELISEO GIL ZUBILLAGA como acusado/a, mayor de edad, con DNI/NIE núm. 16259734E, representado/a por el/la Procurador/a D/D^a. *JOSÉ IGNACIO BELTRÁN ARTECHE*, asistido/a por el/la Letrado/a D/D^a. *JAVIER MARTÍN DE SAN VICENTE CORRES*; y contra RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI como acusado/a, mayor de edad, con DNI/NIE núm. 00691552B, representado/a por el/la Procurador/a D/D^a. *COVADONGA PALACIOS GARCÍA*, asistido/a por el/la Letrado/a D/D^a. *MARÍA ÁNGELES RODRÍGUEZ BELTRÁN*; y LURMEN S.L como responsable civil subsidiaria, representado/a por el/la Procurador/a D/D^a. *JOSÉ IGNACIO BELTRÁN ARTECHE*, asistido/a por el/la Letrado/a D/D^a. *FRANCISCO JAVIER MARTÍN DE SAN VICENTE CORRES*; administrando justicia en nombre de S.M. el Rey, ha dictado la siguiente sentencia:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de DELITO CONTINUADO de DAÑOS sobre el patrimonio histórico, así como DELITO continuado de estafa en concurso con un DELITO de FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO, procedentes del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, donde fueron tramitados como procedimiento abreviado núm. 205/2018, y previos los trámites legales, se dictó apertura de juicio oral por los expresados delitos, contra ELISEO GIL ZUBILLAGA, RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI y ÓSCAR ESCRIBANO SANZ.

SEGUNDO.- Con fecha 8 de febrero de 2019 se dictó resolución por la que se señala comparecencia para el 25 de marzo de 2019, a los fines de comprobar que los acusados se encuentran a disposición del órgano judicial, así como para los previstos en los artículos 784.3 y 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y oír a las partes sobre las pruebas propuestas con carácter previo a su admisión, que no pudo llevarse a cabo por enfermedad de uno de los Letrados de la defensa; por ello, mediante el Auto de 7 de agosto de 2020 que resolvió sobre las pruebas propuestas por las partes, se señaló nuevamente comparecencia para el 7 de octubre de 2019, a fin de comprobar que los acusados se hallan a disposición de este órgano judicial, dar viabilidad al Protocolo de conformidades suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española de fecha 1 de abril de 2009, así como para los fines previstos en el art. 784.3 en relación con el art. 787, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las cuestiones que puedan plantear las partes.

En la comparecencia, que se celebró en la fecha señalada, el Ministerio Fiscal y la acusación particular se reservaron para el inicio de la vista del juicio las cuestiones previas y demás previstas en el art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en la misma se reprodujo la proposición de pruebas que no fueron, remitiéndose esta juzgadora para su inadmisión a los motivos ya alegados en el Auto de 7 de agosto de 2019.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de 7 de agosto de 2019 se señaló la vista oral, que debía desarrollarse durante los días 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 17, y 18, que se ampliaron a los días 14 y 19.

CUARTO.- Tras la admisión de las pruebas propuestas, se produjeron incidencias en relación con la pericial propuesta y admitida de la defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, al no aceptar el cargo el perito informático y corroborando los servicios informáticos de la AET la inviabilidad de dicha prueba, así como no se halló al testigo Vladimir
Grinevitch

propuesto tanto por dicha defensa como por la del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA.

El Ministerio Fiscal, al inicio de la vista, presentó escrito modificando las conclusiones de su escrito de calificación provisional, solicitando para el acusado ÓSCAR ESCRIBANO SANZ de la pena de UN AÑO de PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y la pena de DOCE MESES de MULTA con cuota diaria de 6 € y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53.1 del Código Penal para el supuesto de impago; la responsabilidad civil que reclama el Ministerio Fiscal para el acusado ÓSCAR ESCRIBANO SANZ en el escrito modificado es la cantidad de 300 € a indemnizar al Gobierno Vasco por la pieza dañada, y otros 300 € a la Diputación Foral de Álava por los gastos de inversión en el yacimiento.

QUINTO.- El Letrado de la acusación particular se adhirió a estas conclusiones modificadas del Ministerio Fiscal, suscribiendo dicho escrito, así como también lo suscribió la Letrada del acusado ÓSCAR ESCRIBANO SANZ y el citado encausado presente en la Sala, quien ratificó su conformidad, por lo que se dictó sentencia "in voce" respecto de citado acusado, cuya firmeza se decretó, resolviéndose sobre la suspensión de la ejecución de la condena.

SEXTO.- Tras la sentencia in voce de conformidad expresada, y en virtud de lo dispuesto en el art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se abrió el turno para el Ministerio Fiscal y demás las partes plantearon:

I.- Cuestiones previas:

A) Defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA:

A.1. La **nulidad del atestado de la ERTZAINZA** con REF 163A1200028 y

ampliaciones, elaborado por los ertzainas núm. 15323 y 5138, al considerar que se ha llevado a cabo vulnerando derechos fundamentales respecto de los medios de prueba, vulnerando el principio de buena fe recogido en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y vulnerando directa o indirectamente los arts. 14 á 29 de la Constitución Española, y de forma directa el art. 24 del texto constitucional, resultando ser una prueba ilícita practicada, habiéndose extralimitado los agentes en sus funciones, realizando declaraciones duplicadas a pesar de tratarse de distintos testigos y llevándose a cabo sin contradicción al no haber intervenido la defensa en los interrogatorio de los testigos, ni por tanto inmediatez.

Tras dar traslado a las restantes partes, y el Ministerio Fiscal manifiesta que el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado sobre la validez de los atestados, y se remite al art. 287 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se desestima tal cuestión de nulidad por esta juzgadora, causando protesta el Letrado a los efectos de la segunda instancia.

A.2. La **cadena de custodia**, alegando indefensión con vulneración del art. 24 de la Constitución Española, dado que las pruebas del juicio están en poder de la acusación particular y que ello se ha denunciado durante todo el procedimiento, por lo que el mismo adolece de nulidad radical, habiéndose dejado las piezas al albur de la acusación, realizándose pruebas analíticas sobre las mismas, permitiendo acceso a grafólogos y a otros peritos para los informes, vulnerando la cadena de custodia, por lo que han podido ser manipuladas.

El Ministerio Fiscal se opone a estas alegaciones, manifestando que la Diputación Foral es la propietaria del yacimiento y tiene la obligación de la custodia con control judicial, y habrá que estar a la prueba; la acusación particular se opone alegando que se enviaron en una caja de zapatos las piezas a los laboratorios, afirmando que la cadena de custodia de la acusación particular respecto de las piezas.

La defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI alega que queda acreditado que se realizaron analíticas, y que el devenir previo de las piezas no es objeto de la alegación sino el posterior tratamiento y proceso respecto de las mismas.

Se acuerda por esta Juzgadora resolver sobre esta cuestión en sentencia.

A.3. La **prescripción de los delitos** atribuidos a dicho acusado, al amparo de lo previsto en el art. 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no denunciar los delitos la acusación hasta mayo de 2009. El Ministerio Fiscal alega que se acusa por delito continuado para el que el plazo de prescripción es de cinco años, tal como resulta del escrito de calificación de las partes, y que al folio 398 figura una carta o informe remitida por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA a Euskotren en octubre de 2006 en el que manifiesta que continúan apareciendo grafitos.

Se acuerda por esta juzgadora resolver en sentencia.

B) Defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI.

Planteó igualmente la prescripción de los delitos atribuidos al mismo, pues considera que las actuaciones quedaron interrumpidas desde la declaración del mismo como imputado hasta que le notificaron el Auto de procedimiento abreviado y de apertura del juicio oral, habiendo transcurrido más de ocho años, dado las resoluciones que se dictaron en la fase de instrucción no interrumpieron la prescripción por no reunir los requisitos que viene exigiendo el Tribunal Supremo para ello, y considera que dada la pena en abstracto a considerar, el plazo de prescripción ha de ser de tres años y no de cinco.

Se dio traslado a las demás partes de la cuestión de prescripción propuesta por las defensas, oponiéndose el Ministerio Fiscal y la acusación particular, y adhiriéndose la

defensa del otro acusado, acordándose por esta juzgadora su resolución a la sentencia.

II.- Solicitud de pruebas a practicar en la vista, con traslado a las restantes partes antes de decidir sobre su admisión, oponiéndose la acusación particular a la admisión de las pruebas propuestas por la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA al considerar que eran pruebas extemporáneas; el Ministerio Fiscal no se opuso, así como tampoco la defensa del acusado Sr. GIL ZUBILLAGA; la defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI se opuso a la prueba propuesta por la acusación particular; la alegación de extemporaneidad de las pruebas de la defensa fue rechazada por esta Juzgadora considerando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se encuentra en la línea de admitir todas las pruebas aun cuando no se hayan llevado a cabo en instrucción, y admitiéndose con el límite indicado en el art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se propongan para practicarse en el acto, por lo que cada parte hubo de encargarse de traer al plenario al perito o peritos propuestos por la misma, acordándose ampliar en una sesión más la duración del juicio oral.

A) El Ministerio Fiscal propuso la comparecencia de la perito D^a. María Teresa Izquierdo Marculeta en relación con el informe sobre los daños y valor de las piezas dañadas realizado por el Jefe del Servicio de Patrimonio-Histórico Artístico y Arqueológico de la Diputación Foral de Álava, D. Imanol Agote Alberro -quien había sido admitido únicamente como testigo en el auto de 7 de agosto de 2019-, pericial que fue admitida, señalándose para su práctica la sesión del día 13 de febrero de 2020.

B) El Letrado de la acusación particular, DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA propuso:

B.1.- Documental consistente en informe pericial emitido por el Ingeniero Informático D. Álvaro Pérez Rodríguez.

B.2.- Pericial, del autor del informe aportado como documental.

B.3.- Testifical de los testigos ya propuestos y no admitidos en el Auto de 7 de agosto de 2019: Isabel Velázquez Soriano; Juan Santos Yanguas y Joaquín María Gorrochategui Churruca, acerca de la falsedad de las piezas.

Esta Juzgadora estimó la documental y pericial propuestas por la acusación particular, cuya práctica se acordó el 13 de febrero de 2020, así como inadmitió la testifical nuevamente propuesta, con remisión a los motivos recogidos en el Auto de 7 de agosto de 2019, por lo que el Letrado de la acusación particular hizo constar su protesta a efectos de la segunda instancia.

C) El Letrado de la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA propuso:

C.1.- Documental, consistente en:

C.1.1.- Informe en relación con el inventario en soporte informático de los hallazgos de LURMEN S.L. en el yacimiento de Iruña-Veleia, en el que se encuentran los grafitos excepcionales de Veleia, incluyendo estadísticas, del que es autor D. Koenraad Van Den Driessche.

C.1.2.- Informe de tasación emitido por el perito tasador D. José Antonio Fernández Molina.

C.1.3.- Informe de los peritos calígrafos D. Javier Aniceto Gorriz Salamanca y D^a. Altamira Sarabia Fernández, acompañado de los útiles empleados en su pericia.

C.1.4.- Informe del Licenciado en Ciencias Geológicas D. Mikel Albisu Lasa y

documentación complementaria digitalizada de dicho informe.

C.2.- Periciales:

C.2.1.- Perito tasador que emite el informe aportado como documental.

C.2.2.- Peritos calígrafos que emiten el informe aportado.

C.2.3.- Perito geólogo autor del informe aportado.

C.2.4.- Tomás Antelo, autor del informe del Instituto de Patrimonio Cultural de España, autor del informe obrante a los folios 12.250 á 12.295.

Se admiten las pruebas propuestas por dicha parte: documental y pericial, debiendo cuidar la parte de que comparezcan los peritos en la sesión del día 18 de febrero de 2020.

D) La defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI propuso:

D.1.- Testifical de Lorena López de la Calle, en relación con los correos electrónicos y las manifestaciones realizadas por la misma respecto del indicado acusado.

Se desestimó la testifical propuesta, por no ser objeto de la acusación las manifestaciones que la persona propuesta como testigo realizó respecto del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, y la Letrada causó protesta a efectos de la segunda instancia.

D.2.- Pericial de la Ingeniera de Telecomunicaciones D^a. Ainoa Celaya Luna, cuyo informe ya fue admitido como prueba documental de dicha parte mediante, prueba que se admitió, señalándose para su práctica la sesión del 13 de febrero de 2020, y sin admitirse la

práctica de la misma a través de videoconferencia por los mismos motivos que se dieron por esta juzgadora, dada la extensión de la causa y la posibilidad de tener que utilizar medios informáticos para la comprensión del informe.

También se desestimó la práctica de careo propuesta por la Letrada del citado acusado del art. 713 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal entre dicha perito y el perito propuesto por la acusación particular, previo traslado a las partes, por no estar contemplado en el precepto citado y no considerarlo oportuno esta juzgadora, causando protesta la Letrada Sr^a. Rodríguez Beltrán.

De las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal, acusación particular y defensas se dio traslado a las demás partes, oponiéndose la acusación particular a la admisión de las pruebas de la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, y resolviéndose su admisión, al entender esta Juzgadora que no cabe estimar la extemporaneidad de las mismas, a la vista de la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, y acordando ampliar en una sesión más las sesiones de la vista.

SÉPTIMO.- Las sesiones de la vista del juicio se llevaron a cabo para la práctica de la prueba admitida, con algunas variaciones en función de la duración prevista de las declaraciones de determinados testigos y en función de las renunciadas a testigos:

El Ministerio Fiscal solicitó la intervención de los ertzainas núms. 5614 y 14582 como peritos de la Unidad de policía científica, Documentoscopia y Grafística, en lugar de la Jefa de dicha Unidad, con carnet profesional núm. 10214 que había propuesto como perito, dado que fueron aquéllos y no esta última quienes habían estudiado la posibilidad de realizar o no la pericial caligráfica y habían elaborado las conclusiones que se recogen a los folios 12108 y 12109 de los autos, petición de la que se dio traslado a las demás partes sin que se opusieran, admitiéndose tal modificación.

La acusación particular renunció a la testifical del ertzaina núm. 5138.

Ambas defensas renunciaron a la declaración del testigo Wolfgang Wilhelm, y la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA renunció al testimonio de cuatro trabajadoras de LURMEN S.L., así como al testimonio de siete vigilantes del yacimiento, así como a la pericial de auditor.

Dada la duración de los testimonios de los arqueólogos, se incluyó por esta juzgadora una breve sesión el día 14 de febrero de 2020 para la declaración de un testigo de la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA.

Se acordó que el día 18 de febrero de 2020 se practicaran las periciales propuestas al inicio de la vista por la acusación particular y defensas, trasladándose la emisión de los informes finales al día 19 de febrero de 2020, añadiéndose una sesión más al juicio.

OCTAVO.- En las diferentes sesiones (días 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 17 y 18 de febrero de 2020) se practicaron las pruebas admitidas, a excepción de la testifical de Vladimir Grinevitch, propuesto por ambas defensas, ante la imposibilidad de localizar al mismo, manifestando la Letrada de la defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI que el mismo tendría en la actualidad una edad de aproximadamente 90 años y podría haber fallecido, así como de la testifical de Tomás Antelo, con quien no pudo contactar la defensa de ELISEO GIL ZUBILLAGA, y que manifestó que en la actualidad se encuentra jubilado.

En la sesión del día 18 de febrero de 2020, una vez practicados el interrogatorio de los acusados, testificales y periciales, el Ministerio Fiscal y las demás partes dieron por reproducidas las pruebas documentales.

NOVENO.- En el trámite de conclusiones, evacuado también el día 18 de febrero de

2020, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones provisionales, que entregó por escrito, modificaciones que elevó a definitivas, y a las que se adhirió también el Letrado de la acusación particular.

Las conclusiones modificadas por el Ministerio Fiscal con la adhesión de la acusación particular DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA fueron: la primera para incluir una alternativa al relato de hechos recogido en el párrafo 12 de dicha conclusión, en el que se expresa que el acusado Eliseo Gil Zubillaga, u otra persona por su encargo, con la intención de dotar a 291 de las piezas encontradas de un pretendido valor histórico-cultural-religioso que no tenían, causó desperfectos en las mismas rayando sus superficies a los efectos de realizar sobre ellas las supuestas inscripciones excepcionales, deteriorando así de forma irreversible piezas tardo-romanas auténticas, consistente tal alternativa en que el citado acusado permitió que dichas piezas fueran dañadas, sin variar el resto del relato de hechos.

Del mismo modo, modificó la conclusión segunda, añadiendo en el apartado A) que el delito continuado sobre el patrimonio histórico del art. 323 del Código Penal en su redacción vigente en la fecha de los hechos se encuentra en concurso con un delito continuado de los hechos, en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento oficial o privado de los artículos 390.1.1º, 2º, y 3º, 392 y 395 del Código Penal, con relación a los artículos 74.1 y 77.1 y 2 del mismo cuerpo legal.

Modificó la conclusión tercera para incluir como alternativa de la autoría del delito A) respecto del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, que éste responde en concepto de autor del artículo 28 del Código Penal, con relación al artículo 11 del Código penal, del delito descrito en el apartado A).

No modificó las conclusiones cuarta y la quinta respecto de las penas solicitadas, pero sí en cuanto a la responsabilidad civil, solicitando que el acusado Eliseo Gil Zubillaga abone al Gobierno Vasco la cantidad de 51.300 euros por las 171 piezas cerámicas dañadas, y a la Diputación Foral de Álava en la cantidad de 51.300 euros por los gastos de inversión

en el yacimiento, debiendo indemnizar el acusado Eliseo Gil Zubillaga a la Diputación Foral de Álava en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia por los perjuicios causados con relación al resto de las 291 piezas, con valoración de las mismas en tal fase de ejecución, con la misma responsabilidad subsidiaria de la mercantil LURMEN S.L. que ya solicitaba; el Ministerio Público, en relación con tales modificaciones, explicó que el delito de falsedad documental quedaría absorbido en el delito contra el patrimonio histórico, la comisión por omisión resulta de los hechos, así como que la responsabilidad civil se modifica en función de que se han valorado únicamente las piezas de cerámica, que suman 171 de las 291, debiendo valorarse en ejecución de sentencia las restantes piezas.

Por su parte, el Letrado de la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA manifestó que no podía ejercer la defensa ante tal modificación y que es extemporánea, elevando a definitivas sus conclusiones, como así las elevó la Letrada del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI.

Finalmente, el día 19 de febrero de 2020, el Ministerio Fiscal y los Letrados de las partes emitieron sus informes, cuya duración determinó esta Juzgadora en el tiempo máximo de 50 minutos para cada parte, y tras la última palabra de los acusados, se declararon los autos conclusos para sentencia.

DÉCIMO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia, habida cuenta del volumen y complejidad de la causa.

HECHOS PROBADOS

Se considera probado, y así se declara expresamente que:

PRIMERO.- El yacimiento arqueológico de Iruña-Veleia fue declarado Monumento Nacional por Real Orden de 22 de mayo de 1916; por Decreto 265/1984, de 17 de julio, el Gobierno Vasco declaró Monumento Histórico Artístico Nacional el Puente y el Oppidum de Iruña, con la clasificación de bien cultural calificado, calificación que igualmente ostentaba por aplicación de la Disposición Adicional Primera de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

Tras la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural del País Vasco, y en virtud de su Disposición Adicional Primera, el yacimiento arqueológico de Iruña Veleia pasó a ser un bien cultural calificado, habiendo quedado adscrito al Departamento de Euskera, Cultura y Deportes como bien de dominio público de acuerdo con la Norma Foral 5/1998, de 23 de febrero de Patrimonio del Territorio Histórico de Álava. El yacimiento figura en inscrito con el núm. 103 en el Inventario de Bienes Inmuebles Urbanos de la Diputación Foral de Álava el denominado "Yacimiento Arqueológico de Iruña de Oca", situado en la jurisdicción de Trespuentes, Ayuntamiento de Iruña de Oka.

Y de conformidad con la Ley 7/1990, de 3 de Julio, de Patrimonio Cultural del País Vasco, los bienes de interés arqueológico y paleontológico descubiertos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, ya sea de forma casual o fruto de un trabajo sistemático dedicado a tal fin, serán de dominio público.

SEGUNDO.- ELISEO GIL ZUBILLAGA, mayor de edad, nacido el día 2 de agosto de 1.961, sin antecedentes penales, arqueólogo, desde el año 1994 hasta el año 2001 venía realizando excavaciones arqueológicas en el yacimiento arqueológico de Iruña-Veleia; desde el año 2002 y hasta el 8 de noviembre de 2008, ELISEO GIL ZUBILLAGA continuó dicha actividad a través de la mercantil LURMEN S.L., con CIF nº 801105634, empresa de servicios en el ámbito de la arqueología y de la investigación, así como fomento, protección y difusión de patrimonio cultural, de la que es administrador solidario y socio al 50%, junto con Idoia Filloy Nieva, en la misma proporción, así como también la misma es

administradora solidaria de la indicada mercantil.

Durante este segundo periodo y a partir del año 2002, LURMEN S.L. contaba con un permiso de excavación y ocupación temporal del yacimiento de Iruña-Veleia concedido por la Diputación Foral de Álava mediante Orden Foral nº 189/2002, de 11 de julio de 2.002 por un período de 10 años, en precario y revocable, para el desarrollo de los trabajos relacionados con el Proyecto Iruña-Veleia III Milenio que subvencionaba a la citada mercantil la empresa pública EUSKOTREN mediante un convenio de diez años, así como la Diputación Foral de Álava le concedía a LURMEN S.L. un permiso anual renovable para la realización de las correspondientes actividades arqueológicas.

LURMEN S.L. contaba con financiación de la empresa pública EUSKOTREN, (Eusko Trenbideak-Ferrocarriles Vascos S.A.) para desarrollar el Proyecto Iruña-Veleia III Milenio, que tenía el valor de Plan Director, subvención concedida a través de un convenio suscrito en el año 2001 por ambas partes por un periodo de diez años, y cuya efectividad comenzó en el año 2002, tras concederse las oportunas licencias por la Diputación Foral de Álava a dicha mercantil.

ELISEO GIL ZUBILLAGA es el socio y administrador que suscribe el convenio con EUSKOTREN y quien tramita y suscribe las peticiones de licencias de la Diputación Foral de Álava, presenta memorias y solicita la práctica de pruebas analíticas a esta última Administración.

TERCERO.- En el yacimiento arqueológico de Iruña-Veleia también trabajaba ÓSCAR ESCRIBANO SANZ, licenciado en Geología, contratado por LURMEN S.L. entre los años 2.002 y 2.008 para realizar diversos trabajos en el yacimiento, entre otros, labores de excavación, lavado de materiales, supervisión de los campos de trabajo, y guía en las visitas guiadas en euskera al yacimiento.

ÓSCAR ESCRIBANO SANZ, en un día no precisado del mes de agosto del año 2.005, tomó una de las piezas de arqueológicas halladas en la excavación, y, valiéndose de un punzón, ejecutó en la misma la inscripción de la palabra "Veleia", deteriorando de forma irreversible esta pieza tardo-romana auténtica. Y, depositando la pieza junto con otros hallazgos pendientes del lavado, las personas que los lavaron encontraron esta pieza y descubrieron la inscripción realizada por ÓSCAR ESCRIBANO SANZ, en la creencia de haber encontrado una inscripción de alto valor histórico, si bien ÓSCAR ESCRIBANO SANZ acabó reconociendo su acción, manifestando que había sido una broma.

ÓSCAR ESCRIBANO SANZ ha sido condenado por estos hechos por sentencia de conformidad dictada con fecha 3 de febrero de 2020.

CUARTO.- Durante los trabajos de excavación llevados a cabo por LURMEN S.L. en los denominados "Sectoros" del yacimiento de Iruña-Veleia y en varios sondeos y prospecciones realizados entre los meses de junio de año 2005 y el 3 de noviembre de 2006, fueron halladas diversas piezas arqueológicas, entre las que se encontraban las siguientes piezas cerámicas inventariadas por LURMEN S.L. en su inventario de evidencias en formato Excel, y que luego fueron objeto de análisis por técnicos del Instituto de Patrimonio Cultural de España:

1.- Núm. 10714, fragmento de fondo de TSH con graffiti que no consta inscrita como excepcional, hallado el 15 de junio de 2005 en la Unidad estratigráfica (UE) 12031.

2.- Núm. 10765, fragmento de intento de colgante de TSH con graffiti excepcional, hallado el 15 de junio de 2005 en la UE 12031.

3.- Núm. 10776, fragmento TSH 36, con graffiti excepcional, encontrado el 15 de junio de 2005 en la UE 12031.

4.- Núm. 10.826, fragmento TSHT con graffiti, encontrado el 15 de junio de 2005 en la UE 12030.

5.- Núm. 10849, fragmento de anforisco-botella de cerámica común de mesa con graffiti excepcional, hallado el 21 de julio de 2005 en la UE 51144.

6.- Núm. 10942, ficha de TSH con graffiti excepcional, hallada el 27 de julio de 2005 en la 51144 UE.

7.- Núm. 11139, perfil completo de TSH 7 con graffiti excepcional, encontrado el 4 de agosto de 2005 en la 51144 UE.

8.- Núm. 11156, fusaiola de arcilla cocida con graffiti excepcional, encontrada el 3 de agosto de 2005 en UE 51144.

9.- Núm. 11162, ficha de TSH con graffiti, hallada el 9 de agosto de 2005 en UE 51144.

10.- Núm. 11252, fragmento de plato de ERPI con graffiti excepcional, hallado el 14 de agosto de 2005 en UE 3037-B.

11.- Núm. 11305, parte superior de TSH 36 con graffiti excepcional, encontrada el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

12.- Núm. 11392, fragmento de cuenco de TSH con graffiti, que no consta inscrito como excepcional, el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

13.- Núm. 11413, parte inferior de tapadera de cerámica común de mesa con graffiti excepcional, encontrada el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

14.- Núm. 11417, fragmento de fondo de TSH con graffiti excepcional, hallado el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

15.- Núm. 11419, fragmento de TSH 7 con graffiti excepcional, encontrado el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

16.- Núm. 11423, fragmento de recipiente de almacenaje con graffiti excepcional, encontrado el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

17.- Núm. 11424, fragmento de ánfora con graffiti excepcional, hallado el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

18.- Núm. 11426, fragmento de cerámica común de mesa pigmentada, con graffiti excepcional, encontrada el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

19.- Núm. 11429, parte inferior de TSH 7 con graffiti excepcional, encontrada el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

20.- Núm. 11459, parte inferior de cuenco de TSH con graffiti excepcional, hallada el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

21.- Núm. 11481, parte superior de TSH 8 con graffiti, encontrada el 12 de agosto de

2005 en UE 51144.

22.- Núm. 11530, fragmento de borde de TSH 4 con graffiti excepcional, encontrado el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

23.- Núm. 11709, fragmento de cerámica común de mesa con graffiti excepcional, hallado el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

24.- Núm. 12047, fragmento de cerámica común de mesa con graffiti excepcional, encontrado el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

25.- Núm. 12048, fragmento de fondo de plato de cerámica común de mesa con graffiti excepcional, hallado el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

26.- Núm. 12098, parte superior de TSH 6 con graffiti excepcional, encontrada el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

27.- Núm. 12099, fragmento de botella? de TSH con graffiti excepcional, encontrado el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

28.- Núm. 12108, parte inferior de TSH 7 con graffiti excepcional, hallado el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

29.- Núm. 12110, fragmento de cuenco de TSH con graffiti excepcional, encontrado el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

30.- Núm. 12697, fragmento de fondo de TSH con graffiti, hallado el 12 de agosto de 2005 en UE 51144.

31.- Núm. 12.799, fragmento de ficha de TSH con graffiti, hallado el 29 de septiembre de 2005 en UE 12076-B.

32.- Núm. 13368, fragmento de fondo de TSH con graffiti excepcional, encontrado el 4 de mayo de 2005 en UE 6076.

33.- Núm. 13370, fragmento de TSH con graffiti excepcional, encontrado el 4 de mayo de 2005 en UE 6076.

34.- Núm. 13371, fragmento de cerámica común con graffiti excepcional, encontrado el 4 de mayo de 2005 en UE 6076.

35.- Núm. 13397, fragmento de TSH con graffiti excepcional, encontrado el 21 de junio de 2005 en UE 6180.

36.- Núm. 15910, fragmento de TSH con graffiti excepcional, hallado el 22 de junio de 2006 en el sondeo 32 en UE 32005-C.

37.- Núm. 15920, fragmento de almacenaje de cerámica con graffiti excepcional, encontrado el 22 de junio de 2006 en el sondeo 32 en UE 32005-C.

38.- Núm. 17194, parte inferior de TSH con graffiti excepcional, hallado el 4 de octubre de 2006 en el sondeo 111 en UE 111004.

39.- Núm. 17050, fragmento de cerámica común con graffiti excepcional, hallado el 3 de noviembre de 2006, sondeo 120 en UE 12003.

Las piezas arqueológicas halladas en el SECTOR 5 entre julio y agosto de 2005 fueron almacenadas en uno de los módulos del yacimiento, módulo utilizado por la mercantil LURMEN, S.L. y sus empleados. Estos últimos comenzaron el lavado de tales piezas a partir del mes de septiembre del año 2.005, proceso durante el cual, en diciembre de 2005, y de forma exclusiva durante el proceso de lavado, los empleados del yacimiento comenzaron a encontrar inscripciones con escritura y epigrafía con distintas temáticas: motivos cristianos, frases y nombres en latín, supuestos jeroglíficos egipcios, o palabras en euskera, sobre la superficie de algunas de las piezas de cerámica, ladrillo, vidrio y hueso de época romana, inscripciones que no habían sido vistas en el momento de su hallazgo en la excavación, esto es, "in situ", algunas de las cuales se consideraron como grafitos excepcionales por ELISEO GIL ZUBILLAGA, y así se hizo constar posteriormente en el inventario informatizado y elaborado en formato Excel que venía realizando LURMEN S.L., aun cuando inicialmente en la ficha de tales piezas no figuraba la indicación de grafito en las fichas de unidad stratigráfica, y entre ellas, de este Sector 5, las piezas cerámicas núms. 10849, 10942, 11139, 11156, 11162, 11252, 11305, 11392, 11413, 11417, 11419, 11423, 11424, 11426, 11429, 11459, 11481, 11530, 11709, 12047, 12048, 12098, 12099, 12108, 12110 y 12697, piezas que han sido objeto de análisis por el Instituto de Patrimonio Cultural de España.

A principios del año 2006, comenzó el lavado de las piezas arqueológicas que fueron halladas en el SECTOR 12 del yacimiento durante el verano de 2.005, y también de forma exclusiva durante dicho proceso de lavado, comenzaron a aparecer diversos grafitos sobre la superficie de tales piezas, aun cuando en el momento de ser descubiertas en la excavación no habían sido coordinadas con grafito alguno, ni se había recogido inicialmente con dicha

indicación en las fichas de unidad estratigráfica.

Así, aparecieron grafitos en 77 piezas de las lavadas del Sector 12, que la dirección del yacimiento y de la mercantil LURMEN S.L. -ELISEO GIL ZUBILLAGA e Idoia Filloy Nieva- consideró excepcionales, y que se referían a temática diversa, entre ellas, las piezas cerámicas núms. 10765, 10776 y 10826, que han sido objeto de análisis por el Instituto de Patrimonio Cultural de España.

En fecha indeterminada de la primavera del año 2006, se llevó a cabo el proceso de lavado del material excavado durante el año 2005 en el SECTOR 6 del yacimiento de Iruña-Veleia, y ocurrió también que, de manera exclusiva durante el proceso de lavado, se localizaron 75 piezas de cerámica, vidrio, hueso y Terra Sigillata Hispánica, con inscripciones sobre su superficie con temática diversa, tal como frases y nombres en latín, en euskera, jeroglíficos egipcios o imágenes con referencias a la religión judeo-cristiana, que también se consideraron excepcionales por ELISEO GIL ZUBILLAGA. Entre estas piezas arqueológicas se encuentran piezas cerámicas números 13368, 13370, 13371 y 13397, que han sido objeto de análisis por el Instituto de Patrimonio Cultural de España.

Al igual que en los casos anteriores, en el lavado de las piezas arqueológicas halladas en el SECTOR 3 en el verano de 2.005, fueron localizadas 9 piezas con grafitos tildados de excepcionales por ELISEO GIL ZUBILLAGA, entre las que se encuentra la pieza cerámica núm. 11252, que ha sido analizada por el Instituto de Patrimonio Cultural de España.

En el resto de prospecciones y sondeos realizadas entre los años 2005 y 2006 se hallaron, descontextualizadas, numerosas piezas arqueológicas de distintos materiales, de las cuales 45 de ellas presentaban grafitos excepcionales según ELISEO GIL ZUBILLAGA, que tan sólo eran percibidos tras el proceso de lavado, y entre las que se encuentran las piezas cerámicas núms. 12799, 15910, 15920, 17050 y 17194, que han sido analizadas por el Instituto de Patrimonio Cultural de España.

Desde el hallazgo de cada una de las piezas hasta su posterior lavado e inventariado,

todo el material arqueológico excavado en el yacimiento de Iruña-Veleia estuvo almacenado en las instalaciones y módulos que en el yacimiento venía utilizando la mercantil LURMEN S.L., y en algunos casos, en el exterior de los módulos, dentro del recinto vallado, depositado en carretillas.

Por tanto, entre los meses de julio de 2005 y junio de 2006, ELISEO GIL ZUBILLAGA, bien por sí o bien por medio de terceras personas, realizó incisiones para dotar de diversas inscripciones en 36 piezas arqueológicas tardo-romanas auténticas de cerámica, identificadas en el inventario en formato EXCEL de LURMEN S.L. con los números 10714, 10765, 10776, 10826, 10849, 10942, 11139, 11156, 11162, 11252, 11305, 11392, 11413, 11417, 11419, 11423, 11424, 11426, 11429, 11459, 11481, 11530, 11709, 12047, 12048, 12098, 12099, 12108, 12110, 12697, 13368, 13370, 13371, 13397, 15910 y 15920, y ello con la intención de dotar a los hallazgos de yacimiento de un pretendido valor histórico-cultural-religioso que no tenían, por parte de quien llevó a cabo tales inscripciones, con lo estas piezas quedaron deterioradas de forma irreversible, respecto de las piezas que se registraron por LURMEN S.L. como portadoras de grafitos.

Los días 8 y 15 de junio de 2006, varias de las piezas arqueológicas que ELISEO GIL ZUBILLAGA consideró que contenían grafitos excepcionales fueron presentadas por éste al público, como "Primer Conjunto Epigráfico de Iruña-Veleia" y "Segundo conjunto epigráfico".

QUINTO.- En el inventario de LURMEN S.L. se registraron casi 300 piezas arqueológicas con grafitos, de las que la mayoría se corresponden con piezas de cerámica, así como también hay piezas de adobe, piezas de mortero, de vidrio, de hueso o asta, una pieza de piedra, y una tesela, de las que únicamente 39 piezas de cerámica terra sigillata y de cerámica común, señaladas en el inventario de evidencias arqueológicas de LURMEN S.L. como piezas números 10765, 10776, 10849, 10942, 11139, 11156, 11252, 11305, 11392, 11413, 11417, 11419, 11423, 11424, 11426, 11429, 11459, 11530, 11709, 12047, 12048, 12098, 12099, 12108, 12110, 13368, 13370, 13371, 13397, 15910, 15920, 17194 y 17050 con grafito excepcional, y las piezas números 10714, 10.826, 11162, 11.392, 11481, 12697, 12.799 con grafito, fueron analizadas por el Instituto de Patrimonio Cultural de

España, resultando que treinta y tres de las piezas, las reseñadas con los núms. 10765, 10714, 10776, 10849, 11139, 11156, 11252, 11305, 11413, 11417, 11419, 11423, 11424, 11426, 11429, 11459, 11530, 11709, 12047, 12048, 12098, 12099, 12108, 12110, 12697, 13368, 13370, 13371, 13397, 15910, 15920, 17050 y 17194 en el inventario de evidencias arqueológicas en formato EXCEL de LURMEN S.L. fueron manipuladas por ELISEO GIL ZUBILLAGA o por éste mediante terceras personas, con incisiones contemporáneas, para simular que las indicadas piezas contenían inscripciones o epigrafía de la misma antigüedad que el soporte en el que se grababan y darles un valor histórico-cultural que no tenían, resultando alteradas en su totalidad dichas piezas, aun cuando las piezas núm. 17194 y 17050 fueron halladas en fecha posterior a junio de 2006, el 4 de octubre y el 3 de noviembre de 2006, respectivamente; mientras que las piezas números 10826, 11162, 11392 y 11481 sufrieron la alteración parcial de los grafitos originales con trazos contemporáneos; y la pieza núm. 10942 ha sufrido la modificación contemporánea del grafito original que presentaba su anverso, y en su reverso se han realizado grafitos contemporáneos.

La pieza núm. 12799 es toda ella auténtica, presentando grafitos originales de la misma época que el propio soporte cerámico en el que se encuentran realizados.

SEXTO.- La Dirección de Patrimonio Cultural del Gobierno Vasco, mediante un informe emitido por el Jefe de la Sección de Patrimonio Histórico de la Diputación Foral de Álava, estimó en 600 euros el valor de cada pieza arqueológica cerámica hallada en el yacimiento de Iruña-Veleia, así como en otros 600 € los daños causados en cada pieza cerámica, entre los años 2005 y 2006, valoración genérica, realizada en abstracto sin ver las piezas, que no ha sido realizada por perito experto en la materia.

No se han especificado los concretos perjuicios económicos sufridos por la Diputación Foral de Álava por las inversiones realizadas en el yacimiento arqueológico, distintos del abono a LURMEN S.L. de las facturas correspondientes a los análisis realizados por RUBÉN

MANUEL CERDÁN CASILARI.

EL valor de las 36 piezas arqueológicas dañadas ha sido calculado en un mínimo de 2 € por pieza, ascendiendo a 72 €.

SÉPTIMO.- Con la finalidad de conferir a las piezas arqueológicas con grafitos encontradas entre julio de 2005 y junio de 2006 la trazabilidad que no tenían, por haber aparecido en el proceso de lavado y no haber sido coordinadas "in situ" por ostentar grafitos sino por otras características de las mismas, y a sabiendas de la falsedad de los grafitos, ELISEO GIL ZUBILLAGA se concertó con RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, mayor de edad, nacido el 15 de abril de 1.962, sin antecedentes penales, para la realización de algún informe que pudiera corroborar la apariencia de autenticidad de que los grafitos que presentaban las piezas. Con esta finalidad, convinieron ELISEO GIL ZUBILLAGA y RUBÉN CERDÁN CASILARI que los informes versaran sobre la continuidad de la pátina superficial por tasa de cationes de las piezas arqueológicas que presentaban los considerados como grafitos excepcionales por ELISEO GIL ZUBILLAGA.

RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI recogió tres lotes de piezas que le facilitó ELISEO GIL ZUBILLAGA, y realizó tres informes que no contaban con el respaldo de análisis espectroscópicos alguno, a pesar de que en el primer informe RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI afirma que habían sido realizados en los laboratorios de espectroscopia nuclear CEA-CNRS, CE, de Saclay 91191 Gif Sur Ivette, Francia, simulando RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI que se habían llevado a cabo, e incluyendo en su informe fechado en marzo-abril de 2006 la referencia a los mismos, así como seis espectros que había descargado de la página Web de la empresa Fast Com Tec de un archivo de descarga libre y gratuita llamado EXEMPLE.SPE del Software de GANAAS que dicha empresa facilitaba.

A pesar de que RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI era conocedor de que los

estudios, interpretaciones y las conclusiones que hacía constar en sus informes no podían ser ciertos, por no haberse llevado a cabo análisis espectroscópico alguno en los laboratorios de espectroscopia nuclear CEA-CNRS, CE, de Saclay 91191 Gif Sur Ivette, Francia, ni tampoco en otro laboratorio diferente, pues los análisis realizados de forma gratuita tanto por ADIRONDACK S.L. como por expertos de la Universidad Complutense de Madrid y del Departamento de Química Láser del Instituto de Química Física Rocasolano del CSIC, no tuvieron como objeto las piezas arqueológicas a las que se referían los tres informes sobre la continuidad de pátina emitidos por RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI. Sin embargo, éste presentó en sus informes unos resultados en los que concluye que no existen razones para creer que las piezas estudiadas han sido manipuladas en época reciente para inscribir en ellas los grafitos que muestran, haciendo constar en el estudio e interpretación de todos los resultados referidos a cada pieza objeto de los tres informes que la tasa de cationes es coherente con una exposición idéntica de los trazos del grafito respecto a la exposición del sustrato, haciendo extensiva esta afirmación a todas las piezas que manifiesta se han analizado.

El primer informe realizado por RUBÉN CERDÁN CASILARI se encuentra fechado en marzo-abril de 2.006, con el título de Análisis de pátina de deposición superficial de contaminantes en muestras arqueológicas de cerámica común, T.S.H. y óseas, y consta de 56 folios y dos anexos con un total de 45 folios, en los que se estudian 7 restos óseos, 13 fragmentos de cerámica T.S.H. y 13 fragmentos de cerámica común, las piezas cerámicas señaladas en el inventario de evidencias de LURMEN S.L. con los números 11139, 11186, 11267, 11288, 11305, 11331, 11380, 11418, 11419, 11427, 11428, 11459, 12108, 10976, 11039, 11013, 11019, 11415, 11420, 11423, 11425, 11699, 11708, 11709, 12046, y 12048, sumando todas las piezas examinadas un total de 34 objetos arqueológicos, y de las que fueron analizadas posteriormente por el Instituto de Patrimonio Cultural de España las piezas núms. 11139, 11305, 11419, 11459, 12108, 11709 y 12048; en citado informe, RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI concluye que no existen razones para creer que las piezas estudiadas han sido manipuladas en época reciente para inscribir en ellas los grafitos que hoy muestran.

El segundo informe está fechado en julio-octubre de 2006 y lleva por título "Análisis de pátina de deposición superficial de contaminantes en muestras arqueológicas de cerámica común, T.S.H. y ladrillo", constando de un total de 37 folios, en el que se recoge que realiza un estudio de 26 restos arqueológicos del conjunto que fue presentado por ELISEO GIL ZUBILLAGA como hallazgos excepcionales pertenecientes al "Segundo Conjunto Epigráfico", constando en dicho informe el análisis de 25 piezas en lugar de las 26 que se expresa en el informe, que son las señaladas con los números del inventario de evidencias de LURMEN S.L.: 13384, 13368, 13366, 13383, 13364, 13373, 13377, 13361, 13376, 13371, 13362, 13398, 13394, 13396, 13393, 13397, 13339, 13391, 13344, 13340, 13348, 13337, 15147, 13353 y 13357, así como dos piezas de control de teja común: las núms. DNCNO451 y DNC0452.

De las piezas de cerámica del inventario de LURMEN S.L. analizadas en este informe de junio-octubre de 2006 por RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI se estudiaron por el Instituto de Patrimonio Cultural de España las núms. 13368 y 13371.

OCTAVO.- Y aun cuando tanto ELISEO GIL ZUBILLAGA como RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI eran conocedores de la falta de veracidad de los tres informes al no haberse llevado a cabo los análisis de espectroscopia nuclear en los que -para llegar a las conclusiones e interpretaciones contenidas- tales informes se apoyaban y de la falta de autenticidad de los grafitos, con la finalidad de obtener un beneficio económico de carácter ilícito, acordaron que RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI girase las facturas correspondientes a los informes a LURMEN S.L., a sabiendas de que LURMEN S.L. iba a repercutir a su vez su importe a la Diputación Foral de Álava.

Así, a pesar de conocer la falsedad del primero de los informes, ELISEO GIL ZUBILLAGA y RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, movidos por el ánimo de obtener un lucro

ilícito, decidieron cobrar su importe a la Diputación Foral de Álava, y para ello, acordando que RUBÉN MANUEL CERDÁN facturase a LURMEN S.L., lo que así hizo por la cantidad de 5.817,40 € según factura núm. FACGRAFITOS/080506 de 8 de mayo de 2006. ELISEO GIL ZUBILLAGA remitió el 17 de mayo de 2.006 un escrito dirigido al Servicio de Museos del Departamento de Cultura de la Diputación Foral de Álava solicitando el pago de la factura nº 12-B/2006 emitida por LURMEN S.L. por el importe total de 5.817,40 euros y girada a dicha Administración, pago que se llevó a efecto por la Diputación Foral de Álava con fecha 21 de junio de 2006.

Y nuevamente, a pesar de ser conscientes de la falsedad del segundo informe, y con igual ánimo de lucro ilícito, ELISEO GIL ZUBILLAGA y RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI acordaron que éste último facturase también el citado informe a LURMEN S.L. lo que llevó a cabo por importe de 5.888,30 € mediante la factura núm. FACGRAFITOS/19106 de 19 de octubre de 2006, emitida con retención de 874,50 € por IRPF. Para su repercusión a la Diputación Foral de Álava, el día 9 de noviembre de 2.006 ELISEO GIL ZUBILLAGA remitió un escrito solicitando el pago a LURMEN S.L. de la factura nº 54-B/2006 expedida por LURMEN S.L. a la Diputación Foral de Álava por el importe total de 6.672,80 euros, factura esta última que fue abonada dicha Administración con fecha 17 de enero de 2007.

El tercer informe realizado por RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI está fechado en enero 2007 y lleva por título "Análisis de pátina de deposición superficial de contaminantes en muestras arqueológicas de cerámica procedentes del yacimiento de Iruña Veleia", conteniendo el estudio de 9 objetos arqueológicos: siete de cerámica, un canto rodado, y uno óseo del conjunto que fue presentado por ELISEO GIL ZUBILLAGA como hallazgos excepcionales "Tercer Conjunto Epigráfico", piezas núms. 13448, 13711, 13955, 13956, 15915, 15927, 17050, 17051 y 13709 del inventario de evidencias de LURMEN S.L., y de entre las que fue analizada por el Instituto de Patrimonio Cultural de España la pieza núm. 17050, que ha resultado con un falso grafito, aun cuando fue hallada el 3 de noviembre de 2006.

El pago de la factura correspondiente a este tercer informe no fue solicitado a la Diputación Foral de Álava.

NOVENO.- Ante las sospechas sobre la falta de autenticidad de los llamados "grafitos excepcionales", en el mes de enero de 2.008, la Diputación Foral de Álava acordó la creación de una Comisión Científico-Asesora, que no pudo concluir que los grafitos fuesen auténticos.

En virtud de la Orden Foral núm. 142/2009 del Departamento de Euskera, Cultura y Deportes de la Diputación Foral de Álava se incoó contra la mercantil LURMEN S.L. el expediente sancionador núm. 09/M1.8, por presunta comisión de infracción del artículo 108.1.B) de la Ley 7/1990 de 3 de julio de Patrimonio Cultural Vasco.

DÉCIMO.- Con fecha 24 de marzo de 2.009, la Diputación Foral de Álava presentó querrela por estos hechos contra ELISEO GIL ZUBILLAGA, ÓSCAR ESCRIBANO SANZ y RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, que fue admitida a trámite por Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Vitoria-Gasteiz dictado con fecha 5 de mayo de 2009, siguiéndose las diligencias previas núm. 1281/2009, en las que se dictó auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado con fecha 3 de mayo de 2017, tras una larga instrucción durante la cual hubo periodos de inactividad procesal. Con fecha 25 de abril de 2018, se dictó auto de apertura de juicio oral.

UNDÉCIMO.- Con fecha 3 de febrero de 2020, al inicio de la primera sesión del juicio oral, antes de las cuestiones previas y de la práctica de la prueba, se manifestó por el Ministerio Fiscal que había modificado su escrito de calificación provisional, al que se adhirió la acusación particular ejercida por la Diputación Foral de Álava, con el que mostró su conformidad ÓSCAR ESCRIBANO SANZ y su Letrada, por lo que se dictó sentencia in voce respecto de dicho acusado.

DUODÉCIMO.- Durante la tramitación de la presente causa se han producido varias dilaciones no imputables a las personas encausadas, habiendo durado la fase de instrucción desde el 5 de mayo de 2009 en que se dictó el Auto admitiendo a trámite la querrela, dictándose con fecha 20 de junio de 2016 Auto declarando la causa compleja y prorrogando la instrucción por doce meses, resolución que fue revocada por ser extemporánea por Auto de 15 de diciembre de 2016 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincia de Álava. El Auto de transformación en procedimiento abreviado se dictó con fecha 3 de mayo de 2017, y el de apertura de juicio oral con fecha 25 de abril de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO.- RESOLUCIÓN DE CUESTIONES PREVIAS.

a) PRESCRIPCIÓN. La cuestión de prescripción de los delitos propuesta por los Letrados de las defensas de ambos acusados va a ser objeto de tratamiento en el Fundamento Jurídico TERCERO.

b) NULIDAD POR RUPTURA DE LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PIEZAS ARQUEOLÓGICAS.

Dado que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo es necesaria la prueba de manipulación del cuerpo del delito para poder concluir que se ha roto la cadena de custodia, se decidió por esta juzgadora resolver sobre esta cuestión en sentencia.

A este respecto, en el terreno de la regularidad de la cadena de custodia, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Julio de 2014 (Rc 11124/2013 P ECLI:ES:TS:2014:3086) reitera que la ruptura de la cadena de custodia puede tener una indudable influencia en la

vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, por lo que resulta imprescindible descartar la posibilidad de que la falta de control administrativo o jurisdiccional sobre las piezas de convicción del delito pueda generar un equívoco acerca de qué fue lo realmente analizado. Lo contrario podría implicar una más que visible quiebra de los principios que definen el derecho a un proceso con todas las garantías. Pero las objeciones sobre el particular son cuestiones fácticas que, como tales, se hallan sujetas a las reglas generales sobre valoración de la prueba. En otras palabras, no se pueden confundir los dos planos: irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad.

Y así lo reitera la sentencia la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2016 (Rc 1068/2015 ECLI:ES:TS::2016:360), que explica que cuando se comprueban deficiencias en la secuencia denominada cadena de custodia que despierten dudas razonables, habrá que prescindir de esa fuente de prueba, no porque el incumplimiento de alguno de esos medios legales de garantía convierta en nula la prueba, sino porque su autenticidad queda cuestionada: no se pueden confundir los dos planos. Se añade que la irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a su nulidad. Y, por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 (Rc 206/2016 ECLI:ES:TS: 2016:2623), recogiendo la indicada doctrina, afirma que la jurisprudencia no mantiene una concepción formal, sino material de la cadena de custodia; y concreta que una infracción menor de tal cadena solo constituye una irregularidad que no determina la exclusión de la prueba del proceso, sin perjuicio de que el defecto apreciado pueda afectar a su poder de convicción o fiabilidad.

Por el contrario, una infracción mayor o muy relevante de la cadena de custodia debe determinar la invalidez de la prueba, en la medida que su valoración afectaría al derecho a un proceso con las debidas garantías, al no poderse garantizar la autenticidad de la fuente de prueba.

De igual forma, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2017 (Rc 10006/2017 ECLI:ES:TS:2017: 4310) aborda la doctrina de la Sala en materia de cadena de

custodia y su acomodación a las directrices recomendadas por el Consejo de la Unión Europea de 30 de marzo de 2004, y concluye que no toda irregularidad de la cadena de custodia constituye por sí vulneración de derecho fundamental alguno, que tan solo vendría dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y especialmente, el derecho de defensa, porque la misma no tiene sino un carácter meramente instrumental. Cuando se rompe la cadena de custodia no nos adentramos en el campo de la ilicitud o inutilizabilidad probatoria, sino en el de la menor fiabilidad, que no equivale a nulidad, sino que habrá que sopesar si esa irregularidad es capaz de despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba.

Por ello, en sentencia de 4 de junio de 2010, el Tribunal Supremo ha dicho que la irregularidad de la *“cadena de custodia, de ser ese el caso, no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que tan solo vendría dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y especialmente, el derecho de defensa, y en segundo lugar, que las “formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso al que denominamos genéricamente “cadena de custodia”, no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que la analizada no fuera aquella sustancia originaria, ni para negar el valor probatorio de los análisis y sus posteriores resultados, debidamente documentados.*

Respecto de la incomparecencia en el plenario de los agentes que custodiaron la droga en dependencias policiales depositada en una caja fuerte cerrada con llave, hemos señalado en STS. 629/2011 de 23.6 que apuntar por ello a la simple posibilidad de manipulación para entender que la cadena de custodia se ha roto no parece aceptable, ya que debe exigirse la prueba de la manipulación efectiva». (F. J. 1º).

El art. 334 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que el Juez instructor ordenará recoger en los primeros momentos los efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, y el art. 335 de la precitada Ley establece en su párrafo segundo que *"Si por tratarse de delito de falsificación cometida en documentos o efectos existentes en dependencias de las Administraciones Públicas hubiere imprescindible necesidad de tenerlos a la vista para su reconocimiento pericial y examen por parte del Juez o Tribunal, el Secretario Judicial los reclamará a las correspondientes autoridades, sin perjuicio de devolverlos a los respectivos Centros oficiales después de terminada la causa."* De igual modo, el art. 338 LECrim. previene que *"los instrumentos, armas y efectos a los que se refiere el art. 334 se sellarán si fuera posible y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito"*.

En el caso que nos ocupa no se estima que haya existido irregularidad ni incumplimiento de normas o conculcación de derechos fundamentales, en especial, del derecho a la defensa de los acusados, por haberse acordado por la Juez de Instrucción que las piezas arqueológicas objeto de autos permanecieran depositadas en dependencias de la Diputación Foral de Álava, aun cuando –como sucede en múltiples delitos contra el patrimonio- se confunda la cualidad de perjudicado y querellante- lo que no invalida la cadena de custodia, sin que se hayan puesto de relieve, y sobre todo, aunque alguna se ha apuntado, se haya probado en el plenario qué actos concretos han supuesto la ruptura de la cadena de custodia mediante la manipulación de las piezas, pues aun cuando es cierto que se han encontrado metales actuales con aleaciones típicas contemporáneas y sin corrosión cuando se trata de metales utilizados en la época tardo-romana, precisamente en los surcos de las inscripciones de los fragmentos cerámicos analizados por peritos del Instituto de Patrimonio Cultural de España, dichos análisis no se han limitado a la existencia de los metales, sino que también han versado sobre los carbonatos encontrados en el soporte y en dichos surcos y también en la existencia de restos biológicos, todo lo cual ha sido tenido en cuenta para llegar a las conclusiones que ha recogido el Sr. Navarro Gascón, que ha expuesto el mismo en el plenario, aclarando que los restos biológicos en los surcos no son antiguos sino posteriores al enterramiento. Y ello no ha impedido al perito distinguir la existencia de parte de grafitos de la misma antigüedad que el soporte en algunas de las

piezas, en una de ellas en el anverso, y comprobar que otra pieza presentaba un grafito original.

En el Auto de 21 de mayo de 2009 en el que se denegaba la autorización para entrada y registro en las oficinas de LURMEN S.L. solicitada por la querellante, Diputación Foral de Álava, se nombró como depositaria a dicha Administración de los objetos que en ese momento pudieran encontrarse en los módulos, quien deberá adoptar todas las medidas oportunas para garantizar la custodia de los mismos e impedir su pérdida y acceso a los módulos quedando dichos objetos a disposición judicial, así como por providencia de 1 de junio de 2009 se acordó nombrar a dicha querellante también depositaria de la letrina, así como por providencia de 28 de febrero de 2011 se acordó la entrega de los bienes que no tienen interés respecto de los hechos a LURMEN S.L. previo inventario del contenido de los módulos que existen en Iruña Veleia y proceder al depósito del resto de los bienes en las dependencias de los archivos forales en Plaza de la Provincia núm. 14 de Vitoria-Gasteiz.

Y en cuanto a las piezas arqueológicas litigiosas, fueron depositadas en el Museo Arqueológico antes de la querrela, y posteriormente en el Museo Bibat cuando absorbió al anterior, al ser su titular y propietaria la Diputación Foral de Álava, resultando que, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Primera de la Ley 7/1990, de 2 de enero, de Patrimonio Cultural Vasco: *“Todos aquellos bienes muebles e inmuebles sitos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco que hubieran sido declarados de interés cultural con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley pasarán a tener la consideración de bienes culturales calificados del pueblo vasco, y quedarán sometidos al mismo régimen jurídico de protección aplicable a éstos.”*

Por lo que, como se expresa en el apartado primero de hechos probados de esta resolución, por efectos de esta norma, el yacimiento arqueológico de Iruña Veleia, que ya había sido declarado con anterioridad bien de interés cultural por Decreto 265/1984, de 17 de julio, del Gobierno Vasco, pasando a tener la consideración de bien cultural calificado,

con la protección correspondiente a dicha catalogación, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 7/1990, de 23 de enero, de Patrimonio Cultural Vasco: *“Integran el patrimonio cultural todos aquellos bienes de interés cultural por su valor histórico, artístico, urbanístico, etnográfico, científico, técnico y social, y que por tanto son merecedores de protección y defensa.”*

A este precepto se remite el art. 43 de la misma Ley, que establece: *“Integran el patrimonio arqueológico del pueblo vasco todos aquellos bienes muebles e inmuebles poseedores de alguno de los valores mencionados en el artículo 2 de la presente ley, cuyo estudio requiera la aplicación de la metodología arqueológica.”*

También obran en las actuaciones los traslados de las piezas para su análisis debidamente documentados en ampliaciones de atestados llevados a cabo por la Ertzaintza, aun cuando de las alegaciones formuladas por la defensa se colige que no se refiere a tales traslados sino a la posibilidad de manipulación de las piezas arqueológicas litigiosas durante el tiempo que han estado en poder de la Diputación Foral de Álava, por lo que me remito a lo anteriormente indicado al respecto, no habiéndose alegado qué manipulaciones concretas se han llevado a cabo en relación con las piezas ni el interés que podría haber tenido la querellante para realizar manipulaciones.

Aun cuando en su momento es cierto que la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA puso de manifiesto la existencia de posibles manipulaciones a través de fotografías, y que no se facilitó el acceso a las piezas a los peritos calígrafos de dicha defensa que pretendían realizar una pericia (escritos presentados ante el Juzgado de Instrucción con fecha 4 de marzo de 2010 y 30 de mayo de 2010 (obrantes a los folios 10587 á 10608, tomo 22 de los autos; y folios 10936 á 10939, tomo 23 de las actuaciones, respectivamente), no se recurrieron en tiempo y forma las resoluciones relativas a la custodia de las piezas ni la falta de autorización expresa para que su perito calígrafo -en aquel momento el Sr. Buesa- accediera a las piezas. Posteriormente, ha presentado otro informe pericial caligráfico ya en esta sede sentenciadora, y le fue autorizado el acceso a

dicho perito a las piezas originales.

Por otra parte, no se ha practicado prueba acerca de qué concretas irregularidades se han producido durante la custodia de las piezas a las que se alude por la defensa y sobre las que se realizan comentarios en el anexo 2 del atestado de la Ertzaintza entregado al Juzgado con fecha 23 de octubre de 2015 (folios 11911 á 11954), considerando que no son suficientes para desvirtuar las pruebas realizadas por el Instituto de Patrimonio de Cultural de España y que las mismas no puedan ser valoradas y consideradas fiables, al haber sido realizadas por peritos objetivos, funcionarios, nombrados directamente por el Juzgado de Instrucción y sin ninguna vinculación con las partes.

Por tanto, no se trata de una cuestión de nulidad o inutilizabilidad de la prueba, sino de fiabilidad como se ha dicho antes, por lo que se desestima la alegación de nulidad de la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA.

c) NULIDAD DEL ATESTADO.

Aun cuando en el trámite de cuestiones previas se resolvió sobre esta cuestión, se amplía, al objeto de resaltar que no se ha causado indefensión a los acusados -entonces investigados- por no intervenir en dicho atestado, pues como se expresa en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018, (Rc 2615/2017 ECLI:ES:TS:2018:4046), no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración sumarial inculpatoria, pues no siempre es legal o materialmente posible cumplir tal exigencia. En definitiva, no existirá vulneración del principio de contradicción cuando aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa.

Y según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional existente desde antiguo

(STC 188/2002, entre otras muchas) "...el atestado tan sólo tiene el valor de denuncia, por lo que considerado en sí mismo se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba (SSTC 31/1981, de 28 de julio; 9/1984, de 30 de enero), con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 145/1985, de 28 de noviembre). Por esta razón, hemos dicho que no "son medios de prueba las declaraciones de la policía, vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los artículos 297.2 y 727 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que tales funcionarios presten declaración en el juicio oral, debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales" (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, y 33/2000, de 14 de febrero). Ello, sin embargo, no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que se introduzcan en el juicio oral como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción; doctrina reiterada hasta la STC 33/2000, de 14 de febrero. El atestado se considera prueba documental exclusivamente en relación con estos elementos (STC 173/1997, de 14 de octubre)."

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencias como la de 23 de noviembre de 2001, que recoge como regla general que las diligencias policiales carecen en sí mismas de valor probatorio alguno, tanto las que se practican en el ámbito de un proceso judicial penal, como las que se realizan con anterioridad a su apertura, para la prevención, investigación y constatación de los hechos delictivos, o de infracciones administrativas, de las que posteriormente la Administración deducirá el tanto de culpa a los Tribunales penales por poder revestir caracteres delictivos.

Esta ausencia de valor probatorio se deriva de su propia naturaleza, al no constituir pruebas sino meras diligencias de investigación o prevención, aun cuando se reflejen documentalmente en un atestado policial o en un acta de infracción o de ocupación de efectos o toma de muestras. Para que puedan ser valorados los elementos probatorios que de estas diligencias pudiesen derivarse (ocupación de armas o efectos de un delito, o recogida de muestras o vestigios, por ejemplo) deben incorporarse al juicio oral mediante

un medio probatorio aceptable en derecho: por ejemplo la declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en el juicio con las garantías de la contradicción y la inmediación (SSTS 64/2000 y 756/2000, entre otras muchas).

Pues bien, el atestado en cuestión tiene el valor previsto en los artículos 297 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habiendo comparecido en calidad de testigo el ertzaina que lo elaboró como instructor con núm. 15323, quien ha explicado en el plenario sus investigaciones, y cuya declaración estima esta juzgadora suficiente, y que es apreciable según las reglas del criterio racional, sin necesidad de la reiteración de la declaración sobre los mismos hechos del ertzaina núm. 5138, quien actúa como secretario, perteneciendo ambos al Área de Medio Ambiente y Urbanismo de la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial de la Ertzaintza, siendo suficiente la exposición que el instructor llevó a cabo en el plenario para ilustrar a las partes y a esta Juzgadora sobre las investigaciones llevadas a cabo, habiéndose ceñido al atestado y sometido su testimonio a contradicción, puesto que dicho agente intervino de manera personal en la confección del atestado suscrito por el mismo, que fue ratificado por el mismo en el plenario, en el que las partes pudieron preguntar al mismo en calidad de testigo sobre sus actuaciones, que, por otra parte, constan por escrito en los diferentes atestados.

Cuestión distinta es, y éste era el temor de la defensa, que se valorasen por esta juzgadora las declaraciones de terceras personas recogidas en el atestado si no comparecían como testigos en el plenario, y a tal efecto, ha de tenerse en cuenta el **acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2015**, según el cual:

«Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio.

No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECrim. ni cabe su utilización como prueba

preconstituida en los términos del art. 730 de la LECrim.

Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.

Este acuerdo sustituye al que sobre la materia se había adoptado el 28 de noviembre de 2006.»

Por ello, dado que el testimonio de referencia es válido únicamente cuando existe una imposibilidad de que el testigo directo de los hechos declare en el plenario -por ausencia, enfermedad, fallecimiento-, tal como tiene declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, lo que no sucede en este caso, va a valorarse por esta Juzgadora de forma exclusiva las declaraciones de quienes, habiéndose recogido su declaración en los distintos atestados, hayan depuesto como testigos en el plenario, pudiendo apreciar esta juzgadora dicha prueba en virtud del principio de inmediación, y habiéndose sometido su declaración a la contradicción de las partes del proceso.

II.- PREVIO.- PRINCIPIO ACUSATORIO Y MODIFICACIÓN DE CONCLUSIONES DEL MINISTERIO FISCAL Y ACUSACIÓN PARTICULAR.

Al término de la práctica de la prueba, en la sesión de 18 de febrero pasado, el

Ministerio Fiscal y la acusación particular han modificado sus conclusiones, habiendo alegado indefensión el Letrado del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA ante dicha modificación.

A este respecto, la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 569/2011, de 27 de mayo**, señala que *"hemos de recordar que la **inmutabilidad del objeto del proceso es compatible con el carácter progresivo de su determinación**. La asunción del, más o menos felizmente, denominado por la doctrina sistema acusatorio mixto, implica la previsión de fases a las que corresponde diversas exigencias en dicha concreción del objeto del proceso. Desde una amplia posibilidad de indeterminación para el inicio del procedimiento, hasta una más exigente imposición de concreción en la formulación de la acusación provisional. Y **admitiendo que hasta la calificación definitiva son posibles modificaciones, sin más límite que el de que no impliquen alteración sustancial de aquel objeto**. Al respecto puede consultarse, entre otras muchas, la Sentencia de 27 de diciembre de 2010 resolviendo el recurso 1033 de 2010)".*

De igual forma, el propio Tribunal Supremo en su **Sentencia núm. 1206/2009, de 1 de diciembre** (recurso: 539/2009), refiere que *"La **determinación final del hecho imputado se contiene en las conclusiones definitivas de la acusación**. Esos hechos son los que vinculan al Tribunal como consecuencia del principio acusatorio. En consecuencia, desde la acusación provisional hasta la sentencia, el hecho imputado puede presentar variaciones, basadas en el resultado de la prueba practicada en el juicio oral. Pero no es posible alterar su identidad esencial, de manera que lo imputado en el escrito de conclusiones provisionales, que, a su vez, debe coincidir sustancialmente con los hechos por los que se le ha recibido declaración al acusado en calidad de imputado y son recogidos en el procesamiento o en el auto de incoación de procedimiento abreviado, debe ser el mismo hecho que, en su esencia, aparece en las conclusiones definitivas"*.

Y como se recoge en la **sentencia núm. 348 de 28 de julio de 2017 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife**, Sección: 5 (ROJ: SAP TF 1235/2017 ECLI:ES:APTF:2017:1235), dictada en el recurso núm. 30/2016, de la que es **Ponente** el Ilmo. Sr. D. José Félix **Mota Bello**: *"Por otra parte, obvio es decir que, en todo caso, los hechos sobre los que debe pronunciarse este Tribunal son los expuestos en los escritos*

acusatorios y deben guardar relación con la calificación como delito y sus consecuencias jurídicas. Al respecto, con relación al fundamento fáctico de la acusación, recuerda la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sentencia 545/2016 de 21 de junio, que el principio acusatorio implica la prohibición, dirigida al Tribunal, de introducir hechos perjudiciales para el acusado sustancialmente distintos de los consignados por la acusación. Tal forma de proceder afectaría al principio acusatorio, en cuanto el Tribunal invadiría las funciones del acusador construyendo un relato fáctico que, esencialmente, no tiene su antecedente en la acusación. Además, este proceder lesionaría el derecho a un Juez imparcial, en cuanto la actuación del Tribunal podría valorarse como una toma de posición contra el acusado. Asimismo se relaciona también con el derecho de defensa, pues el Tribunal que introduce de oficio en la sentencia hechos desfavorables para el acusado, relevantes para la calificación jurídica, infringiría ese derecho en cuanto no ha permitido la defensa contradictoria respecto de los mismos, ya que aparecen sorpresivamente, una vez finalizado el juicio oral. Relacionado con este tema, también debe hacerse de nuevo referencia, en línea con lo tratado en la resolución de las cuestiones previas, a la posibilidad de introducción de nuevos hechos en el trámite de conclusiones definitivas.

La doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ha venido a afirmar que el principio acusatorio básico del proceso penal impide que se trasladen los límites de la acción, acotada en la calificación provisional por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen, pero no que se califiquen adecuadamente esos hechos al evacuarse el trámite de conclusiones definitivas autorizado por el artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento ordinario y por el artículo 788.4 para el abreviado, en el que, manteniéndose la identidad esencial del hecho objeto de la acusación se puede variar, sin infringir la Ley, las modalidades del suceso, sus circunstancias, la participación de los encartados, tipo de delito cometido y grados de ejecución (SSTS. 18 de noviembre de 1998 y 7 de junio de 1985). Es cierto también que, partiendo de la misma doctrina jurisprudencial, debe afirmarse que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas de las partes, de tal forma que como recoge la sentencia del Tribunal Constitucional 228/2002 de 9 de diciembre, lleva esta discusión no tanto al enunciado del principio acusatorio como a la merma del derecho de defensa, cuando se debe hacer frente a una acusación sin haber podido ejercer una defensa plena, por falta de conocimiento previo de la acusación”.

Y en la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 720 de 06 de noviembre de 2017**, (ROJ: STS 4310/2017 ECLI:ES:TS:2017), dictada en el Recurso núm. 10006/2017, de la que es Ponente: Excmo. **Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre**: “Como

hemos dicho en SSTs 1278/2009 de 23 diciembre, 37/2013 de 30 enero, 304/2014 de 16 abril, entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra -dice la STC. 60/2008 de 26.5, la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" (SSTC 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre; 35/2004, de 8 de marzo; 7/2005, de 4 de abril).

En consecuencia, **el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación**, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre las cuales, el acusado, por tanto, no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio (SSTC. 40/2004 de 22.3, 183/2005 de 4.7). Además este Tribunal ha afirmado que con la perspectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos (o perspectivas jurídicas) que de facto no hayan podido ser plenamente debatidos (por todas STC. 87/2001 de 2.4).

En similar sentido las SSTC. 34/2009 de 9.2, 143/2009 de 15.6, precisan que "al definir el contenido del derecho a ser informado de la acusación, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación", derecho que encierra un "contenido normativo complejo", cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (SSTC. 12/81 de 10.4, 95/95 de 19.6, 302/2000 de 11.9). Esta exigencia se convierte así en instrumento indispensable para poder ejercer la defensa, pues mal puede defenderse de algo quién no sabe qué hechos en concreto se le imputan.

2.- Ahora bien **la jurisprudencia de esta Sala Segunda**, por todas STS. 203/2006 de 28.2- **admite la posibilidad de modificación de las conclusiones provisionales y considera que no se ha infringido el principio acusatorio básico del proceso penal**, porque éste, lo que **impide es que se traspasen los límites de la acción**, que queda acotada, en la calificación provisional por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen, **pero no que se califiquen adecuadamente esos hechos al evacuarse el trámite de conclusiones definitivas** autorizado por el art. 732 LECrim. para el procedimiento ordinario y por el art. 788.4 para el

abreviado, en el que, manteniéndose la identidad esencial del hecho objeto de la acusación se puede variar, sin infringir la Ley, las modalidades del suceso, sus circunstancias, la participación de los encartados, tipo de delito cometido y grados de ejecución, pero ningún sentido tendría el trámite de modificación de conclusiones si fuesen las provisionales las que acotasen los términos del debate (SSTS. 1436/98 de 18.11, 7.6.85).

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo -sentencia, entre otras, 609/2007 de 10.7- que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, y por ello ha dicho reiteradamente que toda sentencia penal ha de resolver sobre las conclusiones definitivas de las partes y no sobre las provisionales. La pretendida fijación de la acusación en el escrito de calificaciones provisionales privaría, por un lado, de sentido a los artículos 732 y 793.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (ahora art. 788.4) y, por otro lado, haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral (SSTC. 19.2.87, 16.5.89, 284/2001 de 28.2). Ni el procesamiento ni la calificación provisional vinculan de manera absoluta al Tribunal sentenciador. El verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas y a él debe ser referida la relación a juicio de congruencia del fallo (SSTS. 7.9.89, 30.6.92, 14.2.94, 1/98 de 12.1 y STC. 13.2.2003).

En esta dirección la STC. 228/2002 de 9.12, precisa que si bien las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que impongan una calificación más grave no lesiona el derecho a no ser condenado sin acusación, pues al ceñirse a las definitivas el órgano judicial habrá respetado este derecho, sin embargo, esas modificaciones pueden vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas que estimara pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación.

Ahora bien -como dice la STS. 1185/2004 de 22.10- tampoco esa vulneración se produce con carácter automático derivada de la introducción de modificaciones esenciales en el escrito de calificaciones definitivas si el acusado ha ejercido el derecho de defensa contra dicha acusación a partir de su conocimiento. En este contexto, es preciso recordar que la LECrim., en el marco de la regulación del procedimiento ordinario, establece la posibilidad de que se modifiquen las calificaciones provisionales al fijarlas de forma definitiva, pues esto puede resultar necesario en virtud de la prueba practicada (art. 732 LECrim.). Y dispone también que el órgano judicial, una vez efectuadas las calificaciones definitivas puede someter a las partes una nueva calificación jurídica, si considera que la efectuada incurre en manifiesto error, en cuyo caso puede suspender el juicio oral si las partes indicasen que no están suficientemente preparadas para discutir la propuesta (art. 733 LECrim.).

Asimismo, prevé la suspensión del juicio oral a instancia de parte "cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones substanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria (art 746.6 en relación con el art. 747 LECrim.)

Con mayor precisión la LECrim. prevé para el procedimiento abreviado, art. 793.7 (actual 788.4), que "cuando en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecia un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes". Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas.

*En suma, no toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa si, utilizando las vías habilitadas al efecto por la LECrim. se permite su ejercicio respecto a esos nuevos hechos y su calificación jurídica. Por ello **una modificación esencial de los hechos y de la calificación jurídica del escrito de calificaciones provisionales, al fijar las definitivas puede lesionar el derecho de defensa cuando el acusado haya ejercido las facultades en orden a la suspensión de la vista y proponiendo nuevas pruebas y le haya sido denegada**, por cuanto la aplicación de la doctrina general sobre la necesidad de que la práctica de prueba inadmitida fuese relevante para la modificación del fallo, no es aplicable en los casos de inadmisión o falta de práctica de toda prueba de descargo propuesta imputable al órgano judicial (STC. 13.2.2003).*

Por tanto, desde la perspectiva del derecho a ser informado de la acusación, como instrumento del derecho de defensa, es decir desde la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento de los hechos para poder defenderse adecuadamente, al contenido de dicha información ha de referirse al momento de la calificación definitiva de la acusación o acusaciones, y no momentos previos como el de las conclusiones provisionales (SSTC. 141/86 de 12.11, 11/92 de 27.1, 278/2000 de 27.11). Igualmente, dada la instrumentalidad de este derecho con el derecho de defensa es a la parte a quien corresponde, en primer lugar, dar la oportunidad al órgano judicial de reparar tal indefensión (SSTC. 20/87 de 19.2, 17/88 de 16.2).

Si el defensor del acusado estimaba que la calificación del Ministerio Fiscal era sorpresiva al introducir hechos nuevos y por ello no le era posible defenderse adecuadamente de ellos, debió conforme al art. 793.7 (art. 788.4), solicitar la suspensión del juicio para poder

articular debidamente la defensa, lo que no hizo.

En esta dirección la STS. 295/2012 de 25.3, recuerda que el Tribunal Constitucional (STC 33/2003, de 13 de febrero), ha señalado que las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que supongan una calificación distinta o más grave no lesionan el derecho a no ser condenado sin acusación (principio acusatorio), pues si el órgano judicial se ciñe a la acusación formulada en la calificación definitiva, se ha respetado tal principio.”

El Excmo. Sr. D. Juan Ramón **Berdugo Gómez de la Torre**, Magistrado del Tribunal Supremo, en su esclarecedor artículo **“Los motivos del recurso de casación en la doctrina de los Tribunales Supremo y Constitucional. Estudios de Derecho Judicial 150/2008”**, expresa:

“a) Delimitación de la acusación. Conclusiones definitivas

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo -Sentencia, entre otras, 609/2007 de 10.7- que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, y por ello ha dicho reiteradamente que toda sentencia penal ha de resolver sobre las conclusiones definitivas de las partes y no sobre las provisionales.

La pretendida fijación de la acusación en el escrito de calificaciones provisionales privaría, por un lado, de sentido a los artículos 732 y 793.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (ahora art. 788.4) y, por otro lado, haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral (SSTC 19.2.87, 16.5.89, 284/2001 de 28.2). Ni el procesamiento ni la calificación provisional vinculan de manera absoluta al Tribunal sentenciador. El verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas y a él debe ser referida la relación a juicio de congruencia del fallo (SSTS 7.9.89, 30.6.92, 14.2.94, 1/98 de 12.1 y STC 13.2.2003).

En esta dirección la STC 228/2002 de 9.12, precisa que si bien las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que impongan una calificación más grave no lesiona el derecho a no ser condenado sin acusación, pues al ceñirse a las definitivas el órgano judicial habrá respetado este derecho, sin embargo, esas modificaciones pueden vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas que estimara pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación.

Ahora bien -como dice la STS 1185/2004 de 22.10- tampoco esa vulneración se produce con carácter automático derivada de la introducción de modificaciones esenciales en el escrito de calificaciones definitivas si el acusado ha ejercido el derecho de defensa contra dicha acusación a partir de su conocimiento. En este contexto, es preciso recordar que la LECrim, en el marco de la regulación del procedimiento ordinario, establece la posibilidad de que se modifiquen las calificaciones provisionales al fijarlas de forma definitiva, pues esto puede resultar necesario en virtud de la prueba practicada

(art. 732 LECrim). Y dispone también que el órgano judicial, una vez efectuadas las calificaciones definitivas puede someter a las partes una nueva calificación jurídica, si considera que la efectuada incurre en manifiesto error, en cuyo caso puede suspender el juicio oral si las partes indicasen que no están suficientemente preparadas para discutir la propuesta (art. 733 LECrim).

Asimismo, prevé la suspensión del juicio oral a instancia de parte "cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones substanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria (art. 746.6 en relación con el art. 747 LECrim).

Con mayor precisión la LECrim prevé para el procedimiento abreviado, art. 793.7 (actual 788.4), que "cuando en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecia un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes". Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas.

En suma, no toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa si, utilizando las vías habilitadas al efecto por la LECrim se permite su ejercicio respecto a esos nuevos hechos y su calificación jurídica. Por ello una modificación esencial de los hechos y de la calificación jurídica del escrito de calificaciones provisionales, al fijar las definitivas puede lesionar el derecho de defensa cuando el acusado haya ejercido las facultades en orden a la suspensión de la vista y proponiendo nuevas pruebas y le haya sido denegada, por cuanto la aplicación de la doctrina general sobre la necesidad de que la práctica de prueba inadmitida fuese relevante para la modificación del fallo, no es aplicable en los casos de inadmisión o falta de práctica de toda prueba de descargo propuesta imputable al órgano judicial (STC 13.2.2003).

Por tanto, desde la perspectiva del derecho a ser informado de la acusación, como instrumento del derecho de defensa, es decir desde la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento de los hechos para poder defenderse adecuadamente, al contenido de dicha información ha de referirse al momento de la calificación definitiva de la acusación o acusaciones, y no momentos previos como el de las conclusiones provisionales (SSTC 141/86 de 12.11, 11/92 de 27.1, 278/2000 de 27.11). Igualmente, dada la instrumentalidad de este derecho con el derecho de defensa es a la parte a quien corresponde, en primer lugar, dar la oportunidad al órgano judicial de reparar tal indefensión (SSTC 20/87 de 19.2, 17/88 de 16.2).

Si el defensor del acusado estimaba que la calificación del Ministerio Fiscal era sorpresiva al introducir hechos nuevos y por ello no le era posible defenderse adecuadamente de ellos, debió conforme al art. 793.7 (art. 788.4), solicitar la suspensión del juicio para poder articular debidamente la defensa, lo que no hizo.

b) Alcance del principio

El principio acusatorio, tal como la jurisprudencia ha precisado (SSTS 609/2002 de 10.10, 368/2007

de 9.5 y 279/2007 de 11.4, exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" (SSTC 134/86 y 43/97). El TS por su parte tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que " el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado", de ahí que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse" (STS 7/12/96); y que "el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia (STS 15/7/91): "los hechos básicos de la acusación constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa" (SSTS 8/2/93, 5/2/94 y 14/2/95). En suma, como se precisa en S. 26/2/94 es evidente: "a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) Que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) Que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado".

En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal con una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión (SSTC 54/85 de 18 abril y 17/89 de 30 de enero). Constituye asimismo, según el citado T.C., el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto -S. 44/83 de 24 de mayo- Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan -SS 14/86 de 12 noviembre, 17/88 de 16 febrero y 30/89 de 7 de febrero- y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos- S. 170/90 de 5 noviembre.- También el Tribunal Supremo ha reconocido que el derecho a la tutela efectiva comporta, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, SS 4/11/86, 21/4/87 y 3/3/89, teniendo derecho el acusado a conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión, cual sucede si de modo sorpresivo es blanco de novedosas imputaciones exteriorizadas y hechas saber

cuándo han precluido sus posibilidades de alegación y de proposición de pruebas exculpatorias SS 9/9/87, 8/5/89, 25/5/90, 18/5/92, 1824/93 de 14 julio, 1808/94 de 17 octubre, 229/96 de 14 marzo, 610/97 de 5 mayo, 273/98 de 28 febrero, 489/98 de 2 abril, 830/98 de 12 junio, 1029/98 de 22 septiembre y 1325/2001 de 5 julio, entre otras.

La STS 669/2001 de 18 abril es suficientemente esclarecedora al precisar: "Una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, SS 15/3/97 y 12/4/99, entre otras, han declarado que lo verdaderamente importante, para no vulnerar el principio acusatorio, es el relato fáctico de la acusación sea respetado en las líneas esenciales, no en todos sus detalles, muchos de ellos irrelevantes en la mayor parte de los casos, pero también se ha mantenido para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser completo (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y específico (debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas) pero no exhaustivo, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, por así decirlo pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiere con suficiente claridad (STS 4/3/99).

La cuestión, por tanto, es si tal cambio en el relato histórico implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa.

Es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido.

Sobre este particular hemos de señalar: 1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; 2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa; 3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o sustancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas; 4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particulares del caso enjuiciado".

Y cito la **sentencia del Tribunal Supremo núm. 745 del 17 de noviembre de 2017** (ROJ: STS 4067/2017-ECLI: ES: TS: 2017:4067), dictada en el recurso núm. 614/2017, de la que es ponente el Excmo. **Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**:

2. La doctrina del T. Supremo sobre esta cuestión, ha dejado claro que no se exige absoluta

inmutabilidad del escrito acusatorio que imputa unos hechos presuntamente delictivos.

Lo decisivo a la hora de enjuiciar la posible vulneración del principio acusatorio no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, es decir el ajuste exacto y estricto entre los hechos constitutivos de la pretensión penal y los hechos declarados probados por el órgano judicial, sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa.

Como declara la STS 977/2012, de 30 de octubre, "lo exigible es que se respete el hecho en su esencialidad, que no se altere su identidad básica, que no se introduzca por el Juzgador material fáctico (en el sentido de conductas relevantes penalmente) distinto del aportado por la acusación. Eso no significa que el Tribunal no pueda añadir matices y datos complementarios u ofrecer una versión distinta de los hechos invocados por la acusación, así como especificarlos o concretarlos. Conforme a esa doctrina la STS 572/2011, de 7 de junio, no consideró que el deber de congruencia supusiese óbice para que la Audiencia recogiese como hechos probados varios episodios de ocupación de droga que no eran mencionados por el Fiscal en su escrito de acusación. Razona así: "se dice por el recurrente que en los hechos probados de la sentencia se hizo referencia a hechos que no estaban en la calificación del Ministerio Fiscal. En relación a esta concreta cuestión la doctrina de esta Sala, singularmente contenida en las SSTS 1328/2009 de 30 de diciembre y 523/2010 de 1 de junio, es clara y contundente en el sentido de que no se produce tal vulneración cuando el Tribunal sentenciador se limita a concretar o detallar algunos hechos que se integran en el relato más amplio del Ministerio Fiscal porque ello no supone la introducción de hechos nuevos, sino la concreción de los hechos ya incluidos en el escrito acusatorio."

Pues bien, teniendo en cuenta la doctrina antes citada, ante la modificación de sus conclusiones realizada por el Ministerio Fiscal con la adhesión de la acusación particular en el momento procesal hábil para ello, previsto en el apartado 4 del art. 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se aprecia indefensión alguna en la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, cuyo Letrado protestó alegando extemporaneidad en las modificaciones, pero a su vez, no solicitó un aplazamiento de la sesión hasta el límite de diez días para preparar adecuadamente sus alegaciones y/o, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estimase conveniente, y ello no obstante, habida cuenta de que los alegatos se desarrollaron en la sesión del día siguiente, tuvo tiempo para prepararlos.

A ello hay que añadir que el Ministerio Fiscal no ha hecho variación sustancial alguna de los hechos cuya autoría atribuye al acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, habiéndose desarrollado en el plenario prueba sobre la comisión de ambos delitos, el continuado de daños sobre el patrimonio histórico y cultural, que como luego se motivará, va a quedar reducido a una falta, y el delito continuado de falsedad -también se adelanta que se considera sobre documento privado-, por lo que no se trata de una acusación sorpresiva, conociendo perfectamente los hechos tanto el acusado y su defensa, pues no eran hechos nuevos, sino unos mismos hechos sobre los que se ha variado su calificación por parte del Ministerio Fiscal. Se ha respetado también el principio de contradicción, al haber sido sometidos tales hechos a refutación por las defensas, tanto en la fase de instrucción como en el plenario.

No se considera que exista indefensión con tal variación de las conclusiones definitivas porque, además de haberse investigado sobre los hechos consistentes en la posible falsedad de las inscripciones realizadas en las cerámicas -que es en realidad la cuestión sobre la que ha girado la práctica totalidad de la prueba realizada a lo largo de la fase de instrucción y en el plenario- también se ha interrogado al acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA por tales hechos, preguntándose al mismo en la declaración realizada en fase de Instrucción si el mismo había realizado los grafitos falsos, tal como consta en la transcripción por escrito de su declaración en fase de instrucción, debidamente suscrita por todos los comparecientes y obrante a los folios 8528 á 8536 del tomo 17 de la causa, recogándose literalmente al folio 8532 de su declaración: *“Que no falsificó (sic) los grafitos, que no lo escribió él ni mandó a nadie que los hiciera, que tampoco conoce a nadie que pudiera hacerlos. Que siempre ha considerado que los grafitos eran auténticos (sic), que no ha existido ningún (sic) tipo de connivencia con Cerdan (sic) para continuar con la falsedad y asegurarse las subvenciones”,* habiendo sido también interrogado sobre este extremo en el plenario y respondido a las preguntas relativas a esta cuestión con contradicción de las defensas a las preguntas de las acusaciones.

Por tanto, respecto de la modificación de las conclusiones en la fase de elevación a

definitivas realizada por el Ministerio Fiscal con la adhesión de la acusación particular, acusando al encausado ELISEO GIL ZUBILLAGA como autor de un delito continuado sobre el patrimonio histórico y además también de un delito continuado de falsedad documental en concurso con el anterior, no se aprecia por esta Juzgadora que se haya conculcado el principio acusatorio ni se haya causado indefensión al citado acusado, pues el Ministerio Fiscal no ha variado en modo alguno los hechos objeto de enjuiciamiento, sin perjuicio de que haya variado la calificación jurídica de los mismos, como ya se ha dicho.

Las mutaciones que el Ministerio Público ha llevado a cabo en su escrito de acusación en cuanto a los hechos atribuidos al acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA han sido mínimas también en cuanto a la acusación alternativa del mismo como autor del art. 28 en relación con el art. 11 del Código Penal -comisión por omisión-, introduciendo en el texto alternativo de la conclusión primera modificaciones únicamente en el párrafo 12 de la misma: en la alternativa, en la línea 3ª del expresado párrafo se suprime la referencia "u otra persona por su encargo" y en las líneas 7ª y 8ª, se expresa que el acusado Eliseo Gil Zubillaga "*permitió que dichas piezas fueran dañadas mediante la incisión en las mismas de diversas inscripciones,*" en lugar de "*causó desperfectos en las mismas rayando sus superficies a los efectos de realizar sobre ellas las supuestas inscripciones excepcionales,*" que se indica en el texto primitivo al que el nuevo es alternativa.

Y aun cuando se haya variado la calificación jurídica añadiendo un nuevo delito continuado, tampoco ha agravado el Ministerio Fiscal su solicitud de pena, al quedar absorbido el delito de menor pena por el que la tiene mayor, al encontrarse ambos delitos continuados en concurso -que esta juzgadora considera ideal y no medial, al tratarse de unos mismos hechos que lesionan de forma simultánea dos bienes jurídicos diferentes, y no ante dos hechos delictivos distintos que sean medio necesario para cometer otro hecho delictivo (concurso medial)- y el Ministerio Fiscal ha mantenido en el nuevo escrito de conclusiones definitivas la misma petición penológica que en los escritos de calificación provisional previos al escrito elevado a definitivo en el momento procesal de las conclusiones, y ello, tanto en la primera alternativa de autoría, como en la segunda.

Y dicho lo anterior, considera esta juzgadora que las modificaciones realizadas por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación definitivo con la adhesión de la acusación particular no vulneran el principio acusatorio, pues durante todo el procedimiento las pruebas han ido orientadas a la autenticidad o no de los grafitos realizados en diversas piezas arqueológicas, destacando los análisis del Instituto de Patrimonio Cultural de España y la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid, e informe del Licenciado en Ciencias Geológicas D. Mikel Albisu Lasa, así como la abundante documental obrante en autos aportada por la acusación particular y por la defensa de ELISEO GIL ZUBILLAGA, así como las periciales caligráficas de ambas partes, y la mayoría de las testificales, cuyas preguntas han ido orientadas también a la autenticidad de los grafitos.

Y por último, y en cuanto a la adhesión de la acusación particular al nuevo escrito de conclusiones definitivas del Ministerio Público, en la grabación de la sesión del día 18 de febrero de 2020 puede comprobarse que se adhirió incondicionalmente, sin alegar modificación alguna, y sin que hubiere causado protesta alguna ni denuncia de alguna violación de su derecho fundamental a la defensa el Letrado de la querellante tras indicar esta Juzgadora que había tenido por adherida a dicha parte acusadora a las conclusiones del Ministerio Fiscal.

PRIMERO.- De la calificación de los hechos delictivos y su autoría.

I.- Delito continuado de falsedad en documento privado en concurso de normas con falta continuada de daños sobre el patrimonio histórico cultural. Arts. 395 en relación con art. 390.1.1º y 2º, y art. 625 en relación con art. 323, todos ellos del Código Penal, y art. 77.1 del mismo texto legal.

El art. 323 del Código Penal en su redacción en vigor en la fecha de los hechos establecía: "*Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a*

veinticuatro meses el que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos”, mientras que la falta de daños se encontraba tipificada en el art. 625 del Código Penal, derogado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que decía: “1. Serán castigados con la pena de localización permanente de dos a 12 días o multa de 10 a 20 días los que intencionadamente causaran daños cuyo importe no exceda de 400 euros. 2. Se impondrá la pena en su mitad superior si los daños se causaran en los lugares o bienes a que refiere el artículo 323 de este Código.”

Los hechos recogidos en los ordinales CUARTO, QUINTO y SEXTO del apartado de HECHOS PROBADOS de esta resolución son constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento privado previsto y penado el art. 395 del Código Penal, en relación con el art. 390.1.1º y 2º del mismo texto legal, y art. 74.1 del mismo Código, en concurso de normas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8 regla 4ª del Código Penal con una falta continuada de daños prevista y penada en art. 625.1 y 2 y 74.1 del Código Penal, según su redacción vigente en la fecha de los hechos, de los que es autor el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, ex arts. 11, 28 y 29 del Código Penal.

Es aplicable el concurso ideal previsto en el art. 77, primer inciso del apartado 1 del Código Penal (*Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que **un solo hecho constituya dos o más delitos***), en cuyo caso se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

Y es aplicable dicho concurso porque una sola acción: las incisiones realizadas para conformar textos y/o epigrafía en las piezas de cerámica -común y Terra Sigillata Hispánica- objeto de autos son constitutivas, tanto de un ilícito penal continuado de falsedad documental, como de un ilícito penal continuado de daños sobre tales piezas, que tienen la

calificación de bienes muebles de carácter histórico y cultural, al proceder de un yacimiento arqueológico.

A) En cuanto al **delito continuado de falsedad documental**, y sin perjuicio del análisis de las pruebas que se llevará a cabo en el fundamento jurídico siguiente, aun cuando en los informes emitidos por el perito del Instituto del Patrimonio Cultural de España, D. José Vicente Navarro Gascón únicamente se han analizado treinta y nueve piezas que se relacionan en el apartado de hechos probados, de las que ha resultado la falsedad total de treinta y cuatro, falsedad parcial de los grafitos de cuatro piezas, y una auténtica u original. De estas treinta y nueve piezas, dos no se corresponden con el periodo al que se refiere la acusación, entre junio de 2005 y julio de 2006, por lo que quedan fuera de la acusación las dos piezas recogidas en el inventario de evidencias en formato EXCEL de LURMEN S.L. con los números 17194 y 17050, ya que han sido encontradas en el yacimiento, respectivamente, con fechas 4 de octubre de 2006 y 3 de noviembre de 2006.

Y se consideran soportes documentales las piezas de cerámica común y de sigillata hispánica objeto de autos, teniendo en cuenta el amplio concepto que del término "documento" se recoge en el art. 26 del Código Penal, cuya redacción era la misma en la fecha de los hechos: *"A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica."*

Los soportes documentales han sido variados desde antiguo hasta la aparición del papel, utilizándose las paredes, y como el propio acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA ha manifestado en su declaración, y dada su profesión de arqueólogo, también se utilizaban restos de paredes o material latericio como tablillas o utensilios de cerámica, y a estas categorías corresponden los soportes que nos ocupan, resultando que los soportes documentales, pasando por el papel, que ha sido el soporte más clásico, han ido evolucionando hasta ser también a otros soportes como en el siglo XX hasta la actualidad, el vídeo o la cinta magnetofónica, CD o DVD, los ordenadores, teléfonos móviles, entre otros.

Así, la **sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2007** recogía acerca de esta cuestión: *"El texto del art. 26 CP es claro y terminante, disipando las dudas de quienes se resistían a admitir que las modernas e inmateriales ondas que incorporan datos u operaciones al soporte magnético tuviesen naturaleza documental."* Incluso los tacógrafos han sido considerados como documento, en ese supuesto, oficial, según la sentencia del Tribunal Supremo núm. 672/2019, 15 de enero, dictada en el recurso núm. 2452/2018, así como también las matrículas de los vehículos se consideran documentos oficiales.

En el caso que nos ocupa, este soporte material lo constituye cada fragmento cerámico, que sirve de base para los datos o narraciones mediante los textos y epigrafía que se han inscrito en los mismos, y que tienen relevancia jurídica, pues se han introducido en el mismo, presentándose al público en general los días 8 y 15 de junio de 2006 en el hotel LAKUA, y que han sido objeto de estudios, artículos, comentarios, por diferentes expertos, científicos, historiadores, arqueólogos, lingüistas... y también han sido objeto de divulgación en Internet y de opiniones en los medios de comunicación, causando una gran repercusión mediática y también jurídica, pues han dado lugar no sólo a opiniones de expertos, con lo cual ya se les concede cierta trascendencia jurídica, sino propiamente a consecuencias de tal carácter, pues tras su presentación al público se ha originado la creación de una Comisión científico-asesora en el seno de la Diputación Foral de Álava, así como se ha llevado a cabo la tramitación por el Departamento de Euskera, Cultura y Deportes de la Diputación Foral de Álava de varios expedientes administrativos; así, se tramitó expediente núm. 08/M1.8 para la revocación del permiso de ocupación temporal del yacimiento de Iruña-Veleia, y del permiso de excavación anual concedidos a LURMEN S.L. por Orden Foral núm. 189/2002, 11 de julio, que fue revocado por Orden foral núm. 141/2009, de 13 de marzo (folios 2472 á 2494); el expediente informativo iniciado por Orden Foral núm. 9/2009, de 26 de enero, así como el expediente sancionador núm. 09/M1.8, incoado por Orden Foral núm. 142/2009, de 13 de marzo (folios 2496 á 2499), y finalmente, la presentación de la ulterior querrela formulada por la Diputación Foral de Álava, que ha dado lugar al presente procedimiento, y ello porque los documentos que nos ocupan tienen indudables y trascendentes efectos en el tráfico jurídico, resultando que, a través de tales documentos se pretende acreditar la existencia de vestigios culturales de época romana que incluso podrían modificar los

conocimientos que se tienen de lenguas y costumbres. Primeramente estos falsos hallazgos, que se consideraron extraordinarios por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, los refería a un arco cronológico que iba del siglo I al III después de Cristo, que posteriormente el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA amplió en su último informe aportado a la Comisión científico-asesora en la última sesión de ésta, celebrada el 19 de noviembre de 2008 (folios 4258 á 4581 de los autos, tomos 9 y 10), y según hizo constar en el acta de dicha sesión (folios 2343 á 2381 del tomo V de los autos) para algunas piezas de las encontradas en el yacimiento entre 2005 y 2006 con grafitos cuya fecha de datación amplía de los siglos II, III y IV al arco temporal desde el siglo I A.C. hasta el siglo IX D.C., manifestando que el nuevo informe que presenta es la suma de los dos informes anteriores, en el que añade como novedad la posibilidad de ampliación del marco cronológico desde el siglo I A.C. hasta el siglo IX D.C. (folio 2344 de los autos, tomo 5).

Como ya se ha dicho, los grafitos en cuestión tuvieron, entre otros efectos jurídicos, la revocación de las licencias concedidas por la Diputación Foral de Álava a LURMEN S.L. y la revocación del convenio de dicha mercantil con Euskotren para llevar a cabo el Plan Director del yacimiento de Iruña-Veleia, conocido como Proyecto Iruña-Veleia III Milenio.

Sin embargo, no comparte esta Juzgadora con las acusaciones del Ministerio Fiscal y acusación particular por adhesión la alternativa, que los documentos sobre los que se han realizado las inscripciones puedan ser documentos públicos u oficiales, tanto teniendo en cuenta el propio soporte considerado en sí -fragmentos de cerámica común y de Terra Sigillata Hispánica- como el contenido de las inscripciones de textos o epigrafía que presentan en los soportes, desechándose por tanto estas alternativas que se recogen en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, debiéndose calificar los hechos como delito continuado de falsedad en documento privado.

Las piezas arqueológicas que nos ocupan no son documentos públicos, que se definen en el art. 1216 del Código Civil como *“los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”*.

Este concepto se concreta en el art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge documentos públicos judiciales, emanados de los Letrados de la Administración de Justicia, documentos públicos administrativos u oficiales, que son autorizados por secretarios y demás funcionarios con facultad de certificación de las distintas Administraciones Públicas, e incluso incluye las certificaciones expedidas por Registradores de la Propiedad y Mercantiles y los documentos intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados, además de los documentos públicos notariales, y sin que los documentos analizados hayan sido emitidos por funcionario romano, hispano o egipcio de similar condición a los relatados, ni por funcionario alguno de cualquier otra clase, ni tampoco se ha simulado su intervención por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA.

A ello hay que añadir que tampoco nos encontramos ante documentos oficiales, sin que los documentos objeto de autos -soportes cerámicos- tengan tal consideración a tenor del concepto de documento oficial que se recoge en la jurisprudencia del **Tribunal Supremo**, como en la **sentencia** de su Sección Primera, **núm. 835/2003, 10 de junio** (ROJ: STS 4001/2003-ECLI:ES:TS:2003:4001), dictada en el recurso núm. 3612/2001, de la que es **Ponente** el Excmo. **Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**, según la cual:

“Nuestro Código Penal de 1995, persiste como en el precedente en mantener la clasificación entre documentos públicos, oficiales y mercantiles, que resulta un tanto perturbadora. Primero porque no los define; y segundo, porque no es fácil hallar la nota diferenciadora entre el documento público y oficial, que por lo demás, somete a igual tratamiento penológico.

La jurisprudencia de esta Sala y la doctrina científica viene distinguiendo, en trance de efectuar una delimitación conceptual de documento oficial, entre documentos oficiales que lo son por la persona o ente que los crea, al transmitirle especiales dosis de credibilidad y los que merecen tal calificativo por el destino o efectos que están llamados a desarrollar.

Desde el primer punto de vista documentos oficiales serían, los que provienen de las

Administraciones públicas (Estado, Comunidades autónomas, Provincia o Municipios) para satisfacer las necesidades del servicio o función pública y de los demás entes o personas jurídico-públicas para cumplir los fines institucionales (S.T.S. 8-11-99); o bien todos aquellos que se realizan por la Administración para que produzcan efectos en su ámbito y los que provienen de organismos en los que esté prevista una intervención o inspección por parte de la Administración pública (S.T.S. 10.10-97).

En orden a la consideración de ciertos documentos, por su origen privados, pero oficiales por su destino, en cuanto destinados a la incorporación a un proceso o expediente administrativo, es consecuente hacer referencia a los puntos de vista sostenidos por esta Sala a partir de 1990. Son los siguientes:

a) lo determinante para calificar un documento es su caracterización originaria, previa a la incorporación al expediente. Lo decisivo será, pues, la naturaleza del documento en el momento de realizar la maniobra mendaz.

b) las manipulaciones o actuaciones falsarias producidas con posterioridad a su incorporación al expediente, registro u oficina pública, deben merecer el calificativo de falsedades en documento oficial.

c) la calificación de documento privado, cuando se falsifica antes de la incorporación a un expediente judicial o administrativo, lo es precisamente porque el autor no previó tal destino al falsificar, ni lo tenía predeterminado el documento por sus características. Pero existe una importante excepción: cuando el documento nace o se hace con el único y exclusivo fin de producir efectos en el orden oficial o en el seno de las Administraciones públicas, debe merecer la conceptualización de documento oficial.”

Concepto amplio el de documento oficial, como ya se ha visto, pues también tienen la consideración de documentos administrativos u oficiales en el ámbito penal, los tacógrafos de los vehículos y las matrículas, entre otros muchos, incluyendo el telegrama, concepto en el que también han de incluirse los documentos electrónicos al igual que en el

documento público, y como se indica en la sentencia citada, cuando se realicen con el exclusivo fin de producir efectos en el orden oficial o seno de las Administraciones Públicas, lo que no acontece en el supuesto que nos ocupa, dada la naturaleza de las inscripciones, de carácter privado y pedagógico en algunos de los supuestos del que se les ha pretendido dotar, pero que ni antes ni después tienen el carácter de documento oficial.

Y lo mismo ha de decirse respecto del documento mercantil, pues tampoco nos encontramos ante documentos de tal naturaleza, al no recoger los textos ni la epigrafía que constan en las piezas arqueológicas ninguna operación de comercio o mercantil -aun referida a la época romana en la que se datan dichas piezas- tal como expresa la **sentencia** de la Sección 1ª del Tribunal Supremo **núm. 145/2005, de 07 de febrero** (ROJ: STS 658/2005-ECLI:ES:TS:2005:658), dictada en el recurso núm. 158/2004, de la que es **Ponente** el Excmo. Sr. D. Juan Ramón **Berdugo Gómez de la Torre**: *"bastando citar a tal efecto las sentencias de esta Sala de 12.1.2004, que entiende que son documentos mercantiles los que expresan y recogen una operación de comercio plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, o los que acreditan o manifiestan operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil y se extiende a toda incidencia derivada de tales actividades; 22.10.2002 en la que recoge la doctrina consolidada de esta Sala, expresada en sentencias como las de 8.11.90, 10.11.92, 10.3.99 y 6.11.2000, entre otras, según la cual "... junto con los expresamente calificados en el Código Comercio o Leyes Españolas como documentos mercantiles -cheques, letras de cambio, pagarés, cartas de crédito- deben estimarse también aquellos documentos como albaranes, facturas, notas de entrega etc. y por lo que se refiere a documentos Bancarios, tienen aquel concepto aquellos que reflejan realidades económicas que afecten a terceros, como son los clientes de su Banco en relación a reintegros o anotaciones en sus cuentas corrientes o libretas de ahorro, documentos todos que no son notas internas del Banco, sino que tienen trascendencia con terceros". En el mismo sentido y de modo específico la sentencia 647/99 de 1.9, califica expresamente de documentos mercantiles los impresos de reintegros en cartillas".*

En conclusión, los hechos delictivos objeto de enjuiciamiento encajan en la modalidad falsaria tipificada en el art. 395 del Código Penal, al tratarse de una falsedad cometida por persona particular en documentos privados.

Y aquí hay que detenerse para comprobar si, tratándose de un documento privado el objeto de falsedad, así como de un particular el sujeto que la realiza, concurre además el elemento necesario del tipo penal de producirse un perjuicio a otro, sin el cual el documento privado, aunque falso, no daría lugar a castigo alguno en la vía penal.

Cito la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 213/2019 del 23 de abril** (ROJ: STS 1273/2019-ECLI:ES:TS:2019:1273), dictada en el recurso núm. 507/2018, de la que es **Ponente** el Excmo. **Sr. D. Vicente Magro Servet** en la que se recoge lo siguiente al respecto: "**Elementos claves del delito de falsedad en documento privado del art. 395 en relación con el art. 390 CP.**

Los elementos claves de este tipo penal son:

1.- Objetivización de la existencia de la alteración documental y su materialización constatable en el documento. *Se habla así de la suficiente entidad de la falsificación. La falsedad debe tener una cierta relevancia en semejante conculcación o adulteración de la verdad. Por ello, debemos manifestar que quedan fuera de la órbita penal la mendacidad afectante a extremos inanes, inocuos o intrascendentes, y de los que no puede desprenderse una relevancia eficaz para la comisión de la falsedad. Se puede hablar, así, de la irrelevancia penal de la falsificación irrelevante.*

2.- Su ejecución por alguna de las modalidades falsarias del art. 390. 1, 2 y 3 CP: alterar, simular, suponer.

1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a

las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

Se excluye la falsedad documental faltando a la verdad en la narración de los hechos, señalando la doctrina que se trata de un supuesto paradigmático de falsedad ideológica. El fundamento de la exclusión es que se trata de documentos realizados por particulares, en los que la veracidad de lo declarado es absolutamente irrelevante, pues no afecta a la función probatoria, precisamente porque el documento privado no acredita en modo alguno la veracidad de lo en él manifestado. Un documento privado mendaz no es necesariamente un documento falso a los efectos penales. La mentira escrita y firmada no es por fuerza un documento falso.

3.- La **existencia del perjuicio**, que no se exige que se haya causado real y materialmente, sino que **sea susceptible de causarlo**.

Se habla así de:

a.- La eficacia real y manifiesta de poder causar un perjuicio con la actividad falsaria documental. Pueden existir actos que sean inocuos por su irrelevancia.

b.- La idoneidad del perjuicio. En cuanto la actividad falsaria del documento debe ser idónea y relevante para un fin determinado, siendo impune la falsedad idónea o irrelevante.

c.- El ánimo de causar el perjuicio a tercero consume el delito. Y ello, con independencia de que el perjuicio sea efectivo, o no, según reiterada doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo (STS 21 de Junio de 1988).

d.- No es preciso que el perjuicio se cuantifique. Pero sí que se objetive de alguna manera en su consecución presente o futura de posible realización material con la tendencia de la actividad falsaria.

e.- Se exige un perjuicio económicamente evaluable, aunque no de definitiva consecución

final.

*f.- Es una infracción tendencial en cuanto al perjuicio. El delito de falsedad en documento privado del artículo 395 CP, al igual que su precedente legislativo (artículo 306 CP del 73) es una infracción tendencial, para cuya consumación no se hace necesario que la alteración documental cause un perjuicio a tercero o que el documento falsificado se utilice para obtener un lucro efectivo o dañar el patrimonio de otro, sino que **es suficiente el propósito o ánimo de causarlo**, elemento finalista cuya presencia produce ya la perfección delictiva, anticipando así a efectos de pena la consumación al equiparar la intención de causar el perjuicio con su existencia real (SSTS 1624/1988 de 21 de junio o 1392 de 30 de abril de 1994). (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 166/2018 de 11 Abr. 2018, Rec. 1223/2017).*

*4.- La **entrada en el tráfico jurídico del documento privado falso**. Es una exigencia de su tipicidad. Por ejemplo, la entrega del documento falso elaborado de una persona a otra con alguna finalidad que se desprende de esa entrega. La relevancia del tipo penal se produce cuando el documento falso entra en el tráfico jurídico.*

*5.- **Elemento intencional**. El ánimo falsario y el ánimo de perjudicar, y su comisión a sabiendas. Se exige un dolo específico de causar un perjuicio a tercero en relación a la actividad falsaria, siendo ésta el método de llevar a efecto el perjuicio. No podemos hablar, por ello, de una falsedad imprudente del art. 395 CP. Es un delito de resultado cortado.*

Nótese que el tipo penal del art. 395 CP sanciona al "que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390.

El uso del documento falso ha de ir dirigido a la causación del perjuicio de otro. La voluntad de originación de un perjuicio o de su producción efectiva ha sido siempre exigencia para la configuración de la falsedad en documento privado. La expresión "para perjudicar a tercero" es comprensiva de las modalidades realizativas de consecución y de decisión o emprendimiento. En ello data la especialidad más destacable de estas figuras delictivas, la genuidad de un dolo encaminado al perjuicio del tercero.

*6.- **No se exige el engaño.** Esto es propio del delito de estafa, pero no del de falsedad. En este **lo necesario para su tipicidad es el ánimo de perjudicar, no el ánimo de engañar.** Puede existir, o no, pero no es elemento del tipo penal. Ni tampoco se exige el ánimo de lucro que sí es propio de la estafa. En los casos de concurrencia con la estafa, el concurso de leyes habrá de resolverse, bien mediante el principio de alternatividad o mayor gravedad previsto en el art. 8.4.º (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 166/2018 de 11 Abr. 2018, Rec. 1223/2017). La doble calificación del hecho como falsedad documental y estafa vulneraría el principio "ne bis in idem". Suele destacarse en los casos de concurrencia con estafa que es norma prioritaria la de la estafa (arts. 248 y 249 CP) cuando el perjuicio económico se ha materializado. Por el contrario, es norma preferente la de la falsedad en documento privado art. 395 CP), cuando dicho perjuicio se ha pretendido con el acto falsario, pero no se ha logrado."*

En este caso, el delito continuado de falsedad en documento privado no va acompañado de un delito de estafa, pero no es inocuo, porque existe una intención del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA de causar un perjuicio, y más, conociendo como conoce por su profesión de arqueólogo, las consecuencias de tal falsedad y de las incisiones en piezas arqueológicas, que se ha concretado en las falsas expectativas históricas y culturales acerca del yacimiento arqueológico de Iruña-Veleia en el que se han hallado las piezas cerámicas luego objeto de falsedad, que además han quedado dañadas con las incisiones que ha realizado dicho acusado para simular que las mismas contenían grafitos extraordinarios de la época tardo-romana. Los efectos de tales documentos falsos han supuesto la frustración de tales expectativas y han dado lugar a efectos jurídicos, como ya he dicho, provocando la tramitación de diferentes expedientes administrativos, que han finalizado con la revocación de las licencias del yacimiento por parte de la querellante, así como la revocación del convenio de EUSKOTREN, a la mercantil LURMEN S.L. con su salida del yacimiento en el año 2008.

En cuanto a las concretas falsedades, los hechos enjuiciados encajan el ordinal 2º del apartado 1 del art. 390 del Código Penal:

"2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad."

A este efecto, hay que señalar que por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA se han alterado 32 piezas de TSH y cerámica común que nos ocupan, en cuanto que algunas no presentaban grafitos antes de ser manipuladas, realizando el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA en las mismas inscripciones con textos, símbolos y epigrafía por sí mismo o mediante terceras personas, simulando que habían sido ejecutados en la época tardo-romana para darle un mayor valor arqueológico, cuando dichas inscripciones se han realizado en la época contemporánea.

Y a las 32 piezas, hay que sumar otras cuatro piezas de cerámica, en las que la simulación para darles una apariencia de excepcionalidad y mayor valor arqueológico se ha producido en parte, pues presentan inscripciones tanto contemporáneas como auténticas.

No se estima que los hechos puedan encuadrarse en los supuestos 1º (*"Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial"*) y/o 3º (*"Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho"*) del art. 390.1 del Código Penal, pues no se aprecia la existencia de elementos o requisitos esenciales de los documentos que hayan sido alterados, pues se hallaban sin inscripción en su mayor parte, a excepción de cuatro de ellos, pero tampoco en estos se dan las circunstancias previstas en los apartados 1º y/o 3º del precepto citado.

Aunque la pretensión del autor de las inscripciones era simular que se habían ejecutado en la época tardo-romana, no se está suponiendo en ninguna de las 36 piezas que nos ocupan la intervención de persona conocida alguna, ni tampoco puede, por tanto, atribuirse a una persona inexistente intervenciones, declaraciones o manifestaciones diferentes de las que pudiera haber hecho, precisamente por tratarse de una persona ficticia

o imaginaria.

Nos encontramos ante una simulación del documento, que aparecía inicialmente en blanco o con algún grafito que no aportaba texto o dibujo, alterándose los mismos mediante las incisiones para realizar las inscripciones o grafitos objeto de las actuaciones, y por tanto, encuadrable la falsedad en el supuesto 3º del art. 390.1 del Código Penal.

B) En cuanto a la **falta continuada por daños** causados **en** dichos **bienes muebles, categorizados como bienes culturales calificados** al proceder del yacimiento de Iruña Veleia, bien de dominio público que tiene tal categoría, y ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 43 de la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural del País Vasco, y en virtud de lo dispuesto en el art. 47 del mismo texto legal, son también bienes de dominio público.

Este hecho no ha sido discutido por las defensas, y resulta de la legislación aplicable, resultando que el denominado "Yacimiento Arqueológico de Iruña de Oca", situado en la jurisdicción de Trespuentes, Ayuntamiento de Iruña de Oka encuentra recogido en el Inventario de Bienes Inmuebles Urbanos de la Diputación Foral de Álava figura con el núm. 103 (folio 157 de los autos, tomo 2).

Sin embargo, hay que destacar, no se ha llevado a cabo durante la instrucción ni en el plenario por las acusaciones la valoración, tanto de los bienes del patrimonio histórico y cultural que se dicen dañados como de los daños, a pesar de que el valor de los mismos -en el momento en que se producen los hechos objeto ahora de enjuiciamiento- integra el tipo penal, al diferenciar entonces nuestro Código Penal entre un delito penado en el art. 323 del Código Penal en su redacción vigente en la fecha de los hechos para los daños superiores a 400 €, pues también preveía el castigo como falta de daños en el supuesto de que estos no excedieran de 400 € y recayeran sobre los mismos bienes protegidos en el art. 323 ya citado; esto, a diferencia de lo que sucede desde el 1 de julio de 2015, fecha en la que entró en vigor la reforma del Código Penal operada por la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que

se modifica el art. 323 del Código Penal añadiendo un segundo párrafo con un subtipo agravado, pero a la vez derogando el art. 625 del Código Penal, que tipificaba la falta cuando el bien jurídico protegido en el art. 323 del Código Penal sufría daños cuyo importe no excedía de 400 euros, por lo que el art. 323 del Código Penal actual castiga los daños sobre el patrimonio con independencia del valor de tales daños.

La propia querellante era consciente de la necesidad de tal valoración, y a tal efecto, aportó con la querrela como documento núm. 52 (2885 y 2886, tomo 4 de los autos) un informe emitido por el Director de Patrimonio Cultural del Gobierno Vasco, D. Imanol Agote Alberro, quien aparte de hacer conclusiones y aseveraciones sobre la falsedad de los grafitos, considera que el daño producido es de un valor incalculable, difícil de evaluar económicamente, Sin embargo, esta juzgadora estima que no es imposible realizar la valoración de los daños, pues los daños a los que se refiere en el informe no han sido en la magnitud expresada en dicho informe, pues se paralizó la exposición al público de los grafitos extraordinarios, y no se ha concretado el motivo por el que el Plan Director no es válido para otros arqueólogos, pues en el mismo no se incluía ninguna acción relativa a piezas con grafitos extraordinarios, existiendo falta de prueba de la imposibilidad de continuar la ejecución del mismo por otros arqueólogos y de la imposibilidad de suceder estos en el convenio de EUSKOTREN.

A pesar de la necesidad de tal valoración, la única realizada en las actuaciones en la fase de instrucción viene nuevamente de la mano del mismo Director de Patrimonio Cultural del Gobierno Vasco, D. Imanol Agote Alberro (folio 12071, tomo 26 de los autos), que no fue corroborada en el plenario por la funcionaria -D^a. María Teresa Izquierdo Marculeta- a pesar de ser quien había informado al Sr. Agote para emitir tal informe, y sin que en dicha valoración puedan incluirse los recursos financieros invertidos en la adquisición, protección y conservación del yacimiento y de los materiales recuperados como resultado de las campañas de excavación realizadas, de las que proceden esos materiales con supuestos "grafitos excepcionales" como se pretende en el informe expresado, pues dichos conceptos hubieran podido ser parte de la responsabilidad civil, pero nunca integrar el valor de los daños, que ha de ir referido al valor de la propia pieza, según reiterada jurisprudencia, y

que no han sido tampoco objeto de prueba, como luego se razonará en el siguiente fundamento jurídico.

Y esta juzgadora concluye que no existe valoración alguna de los daños, por lo que ha considerado necesario degradar los hechos a falta, entendiendo de aplicación el principio in dubio pro reo, y por tanto, ha de partirse de que los hechos son constitutivos de una falta de daños porque únicamente se han analizado por los peritos del Instituto del Patrimonio Cultural de España, designados por la Juez instructora, treinta y nueve piezas cerámicas del total que figuran en el inventario de evidencias en formato EXCEL de LURMEN S.L. como extraordinarias, de las que, como en el siguiente fundamento jurídico se motivará, ha resultado acreditado que presentan daños un total de treinta y seis piezas, pues han de excluirse dos piezas que han sido halladas en el yacimiento arqueológico fuera del arco temporal objeto de acusación que ha quedado determinado por el escrito de acusación elevado a definitivo como marco para la ejecución de los grafitos contemporáneos, en el que expresamente se indica que los daños se produjeron "en fechas indeterminadas, pero en todo caso entre julio de 2005 y junio de 2006", y de la relación de piezas analizadas por el Instituto de Patrimonio Cultural de España reseñadas en el apartado CUARTO de los hechos probados, reseñadas con los núms. 10714, 10765, 10776, 10826, 10849, 11139, 11156, 11162, 11252, 11305, 11392, 11413, 11417, 11419, 11423, 11424, 11426, 11429, 11459, 11481, 11530, 11709, 12047, 12048, 12098, 12099, 12108, 12110, 12697, 13368, 13370, 13371, 13397, 15910, 15920, 17050 y 17194, de las que las dos últimas, núm. 17050 y 17194, reseñadas a los números 38 y 39 de tal relación, no pudieron ser objeto de inscripción alguna en ese periodo de tiempo al que se contrae la acusación, pues ni tan siquiera habían sido extraídas del yacimiento, al haber sido halladas en dos sondeos realizados, respectivamente, el 3 de noviembre de 2006 y el 4 de octubre de 2006. Y asimismo, ha de excluirse la pieza cerámica cuyos grafitos han resultado ser auténticos, la núm. 12799.

Se ha alegado por las acusaciones que se trata de bienes arqueológicos que tienen un valor incalculable, precisamente basándose en el informe no pericial y no corroborado del

Director de Patrimonio Cultural del Gobierno Vasco, D. Imanol Agote Alberro, cuando la legislación aplicable contempla la compraventa de tales bienes y su posesión y titularidad de derechos reales sobre los mismos. Así, en la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural del País Vasco, que es la vigente en el momento de los hechos, en sus arts. 20 y siguientes, y en especial, el art. 25.1 de la precitada Ley se establece que: *"1. Toda pretensión de venta de un bien cultural calificado o inventariado deberá ser fehacientemente notificada al Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco con indicación del precio y condiciones en que se proponga realizar aquélla, debiendo acreditar también la identidad del adquirente. Los subastadores deberán notificar igualmente, y con suficiente antelación, las subastas públicas en que se pretenda enajenar cualquier bien integrante del patrimonio cultural vasco."*

Y del mismo modo, el art. 46 de la norma foral 5/1998, de 23 de enero, de Patrimonio del Territorio Histórico de Álava, prevé también la enajenación de bienes muebles cualquiera que sea su naturaleza, estableciendo su apartado 3 que el acuerdo de enajenación implicará por sí solo la desafectación o desadscripción de los bienes de que se trata, y remitiéndose en cuanto a la competencia para la enajenación y procedimiento a los arts. 44 y 45 de la misma norma, referidos a la enajenación de bienes inmuebles.

Por tanto, se observa la falta de determinación de un elemento esencial del tipo, -el valor, al existir una diferente tipificación en función del mismo-, que permitiría determinar si los hechos constituyen bien un delito del art. 323 del Código Penal, o bien una falta del art. 625.2 del Código Penal, ante la ausencia de una verdadera valoración pericial de los bienes dañados, valoración no se ha llevado a cabo en fase de instrucción, a pesar de haber durado ésta más de ocho años, ni tampoco se ha subsanado antes de la vista, aportando por las acusaciones valoración o tasación alguna hasta el momento de inicio de la prueba en el juicio oral, y no se ha traído perito alguno al plenario por dichas partes, bien proponiéndolo con el escrito de acusación, o bien con posterioridad, al amparo de lo previsto en los arts. 785.1 y 786.2 del Código Penal, a pesar de haber contado también con más de dos años para llevarlo a cabo.

Por otra parte, no se ha practicado prueba respecto de la falsedad de los grafitos de todas las piezas objeto de la querrela y ulterior acusación, habiéndose llevado a cabo la prueba pericial sobre 39 piezas cerámicas del total de piezas cerámicas consideradas extraordinarias en el inventario de evidencias en formato EXCEL de LURMEN S.L., resultando que, además, en dicho inventario se incluyen piezas que se considera por la acusación como falsificadas de otros materiales como hueso, vidrio y piedra, de las que no ha sido analizada una sola de ellas.

Por tanto, entiendo que no que puede extenderse la prueba realizada con 39 piezas -de las que dos quedan fuera de la esfera del presente procedimiento por la fecha de los hechos acotada en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal con la adhesión de la acusación particular, y otra es auténtica- al resto de las piezas con grafitos que se dicen falsas por la acusación particular, en virtud del principio de tutela efectiva y del principio de presunción de inocencia consagrados en la Constitución Española, así como de los principios acusatorio e in dubio pro reo, esta juzgadora ha de calificar como falta los hechos consistentes en daños sobre las piezas arqueológicas del yacimiento de Iruña-Veleia, en virtud de lo ya motivado "ut supra".

B. AUTORÍA DEL DELITO Y FALTA CONTINUADOS. Arts. 74.1 y 28 y 29 del Código Penal.

Nos encontramos ante ilícitos penales de resultado, en los que no es necesaria la ejecución de propia mano, siendo es posible su comisión por parte del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA a través de un tercero que haya realizado con su conocimiento y consentimiento, falta continuada de daños y delito continuado de falsedad documental, y aunque considero que no ha resultado probado suficientemente que el mismo hubiera realizado de propia mano los grafitos contemporáneos, sí existen indicios probatorios suficientes de que conocía, consentía y ha sido el autor mediato o inmediato de la comisión del delito y falta que nos ocupan. Tal como resulta de abundante documental obrante en autos, el acusado Sr. GIL ZUBILLAGA era garante del yacimiento arqueológico, como socio y

administrador de la mercantil LURMEN S.L., a la que se concedió por parte de la Diputación Foral de Álava al amparo del art. 45 de la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural del País Vasco, y mediante la Orden foral núm. 189/2002, de 11 de julio, un permiso de ocupación temporal del Yacimiento Arqueológico de Iruña, para el desarrollo de las investigaciones arqueológicas contenidas en su "*Proyecto Iruña-Veleia III Milenio*" que en realidad era el Plan Director del yacimiento, por un plazo de 10 años contados desde dicha resolución, concedido en precario y revocable en cualquier momento sin estar sujeto a indemnización (folios 158 y 159 de los autos, tomo 2, documento núm. 2 de la querrela).

En dicha resolución administrativa ya se indicaba que la empresa LURMEN S.L. era responsable de cualesquiera daños que, como consecuencia de los trabajos que se permiten, se causen a los inmuebles, personas o cosas, correspondiendo a ella su reparación o indemnización, en su caso, y fue el propio acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA quien intervino de forma personal en las relaciones con las distintas administraciones dependientes de la Diputación Foral de Álava (museo arqueológico, Dirección de Cultura), Gobierno Vasco y EUSKOTREN, y fue él quien representó a LURMEN S.L., aun cuando en la empresa hubiera otra socia y administradora solidaria. Con la documentación obrante en las actuaciones queda probado que era personalmente el acusado quien remitía a los distintos interlocutores de las Administraciones la propuesta del Proyecto de Iruña Veleia, III Milenio, quien suscribió los correspondientes escritos y convenios en representación de LURMEN S.L. y ha sido quien ha emitido la mayoría de informes y memorias, aun cuando alguno compartido con su socia D^a. Idoia Filloy Nieva, siendo también el mismo quien negoció de manera personal con las Administraciones, Diputación Foral de Álava y Euskotren, empresa pública perteneciente a la Comunidad del País Vasco, para la firma del convenio con su anexo del Proyecto Iruña Veleia III Milenio, así como compareciendo también el mismo como representante de LURMEN S.L. ante la Comisión científico-asesora, en las cinco sesiones que constan de la misma, según las actas obrantes en autos (folios 1943 á 1981 del tomo 3 de las actuaciones).

Y a ello hay que añadir que el encausado ELISEO GIL ZUBILLAGA era también conocedor de sus obligaciones de conservación del patrimonio arqueológico que le había sido confiado y que se hacía constar en el propio Plan Director recogido en el Proyecto de Iruña-Veleia III Milenio redactado por LURMEN S.L., entre cuyos objetivos se encontraba, precisamente, asegurar la conservación de Iruña-Veleia, lo que se recoge en el punto 1 de los objetivos, así como en el 5: "CONSERVACIÓN Y CONSOLIDACIÓN, MUSEALIZACIÓN DEL

YACIMIENTO..." y en este apartado 5 de los objetivos, expresamente se recoge: *"En este proyecto se pretende intervenir, preferentemente, en todos aquellos sectores existentes en este yacimiento arqueológico y que han suministrado restos arquitectónicos. Se trataría de obtener un conocimiento suficiente tanto de sus viviendas como de sus construcciones públicas -entre las que destaca su recinto amurallado-, y su evolución a lo largo del tiempo, atendiendo siempre a estrictos criterios de investigación, conservación y didáctica. Así, aunque la Arqueología Interviene con una metodología básicamente destructiva -especialmente en lo que se refiere a la eliminación de estratos o contextos-, las nuevas metodologías de registro y gestión de la información, así como las técnicas de conservación, garantizan la recuperación y puesta en valor de las evidencias materiales y restos estructurales".*(folio 4614 del tomo 10 de los autos).

Hay que tener en cuenta, además, que no se trataba de la primera intervención arqueológica realizada por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA ni tampoco la primera del mismo en el yacimiento de Iruña-Veleia, según resulta también de las distintas memorias aportadas a las autos sobre las actuaciones llevadas a cabo por el mismo en años anteriores -obran memorias desde el año 1993, folios 2742 á 3088 ss. del tomo 6 de los autos- a los del convenio con Euskotren, por lo que está acreditado que el citado acusado tenía pleno conocimiento de sus obligaciones como poseedor del yacimiento indicado en virtud de la licencia de ocupación concedida a la sociedad conformada por el mismo junto con Idoia Filloy Nieva, entre ellas, las recogidas en el art. 20.1 de la precitada Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural del País Vasco: *"1. Los propietarios, poseedores y demás titulares de derechos reales sobre bienes culturales calificados y sobre los inventariados están obligados a conservarlos, cuidarlos y protegerlos debidamente para asegurar su integridad y evitar su pérdida, destrucción o deterioro."*

Normativa cuyo palmario incumplimiento llevó a cabo el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, quien, como se verá en el siguiente fundamento jurídico, no sólo no protegió debidamente las piezas arqueológicas halladas en el yacimiento de Iruña-Veleia, sino que, con pleno conocimiento, las dañó por sí mismo o bien mediante encargo a terceras personas -por tanto, con pleno conocimiento y plena intervención en los hechos de forma consciente y

deliberada- que dañaran –y falsificaran grafitos- las 36 piezas arqueológicas de cerámica a las que se ha aludido anteriormente, de manera que dichas piezas fueron objeto de incisiones, con las que el propio ELISEO GIL ZUBILLAGA o por los terceros a quienes éste encargó, realizaron grafitos con textos y epigrafía que simulaban tener la misma antigüedad que los propios soportes, cuando tales incisiones, y por tanto, los grafitos, son contemporáneos.

El delito de falsedad documental no es un delito de propia mano, ya que cabe la autoría mediata, como ha venido declarando reiteradamente la jurisprudencia del **Tribunal Supremo** en sentencias como, entre otras muchas, la **sentencia núm. 892/200, de 26 de diciembre**, (ROJ: STS 6940/2008-ECLI:ES:TS:2008:6940), dictada en el recurso núm. 10289/2008, de la que es **Ponente** el Excmo. **Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre**: *“Del anterior relato fáctica la autoría de Eugenio no puede ser cuestionada, es doctrina de esta Sala el delito de falsedad documento no es un delito de propia mano, entre otras razones, por cuanto se admite la posibilidad de la autoría mediata, y aunque normalmente, el autor será el que materialmente haya confeccionado (alterado o dañado) el documento, sin embargo es posible admitir la autoría (no solo por la vía de la autoría mediata o la inducción) en casos en los que la persona no ha sido quien materialmente confeccionó el documento. Son los supuestos de coautoría en los que existe un dominio funcional del hecho conforme al plan trazado por los autores. En este sentido la STS. 146/2005 de 7.2, recuerda que la autoría en el delito de falsedad no se limita a la persona concreta que realice la materialidad de la imitación de la firma, u otro elemento mendaz en que tal falsedad consista, sino que cabe la coautoría siendo reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala que afirma que en supuestos de falsedad documental no se impide la condena por autoría, aunque se ignore la identidad de quien ejecutara materialmente la confección falsaria del documento, siempre que conste la intervención del acusado en el previo concierto para llevar la misma o haya dispuesto del "dominio funcional del hecho", bastando el concierto y reparto previo de papeles para la realización, de modo que tanto es autor quien falsifica materialmente, como quien se aprovecha de la acción, con tal que tenga u ostente el condominio del hecho, SSTS. 27.5.2002, 7.3.2003 y 6.2.2004, entre otras, recordando esta última que "a estos efectos resulta indiferente que el artífice material sea el propio acusado o una persona a la que se encarga esta misión".*

He rechazado la alternativa del Ministerio Fiscal relativa a la autoría del acusado

ELISEO GIL ZUBILLAGA de conformidad con el art. 28 en relación con el art. 11, ambos del Código Penal, y ello porque no se aprecia una omisión de acción equiparable a la acción por parte de indicado acusado, sino que considero que citado acusado es el sujeto de la propia acción, aun cuando no haya realizado los grafitos por propia mano, y aun cuando dicha acción suponga además la omisión del cumplimiento normas de obligado cumplimiento en el yacimiento arqueológico de Iruña-Veleia que dirigía el acusado Sr. GIL ZUBILLAGA en la fecha de los hechos objetos de acusación, pues en lugar de protegerlo, omitió cualquier proceso de trazabilidad de las piezas arqueológicas, y simuló en algunas de ellas inscripciones y epigrafía que pretendió que eran coetáneos de las propias piezas, causando grave perjuicio a la imagen, integridad y fiabilidad del propio yacimiento y de las excavaciones llevadas a cabo en el mismo, como se ampliará en el Fundamento Jurídico siguiente.

II.- DELITO CONTINUADO DE ESTAFA EN CONCURSO CON UN DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. ARTS. 248.1, 249 DEL CÓDIGO PENAL, ARTS. 74.1 y 2, ART. 8.4ª y ART. 395 EN RELACIÓN CON EL ART. 390.2º DEL CÓDIGO PENAL.

A. CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS DELICTIVOS

Los hechos reseñados en el ordinal SÉPTIMO del apartado de Hechos Probados de esta resolución son constitutivos de un delito de estafa previsto y penado en los artículos 248.1, 249 y 74.1 y 2 del Código Penal vigente en el momento de los hechos, en concurso de normas del artículo 8.4ª del Código Penal con un delito de falsedad en documento privado del artículo 395 del Código Penal, en relación con el número 2º del artículo 390 del mismo texto legal, del que es autor el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, de conformidad con los artículos 28 y 29 del Código Penal.

En el presente supuesto, y en cuanto a la estafa, se dan los elementos del tipo penal,

que son los que, entre otras muchas sentencias, recuerda la **sentencia del Tribunal Supremo núm. 856 del 14 de julio de 2005** (ROJ: STS 4787/2005-ECLI:ES:TS:2005:4787), dictada en el recurso núm. 943/2003, de la que es **Ponente** el Excmo. **Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**.

"7. En el apartado C), únicamente por la vía ya invocada al principio del art. 849-1º L.E.Cr., estima indebidamente aplicados los arts. 248 y 249 del C.Penal. Antes de analizar el motivo conviene recordar la doctrina proclamada por esta Sala de forma minuciosa al precisar los distintos elementos configurativos del tipo penal de estafa común que nos afecta: "En los elementos configuradores del delito de estafa hay que enumerar:

1º) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno.

2º) Dicho engaño ha de ser bastante, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante.

3º) Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que lleva a actuar bajo una falsa presuposición, y a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.

4º) Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, sea producto de una

actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo; acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohesionada la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial a sí misma o a un tercero, no siendo necesario que concurren en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado.

5º) Ánimo de lucro, propio o en favor de otro, como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del C.P . entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia.

6º) Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo subsequens, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio ocasionado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa".

En el presente supuesto, existió un engaño previo, pues se solicitó autorización a la Diputación de Álava para realizar unas analíticas que el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA sabía que el otro acusado, RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, no iba a llevar a cabo; engaño suficiente, pues la Administración querellante confiaba en que, al igual que en casos anteriores en los que el acusado Sr. GIL había solicitado autorizaciones, se iban a realizar de forma efectiva las analíticas para las que el acusado solicitaba su autorización (folios 1012 a 1014).

Se originó un error en la Administración querellante, cuyos técnicos no podían

representarse que no se realizara el análisis, dado que, como ya se ha dicho, en otras ocasiones anteriores se habían solicitado autorizaciones por el acusado Sr. GIL para analizar otras piezas, por lo que no podía sospechar la existencia de la falta de veracidad del análisis propuesto, máxime cuando lo que se ofrecía con el mismo era una forma de datar -aunque no fuese formalmente una datación- las inscripciones excepcionales de cuya aparición el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, mediante el análisis de la pátina de piezas arqueológicas y de la que se encontraba en la incisión que aparecía en la misma, fruto de las inscripciones y epigrafía que presentaba cada una, para acreditar que coincidían, lo que así se explicaba en la documentación acompañada con la petición de autorización y correspondiente factura por el Sr. GIL ZUBILLAGA en nombre de LURMEN S.L. Por ello, la Administración no dudó de la propuesta de análisis del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA ni de que se había llevado a cabo según lo que se indicaba en las memorias acompañadas por el acusado Sr. GIL, para conseguir la finalidad indicada de obtener la autorización y el pago de las facturas presentadas. (folios 1016 y 1061)

Por último, se produce un desplazamiento patrimonial desde las arcas de la Diputación Foral de Álava a favor de LURMEN S.L., y ello mediante las dos facturas que presenta el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA a dicha Administración querellante solicitando el pago de su importe, y con el apoyo de las dos facturas que a LURMEN S.L. giró el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, a la sazón la persona que se encargaba de emitir unos falsos informes interpretando inexistentes analíticas, informes basados en datos que no se podían corresponder con la realidad precisamente por no haberse realizado análisis alguno, y que fueron objeto de las dos facturas después reclamadas por LURMEN S.L. a la Diputación Foral de Álava. (folios 1017 y 1062)

En consecuencia, se dan los elementos del tipo para apreciar la existencia de un delito continuado de estafa, pues los hechos se reprodujeron en dos ocasiones seguidas en el tiempo, con el mismo modus operandi para obtener una ganancia ilícita, que no se correspondía con análisis alguno.

En cuanto al concurso entre el delito continuado de estafa y el de falsedad en documento privado, sobre este tipo de concurso se pronunciaba la **sentencia del Tribunal Supremo núm. 704/2010, de 02 de junio de 2010** (ROJ: STS 4712/2010-ECLI:ES:TS:2010:4712) dictada en el recurso núm. 2059/2009, de la que es **Ponente** el Excmo. **Sr. D. Siro Francisco García Pérez**: *"Y acierta el Fundamento Jurídico, en el Fallo, por cuanto es doctrina jurisprudencial ya consolidada (así lo expone la sentencia del 7/7/2008) que: "la estafa realizada a través de un documento público, oficial o de comercio, utilizado como medio necesario para su comisión, no consume la falsedad sino que los dos tipos son compatibles, produciéndose un concurso real de delitos sin perjuicios de que en orden a su punición sea aplicable lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal; pero cuando se trata de documentos privados, como el perjuicio de tercero o de ánimo de causárselo (ahora <para perjudicar a otro>) viene incluido en el art. 306 CP (ahora 395 CP), no procede estimar el mentado concurso, pero sí el de normas (art. 8 CP), al ser el hecho subsumible en las reguladoras del delito de falsedad y estafa simultáneamente, solapándose un tipo con otro, y como bien se razona por el Tribunal de instancia, en el supuesto que examinamos, el delito de falsedad en documento privado queda absorbido por el delito de estafa, ya que esta se encuentra castigada con prisión de seis meses a tres años, en tanto que el delito de falsedad en documento privado - artículo 395 - lleva aparejada pena situada entre seis meses y dos años de prisión, al ser de aplicar lo dispuesta en el apartado 4º del artículo 8 del Código Penal en el que se dispone que el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor".*

Y la **sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2012** (Rc 1982/2011) sobre la relación existente entre el delito de falsedad y el delito de estafa, que considera dos situaciones diferenciadas, en función de la naturaleza del documento falsificado; si es un documento público/mercantil el que se emplea como vehículo para la comisión de la estafa, ambos ilícitos se sancionan en concurso real/ideal; si por el contrario se utiliza un documento privado, se aplican las reglas de consunción propias del concurso de normas, y ello porque el perjuicio para el tercero o el ánimo de causárselo se solapa en estos casos con el propio de la estafa, a modo de círculos concéntricos.

Este criterio ya se había establecido en resoluciones anteriores como la **sentencia del Tribunal Supremo núm. 640/2007 de 6 de julio**, (ROJ: STS

4939/2007-ECLI:ES:TS:2007:4939), en el recurso núm. 213/2007, de la que es **Ponente** el Excmo. **Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**: *"QUINTO.- Los motivos 1º, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24-2 C.E.), canalizado a través del art. 852 L.E.Cr. y 5-4 L.O.P.J. y el 3º por infracción de ley (art. 849-1º L.E.Cr.), al entender indebidamente aplicados los arts. 395, en relación al 390.1.3 y 248 y 250.1.2 C.P., deberán ser analizados conjuntamente ya que, resultando incompatibles por mor del principio non bis in idem la condena por falsedad en documento privado y estafa, el acogimiento de tal principio evitará argumentar por el delito de estafa, que debe quedar al margen ante la imposibilidad legal de la simultánea aplicación.*

1. *En efecto, es doctrina consolidada de esta Sala, reiteradamente expresada en sus resoluciones, que la estafa realizada a través de un documento público, oficial o de comercio, utilizado como medio necesario para su comisión, no consume la falsedad, sino que los dos tipos son compatibles, produciéndose un concurso real de delitos sin perjuicio de que en orden a su punición sea aplicable lo dispuesto en el art. 77 C.P.; pero cuando se trata de documentos privados, como el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo (ahora <para perjudicar a otro>) viene incluido en el art. 306 C.P. (ahora 395 CP), no procede estimar el mentado concurso, pero sí el de normas (art. 8 CP), al ser el hecho subsumible en las reguladoras del delito de falsedad y estafa simultáneamente, solapándose un tipo con otro.*

Reafirmando la misma idea, esta Sala ha dicho que la falsedad en documento privado actúa respecto de la estafa a manera de círculos concéntricos en virtud de aquélla nota específica de engaño con la consecuencia inherente de que la estafa queda apartada y destipificada por la falsificación, eliminando la posibilidad del concurso de delitos, por lo que es preciso elevar estos supuestos al concurso de normas (art. 8-4º C.P.). Véanse, entre otras, las sentencias de esta Sala nº 2015 de 29-octubre-2001; nº 975 de 24-mayo-2002; nº 992 de 3-julio-2003; nº 1229 de 3- diciembre-2004 y nº 1097 de 10-noviembre-2006.

2. *En el caso que nos ocupa es perfectamente aplicable esta doctrina. Podría haberse planteado algún problema con la dicción del código derogado que al describir el tipo de falsedad en documento privado hablaba de "..... con perjuicio de tercero o con ánimo de causarlo" (art. 306 C.P. de 1973). Actualmente la redacción del art. 395 se limita a exigir como propósito o elemento subjetivo del injusto el simple ánimo de causar un perjuicio a un tercero sin más ("para perjudicar a otro"), contentándose con esa tendenciosa conducta sin necesidad de la causación de un perjuicio*

real.”

Doctrina que es aplicable al presente caso, al haberse producido la falsedad en un documento privado, según se expresa en la **sentencia del Tribunal Supremo núm. 126, de 23 de febrero de 2016** (ROJ: STS 632/2016- ECLI:ES:TS:2016:632) dictada en el recurso núm. 1312/2015, de la que es **Ponente** la Excm. **Sr^a. D^a. Ana María Ferrer García**:

“QUINTO.- La Sala sentenciadora consideró que los dos delitos expuestos concurrían en régimen de concurso medial, con arreglo al cual el delito de falsedad sería el medio para cometer la estafa procesal intentada. Sin embargo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77.2 CP, según redacción vigente a la fecha de la sentencia, procedió a penarlos por separado dado que la aplicación en su mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave excedía del total de la suma de las dos penas si éstas se hubieren impuesto independientemente. Este pronunciamiento en todo caso habría de ser objeto de revisión tras la entrada en vigor de la LO 1/2015 y el nuevo régimen de punición que la misma establece para los concursos mediales en el actual artículo 77.3 CP.

Ahora bien, como pone de manifiesto el Fiscal al apoyar el motivo de recurso, de manera reiterada ha considerado la jurisprudencia de esta Sala que la relación medial entre el delito de falsedad en documento privado del artículo 395 y el delito de estafa debe reconducirse al concurso de normas del artículo 8 CP. La expresión "en perjuicio de otro" del artículo 395 CP supone que éste requiere algo más que la mera alteración mendaz de uno de los elementos del documento. Requiere además que se produzca un perjuicio -o el ánimo de causarlo- en un tercero, perjuicio que normalmente será económicamente evaluable y que precisamente coincide con el de la estafa. Lo contrario supondría una duplicidad o superposición tipológica a la hora de contemplar el perjuicio y en definitiva de doble sanción (SSTS 760/2003 de 23 de mayo; 702/2006 de 3 de julio; 860/2008 de 17 de diciembre; 552/2012 de 2 de julio; 860/2013 de 26 de noviembre; 232/2014 de 25 de marzo ó 195/2015 de 16 de marzo).

Como dijo la STS 992/2003 de 3 de julio, el delito de falsedad en documento privado exige en

su tipicidad el ánimo de perjudicar a tercero, precisamente uno de los elementos de la estafa, por lo que la conducta debe ser penada conforme a uno de los dos tipos penales en aparente concurso.

El bien jurídico que se protege en la estafa es el patrimonio privado ajeno, cuando es atacado por medios insidiosos y fraudulentos (engaño). El delito de falsedad castiga a quien presenta como real o auténtico algo que no lo es, y en este caso el bien jurídico protegido es el tráfico jurídico general, en cuanto el documento es capaz de crear en terceros la confianza en su autenticidad y su eficacia probatoria.

Por ello desde antiguo la doctrina científica consideró al documento falsificado funcionalmente destinado a cometer una estafa (estafas documentales), como identificable con el engaño, no solo un elemento del mismo, sino su propia esencia, por lo que de penarse ambos delitos por separado se estaría castigando dos veces la misma infracción (SSTS 1235/2001 de 20 de junio; 2015/2001 de 29 de octubre; 746/2002 de 19 de abril y 975/2002 de 24 de mayo de 2002).

Por regla general la estafa absorberá la falsedad en la medida en que el perjuicio efectivamente causado engloba el engaño y ánimo de perjudicar. Sin embargo en algunos supuestos particulares se abre paso, por el principio de alternatividad, la regla de la sanción más grave del nº 4 del artículo 8 CP. En concreto cuando la estafa no haya llegado a perfeccionarse (entre otras SSTS 860/2013 de 26 de noviembre ó 195/2015 de 16 de marzo), pues en tales casos al no haberse alcanzado el propósito defraudatorio, ambas infracciones tienen el mismo grado de especificidad. Además resulta contrario a la lógica que el autor de un delito de falsedad en documento privado se viese privilegiado por el hecho de haber intentado o cometido además una estafa.”

En este caso, la falsedad de los dos informes emitidos por el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI no viene tanto por el hecho de la falta de un título curricular de la carrera de físico nuclear del mismo -lo que, por otra parte, no ha sido objeto de acusación mediante un delito autónomo, aun cuando es cierto que a pesar de dudarse durante todo el proceso de la titulación del indicado acusado, éste no ha aportado más que vaguedades a las actuaciones, a pesar de lo sencillo que le hubiera resultado presentar copia del título que

dice ostentar aun cuando no hubiera homologado el mismo en España por los motivos que fuere, entre ellos no ser necesario-, como por el hecho de que los dos informes que ha facturado a LURMEN S.L. para que los cobrara dicha empresa de la Diputación Foral de Álava son falsos, al no ser posible que llegase a las conclusiones a las que llega en los mismos por no haberse llevado a cabo los análisis espectroscópicos que se dicen realizados en los laboratorios de espectroscopia nuclear CEA-CNRS, CE, de Saclay 91191 Gif Sur Ivette o en el de Toulouse, ambos en Francia, ni tampoco en otro laboratorio diferente. Y ello, porque las analíticas realizadas en ADIRONDACK y por Luis Bañares Morcillo entre otros miembros de la Universidad Complutense de Madrid e Instituto de Física y Química Rocasolano del CSIC que facilitó el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI al acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA para que los aportara a la Comisión científico-asesora que creó la Diputación Foral de Álava para investigar los hechos en vía administrativa, no tuvieron como objeto las concretas piezas arqueológicas del yacimiento de Iruña-Veleia a que se refieren los dos informes falsos que son objeto del presente procedimiento, únicos análisis que se han aportado a las actuaciones, aparte de un CD con unos datos que no ha sido posible interpretar.

B. AUTORÍA DE LOS DELITOS CONTINUADOS DE ESTAFA EN CONCURSO DE NORMAS CON DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. Arts. 28 y 29 del Código Penal.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 28 y 29 del Código Penal, resulta acreditada la autoría de los anteriores hechos tanto por parte del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, como autor de los dos informes falsos, basados en unos resultados de análisis espectroscópicos inexistentes al no haberse llevado a cabo los mismos, así como por haber facturado a través de LURMEN S.L. el importe de dos de los tres informes que elaboró; del mismo modo, se considera probada la existencia de UN concierto entre ambos acusados, ELISEO GIL ZUBILLAGA y RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, tanto para que este último emitiera unos informes falsos sobre la continuidad de la pátina de determinadas piezas arqueológicas, como para el cobro de las facturas emitidas por RUBÉN MANUEL

CERDÁN CASILARI a la Diputación Foral de Álava, y ello a través de la mercantil LURMEN S.L., habiendo abonado la Administración querellante tales facturas a la mercantil citada.

SEGUNDO.- De la prueba de los hechos declarados probados como constitutivos de delito continuado de falsedad en documento privado y falta de daños continuados, así como delito continuado de estafa y delito de falsedad en documento privado.

En primer término, hay que señalar que en los escritos de acusación ni en la querrela se han concretado las piezas arqueológicas a las que se refieren los delitos, salvo el número, que no se considera suficiente para su determinación, aun cuando al haberse aportado por la defensa el día 3 de febrero de 2020 el inventario de evidencias arqueológicas de LURMEN S.L. en formato Excel, y ello, en el momento procesal previsto en el art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, documento que no ha sido impugnado por las demás partes, esta juzgadora ha considerado como fechas de los hechos las fechas las que se recogen en la conclusión primera del escrito de conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal de fecha 18 de febrero de 2020 con la adhesión de la acusación particular querellante, en tiempo indeterminado, pero en todo caso, entre julio de 2005 y junio de 2006.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de Enero de 2006 señala que "*en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra de la acusada, sea con una presunción iuris tantum sea con una presunción iuris et de iure*" (STC 87/2001, de 2 de abril). De tal afirmación se desprende inequívocamente que no cabe condenar a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados, por más que la prueba de este último sea dificultosa y que, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más que con la existencia de prueba indiciaria.

Pues si bien "*el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho*" (STC 51/1985, de 10 de abril, y la presunción de inocencia "*es una presunción que*

versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba" (SSTC 150/1989, de 25 de septiembre; 120/1998, de 15 de junio, y no sobre su calificación jurídica (STC 273/1993, de 27 de septiembre), ello no obstante, en la medida en que la actividad probatoria que requiere el art. 24.2 CE ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos los *"elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad"* (SSTC 127/1990, de 5 de julio,; 93/1994, de 21 de marzo; 87/2001, de 2 de abril).

De manera que únicamente cabe considerar prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia *"aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo por una parte, y, por la otra, la participación de la acusada, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad"* (SSTC 33/2000, de 14 de febrero; 171/2000, de 26 de junio; características subjetivas que, a su vez, únicamente pueden considerarse suficientemente acreditadas cuando *"el engarce entre los hechos directamente probados y la intención que persigue la acusada con esta acción se deduce de una serie de datos objetivos que han posibilitado extraer el elemento subjetivo del delito a través de un razonamiento lógico, no arbitrario y plasmado motivadamente en las resoluciones recurridas"* (STC 91/1999, de 26 de mayo).

La valoración del material probatorio aportado al proceso es facultad, que pertenece a la potestad jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales (Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1986, de 17 de junio), a quienes corresponde ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia, en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia (Sentencia del Tribunal Constitucional 175/1985, de 17 de diciembre).

En el presente caso, valorada en conciencia la prueba practicada en el plenario (arts. 741 y 973 de la LECrim), concretamente el interrogatorio de los acusados, prueba testifical, así como periciales y documental, considero que los hechos objeto de enjuiciamiento son constitutivos de los delitos que se han recogido en el apartado primero de estos Fundamentos Jurídicos, al haberse destruido la presunción de inocencia de los acusados en relación con los hechos delictivos que se han declarado probados.

I.- DELITO CONTINUADO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO EN CONCURSO DE NORMAS CON UNA FALTA CONTINUADA DE DAÑOS SOBRE BIENES MUEBLES HISTÓRICOS Y CULTURALES.

Considero probada la comisión por parte del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA de un delito continuado de falsedad en documento privado, teniendo en cuenta que ha resultado probado que 36 piezas arqueológicas cerámica común y de terra sigillata hispánica, de las halladas en el yacimiento de Iruña Veleia, se han utilizado como soportes para escribir o dibujar en ellas mediante un punzón o instrumento similar en la época contemporánea, simulando que tales textos o epigrafía son coetáneos a las propias piezas en las que se han realizado; estos soportes de cerámica común y de terra sigillata hispánica se encuentran incluidos en el concepto que de documento recoge el Código Penal en el art. 26, como ya se ha expuesto en el fundamento jurídico precedente, al que me remito expresamente para evitar reiteraciones innecesarias, así como se ha motivado jurídicamente por qué se consideran por esta juzgadora documentos privados y no públicos u oficiales.

A) INDICIOS PROBATORIOS

A.1. Jurisprudencia.

Existen suficientes indicios probatorios para concluir la autoría de los hechos delictivos objeto ahora de análisis por parte del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA. A tal efecto, respecto de los indicios probatorios, cito varias sentencias de nuestro Alto Tribunal, que citan a su vez otras más antiguas tanto del propio Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, entre ellas, la **Sentencia del tribunal Supremo núm. 680/2019, de 23 de enero de 2020** (ROJ: STS 170/2020-ECLI:ES:TS:2020:170), dictada en el recurso núm. 1914/2018, de la que es **ponente** el Excmo. **Sr. D. Antonio del Moral García**, que enseña que: *"La prueba indiciaria o indirecta es también prueba y a ella hay que acudir normalmente para acreditar elementos internos como el propósito de eludir fraudulentamente el abono de las deudas contraídas con la Seguridad social. Como guía para evocar esa doctrina puede servirnos la STC 133/2014, de 22 de julio, -luego citada en la STC 146/2014, de 22 de septiembre-. A falta de prueba directa de cargo, se dice, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan unos*

requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, d) este razonamiento ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común (en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre "una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" (-SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3-)."

Leemos en la reseñada sentencia: *"El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede 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 su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento 'cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4)" (FJ 23)".*

"Por su parte, también resulta preciso recordar que en la STC 15/2014, de 30 de enero, se afirma "que nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que 'el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo' (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3) y, de otro, que entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos" (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13) (FJ 6). E, igualmente, que en la STC 1/2009, de 12 de enero, se establece que nuestro parámetro de control "respetuoso con el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria en orden a la fijación de los hechos, sólo considera 'insuficiente la

conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia 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' (por todas STC 123/2006, de 24 de abril, FJ 5)" (FJ 4), lo que es posteriormente reiterado en la ya citada STC 126/2011, FJ 25, en que también se mencionan las SSTC 209/2007, de 24 de septiembre, 70/2007, de 16 de abril, 104/2006, de 3 de abril, 296/2005, de 21 de noviembre, 263/2005, de 24 de octubre, y 145/2005, de 6 de junio."

"Por último, como establece la STC 148/2009, de 15 de junio, "también se ha puesto de manifiesto que dentro del control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se encuentra verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, concretándose que se exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (por todas, STC 187/2006, de 19 de junio, FJ 2)".

Frente a ello han de rechazarse las conclusiones obtenidas a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional. Con reiteración ha advertido este Tribunal (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 22) que, "cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]. Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en

cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio, FJ 1)."

Y la **sentencia del Tribunal Supremo núm. 4/2020**, Penal sección 1, del **16 de enero de 2020** (ROJ: STS 619/2020-ECLI:ES:TS:2020:619), dictada en el recurso núm. 10231/2019, de la que es **ponente** el Excmo. **Sr. D. Vicente Magro Servet**: *"Así, como señala esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia 532/2019, de 4 de noviembre: "De lo expuesto podemos concluir y relacionar los siguientes principios o reglas que es preciso tener en cuenta para admitir que los indicios concurrentes y relacionados por el Tribunal son suficientes para dictar sentencia condenatoria.*

1.- No pueden confundirse los indicios con las sospechas. Para enervar la presunción de inocencia debemos contar con indicios probados y no con meras "probabilidades" de que el hecho haya ocurrido como señala la acusación. Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades.

2.- El Juez o Tribunal no puede ni debe fundamentar el fallo de la Sentencia en su simple y puro convencimiento subjetivo. No se trata de que el juez, Tribunal o Jurado se convenzan de que el acusado cometió el hecho, sino de que "expliquen" por qué la suma de los indicios determinan la condena, en su caso, así como la solidez y concatenación de esos indicios, y no su debilidad.

3.- La condena no puede fundarse en la creencia del Juez, Tribunal o del Jurado de que "creen" que los hechos ocurrieron como relatan, sino que "están convencidos" de que ocurrieron así, sin duda alguna, porque la suma de esos indicios "que deben explicar con detalle" es lo que les lleva a esa convicción.

4.- Se exige del Tribunal una adecuada motivación acerca de la concurrencia de los indicios y su "relevancia probatoria". Así, en la operación deductiva deberán señalarse:

a.- En primer lugar, cuáles son los indicios probados, y

b.- En segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal manera que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios.

5.- Elementos y requisitos en la prueba indiciaria:

Elementos:

1) Una afirmación base o indicio. La cita o mención de cuál es el hecho.

2) Una afirmación consecuencia. La referencia en la sentencia de lo que se deduce de él.

3) Un enlace lógico y racional entre el primero y el segundo de los elementos que lleva a la condena por la suma de los indicios plurales.

Requisitos:

1) Que exista una pluralidad de indicios. No puede precisarse, de antemano y en abstracto, su número (STS de 22 de julio de 1987), y con ello se niega cualquier posibilidad de que un indicio aislado pudiera servir para construir una presunción.

2) Que esta pluralidad de indicios estén demostrados mediante prueba directa. Construir una inferencia sobre meras afirmaciones de parte sería tan peligroso como arbitrario. Se precisa objetividad.

3) Que de manera indispensable, entre el hecho demostrado o indicio y el que se trate de

deducir haya un enlace preciso, concreto y directo según las reglas del criterio humano, y

4) Que el órgano judicial motive en su Sentencia el razonamiento de cómo ha llegado a la certeza del hecho presunto.

5) En el proceso deductivo se aplican las máximas de experiencia, que se trata de "reglas que ofrece la experiencia sobre la base de la forma en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos" (STS 1159/2005, de 10 de octubre).

6.- La exigencia de la motivación en la sentencia respecto a la concurrencia de indicios y su consecuencia es más fuerte y debe ser más precisa que en los casos de prueba directa, ya que ésta es clara y diáfana, pero no lo son los indicios, porque si lo fueran sería prueba directa y no indiciaria.

Es preciso que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia (STS 506/2006, de 10 de mayo).

7.- Los indicios se alimentan entre sí para configurar la condena, y ello exige un alto grado de motivación para que el acusado sepa por qué se le condena en ausencia de prueba indiciaria. Esa evocación ideal de la relación entre los hechos -indicio y thema probandum-, es lo que permite inferir un término a partir de la comprobación del otro. En otros términos, se trata del "Razonamiento inductivo propio de la prueba de indicios" (STS de 18 de enero de 1995).

8.- Si el órgano jurisdiccional no cumple con el deber constitucional de motivación es imposible tener acceso al proceso de inferencia llevado a cabo, y por consiguiente resulta imposible saber si el razonamiento es "arbitrario, absurdo o irracional".

9.- La clave de la teoría de la prueba de indicios o prueba indirecta radica en el enlace lógico y racional entre el indicio o afirmación base y la afirmación consecuencia. Si el enlace no es ni lógico ni

racional, y por supuesto basado en prueba directa que acredita los indicios o afirmaciones base, no puede llegarse a la afirmación consecuencia.

10.- Cuando el Tribunal "suma" los indicios en su proceso final tras el juicio se llega a hablar de una, denominada, "certeza subjetiva", que lleva a la "convicción judicial", y ésta dimana de un pensamiento lógico y racional, es decir, que no sea ni absurdo, ni caprichoso, ni en definitiva un pensamiento construido por el Juzgador Sentenciador, basado en su propio capricho, o en su propia convicción moral.

11.- La autoría que determina una condena no es "la mejor explicación posible a lo ocurrido". Que sea lógico no determina la condena, sino que la suma de los indicios que se citan permite al Tribunal que, de una forma razonada y explicativa, fijar que los hechos se produjeron de esa manera y no de cualquier otra, porque si hubiera dudas no se podría condenar. No es una sentencia de "sospechas", sino de convicciones respecto a que la suma de indicios determinan y llevan al Tribunal a concluir con seguridad que el delito lo cometió el acusado.

12.- Se trata, al fin y al cabo, de partir de la constatación de unos hechos mediatos para concluir otros inmediatos.

13.- El proceso deductivo que debe llevar a cabo el Tribunal ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma su inferencia. Ha de quedar al descubierto el juicio de inferencia como actividad intelectual que sirve de enlace a un hecho acreditado y su consecuencia lógica.

14.- La inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".

15.- Los indicios deben mantener una correlación de forma tal que formen una cadena que

vaya conformando el iter para llegar al proceso mental de convicción que se conforma por la suma de los datos y la prueba de cada uno de ellos.

16.- Tanto esta Sala del Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional pueden y deben controlar la razonabilidad del discurso explicado por el órgano jurisdiccional que dictó la Sentencia condenatoria basada en la prueba de indicios o prueba indirecta. La puerta procesal que abre este posible control de la razonabilidad del discurso es la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Pero ello no se hace invadiendo la inmediatez en la valoración de la prueba, sino por la vía del juicio de racionalidad del discurso recogido por el Tribunal.

Es perfectamente revisable, mediante recurso de casación y mediante demanda de amparo, el "convencimiento judicial". Esto no quiere decir que el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional vayan a revisar las pruebas practicadas ante el órgano sentenciador. Sin embargo, esta Sala del Tribunal Supremo sí que tiene acceso a la Sentencia dictada por el órgano sentenciador, y puede acceder a la motivación plasmada en ella, pudiendo valorar si esta motivación es lógica y racional, o si por el contrario es absurda, ilógica e irracional, y por lo tanto, podrán pronunciarse sobre si el órgano jurisdiccional sentenciador aplicó o no aplicó correctamente la teoría de la prueba de indicios.

El criterio de revisión de esta Sala es, por consecuencia, sólo respecto a la motivación de la condena por los indicios, y si es absurda, ilógica e irracional, pero sin poder entrar en valoración de prueba y la redacción de un indicio si ello afecta a la valoración de prueba.

17.- El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse:

a.- 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).

b.- Como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa).

Si bien son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada.

18.- *Puede hablarse, así, de dos tipos de irracionalidad distintos que merecen tratamiento separado.*

a.- *La falta de lógica y la concurrencia de arbitrariedad o absurdo.*

Las deducciones realizadas por el juzgador de instancia no tienen que resultar arbitrarias, incoherentes, descabelladas o absurdas, sino lógicas y razonables según el buen sentido y el recto razonamiento" (STS de 8 de marzo de 1994). Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias" (STS 151/2010, de 22 de febrero). La inferencia es incoherente, absurda y descabellada cuando un indicio se pretende subsumir en una máxima de experiencia en la que no tiene cabida o cuando se emplea una máxima de experiencia que resulta manifiestamente errónea. En definitiva, cuando el hecho presunto "no fluye o se deduce naturalmente de aquellos hechos-base" (STS 19/2009, de 7 de enero).

b.- *La falta de conclusividad.*

Solo cabe estimar que la garantía de la presunción de inocencia debe tenerse por vulnerada únicamente "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (STS 631/2007, de 4 de julio).

19.- *La conclusión de una inferencia presuntiva debe considerarse cerrada, fuerte y determinada. "En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamente sobre diversas inferencias presuntivas prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que*

se proclama como predominante". (STS 151/2010, de 22 de febrero).

20.- Para que la tesis acusatoria pueda prosperar, consiguiéndose la enervación de la presunción de inocencia, se la debe exigir una "probabilidad prevaleciente" con respecto a aquellas otras hipótesis explicativas de los mismos indicios, entre las que se puede contar la tesis fáctica de descargo".

La **sentencia del Tribunal Supremo núm. 297/2017**, Penal sección 1, del **26 de abril de 2017** (ROJ: STS 1643/2017-ECLI:ES:TS:2017:1643), dictada en el recurso núm. 10695/2016, de la que es **ponente** el Excmo. Sr. D. Miguel **Colmenero Menéndez de Luarca**: *"en cuanto a la prueba indiciaria, la STS nº 220/2015, de 9 de abril, recogía el contenido de la STC 128/2011, de 18 de julio, la cual, enlazando con ideas reiteradísimas, sintetiza la doctrina sobre la aptitud de la prueba indiciaria para constituirse en la actividad probatoria de cargo que sustenta una condena: "A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes" (SSTC 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 y 70/2010, FJ 3). Asumiendo "la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad" (SSTC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2 y 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3), sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando "la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3; 70/2010, de 18 de octubre, FJ 3; 25/2011, de 14 de marzo, FJ 8).*

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que el análisis del significado de cada uno de los indicios no puede realizarse aislándolo de los demás y poniendo de manifiesto que de esa forma considerados, pudieran admitir una explicación alternativa razonable. Por el contrario, puestos en relación entre sí, la conclusión del Tribunal deberá reputarse razonable cuando todos los indicios muestren un significado probatorio coincidente en un mismo sentido."

La **sentencia del Tribunal Supremo núm. 797/2015**, Penal sección 1, del **24 de noviembre de 2015** (ROJ: STS 5212/2015-ECLI:ES:TS:2015:5212), dictada en el recurso núm. 599/2015, de la que es **ponente** el Excmo. **Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**: "*QUINTO.- Asimismo esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha elaborado un consistente cuerpo de doctrina en relación con la prueba indiciaria, sistematizando sus requisitos de un modo, a nuestro entender, más acabado que la doctrina constitucional y que permite un adecuado control de la razonabilidad de la valoración probatoria del Tribunal de Instancia desde la perspectiva propiamente casacional.*

En sentencias como la reciente de 28 de mayo de 2015 (núm. 318/2015), o las de 22 de octubre de 2014 (núm. 720/2014), núm. 444/2014, de 9 de junio, núm. 359/2014, de 30 de abril, núm. 433/2013 de 29 de Mayo, núm. 533/2013, de 25 de junio, 25 de enero de 2001 (núm.1980/2000), 12 de mayo (649/1998), 14 de mayo (584/1998) y 22 de junio (861/1998) de 1998, 26 de febrero (269/1999), 10 de junio (435/1999) y 26 de noviembre (1654/1999) de 1999, 1 de febrero (83/2000), 9 de febrero (141/2000), 14 de febrero (171/2000), 1 de marzo (363/2000), 24 de abril (728/2000), y 12 de diciembre (1911/2000) de 2000, hemos reiterado la eficacia y validez de la prueba de carácter indiciario para desvirtuar la presunción de inocencia y señalado sus requisitos, formales y materiales, que son:

1º) Desde el punto de vista formal:

a) Que la sentencia exprese cuales son los hechos base o indicios que se consideran acreditados y que sirven de fundamento a la deducción o inferencia.

b) Que la sentencia de cuenta del razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se

ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicación que -aun cuando pueda ser sucinta o escueta- es necesaria en el caso de la prueba indiciaria, para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2º) Desde el punto de vista material los requisitos se refieren en primer lugar a los indicios, en sí mismos, y en segundo a la deducción o inferencia.

A) En cuanto a los indicios es necesario:

- a) Que estén plenamente acreditados;*
- b) Que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa;*
- c) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar;*
- d) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí.*

B) Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".

El control casacional tiene límites. El primero se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado razonablemente probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no cabe, en principio, su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación como lo dispuesto en el art. 741 de la Lecrim y la propia naturaleza del recurso de casación impiden que se pueda entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de Instancia, salvo supuestos de valoración arbitraria. Puede criticarse que la Sala considere indicio al que no lo es, así como la racionalidad de la inferencia, pero no puede cuestionarse por esta vía la valoración que -de la prueba testifical, por ejemplo- ha realizado el Tribunal sentenciador, sobre la base de la inmediación y la contradicción, para declarar que un determinado hecho base se estima acreditado, siempre que dicha valoración sea razonable.

El segundo supone admitir que el control de la racionalidad de la inferencia no conlleva la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y tampoco por el del recurrente, sino únicamente comprobar que dicha inferencia responde a las reglas de la

lógica y del criterio humano y que respeta la prohibición de la arbitrariedad.

Se trata exclusivamente de excluir aquellos supuestos en los que en el razonamiento se aprecian saltos lógicos o ausencia de necesarias premisas intermedias (canon de la lógica o cohesión) o en los que la inferencia es excesivamente abierta, débil o indeterminada, derivándose de los indicios un amplio abanico de conclusiones alternativas (canon de la suficiencia o calidad de la conclusión), o bien se empleen en la valoración probatoria criterios contrarios a los derechos, principios o valores constitucionales (canon de la constitucionalidad de los criterios).

En tercer lugar, queda fuera del ámbito del recurso casacional, (siempre que sea razonable) la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas -que el Tribunal valora con inmediatez, apreciando su verosimilitud y otorgándoles o no credibilidad- o con las manifestaciones exculpatorias del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia objetiva, contradicción con otros datos debidamente acreditados, etc.; ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal "a quo", siempre que responda, como hemos dicho, a las reglas de la lógica y del criterio humano.

En cuarto lugar, en cuanto a la forma de analizar los indicios debe alertarse frente al error de pretender valorarlos aisladamente, ya que la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los indicios, que concurren y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS de 14 de febrero y 1 de marzo del 2000 entre otras muchas). El análisis desagregado o aislado de cada indicio, como islotes robinsonianos fuera del contexto integrado por la dinámica de los hechos y el resto de los elementos indiciarios interrelacionados, resulta manifiestamente contrario a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos sobre la teoría de las probabilidades, como ha señalado esta Sala, por ejemplo en las sentencias de 24 de octubre de 2000 y 21 de enero de 2001.

Por último debe añadirse que, como destacan las sentencias de 9 de junio de 1999 (núm. 918/1999) y 17 de noviembre de 2000, (núm. 1755/2000), siempre que concurren pruebas de cargo suficientemente serias de la participación del acusado en el hecho delictivo, la apreciación como

indicio adicional -o más bien conindicio- de la acreditación de la falsedad de la coartada del acusado o de la manifiesta inverosimilitud de sus manifestaciones exculpatorias, no significa invertir la carga de la prueba ni vulnera el principio "nemo tenetur", pues se trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo, y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contraponen una explicación racional y mínimamente verosímil, sino que por el contrario las manifestaciones del acusado por su incoherencia interna y por su incredibilidad, no solamente no desvirtúan sino que refuerzan la convicción racionalmente deducida de la prueba practicada.

Como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia Murray contra el Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación "reclamada" por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna."

Y la STS de 3 de julio de 2012 se expresa sobre tales indicios en los siguientes términos: "Jurisprudencia STS. 545/2010 de 5.6, FJ. 1: "... ciertamente el elemento subjetivo del delito ha de quedar probado, si bien es cierto que la prueba de este último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria, pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC. 127/90 de 5.7, 87/2001 de 2.4, 233/2005 de 26.9, 8/2006 de 16.1, 92/2006 de 27.3, 91/2009 de 20.4). En relación específicamente con los elementos subjetivos debe tenerse presente además que solo pueden considerarse acreditados adecuadamente si el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción se infiere de un conjunto de datos objetivos que revela el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial (SSTC. 91/99 de 26.5, 267/2005 de 24.10, 8/2006 de 16.1)".

Por ello, hemos señalado igualmente, que a falta de prueba directa, también la prueba indiciaria puede sustentar su pronunciamiento de condena, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que -como decíamos en STS 870/2008, de 16.12 y 791/2010, de 28.9:

a) los indicios se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas;

b) Que los hechos constitutivos del delito o la participación del acusado en el mismo, 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.

Como se dijo en las SSTC 135/2003 de 30.6 y 263/2005 de 24.10, el control constitucional, de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho de que se hace desprender de ellos o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, (no siendo pues, razonable, cuando la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto, que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio.

En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 189/1998 partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia. En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en sí (SSTC. 145/2003 de 6.6, 70/2007 de 16.4)".

La STS de 21 de diciembre de 2001 expresa: "Pero en lo que se refiere a las cuestiones de

hecho, o probatorias, el Tribunal penal debe atenerse al sistema probatorio propio del proceso penal, pues el principio constitucional de presunción de inocencia determina condicionamientos específicos que, por su rango constitucional, no pueden ser derogados por el legislador ordinario."

En el proceso penal, la prueba de la culpabilidad del acusado incumbe en todo caso a la acusación, incluyendo en la culpabilidad los elementos objetivos y subjetivos integradores del delito, no siendo admisibles presunciones legales contra reo ni tampoco la inversión de la carga de la prueba. Si es admisible, sin embargo, la prueba de indicios, pero en todo caso cumpliendo las condiciones de fiabilidad necesarias para estimar que la culpabilidad ha sido acreditada "fuera de toda duda razonable". En caso de duda, el principio "in dubio pro reo" impone la absolución, (sentencia núm. 274/1996, de 20 de mayo). Se impone, por tanto, diferenciar en qué medida la regla referida a la determinación de la cuota sobre la base de los incrementos no justificados de patrimonio incluye aspectos sustantivos o materiales, y otros que constituyen normas puramente probatorias".

Y a modo de resumen, cito la **sentencia núm. 449 de 31 de Octubre de 2014**, de la **Audiencia Provincial de Madrid** (Cendoj: 28079370012014100632 Roj: SAP M 15935/2014), dictada en el recurso núm. 120/2014, **Ponente Ilma. Sr^a. D^a. Raquel Santos Suárez**: "*Se entiende por prueba indiciaria aquélla que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos que no son constitutivos, en principio, por sí mismos, de delito, pero de los que puede inferirse la existencia de éste, y la participación en él del o los acusados, exigiéndose, en este caso, razonar cómo se ha llegado a formar esa conciencia acerca de la culpabilidad del acusado.*

En la sentencia recurrida se explica, de forma suficiente, tanto los indicios que se estiman acreditados, por prueba testifical directa, como el proceso de inferencia lógica que lleva a la conclusión probatoria que es base del fallo condenatorio. El empleo de la prueba indiciaria, precisamente por carecer de una disciplina de garantía que es exigible a la prueba directa, requiere unas condiciones específicas para que pueda ser tenida como actividad probatoria.

a) El indicio debe estar acreditado por prueba directa, y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultante que aumentaría los riesgos en la valoración.

b) Los indicios deben ser sometidos a una constante verificación que debe afectar tanto al acreditamiento del indicio como a su capacidad deductiva. Con este requisito se pretende evitar tanto el azar como la posibilidad de la falsificación, y se materializa a través de la motivación en la que el

aplicador debe plantearse la necesaria concordancia de deducciones, la independencia en la acreditación de indicios, la racionalidad de la deducción, etc.

c) Los indicios deben ser plurales e independientes, con lo que se pretende evitar que sea tenido por indicio un hecho único aunque acreditado por distintas fuentes. La exigencia de la pluralidad de indicios permite asegurar su fuerza suasoria, pues un único indicio, por fuerte que sea, no excluye la posibilidad del azar.

d) Los indicios deben ser concordantes entre sí, de manera que converjan en la conclusión. La divergencia de uno de ellos hace que la prueba indiciaria pierda eficacia y hará de aplicación el principio "in dubio pro reo".

e) La conclusión debe ser inmediata, sin que sea admisible que el hecho consecuencia pueda llegar a través de varias deducciones o cadena de silogismos.

f) La prueba indiciaria exige, como conclusión de la anterior, una motivación que explique racionalmente el proceso deductivo por el que de unos hechos -indicios- se deducen otros hechos-consecuencias. A través de esa motivación se cumplen las necesidades de control externo de la jurisdicción, mediante el régimen de recursos y el conocimiento por el ciudadano de la actuación de la función jurisdiccional, evitando la arbitrariedad. También el propio aplicador de la prueba realiza una constante verificación de la prueba y de sus exigencias. Cuando motiva una resolución exterioriza una argumentación que debe ser lógica y racional, lo que permite su control, por un órgano jurisdiccional, por los ciudadanos y por el mismo aplicador - función de autocontrol-, verificando los indicios que emplee, su posible falsedad, la exclusión del azar, la pluralidad de indicios y su convergencia y la inexistencia de indicios en contra".

A.2.- Indicios probatorios en el presente caso.

Por tanto, procede analizar si -en el concreto caso que nos ocupa- se dan los indicios probatorios suficientes, así como si estos cumplen las características que viene exigiendo la jurisprudencia antes citada para concluir la autoría del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA respecto de la falta continuada de daños en el patrimonio histórico y del delito continuado de falsedad en documento privado, y de los que son constitutivos los hechos declarados en los ordinales CUARTO, QUINTO y SEXTO del apartado de HECHOS PROBADOS de esta resolución, apreciando esta juzgadora la existencia de los siguientes indicios probatorios:

1.- ELISEO GIL ZUBILLAGA ostentaba la dirección del yacimiento a través de LURMEN S.L. desde el año 2002, sociedad de la que es socio y administrador solidario desde su creación, así como era la persona que se encargaba de realizar las gestiones relativas al cobro de subvenciones y otros importes ante las diferentes Administraciones, encargándose de solicitar la autorización a la Diputación Foral de Álava para realizar las analíticas espectroscópicas a los laboratorios franceses de SACLAY.

2.- Algunos materiales arqueológicos -entre los que se encontraron después de ser hallados los grafitos objeto de autos de forma exclusiva en el proceso de lavado- estuvieron varios meses a la intemperie en un lateral de los módulos, junto al generador, almacenados en dos carretillas, cubiertos por unas lonas. Asimismo, también las piezas se almacenaban en canastas y cestos, barcas o bolsas en el almacén al que tenían acceso distintas personas y se ponían a secar en el exterior de los módulos, así como el lavado también se llevaba a cabo en el exterior cuando el tiempo lo permitía.

3.- Las piezas encontradas en algunos sectores del yacimiento fueron lavadas varios meses después de extraerse de la excavación y almacenadas mientras tanto en alguna de las condiciones antes indicadas.

4.- Los distintos trabajadores del yacimiento tenían acceso a tres juegos completos de llaves del yacimiento, y el vigilante poseía otra copia de las llaves.

5.- Todos los grafitos extraordinarios -tanto textos como epigrafía- han sido detectados de forma exclusiva en el proceso de lavado y no se ha documentado la aparición de ninguno de ellos "in situ".

6.- Varios arqueólogos que trabajaban en el yacimiento, ante esta circunstancia de aparición de los grafitos extraordinarios únicamente en el lavado, advirtieron a ELISEO GIL ZUBILLAGA de la necesidad de modificar el método para documentar el hallazgo de los

grafitos y permitir su trazabilidad.

7.- El ahora penado, ÓSCAR ESCRIBANO SANZ, simuló un grafito con el texto "VELEIA" en una pieza tardo-romana, que confesó como una broma, a pesar de lo cual continuó trabajando en el yacimiento.

8.- No se modificó el método de trazabilidad de las piezas arqueológicas halladas y no se documentaron in situ mediante grabación o fotografías, sino hasta que lo propuso la directora del Museo Arqueológico.

9.- ELISEO GIL ZUBILLAGA presentó los grafitos como extraordinarios los días 8 y 15 de junio de 2006 en el Hotel Lakua de Vitoria-Gasteiz. Y tras su presentación de las piezas arqueológicas con los grafitos se creó una fuerte controversia entre estudiosos de distintas disciplinas sobre la autenticidad de los grafitos extraordinarios.

10.- No se documentó ni se suscribió recibo o albarán alguno justificativo de la entrega al acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI de varias piezas arqueológicas con grafitos para los análisis a realizar en laboratorios fuera del yacimiento, ni se han aportado facturas o justificante de los gastos de las analíticas.

11.- Se han conocido análisis realizados por laboratorios españoles: ADIRONDACK, Centro Tecnológico de Derio (Vizcaya), de junio a julio de 2006, sobre piezas no identificadas del yacimiento de Iruña-Veleia, así como análisis por LDI-TOFMS y LIBS de dos muestras cerámicas sin identificar del yacimiento arqueológico de Iruña-Veleia (Álava) de octubre de 2007 realizado por miembros de la Universidad Complutense de Madrid y del Departamento de Química Láser del Instituto de Química Física Rocasolano del CSIC, pero ningún análisis espectrográfico realizado en laboratorios de espectroscopia nuclear CEA-CNRS en Francia en Saclay ni en Toulouse, sobre varias piezas arqueológicas recogidas en el yacimiento de Iruña-Veleia por el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI.

A.3 Prueba de los indicios.

Los indicios antes expresados son plurales e independientes, y han resultado probados a través de las siguientes pruebas:

El **indicio probatorio 1** está acreditado por la prueba documental, según la cual, el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA era el administrador solidario de LURMEN S.L. que encabeza y suscribe las diferentes instancias solicitando las diferentes licencias, (documento núm. 2 de la querella, folio 159 y vuelto, en el que se expresa que es el encausado quien solicita la licencia por diez años para desarrollar el Proyecto Iruña Veleia III Milenio); el convenio para la subvención otorgada por Euskotren para el Proyecto indicado (documento núm. 4 de la querella, folios 167 á 171); es quien solicita el pago de las facturas emitidas a Euskotren en virtud del convenio antes citado, así como es también quien aporta las memorias o informes a Euskotren como resulta de la abundante documental obrante en autos (por ejemplo, documento 6.1 de la querella, folios 175 á 177, 212 a 218; 226 á 250); y como reseñable y también suscrito por el acusado, porque supone la primera referencia a los falsos grafitos, el informe remitido a Euskotren, referido a agosto de 2005, obrante a los folios 252 á 260, que recoge imágenes y reseñas de distintas piezas con grafitos halladas en las excavaciones, y en especial, en la Domus de Pompeia Valentina, algunas de las cuales han sido objeto de los análisis realizados por el Instituto de Patrimonio Cultural de España.

Del mismo modo, es el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA quien solicita, en nombre de LURMEN S.L., a la querellante Diputación Provincial de Álava, la autorización para realizar análisis de espectro nuclear y reclamó el pago de las facturas abonadas al acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI por dos de los falsos informes realizados por éste, relativos a la continuidad de la pátina en las piezas con grafitos (folios 1012 a 1014 y folios 1017 y 1062 de los autos)

Por tanto, queda acreditado que el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA tenía capacidad de decisión en LURMEN S.L., y, por tanto, tiene también capacidad para dar órdenes ejecutivas sobre el proceso de las piezas arqueológicas cuando son halladas in situ y su documentación gráfica, sobre la forma de almacenar los materiales arqueológicos, sobre el momento del resto del proceso: observación, siglado, ficha, lavado..., sobre las llaves del yacimiento, sobre el estudio de los grafitos por expertos y sobre los análisis a realizar de las piezas que los contienen, lo que es tiene indudable trascendencia en los delitos objeto de enjuiciamiento.

Y el encausado Sr. GIL ZUBILLAGA ha utilizado tales potestades organizativas para decidir cómo documentar el proceso de las piezas tras su hallazgo y posteriores tratamientos de las piezas arqueológicas encontradas en el yacimiento de Iruña-Veleia, dotando dichos procesos por la ausencia de documentación de la opacidad necesaria para poder llevar a cabo en el periodo de tiempo comprendido entre los meses de julio de 2005 y el mes de junio de 2006 -por sí mismo o a través de un tercero- manipulaciones en algunas de las piezas arqueológicas para simular en las mismas la existencia de unos grafitos que antes no presentaban, con la intención de hacerlos pasar por auténticos y dar la apariencia de ser el más grande hallazgo del País Vasco ante la comunidad científica y el público en general, ampliando esta opacidad al proceso seguido con todas las piezas del yacimiento tratadas en esa época, que han corrido la misma suerte -aunque no se ha probado que los grafitos de todas las piezas halladas en ese periodo de tiempo y con posterioridad que se han inscrito en el inventario de evidencias con grafitos sean estos falsos, pero no porque no lo sean o sí lo sean, sino porque no se ha practicado suficiente prueba al respecto sino sólo de 39 piezas-, lo que observaron los arqueólogos Miguel Ángel Apellániz, Miguel Ángel Berjón y Carlos Crespo, testigos de la falta de trazabilidad de las piezas.

Y en relación con el almacenaje de las piezas arqueológicas, al que se hace referencia en el **indicio 2**, el testigo José Ángel Apellániz González ha declarado en el plenario que plenario que vio carretillas tapadas con una lona con material arqueológico en el exterior de los módulos, esperando a ser procesado.

Del mismo modo, los testigos Raúl Sánchez Rincón, y Carlos Crespo Beistegui, José Ángel Apellániz González y Miguel Ángel Berjón Lobato han declarado en el plenario que el material se encontraba almacenado en canastas, cestos, barcas en el interior del almacén.

El testigo Rafael Mansilla Hortigüela declara en la vista que los materiales se los daban almacenados en un contenedor, y la testigo Ainhoa Gil Zubillaga declara en el plenario que las piezas se depositaban en el almacén en bolsas con papelititos de las Unidades Estratigráficas.

Según el testimonio del Sr. Apellániz, creíble por la riqueza descriptiva de los detalles que proporciona en su testimonio, concretando que son dos y sus características: dos carretillas de obra con las ruedas pinchadas, y que estaban completas, hasta arriba, de material de dicho recinto, y que en una se había depositado material cerámico y en otra el material óseo; también ha dado detalles sobre el lugar donde se encontraban tales carretillas, tapadas con una lona en el exterior, en un lateral del módulo, junto al generador. Además, su testimonio ha quedado corroborado con el del testigo Xabier Reparaz Extramiana, quien ha declarado en el plenario que ayudaba con las carretillas, entre otros trabajos, y ha relatado en el plenario que, entre la segunda quincena de julio y la primera de agosto, vio material tapado con un toldo acumulado en carretillas, procedente de la Domus Pompeia. Asimismo, el testigo Carlos Arias Fernández ha declarado en el plenario que vio a la entrada del recinto material de años anteriores, con barro, que llevaría allí un año o dos, y que iban sacando y limpiando.

Ha quedado probado por las testificales practicadas en el plenario, el material arqueológico procedente del Sector 6, recinto 8 se almacenaba en canastas, barcas y en bolsas en el almacén existente, lugar al que podían tener acceso todos los trabajadores, y las del Sector 5, recinto 59, Domus Pompeia Valentina, almacenadas en carretillas hasta el momento de su procesado.

Y también ha quedado probado que el lavado se hacía en el exterior de los módulos, mediante el testimonio de Ainhoa Gil Zubillaga, quien indica que para el lavado las piezas se echaban en un cubo, se frotaban y se lavaban en el exterior, decidiendo las piezas a lavar Eliseo e Idoia de forma indistinta.

Del mismo modo, en su declaración en el plenario, el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA ha manifestado que se lavaba en la planta baja de los módulos, pero también en unas mesas de campo al aire libre, cuando el tiempo lo permitía. El lavado en caso de no permitirlo el buen tiempo, se llevaba a cabo en el interior del módulo en donde, en ocasiones incluso comían algunos trabajadores del yacimiento, lo que resulta acreditado por la testifical de Ainhoa Gil Zubillaga y del citado acusado, y también por la declaración de los testigos Miguel Ángel Berjón Lobato y Raúl Sánchez Rincón y Daniel Vallo Espinosa, así como por el testigo José Manuel Tarriño Vinagre, quien declara que cuando almorzaban compartían la zona de procesado.

Asimismo, el testigo Rafael Mansilla Hortigüela ha declarado que los secaderos, unas redes verdes, estaban fuera.

Respecto del **indicio 3**, igualmente resulta probado mediante el interrogatorio en el plenario del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, que el lavado de las piezas encontradas en el Sector 6, recinto 8, durante el año 2005 fue realizado unos ocho meses más tarde en la primavera del año 2006, concretando el indicado encausado que el material se encontraba almacenado en el almacén, pero no en la caja fuerte porque estaba sin procesar.

A este respecto, la testigo Ainhoa Gil Zubillaga ha declarado que las piezas para lavar se encontraban en bolsas en el almacén con papelitos de las Unidades Estratigráficas, y que se intentaba procesar lo antes posible, pero reconoce que alguna vez se tardaba en lavar las piezas más de seis meses, haciendo referencia concreta a las piezas procedentes del sector 6. E igualmente, el testigo Carlos Arias Fernández ha declarado que vio material a la entrada del recinto, material de años anteriores, con barro, que llevaba allí un año o dos,

que iban sacando y limpiando. Del mismo modo, la testigo Idoia Filloy Nieva también ha declarado que el lavado del sector 5 se lavó antes que el sector 12, y que quedó el material en sus bolsas en cajas esperando en el almacén.

También reconoce el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA en su declaración en el plenario, que se retrasó unos días el lavado de las piezas procedentes del Sector 3, del área junto a la muralla.

En cuanto al almacenamiento del material, embolsado en cajas, en el exterior y en el almacén, en condiciones ambientales cambiantes, en el informe emitido por la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid, sólo debe tener una duración breve, porque supone un deterioro importante para el material arqueológico por la cristalización de sales solubles, resultando que el embolsado aumenta la condensación de la humedad al subir la temperatura interna por insolación, habiendo quedado probado que se prolongó durante varios meses este almacenaje hasta el lavado, pues la testigo Ainhoa Gil Zubillaga, encargada del lavado, ha declarado que las piezas se hallaban en bolsas en el almacén con papelititos de las unidades estratigráficas, negando que estuvieran en carretillas, aunque otros testigos han corroborado este último extremo, como ya he recogido anteriormente: los testigos José Ángel Apellániz, Xabier Reparaz, y sobre la existencia de materiales en el exterior Carlos Arias, así como su almacenaje en canastas, cestos, barcas en el almacén, como han declarado los testigos Raúl Sánchez Rincón, y Carlos Crespo Beistegui, José Ángel Apellániz González y Miguel Ángel Berjón Lobato, y el testigo Rafael Mansilla Hortigüela que se los daban en un contenedor. La propia Ainhoa Gil ha reconocido que aunque se intentaba procesar lo antes posible, alguna vez pasaban más de seis meses, habiéndose considerado probado que incluso llegaron a pasar ocho meses. Del mismo modo, la testigo Idoia Filloy Nieva ha declarado que los materiales se dejaban embolsados, en cajas.

Respecto del lavado, la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid expresa en sus conclusiones que es un proceso delicado para la

conservación de las piezas, y que puede suponer la pérdida irreversible de información, debiéndose inspeccionar los materiales detenidamente uno por uno antes del lavado, identificando su material, características de conservación y tipo de depósito o costra. La acción correcta sería una limpieza en seco o húmeda de toda la superficie, previa a su inmersión en agua, a realizar bajo la supervisión de arqueólogo o restaurador, y que es en esta fase cuando se identifican generalmente todas las particularidades de las cerámicas, como graffiti, decoración pintada, antes de proceder a la eliminación de depósitos superficiales. Afirman los técnicos de la Escuela que en el caso de Iruña-Veleia no se ha llevado a cabo el control visual previo a la inmersión de las piezas cerámicas en agua, lo que queda corroborado mediante la prueba practicada en autos, testifical de Ainhoa Gil Zubillaga y otros intervinientes en el lavado, como Rebeca Hontoria Muro o Xabier Reparaz Extramiana o de cualquiera de los otros testigos, que no realizaron esta visualización previa de las piezas, sino que se han declarado que las piezas se dejaban almacenadas a la espera del lavado. E incluso, según el testimonio de Xabier Reparaz Extramiana en el plenario, han aparecido grafitos en el momento del siglado, cuando se sacaban del agua, y también una vez lavadas las piezas, en el proceso de secado, un día o dos más tarde de realizarse el lavado, han aparecido grafitos.

Y en cuanto al fácil acceso a las llaves, **indicio probatorio 4**, el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA ha reconocido en el plenario que en el yacimiento disponían de tres juegos completos de llaves, y que se utilizaban por todos según necesidades, rigiéndose por el principio de confianza. Del mismo modo, ha manifestado que el guarda de la Diputación Foral tenía un cuarto juego de llaves. Este extremo ha quedado corroborado también por la declaración de la testigo Idoia Filloy Nieva, quien ha declarado que ella tenía un juego de llaves, el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA otro, y un tercero lo tenía algún trabajador, así como que, en alguna ocasión tuvo llaves Miguel Ángel Apellániz, cuando se estaba construyendo una cota de malla, lo que también ha reconocido éste; también tuvo las llaves Miguel Ángel Berjón porque en algunas vacaciones tuvo que atender a un gato y el generador del yacimiento, y también en algunas ocasiones ha tenido llaves José Manuel Tarriño, porque llegaba a trabajar antes que los demás al yacimiento.

Y en virtud de tales indicios probatorios, queda acreditado que, al contar con las llaves cualquier trabajador, existía acceso a cualquier hora, tanto al yacimiento -incluso en fines de semana o vacaciones-, como a las piezas arqueológicas pendientes del lavado, que se encontraban almacenadas en el módulo principal y en el exterior del módulo, junto al generador, dándose la circunstancia de que algunas de las piezas quedaban en tales condiciones accesibles durante varios días, y en otros, como el supuesto de las del Sector 6, recinto 8, durante varios meses, y también se considera que era fácil el acceso a las piezas mientras éstas se encontraban en el proceso de secado en el exterior de los módulos, por lo que ha quedado probado el fácil acceso por cualquier persona, entre ellas el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA o cualquiera por su encargo, a las piezas arqueológicas que se encontraban pendientes de procesar -días y hasta meses- lo que aumentaba las oportunidades para su manipulación de cualquier persona sin ser vista, para poder realizar en las mismas los grafitos consistentes en letras y epigramas que aparecían en el proceso del lavado, días o meses después de ser halladas.

En cuanto al **indicio 5**, relativo a que los grafitos con textos y epigrafías eran hallados en el proceso de lavado, he tenido en cuenta el testimonio de los testigos José Ángel Apellániz González, Miguel Ángel Berjón Lobato, Carlos Crespo Beistegui, Raúl Sánchez Rincón, quienes han manifestado en el plenario su perplejidad por no encontrar cuando extraían las piezas ninguno de los grafitos hallados a posteriori en el lavado de las mismas, a pesar de que en su extracción limpiaban las piezas con los dedos, incluso utilizando saliva, sin que aparecieran tampoco piezas grafitadas cuando se instaló una cámara ni cuando EITB grabó en el yacimiento un programa de Teknópolis, resultándole extraño a los testigos José Ángel Apellániz y Raúl Sánchez Rincón la aparición de inscripciones únicamente en el lavado, destacando ambos testigos el hallazgo de un plato, bastante completo pero fragmentado -pieza núm. 15656 del inventario de evidencias de LURMEN S.L., respecto de la que manifiestan que no vieron grafitos en el momento de su hallazgo, que no ha sido objeto de análisis por el Instituto de Patrimonio Cultural de España; incluso, en una ocasión, el testigo Raúl Sánchez Rincón, ante la extrañeza de que los grafitos salieran siempre en el lavado de las piezas, llevó un táper con agua para lavar las que salieran "in situ", pero no salió nada, lo que ha sido corroborado en el plenario por el

testigo Daniel Vallo Espinosa, a quien también le llamó la atención que estaban saliendo grafitos en el lavado del sondeo 32, porque no habían visto ninguno antes de dicha operación.

Por su parte, el testigo Carlos Crespo Beistegui considera también extraño que no vieran los grafitos en el momento de encontrar las piezas, y manifiesta que él no encontró ningún grafito excepcional in situ en la pieza núm. 11075 (resto de ánfora) del inventario de evidencias de LURMEN S.L., y que la pieza 11086 del inventario de evidencias de LURMEN S.L. no recuerda haberla sacado con grafito, así como tampoco la pieza núm. 13374 (hueso de cerdo), piezas todas ellas que tampoco han sido analizadas por el Instituto de Patrimonio Cultural de España.

El testigo Miguel Ángel Berjón Lobato tampoco recuerda grafitos en la pieza núm. 13274 cuando fue hallada, y tampoco en la núm. 13374. Y del mismo modo, el testigo Xabier Reparaz Extramiana no encontró ningún grafito en el sondeo 6 en el que excavó, manifestando que el material se llevaba al almacén y no sabe más, así como que los grafitos que aparecieron durante el lavado, en el que él participó junto con Rebeca Hontoria, encontrando un grafito que ponía Leónidas, y a partir de ahí no vio ningún grafito reseñable.

Es decir, que ninguno de los arqueólogos indicados visualizó grafito alguno de los que nos ocupan en el momento de ser descubierta cada pieza en el correspondiente recinto o sondeo, y así lo manifiestan en el plenario, junto con la extrañeza que muestran ante su hallazgo únicamente durante el proceso de lavado.

A ello hay que añadir que, como consecuencia de ello, las piezas en cuestión no fueron inventariadas inicialmente como piezas con grafitos, extraordinarios o no, tal como resulta igualmente de los testimonios de los indicados testigos, ya que eran ellos mismos, como arqueólogos, quienes tenían que hacer constar en las fichas la existencia de tales grafitos pero no podían hacerlo porque no vieron grafitos al extraerlas "in situ", habiéndose

añadido la existencia del grafito en la fichas con posterioridad a ser elaboradas por los arqueólogos que han depuesto como testigos.

Y así lo han corroborado también los técnicos de la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid en su informe, obrante a los folios núm. 12761 á 13468, y ratificado en el plenario, en el que se recoge que en las fichas estratigráficas de las piezas que figuran inventariadas con grafitos extraordinarios en el inventario de evidencias de LURMEN S.L. no constaban inicialmente los grafitos, habiendo sido añadido dicho dato con posterioridad en la ficha por otra persona, pues han observado diferente letra y en algunos supuestos que se ha añadido a lápiz (folio 12779) y así lo han apreciado en relación con las fichas correspondientes a la Unidad estratigráfica (UE) 51144, a la que pertenecen la mayoría de las piezas cerámicas analizadas por el Instituto de Patrimonio Cultural de España (25 piezas), y así lo han explicado en el plenario los peritos de la Escuela de Conservación y Restauración de Bienes Culturales, D^a. Carmen Dávila Buitrón, D. Ángel Gea García y D^a. Marta Rodríguez Santos a preguntas de las partes.

Por tanto, queda probado que los grafitos considerados excepcionales por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA aparecían únicamente durante el proceso de lavado, y ello, tanto con la prueba testifical practicada en el plenario y analizada "ut supra" como de la documental, las propias fichas de las Unidades Estratigráficas, y la pericial, informe de los técnicos de la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid, de todo lo cual resulta acreditado que en el momento en que se encontraban las piezas, incluso las que se coordinaron "in situ" no se vio grafito alguno, sin perjuicio de que la coordinación "in situ" de las piezas se llevara a cabo por motivos diferentes al grafito: como por el tipo de soporte (parte de una vasija, vasito, plato, borde, etc.), o la clase de material: cerámico, hueso, metal, vidrio, según han declarado los arqueólogos que han depuesto como testigos en el plenario.

Y respecto del **indicio 6**, relativo a la falta de trazabilidad de las piezas arqueológicas halladas, -entendida como la documentación confiable de las mismas mediante medios de

grabación, fotografías, fichas-, los arqueólogos José Ángel Apellániz González, Miguel Ángel Berjón Lobato y Carlos Crespo Beistegui han declarado en el plenario que, una vez que comenzaron a aparecer grafitos en las piezas arqueológicas en el proceso de lavado -junio de 2005-, le manifestaron varias veces al acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA y a Idoia Filloy que cambiaran el método para que pudiera documentarse la aparición de los grafitos "in situ".

Así, a este respecto, el testigo Miguel Ángel Berjón ha declarado en el plenario que le resultaba anómalo que no aparecieran en el campo los grafitos y que creyó que había que cambiar de metodología, lo que dijo a Eliseo e Idoia y se lo oyó a Apellániz, y que esto se lo decían a Eliseo e Idoia en almuerzos y viajes en el coche, e incluso, en octubre de 2005 el testigo les propuso poner una cámara de vídeo, pero esto no se hizo hasta julio de 2006.

Por su parte, el testigo José Ángel Apellániz manifestó a Eliseo e Idoia que no consideraba adecuado excavar la Domus Pompeia Valentina con campos de trabajo, habida cuenta de la riqueza de materiales arqueológicos que se estaban encontrando.

Estos extremos han sido también corroborados por el testigo José Manuel Tarrío Vinagre, quien ha afirmado en su testimonio en el plenario que "Ape", -es decir, el testigo Sr. Apellániz-, critica abiertamente método, prioridades, no excavar con campos de trabajo, lo aporta sin que nadie se lo pida, y opina el Sr. Tarrío que no hay nada que ocultar, pero más tarde indica que no detecta ningún grafito ni conoce a ninguna persona que los haya encontrado, y cree que había que haber incrementado las medidas para garantizar la autenticidad de los hallazgos.

El testigo Xabier Reparaz Extramiana declara que los tres arqueólogos, José Ángel Apellániz, Miguel Ángel Berjón Lobato y Carlos Crespo Beistegui, se quejaban en general de muchas cosas de sus jefes, que no estaban a gusto, y cree que por ambas cosas, condiciones laborales y método; y asimismo, lo ha corroborado el testigo Carlos Arias Fernández, a quien también manifestaron los tres arqueólogos citados que no estaban

contentos con sus condiciones salariales y que el yacimiento había que gestionarlo de otra manera, afirmando en el plenario que mostraban malestar laboral y de método.

Por su parte, el testigo Raúl Sánchez Rincón ha declarado en el plenario que Apellániz no estaba de acuerdo en cómo estaban llevando el tema (referido al acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA y a Idoia Filloy Nieva), y el testigo Daniel Vallo Espinosa ha corroborado que Apellániz no estaba muy de acuerdo con las medidas sobre los grafitos y que se habían dado a conocer muy pronto, sin los estudios pertinentes.

Y a través de este indicio se acredita que, a pesar de las advertencias de cambiar de método, grabando o fotografiando los hallazgos "in situ" y más cuidado en la forma de excavar, que los tres arqueólogos, José Ángel Apellániz, Miguel Ángel Berjón Lobato y Carlos Crespo Beistegui, fueron haciendo al acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, a fin de que las piezas tuvieran garantía ante la comunidad científica, y a quien propusieron un cambio de método, e incluso no dejar en manos de las personas no cualificadas de los campos de trabajo el material de recintos con gran riqueza de material, así como realizar un estudio de los grafitos antes de presentarlos ante el público, el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA hizo caso omiso a todo ello, sin tomar medida alguna, e incluso, manteniendo en su puesto laboral a ÓSCAR ESCRIBANO SANZ, sin consecuencia alguna y con el mismo acceso a las piezas arqueológicas, a pesar de la "broma" que éste había protagonizado.

y ello, porque el propio acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, como autor mediato o inmediato de los falsos grafitos con textos y epigrafía que determinadas piezas consistentes en restos arqueológicos de cerámica común y terra sigillata hispánica que se han relacionado en el ordinal cuarto del apartado de hechos probados no tenía lógicamente interés alguno en cambiar el método de trazabilidad de las piezas encontradas en el yacimiento, impidiendo, en definitiva, que se hiciera un seguimiento documentado de las piezas desde su hallazgo in situ en la excavación hasta su procesado posterior mediante su observación atenta, siglado, ficha, lavado, e inscripción, y por el contrario, favoreciendo la oportunidad, bien por sí, o a través de terceras personas, de realizar los grafitos falsos que

simulan ser de la misma época tardo-romana que los soportes que nos traen al presente procedimiento.

Las conclusiones de la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid fueron, como las de los tres arqueólogos José Ángel Apellániz González, Carlos Crespo Beistegui y Miguel Ángel Berjón Lobato: que las piezas no tuvieron un procesamiento correcto, pues el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA no seguía el protocolo de documentar "in situ" de manera gráfica las piezas halladas en las excavaciones. El informe de dicha Escuela obra a los folios 12760 al 13468, tomo 28 de los autos, que ha realizado un estudio sobre los antecedentes de las excavaciones de Veleia que podrían ser relevantes respecto de la determinación de la antigüedad de los grafitos y aportar información sobre el grado de adecuación del tratamiento que han recibido los materiales una vez excavados. Dicho análisis lo realizan los técnicos de la citada Escuela a partir de la fuente de documentación que también obra en los autos y que se relaciona en el informe a los folios 12771 á 12775 de las actuaciones, así como de las grabaciones videográficas procedentes de la ETB (folio 12793 y fotogramas en los siguientes folios), y además, examinando el inventario general de LURMEN S.L. del yacimiento. Por los técnicos se llega a la conclusión de que la documentación fotográfica en el yacimiento ha sido deficiente en todo el proceso, desde la excavación hasta el procesado, apreciándose múltiples discordancias entre las diferentes fuentes de información, que no coinciden, como inventarios, bases de datos e informes, y han constatado que no existe referencia individual ni suficientemente explícita sobre los grafitos, inscripciones o epigrafía en ninguna de las fichas de unidad estratigráfica manuscritas o en los cuadernos de campo -que se conservan parcialmente-, que haga referencia a alguna de las 952 piezas grafitadas del inventario no identificadas in situ con tales grafitos.

Valora esta juzgadora que el informe de la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales confirma la opacidad del registro documental de estas piezas en el momento del hallazgo, constando en el mismo que la trazabilidad de las piezas ha sido irregular y, en la mayoría de los casos, interrumpida en varios puntos del proceso, de forma especial al inicio del mismo, puesto que ya en la excavación se carece de datos

suficientes para asociar los grafitos a los fragmentos en los que se encuentran, expresando en el informe que hay 952 piezas grafitadas no coordinadas in situ, lo que igualmente corrobora la opacidad del registro documental para dichas piezas en el momento de su hallazgo, resultando además, que según concluyen los peritos de la ESCRBC, en el grupo de piezas coordinadas las referencias primarias -documentales o gráficas- son escasísimas, limitándose a cuatro casos -piezas éstas que no coinciden con las 39 piezas recogidas en el apartado cuatro de los hechos probados de esta resolución- y ni siquiera en este supuesto consideran los técnicos que estén lo suficientemente bien documentadas como para quedar fuera de toda discusión, pues afirman que sólo dos de estas piezas muestran una trazabilidad absoluta.

El informe de la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid (ESCRBC) incide en su informe la falta de documentación de las piezas en el momento de su hallazgo, lo que venían denunciando los tres arqueólogos antes reseñados, haciendo notar en las conclusiones del informe las particularidades encontradas en cada fase: así, en el momento de la extracción del material arqueológico en el yacimiento de Iruña-Veleia ponen de relieve que el material arqueológico que contenía grafitos significativos pasó por esta etapa sin apenas identificación, sólo en los cuatro casos muy puntuales que se recogen en el informe y que he expresado en el párrafo anterior, cuando la práctica habitual es hacer una inspección muy directa de cada objeto, su identificación, estado de conservación, posibles tratamientos y, sobre todo, su situación y posición en el estrato.

Esta falta de transparencia en la documentación relativa a las piezas arqueológicas del yacimiento de Iruña-Veleia en el periodo de excavaciones realizados por LURMEN S.L. bajo el auspicio del convenio de EUSKOTREN la observa también esta juzgadora por sí misma, ya que dicha documentación no sirve para hacer seguimiento de las piezas arqueológicas desde que son halladas y continúa el resto de proceso de las mismas, resultando, además, que la dirección dio la orden de destruir los cuadernos de campo a los arqueólogos, hecho corroborado por el testigo Carlos Crespo Beistegui, quien a este respecto ha manifestado que el criterio era que los cuadernos de campo pueden llegar a liar en la interpretación de un recinto porque puede que luego haya modificaciones, y por eso se

recomendaba destruirlos, lo que ha redundado en esta opacidad del proceso de documentación de las piezas arqueológicas halladas, conservándose únicamente parte del cuaderno de campo del arqueólogo Sr. Tarriño, en el que no consta la aparición de ninguna pieza con grafito.

También se destaca en el informe de la ESCRBC que los materiales cerámicos con grafitos de cerámica común y terra sigillata, en el caso de la terra sigillata su superficie es vidriada, por lo que apenas retiene capas de carbonato o con poca fuerza adhesiva, por lo que su manipulación puede desprender parte de la costra, y que la capa queda más adherida al surco, y por tanto, más identificable el grafito, mientras que en la cerámica común, la costra queda fuertemente anclada a toda la superficie, pero en algunos casos reproduciendo el surco que recubre, permitiendo la identificación con un ojo acostumbrado a este tipo de cerámicas, por lo que consideran los técnicos que la falta de identificación de estos fragmentos con grafito in situ durante la excavación supondría una falta de atención en dicho proceso, lo que no parece que sucediera tal como han declarado los tres arqueólogos, Sres. Apellániz, Berjón y Crespo.

Los técnicos de la ESCRBC subrayan la falta de imágenes del proceso de excavación tomadas in situ, consideran que hay poquísimas, afirman en su informe que apenas hay media docena de fotos de carácter general, y que en el caso de la UE 51144, no se han presentado fotografías realizadas durante el proceso de excavación, a pesar de su riqueza en materiales, muchos de ellos significativos, lo que igualmente ponen de relieve en su informe las restauradoras del Museo Arqueológico de Vitoria-Gasteiz, Paloma López Sebastián e Isabel Ortiz de Errazti, quienes expresan en tal informe que, salvo del plato nº 150003, no se les proporcionaron fotografías de las piezas in situ en el yacimiento (folios 11958 á 12045 de los autos, tomo 25).

Y así, en este contexto de gran facilidad de acceso a las piezas arqueológicas, y en cuanto al **indicio probatorio 7**, ha quedado acreditado que, en el mes de agosto de 2005, una pieza arqueológica tardo-romana del yacimiento de Iruña-Veleia fue manipulada por el

ya penado ÓSCAR ESCRIBANO SANZ, quien tuvo la ocasión llevarlo a cabo sin ser visto por ninguno de los arqueólogos que han depuesto como testigos, realizando el Sr. ESCRIBANO en la misma una inscripción en la que ponía "VELEIA", pieza que el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA sacó del cubo del lavado, mostrando al resto de trabajadores la inscripción indicada, y que fue considerada por este último como excepcional y de la época de la pieza tardo-romana, hasta que ÓSCAR ESCRIBANO SANZ reconoció haber realizado él mismo la inscripción. Tales hechos fueron reconocidos por el ahora penado ÓSCAR ESCRIBANO SANZ, y ha resultado condenado en sentencia dictada de conformidad, dictada en este mismo procedimiento con fecha 3 de febrero de 2020.

Sobre este episodio han declarado en el plenario los testigos José Ángel Apellániz González, Miguel Ángel Berjón Lobato, Carlos Crespo Beistegui, y José Manuel Tarrío Vinagre, quienes han corroborado el episodio de la "broma" de un grafito falso del penado ÓSCAR ESCRIBANO SANZ, y han declarado también que, a pesar de ello, no fue despedido o sancionado, sino que continuó trabajando en la empresa, y por tanto, con el mismo acceso a las piezas arqueológicas pendientes de lavado. Tanto el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA y la testigo Idoia Filloy Nieva han declarado sobre este extremo corroborando la falsedad del grafito realizado por el penado ÓSCAR ESCRIBANO SANZ y también sobre el hecho de que, a pesar de ello permaneció trabajando para la empresa.

El indicio 8 también queda probado por la declaración del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, quien ha reconocido que, aparte de las grabaciones del programa TEKNÓPOLIS llevadas a cabo en el yacimiento durante las que no aparecieron grafitos extraordinarios, siguiendo el consejo de la directora del museo arqueológico, Amelia Baldeón Íñigo, se instaló una cámara en el yacimiento. Se instaló en julio de 2006 como ha indicado el testigo Miguel Ángel Berjón Lobato, aun cuando este testigo ha declarado que él lo propuso ya en octubre de 2005, aclarando que había dos cámaras: una fija y otra de mano para grabar la extracción y lavado in situ y realizar el registro gráfico; y el testigo Carlos Crespo Beistegui ha manifestado en su declaración, que tras la colocación de la cámara no apareció ni una raya y tampoco salió nada in situ durante las grabaciones de TEKNÓPOLIS, así como tampoco cuando la cámara captaba la zona de lavado a pesar de ser el mismo material. Y a

pesar de instalarse la cámara tampoco se han documentado las piezas correctamente, pues en el inventario figuran recogidas otras piezas que luego se registraron con grafito por descubrirse en el lavado, y la trazabilidad de las mismas seguía comprometida, tal como ha expuesto la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales.

En este ambiente, los arqueólogos Sres. Apellániz, Berjón y Crespo se despidieron el 8 de enero de 2007, decisión que según la declaración de los mismos en el plenario se había ido fraguando desde la presentación al público de los grafitos extraordinarios el 8 de junio de 2006, según la declaración del testigo Miguel Ángel Berjón Lobato.

En cuanto al **indicio** señalado con el **núm 9**, relativo a la presentación en el Hotel Lakua de los denominados grafitos extraordinarios por parte de ELISEO GIL ZUBILLAGA, los días 8 y 15 de junio de 2006, es un hecho que no ha sido controvertido por las defensas, resultando que ha sido interrogado el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, así como el testigo Miguel Ángel Apellániz ha declarado que ya estaban en desacuerdo en la presentación sin antes validar los grafitos mediante estudios de contraste de que aquello era bueno. La testigo y directora entonces del museo de arqueología de Vitoria-Gasteiz, Amelia Baldeón Íñigo hace referencia a esta presentación, en la que estuvo en el Hotel Lakua entre el público según su declaración testifical, constando un informe de la misma, a los folios 4921 y 4922 del tomo 10 de las actuaciones, en el que manifiesta que asistió a la rueda de prensa del día 8 de junio de 2006 como responsable del museo de arqueología de Álava y que tuvo constancia escrita de los grafitos en el museo el 26 de abril de 200. El testigo Miguel Ángel Berjón también hace referencia a las quejas que le dieron al indicado acusado por la divulgación sin verificación previa de los materiales y la exposición pública de los grafitos antes de contactar con expertos.

Y este indicio está directamente relacionado con el hecho de que diferentes personas que podían haber sido los expertos que lo verificasen, fueron pasando por el yacimiento, pero sin seriedad alguna, haciendo visitas y viendo las piezas en ese momento, sin poder estudiarlas y, por tanto, sin el mínimo rigor, tal como resulta probado por las declaraciones

del testigo Miguel Ángel Berjón Lobato, quien manifiesta al respecto que en otoño de 2005 el acusado Sr. GIL contactó con el profesor Sr. Santos Yanguas, después con el fallecido Henrike Knörr, y en marzo de 2006 con el profesor Joaquín Gorrochategui, para mostrarles los grafitos.

Y consta probado que a partir de marzo de 2006 visitaron el yacimiento D. Ramón Teja y D. José María Álvarez, éste último director del museo arqueológico de Mérida por la declaración del testigo Carlos Crespo Beistegui, quien manifiesta que los grafitos comenzaron a ser enseñados en el yacimiento a gente muy diversa, gente del gremio y también lega que no tenía relación con organismos públicos, patrocinadores o arqueología, y tres catedráticos italianos especializados en la época bizantina, así como ha manifestado que se les desplegaba el material todo junto en una mesa, sin proceso documentos. Dicho testigo ha manifestado que vio a la egiptóloga Montserrat Rius cuando ésta vio los materiales, y que no le pareció tan experta por lo que comentaba de los jeroglíficos.

También la testigo Idoia Filloy hace referencia a la presentación cuando manifiesta que las piezas ya estaban entregadas al museo de arqueología cuando se realizó la misma.

Y de todo ello resulta acreditado que se hizo la presentación en el Hotel Lakua en junio de 2006 para dar apariencia de veracidad a los grafitos, presentándolos el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA como auténticos, a pesar de que los expertos que visitaron el yacimiento sólo tuvieron un acceso puntual y descontextualizado a los grafitos, y ninguno obtuvo el encargo de realizar un estudio serio y concluyente de los mismos antes de dicha presentación, resultando que no se ha aportado ningún estudio de los grafitos realizado en esa época a las actuaciones, salvo los falsos informes realizados por el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI.

Y tras esta presentación pública de las piezas comenzó a darse controversia entre diferentes expertos acerca de la autenticidad o falsedad de los grafitos, discrepancias que resultan acreditadas por el contenido de las actas de la Comisión Científico-Asesora creada por la Diputación Foral de Álava, comisión que se creó precisamente por tal controversia,

polémica entre expertos que es la que, en definitiva ha motivado la querrela de dicha Administración, que ha derivado en el presente procedimiento, tal como resulta de los folios 2343 á 2381 del tomo 5 de los autos, en donde constan las actas y algunos de los informes emitidos por diferentes expertos, así como tomos 8 y 9, en el que igualmente constan informes de expertos y del propio acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA y la testigo Idoia Filloy Nieva.

De tal controversia o polémica sobre la autenticidad de los grafitos en la comunidad científica arqueológica y lingüística ha resultado la necesidad de realizar análisis de las piezas arqueológicas objeto de tal polémica, a fin de obtener una evidencia física en el sentido material y no de disciplina, de que la edad de los grafitos que presentan las mismas es coetánea a la de la pieza de cerámica o de otro material utilizado como soporte. Pero, como ya se viene indicando, no sólo no se han analizado piezas de otro material diferente de cerámica común o de terra sigillata hispánica, sino que se ha limitado el análisis únicamente a 39 piezas, con diferentes resultados: 38 piezas presentan grafitos han resultado haber sido realizados en el siglo XXI, aunque dos de las piezas que los ostentan no pueden ser objeto de condena por no haberse realizado la falsedad en el periodo de tiempo a que se constriñe la acusación; otras cuatro de las 38 piezas contenían grafitos ordinarios coetáneos con la pieza que les sirve de soporte, pero estos han sido retocados para darles un significado extraordinario; y por último, una de las piezas que se ha analizado que presenta grafitos ha resultado ser auténtica en su totalidad, pues el grafito que contiene es coetáneo con la pieza que le sirve de soporte.

Del mismo modo, y en cuanto al **indicio 10**, como se ha reconocido en el plenario tanto por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA como por el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, tampoco se documentó la entrega de las piezas que debía analizar éste último, siguiendo la tónica de opacidad y falta de transparencia en la trazabilidad de las piezas que se había normalizado en el funcionamiento del yacimiento de Iruña-Veleia, resultando que no existe albarán, recibo o salida y entrada en algún libro registro con el que pudiera llevarse el control de la salida y entrada de las piezas arqueológicas del yacimiento para ser analizadas en laboratorios, que no se ha facilitado, a pesar de que también hay constancia

de otras piezas respecto de las que se llevó a cabo el análisis C14, lo que ha sido manifestado en el plenario por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA e incluso se aportó a la Comisión científico-asesora. (folio 2379 del tomo 2 de los autos, intervención de Margarita Soler en nombre de Fernando Legarda, e informe de este último, folios 16294 y 16295, tomo 34 de los autos, coincidente con el que figura a los folios 1815 y 1816 del tomo 3).

En cuanto al **indicio 11**, en las actuaciones obran análisis realizados por ADIRONDAK S.L., del Centro Tecnológico de Derio (Vizcaya), del 19 de junio al 27 de julio de 2006 (folios 1079 á 1098). Sin embargo, resulta probado que en dicho análisis no se examina pieza alguna del inventario de evidencias en formato EXCEL del yacimiento de Iruña-Veleia, pues no coincide la numeración de las muestras que se relacionan en el informe en el que se recogen las analíticas realizadas en citado laboratorio, relacionándose dichas muestras en el informe con los números MS5448 a MS5459, ambas inclusive. Tampoco se reseña en el informe las características de las muestras analizadas, que se estima de muy pequeño tamaño, pues en la página 1 del informe (folio 1092 vuelto), se recoge que para las muestras MS5452 y MS5453 la cantidad digerida ha sido de 0,4 gramos de una mezcla de ácidos (fluorhídrico + perclórico + nítrico + clorhídrico) en caliente en vaso de teflón respectivamente, ya que constituía el total de la muestra; asimismo, para la muestra MS5456 tan sólo se han podido digerir 0,38 gramos. En todo caso, este análisis nada aporta a la autenticidad de los grafitos de las piezas que nos ocupa.

Y respecto del análisis por LDI-TOFMS y LIBS realizado en octubre de 2007 por miembros expertos de la Universidad Complutense de Madrid y del Departamento de Química Láser del Instituto de Química Física Rocasolano de dos muestras cerámicas sin identificar con algún número que coincida con los del inventario de evidencias de LURMEN S.L., que tanto en el título del citado análisis como en su primera página (folio 1103, anverso y reverso), se expresa que proceden del yacimiento arqueológico de Iruña-Veleia (Álava) y que se lleva a cabo sobre dos muestras escogidas al azar: Número 1: Fragmento de Terra Sigillata Hispánica (T.S.H) de la U.E- 51144 Número 17: Fragmento de cerámica modelada de la U.E. 7013.

Uno de los autores de estos últimos análisis, Luis Bañares Morcillo ha declarado en el plenario que el análisis que realizó no fue un encargo, sino un análisis informal por el que no se cobró porque era un experimento. Reconoce que los análisis se llevaron a cabo sobre piezas cerámicas sin grafitos que no tenían valor, pues las técnicas de láser son invasivas y producen daño, ablación. Asimismo, manifiesta el testigo Sr. Bañares que el análisis no fue concluyente, no hubo evidencias de cambio de material por un problema de la propia técnica. Es decir, que este informe tampoco servía para corroborar la autenticidad de los grafitos que venía proclamando el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA.

Y sin perjuicio de que en este momento estoy analizando los indicios probatorios del delito de falsedad de los grafitos de 36 piezas de cerámica reseñadas en los ordinales CUARTO y QUINTO del apartado de HECHOS PROBADOS, y en relación con la prueba del indicio núm. 11, hay que destacar que, a pesar de ser requerido el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA por la Diputación Foral de Álava a través de la Comisión científica-asesora creada por dicha Administración, para que aportara a la citada Comisión los análisis realizados sobre varias piezas arqueológicas recogidas en el yacimiento de Iruña-Veleia por el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI en laboratorios de espectroscopia nuclear que se decían en la documentación presentada por el acusado Sr. GIL que se habían realizado en los laboratorios de dicha clase CEA-CNRS en SACLAY Francia, nunca se aportaron dichos análisis, a pesar de que eran los análisis que respaldaban los informes emitidos por este último acusado.

En el primero de los informes aparecen seis espectros que se encuentran copiados del archivo EXEMPLE.SPE que podía descargarse de la página Web de la empresa alemana FAST COM TEC, cuestión que se ampliará con posterioridad en el apartado correspondiente al delito continuado de falsedad en concurso con delito de falsedad en documento privado.

Sin embargo, los únicos análisis realizados sobre piezas arqueológicas de Iruña-Veleia, lo fueron sobre otras piezas distintas de las que luego fueron objeto por parte

del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI de informes sobre la continuidad de la pátina, siendo los aportados a la Comisión científico-asesora y que obran en las actuaciones, los realizados en el laboratorio de ADIRONDACK, que supusieron la destrucción de las piezas analizadas, y los realizados en el laboratorio del Instituto Física Química Rocasolano del CSIC lo fueron sobre piezas sin grafito, por lo que tales análisis no pueden respaldar los informes del acusado Sr. CERDÁN.

Y en cuanto a los análisis realizados en los laboratorios franceses, bien en Saclay, bien en Toulouse como después indica el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI que fue el lugar donde se llevaron a cabo, y que a su vez podían acreditar la continuidad de las pátinas y, por ende, la autenticidad de las piezas a que se refiere el primer informe del indicado acusado, lo cierto es que ni éste último ni el acusado ELISEO GIL ZUBILLABA han presentado tales análisis ni ningún otro, siquiera de una sola pieza, resultando que los informes emitidos por el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI no sirven para conferir autenticidad a las piezas de cerámica a que se refieren tales informes, de las que varias piezas coinciden con algunas de las piezas de cerámica analizadas por el Instituto de Patrimonio Cultural de España, cuya falsedad será objeto de análisis posteriormente.

A ello hay que añadir que tanto los análisis realizados en el laboratorio ADIRONDACK como en el laboratorio del Instituto Física Química Rocasolano del CSIC se realizaron con posterioridad al primero de los informes elaborados por el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, que dieron lugar a una factura que repercutió LURMEN S.L. a través de otra factura a la Diputación Foral de Álava, tal como resulta de las fechas que se consignan en los propios análisis: 19 de junio al 27 de julio de 2006 en el primero de los supuestos, y octubre de 2006, en el segundo, dándose la circunstancia de que el informe del acusado Sr. CERDÁN indicado está fechado en marzo-abril de 2006 (folios 896 á 959 de los autos), y curiosamente, ya se había realizado este primer informe cuando el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA solicita mediante escrito fechado el 18 de mayo de 2006 a la Diputación Foral querellante la autorización para realizar el análisis de la pátina (folios 1012 á 1014), y de hecho, a la solicitud de autorización se acompaña por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA la memoria y la factura (Folios 1015 á 1016, tomo 2 de los autos), siendo la fecha de la

factura de LURMEN S.L. emitida a la Diputación Foral de Álava de fecha anterior a la petición, 10 de mayo de 2006, y la factura del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI que le sirve de apoyo, de fecha anterior, 8 de mayo de 2006 (folio 1017 de las actuaciones, tomo 2 de los autos).

Por tanto, los informes que pretendían acreditar que los grafitos estaban ejecutados en la época tardo-romana son falsos y carecen de respaldo científico alguno.

Y además de los indicios probatorios antes analizados, ha de analizarse la prueba pericial practicada sobre los grafitos por los Técnicos del Instituto de Patrimonio Cultural de España y de la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales en relación con la falsedad de los grafitos.

B) FALSEDAD DE LOS GRAFITOS Y SU PRUEBA.

B.1. Análisis de las periciales del Instituto de Patrimonio Cultural de España (IPCE) y de la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid (ESCRBC) en relación con periciales de la defensa, testificales y documentales.

Respecto de la prueba de falsedad de los grafitos y de la autoría de los mismos del acusado ELISEO GIL ZUBULLAGA, aparte de los indicios probatorios expuestos que ha resultado probados, han de analizarse el resto de pruebas, centrada dicha prueba en las piezas de cerámica común y de terra sigillata hispánica que han sido analizadas y de ellas 36 piezas, pues como repetidamente vengo expresando, una es auténtica con grafitos de la época del soporte cerámico, y las otras dos restantes no pueden ser objeto de la presente sentencia en virtud del principio acusatorio al haber sido extraídas en fecha posterior al periodo de tiempo en el que se dicen cometidos los hechos falsarios.

Y ello, en primer lugar, porque en virtud del principio de presunción de inocencia y el correlativo de la carga de la prueba de la acusación respecto de los hechos objeto de la querrela, no considero que la pericial realizada por el Instituto de Patrimonio Cultural de España -que como reiteradamente vengo resaltando, se ha llevado a cabo tan sólo 39 piezas de cerámica común y terra sigillata hispánica- se pueda extender al resto de piezas sospechosas -tanto de cerámica como de otros materiales (vidrio, piedra, hueso) inventariadas con grafitos -extraordinarios o no-, pues no nos encontramos en la mera esfera civil, cultural o administrativa, en la que puede ser válido realizar un muestreo de las piezas halladas en una excavación para extender el resultado al resto de piezas.

Por el contrario, en este procedimiento no encontramos en la esfera del Derecho Penal, en el que no cabe la extensión de efectos -a diferencia de lo que sucede en el Derecho Administrativo e incluso contencioso-administrativo, en el que incluso pueden extenderse los efectos jurídicos, pero también con el requisito de la identidad-, debiéndose probar los hechos delictivos cumplidamente y sin ningún género de duda para proceder a una condena, pues en este caso, en cuanto al resto de las piezas la acusación ha quedado en meras sospechas y opiniones contradictorias de diferentes expertos, quienes no sólo no han analizado en muchos casos todas las piezas, sino que lo han hecho a través de fotografías, lo cual impide la condena por delito de falsedad y de daños sobre el patrimonio en relación a las restantes piezas por extensión como pretenden las acusaciones.

El resultado de los análisis ha llevado a la conclusión de que hay una pieza analizada de las registradas con un grafito que es auténtica, que es la núm. 12799. El perito D. José Vicente Navarro Gascón ha afirmado en el plenario a preguntas del Ministerio Fiscal cuando le ha interrogado sobre la posibilidad de extender el resultado de los análisis realizados a las 39 piezas al resto del conjunto, manifiesta que no sabe si se puede extender al hueso, porque el comportamiento es distinto, y que si las piezas son buenas, son buenas todas, pero puede haber buenas y malas. Y asimismo, cuando ha sido interrogado por la Letrada de acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI sobre la aplicación del criterio de extensión, afirma que las 39 piezas analizadas suponen un porcentaje en torno al 10% de las piezas y

que en el conjunto de grafitos unos pocos son originales y la mayoría falsas o contemporáneas.

Como puede verse en los informes aportados a los autos tanto por la acusación particular como por la defensa de ELISEO GIL ZUBILLAGA, existe controversia entre los diferentes expertos que han podido analizar las piezas acerca de su autenticidad, que en la mayoría de los supuestos -con algunas excepciones puntuales- han analizado las piezas a través de fotografías y no de forma directa o visu, habiendo llegado a conclusiones en virtud de sus conocimientos en arqueología, lingüística (euskera, castellano, latín), epigrafía cristiana, costumbres romanas, egiptología etc., pero no se ha realizado un análisis para la datación de las piezas a través de los diferentes métodos que existen, algunos de ellos no invasivos ni destructivos, tan sólo el Sr. Madariaga Mota, que ha aportado un informe sobre una pequeña cantidad de piezas, varias de las cuales coinciden con las 39 que han sido analizadas por el Instituto de Patrimonio Cultural de España y la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales.

A pesar del largo periodo de instrucción y de existir acusación particular, no se ha realizado el análisis de todas las piezas arqueológicas de cerámica común y de terra sigillata hispánica respecto de las que se afirmaba por la acusación haber sufrido daños y contener grafitos falsos, así como tampoco se ha analizado ni una sola de las piezas de hueso, vidrio y piedra, haciéndolo únicamente de 39 piezas cerámicas.

Hay que partir de que -como se ha puesto de manifiesto por la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA- de que no están correctamente identificadas las piezas que son objeto de acusación, limitándose las partes acusadoras a indicar el número de piezas de cada material, sin relacionar el número del inventario de cada una en el escrito de acusación, habiéndose comprobado por esta juzgadora que aparecen registradas más piezas de cerámica con grafitos ordinarios y extraordinarios que pudieron ser ejecutados entre julio de 2005 y junio de 2006, (s.e.ú.o. 178) que los existentes en las 171 de cerámica común y terra sigillata a que se refiere el escrito del Ministerio Fiscal al que se ha adherido la

acusación particular, sin contar las que figuran inscritas como encontradas con posterioridad a esas fechas, y que, por ello, lógicamente, no pudieron ser objeto de manipulación entre ese periodo de tiempo.

Y lo mismo sucede con las piezas de hueso y otros materiales, cuyo número de piezas que se indica en el escrito de calificación de las acusaciones tampoco coincide con las que figuran en el inventario de evidencias arqueológicas de LURMEN S.L., de los que resulta haber menos piezas que el número indicado en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal en unos casos, como las de hueso, y en otros alguna más, como las de ladrillo.

Se aprecia, por tanto, que hay una falta de identificación suficiente de cada una las piezas objeto de la falsedad documental y, por ende, del delito continuado -degradado a falta- de daños que era objeto de la querrela y posterior acusación.

En este sentido, la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid realiza en su informe un estudio de las piezas con grafitos que figuran en dos inventarios facilitados por LURMEN S.L., así como en la profusa documentación de dicha mercantil que analizan en su informe, entre la que se incluyen fotografías, y así, consideran que hay 1188 fragmentos con grafitos, y que de ellas, 291 están marcadas como excepcionales, de las que únicamente hay documentación gráfica de 249, y de las 236 coordinadas, hay coordinadas sólo 67 in situ, y de las 39 que cumplen ambos requisitos, sólo hay fotografías de 28, sorprendiendo a los técnicos las poquísimas imágenes tomadas in situ que hay del proceso de excavación, habiendo incluido la ESCRBC en el concepto de excepcionales las piezas de hueso.

Sin embargo, de estas piezas, en el periodo en el que se considera cometidos los hechos delictivos en el escrito de acusación, entre julio de 2005 y junio de 2006, de las 291 piezas que se incluyen en tal escrito, únicamente entrarían 282 piezas, pues sólo las que son halladas antes de junio de 2006 pueden haber sido objeto de manipulación para insertar en ellas los grafitos contemporáneos, y en la relación que hace la ESCRBC al folio 12805 de

los autos por fecha de excavación, se recogen 4 piezas que corresponden a fechas posteriores a 2006, y también otras que no tienen fecha, y de las 282 habría que eliminarse las que se encuentran con posterioridad a junio de 2006. Y el escrito se limita a recoger que las piezas cerámicas son 171 porque así aparece en el listado de la ESCRBC por material del soporte, pero a la vez no distingue de fechas en las que son halladas, por lo que tampoco es válida dicha determinación. Por ello, concluyo que no son correctas la cifra que se recoge en el escrito de acusación, que es, en todo caso, inferior a 291 piezas, y además, se han incluido en el inventario piezas de años de excavaciones muy anteriores que ya eran conocidas por estar entregadas previamente al museo de arqueología en cumplimiento de la legislación vigente, piezas que no se corresponden a excavaciones realizadas por LURMEN S.L. en el contexto del convenio con EUSKOTREN, y que corresponden a los años 1994, 1997 o, aunque no consta la fecha, también muy anteriores (folios 12883 á 12921), aunque sí hubiera trabajado el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA en el yacimiento cuando fueron halladas.

La propia ESCRBC puso de relieve, al referirse en su informe al criterio para marcar los grafitos como "excepcionales" (folios 12769 y 12770, tomo 28) en su informe, a la falta de una relación clara donde se marque exactamente cuántos y cuáles son los grafitos considerados excepcionales, y por ello, los técnicos explican, y así lo ratificaron expresamente en el plenario al ser interrogados al respecto por la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, que, para marcarlos como tales en la base de datos se ha seguido el siguiente criterio: los indicados así en los informes de Gil y Filloy; la mayor parte de los catalogados en la Ostrakabase; Los que, aunque no estén citados en ninguno de estos lugares, responden a alguno de los temas que los definen (religión cristiana, texto en euskera, grafitos griegos o egipcios, antropónimos, escenas cotidianas y otros elementos figurativos, etc.). Los realizados sobre un soporte no cerámico (vidrio, hueso-asta, láter-adobe, canto rodado, revestimiento pictórico, piedra y teselas).

No obstante lo anteriormente expuesto, dado que sólo se ha considerado por esta juzgadora acreditados los hechos en relación a 39 de las piezas arqueológicas que se han recogido con una somera descripción en el apartado cuarto de los hechos probados, esta cuestión de la identificación del resto de los grafitos extraordinarios carece de relevancia,

pero se ha consignado aquí para resaltar las dificultades con las que se ha encontrado esta juzgadora para dictar la presente resolución.

Asimismo he considerado las 39 piezas de cerámica común y terra sigillata hispánica seleccionadas por el Instituto de Patrimonio Cultural de España y la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales que tienen las características de portar un grafito -no siempre extraordinario- y ser extraordinarias según los criterios del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, según los criterios que han sido también aceptados por la Escuela de Restauración y Conservación de Bienes Culturales de Madrid, aun cuando de esas 39 piezas han de eliminarse dos por los motivos reiteradamente expuestos de haber sido halladas en fecha posterior a la acotada como fecha de hechos en el escrito de acusación, que pone los límites a esta juzgadora en virtud del principio acusatorio y otra tercera por haber resultado ser su grafito auténtico.

Se comparte también con los técnicos de la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales que se hace en su informe, tras recoger el criterio para la excepcionalidad de las piezas, de que, a efectos del tratamiento de los hallazgos y de resultados de las investigaciones en cuanto a autenticidad-falsedad de los grafitos, no se consideren los estudios realizados sobre fotografías, ya que no implican manipulación de las piezas originales ni examen personal y directo de las mismas: y ello porque no puede acudir a fotografías cuando las piezas existen físicamente, ya que muchas de las conclusiones a las que se llegan no se basan en la apreciación directa, sino a través de una imagen que puede estar distorsionada, y como ejemplo, la apreciación que hace la restauradora Paloma López Sebastián respecto de la pieza de cerámica inventariada con el núm. 12108 a través de lo que observa en dicha pieza en el microscopio y que ha plasmado en fotografías y que ninguno de los expertos e incluso peritos calígrafos habían observado.

Tampoco se consideran aquellos estudios en los que no se identificaba las piezas analizadas con su número de inventario, puesto no es posible conocer a qué piezas se refieren; tampoco los análisis realizados sobre piezas sin grafitos.

Los análisis llevados a cabo por el Instituto de Patrimonio Cultural de España de 39 piezas de cerámica terra sigillata hispánica (TSH) y cerámica común, han tenido como objetivo la identificación de aquellos elementos que puedan ser catalogados como anómalos (o concordantes) en la secuencia de eventos históricos presentes en la superficie de las cerámicas, en particular las huellas y restos de los instrumentos utilizados en su ejecución y su relación con las alteraciones, depósitos y costras superficiales producidos durante el período de enterramiento arqueológico, tal como se expresa en el informe (folio 12221 de los autos) por su autor, José Vicente Navarro Gascón, sobre las piezas relacionadas en el hecho CUARTO de los declarados probados en esta resolución. En citado informe, se indica que se ha utilizado la técnica analítica de microscopía electrónica de barrido acoplado con un sistema de microanálisis mediante espectrometría de dispersión de energías de rayos X, identificando el equipo utilizado como un microscopio Hitachi VP-SEM S-3400N acoplado con un espectrómetro de dispersión de energías Bruker Quontox XFlash SDD con una resolución espectral de 125 eV, y que no se ha aplicado sombreado conductor para no introducir modificaciones en las piezas analizadas y, aun cuando este método ha supuesto cierta reducción espacial de los espectros obtenidos, lo que se pone de manifiesto en el caso de partículas muy pequeñas (5-10 μm), por la naturaleza silicatada del entorno de las mismas no ha encontrado problemas para su discriminación.

Como herramienta adicional de trabajo, la información contenida en las imágenes BSE y espectros analíticos se ha completado mediante la realización de mapas de distribución de los elementos más significativos presentes en el área analizada, método que el perito indica en su informe que ha sido especialmente útil para identificar o descartar la presencia de restos de costras carbonatadas sobre los trazos de los grafitos o para discriminar de forma global los distintos tipos de partículas que aparecen formando parte del relleno de los surcos, que presenta en forma de imágenes donde sobre una imagen BSE, se fusionan, mediante un código de colores, los datos espectrales de una serie de elementos preseleccionados.

Los criterios de interpretación de los resultados obtenidos mediante los análisis los

recoge el perito Sr. Navarro en la página 12 de su informe, que ratifica en el plenario a preguntas del Ministerio Fiscal, entre los que destaca el análisis de los restos metálicos de los útiles metálicos utilizados en la ejecución de los grafitos, que como consecuencia de su desgaste al ser usados sobre un sustrato abrasivo, dejan un rastro en forma de partículas cuya composición, en caso de autenticidad, debe ser acorde a los materiales de la época y cuyo estado de alteración debe ser acorde al largo período de enterramiento transcurrido, y que en el plenario expresa, a preguntas del Ministerio Fiscal, que este resto ha de ser de hierro corroído, pero que se ha encontrado en las piezas un 99 % de metales que no son coetáneos con la pieza original romana, sino contemporáneos y que han sido hallados en algunos grafitos, elementos que son ajenos al grafitado.

Asimismo, considera que en el supuesto de autenticidad, las costras y depósitos de enterramiento deben afectar y recubrir, total o parcialmente, a los propios grafitos, al rastro de partículas metálicas originadas durante su ejecución y al material de relleno de los surcos del texto o los dibujos, y que los surcos de las letras o de los dibujos no deben seccionar las costras o depósitos de sedimentos producidos durante el período de enterramiento.

También ha partido de que el material que aparece rellenando los surcos de las letras y dibujos de algunos de los grafitos ha sido introducido intencionadamente para facilitar la lectura del grafito, siendo posterior a su ejecución y, caso de autenticidad, también anterior al período de enterramiento arqueológico.

El perito Sr. Navarro ha analizado cada una de las 39 piezas y los de tales análisis resultados se contienen de forma pormenorizada en dos informes (el primero obra a los folios 12118 á 12220 del tomo 26 de las actuaciones), siendo el segundo (folios 12709 á 12722, tomo 27 de los autos) de revisión y ampliación del primero, en los que concluye que, de tales piezas, la núm. 12799 es un grafito original, las núms. 10826, 11162, 11392 y 11481 son posibles grafitos originales pero presentan retoques contemporáneos, y la pieza 10942 ha sido modificada en su reverso. De igual modo afirma que las 33 piezas restantes presentan suficientes anomalías como para que los grafitos que contienen sean considerados como contemporáneos. No voy a reproducir en esta resolución el análisis de cada una de las piezas, remitiéndome de forma expresa al detallado y contundente informe

del perito, con el que considero probados los hechos relativos a la falsedad de los grafitos de 38 de las 39 piezas analizadas y recogidas en los ordinales CUARTO y QUINTO del apartado de HECHOS PROBADOS de esta sentencia.

También expone el perito en su informe el tipo de metales que mayoritariamente ha encontrado en las piezas analizadas, así como afirma que dichos metales, aparte de constituir aleaciones recientes, que no existían en la época romana -como el acero estándar y el acero inoxidable- no se encuentran alterados, es decir, oxidados, corroídos, tal como explica que debieran estar si los surcos que conforman los grafitos fuesen coetáneos a las piezas.

Afirma también que, como material desgrasante, el material cerámico tiene cuarzo en su matriz, de forma natural o añadido, siendo habitual la presencia de nódulos y partículas laminares de óxidos de hierro, cristales y fragmentos de cristales de circón [$ZrSiO_4$] y monacitas (fosfatos de lantano, cerio o torio). Como excepción aparece una carga de granos de carbonato cálcico con formas romboédricas (posible mármol o calcita espática triturada) en la cerámica negra de la pieza 12048.

Y en cuanto a las costras y depósitos de enterramiento, estos se han originado en un medio de deposición carbonatado, y en las piezas donde están mejor definidas se observa una estructura constituida por una veladura de carbonato cálcico fibroso, que aparece recubierta por una costra superficial más gruesa de carbonato cálcico que se dispone directamente sobre la cerámica, detectando además sobre las costras pequeñas proporciones de fósforo y azufre, y en algunos casos, también costras fosfatadas gruesas que se intercalan o recubren los carbonatos.

Con frecuencia, ha observado la existencia de estructuras vasculares de origen biológico, constituidas igualmente por carbonato cálcico, que aparecen directamente sobre la superficie cerámica o cubriendo la costra. En el plenario ha explicado que cuando las piezas están enterradas no presentan costra biológica, así como que la cerámica común es

pasta cálcica con partículas de carbonato cálcico y que en el proceso de cocción se produce óxido de calcio, cal muy reactiva, y que aparecen minerales nuevos, dióxido, y que el cuerpo se vuelve estable y microporoso; por el contrario, en las piezas que llevan engobe se fijan muy bien los elementos del enterramiento. Respecto de la cerámica TSH, con capa vitrificada externa, no tiene que ver con arcilla cálcica y es una barrera aislante frente a productos contaminantes y las costras se caen y se limpian bien, siendo el núcleo de la pieza poroso. Y si la costra aparece seccionada por los surcos, significa que los grafitos han sido realizados con posterioridad al periodo de enterramiento.

En cuanto al concepto de pátina -utilizado por el acusado Sr. CERDÁN y por el Sr. Madariaga en sus informes- el perito Sr. Navarro aclara que el término pátina es muy ambiguo, se habla de pátina para hablar de costras, tierras. Los elementos químicos, carbonato cálcico y carbonato fosfático, generan una costra compacta y visible a simple vista, y las formas y filamentos orgánicos, plantas, reemplazadas por carbonato cálcico, no dejan de ser una costra, apoyada siempre de forma directa sobre superficie cerámica y sin tierra debajo, y las tierras de rellenos no son costras. En las piezas lavadas con cepillo, cuando se ha caído esta tierra de relleno ha quedado el surco sin fluorescencia (FUV), por lo que ha concluido la falta de continuidad en la costra que hay en la pieza y la que aparece en el surco.

En su exposición en el plenario, el perito, tras ratificar sus informes, hace aclaraciones sobre algunas de las piezas a preguntas del Ministerio Público, como que en la pieza 11426 no existe señal fluorescente o FUV en los surcos, no hay deposición sobre ellos porque no han estado en contacto con tierra del yacimiento, de lo que valoro que se trata de surcos realizados en la época contemporánea.

Respecto de la pieza 11423, el perito pone de relieve que ha observado que se adelgaza la costra, se baja la presión, y que se han corregido las iniciales letras "Y griega" que no se encuentran en el alfabeto romano con un rabito, para simular que son letras "X", apreciando en el análisis la corrección del texto. También observa una letra que tiene un rasgo que resbala hasta el canto de rotura y que secciona la costra.

Considera que la pieza 10776 corresponde a una fractura reciente, pues el texto se interrumpe al llegar a la línea de fractura.

En cuanto a la fractura, el perito informa de que la pieza 11709 presenta dos huellas circulares en el punto de rotura y las letras no tienen FUV, apareciendo restos de acero, alpaca y cinc; en el reverso hay dos zonas de posible impacto, la rotura es rara, no tenía que haber golpeado en el centro al caer sino en los bordes, porque la pieza es convexa.

Explica la diferencia de comportamiento de la cerámica común, en la que el cuarzo es el desgrasante por naturaleza y no sufre en el proceso de cocción, teniendo los granos un índice de dureza 7 y los metales, como el acero, índice 5, y aparecen restos en los surcos, y la superficie de las cerámicas vitrificadas que tiene otro comportamiento, porque se rompe, "craquela", y es un excelente receptor de partículas metálicas. Estima el perito que, como hay que hacer mucha fuerza para hacer estos grafitos, el instrumento resbala y hace arañazos, y quedan en los surcos los restos metálicos; cuando no se hace fuerza, no se termina de completar la letra, pero deja restos, rabillitos, con multitud de rastros. También le sorprendió al perito que no se hubiera caído en el lavado alguna costra y tierra que presentaban algunas de las piezas.

El perito aprecia que, donde hay acero en las piezas, hay mucho acero; el acero común está presente en 35 de las 39 piezas, y puede corresponder a cualquier tipo de elemento cotidiano, como clavos, y además se encuentra níquel, pues se trata de un acero niquelado, que al ir rozando, se ha ido descascarillando la punta; a veces el acero es inoxidable, y por eso es inequívocamente reciente. También ha encontrado restos de otros metales, como oro, que, en opinión del perito pudiera deberse a que manipulaba la pieza tendría un anillo de oro, y en la figura del cerdo ha encontrado rastro de plomo. Y en otras piezas ha encontrado alpaca, cobre, cinc, níquel de baja calidad, pero son metales que están inalterados, y también molibdeno, aleaciones para herramientas, así como cuprita y alteraciones de bronce. Estas partículas no se relacionan con las costras, pues habría huella

en el trazo sobre la costra.

Respecto de la pieza 11459, aclara que no relaciona la limpieza con el rastro metálico, se ha repasado con un objeto de cromo y de plomo.

Continúa afirmando el perito que en la pieza núm. 12108, identificada como la del Calvario, ha aparecido acero común, cinc y plomo, mientras que la pieza núm. 12799 -con grafito original- presenta restos metálicos originales alterados, indicadores de su autenticidad. Indica el perito en su informe que la pieza del Calvario, núm. 12108 presenta partículas relacionables con el instrumento utilizado en la realización del grafito, que se encuentran incrustadas en las microfisuras producidas en las zona de corte del engobe, en los escasos trazos deslizantes existentes, o adheridas a los granos más abrasivos de la matriz cerámica, identificándose como una aleación de hierro con bajo contenido en manganeso, siendo su rasgo más relevante la ausencia de oxidación, lo que señala su origen reciente, tal como se recoge en el informe de revisión y ampliación del anterior emitido por el mismo perito Sr. Navarro, obrante a los folios 1710 y ss., concretamente, en los folios 24 y 25 de citado informe.

La pieza 13371 no presenta señal FUV en el surco, y los surcos han seccionado la costra, que cambia de textura en el surco. Por ello considera que el grafito es contemporáneo, se ha destruido e invertido la secuencia estratigráfica de la pieza, en algún caso no hay costra y hay esquirlas metálicas de acero inoxidable inalterado.

En cuanto a las piezas 11419 y 11423, aparece costra únicamente en la superficie, pero no en el fondo del grafito, pues si el grafito fuese original, tendría que estar en el fondo, y además, hay resto de metal.

En la pieza 12047 está seccionada la estructura de la costra por los grafitos.

En la pieza 12098 aprecia costras orgánicas que presenta un deterioro posterior al enterramiento, las costras son orgánicas, y no es una costra posterior a un grafito original,

aunque la cerámica sí lo es. El nombre se detiene al llegar a la línea de fractura.

Aparte de lo ya expuesto, doy por reproducidos los informes del perito Sr. Navarro, que no va a ser objeto de transcripción en esta resolución, informes que valoro como definitivos para probar la falsedad de los grafitos.

El motivo de realizar un segundo informe sobre alguna de las piezas ha sido aclarado por el perito Sr. Navarro a preguntas de la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, ya que el perito se había percatado de la existencia de más apuntes que tenía y que no había empleado en su primer informe respecto de tales piezas.

Respecto de la publicación de los análisis, como manifestó en el plenario tenía unos 1700 archivos de análisis, de los que ha incluido entre 500 y 600, y aclara que no suelen publicarse los análisis, y a este respecto, aun cuando es cierto que en fase de instrucción la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA solicitó tales archivos y tal petición le fue denegada por la Magistrada de Instrucción resolución de 31 de julio de 2014 (folios 12694 y 12695, tomo 27 de los autos), lo cierto es que dicha parte no recurrió dicha resolución, que devino firme, ni ha reproducido dicha petición con posterioridad, en el escrito de defensa ni al inicio de la vista, por lo que ha cerrado la puerta a impugnar tales análisis, aun cuando lo ha intentado de manera indirecta a través del informe del perito geólogo D. Mikel Albisu Lasa, que también será objeto de análisis.

Esta juzgadora considera que el perito Sr. Navarro Gascón es objetivo, y que su informe es suficiente para determinar la falsedad de los grafitos de 38 piezas de las 39 analizadas, aun cuando dos de ellas, como reiteradamente vengo indicando, no pueden ser objeto de la presente sentencia por la fecha en la que fueron encontradas.

Los testigos que han depuesto, concretamente las personas que realizaban habitualmente trabajos de lavado de las piezas: Ainhoa Gil Zubillaga, Rebeca Hontoria Muro y Xabier Reparaz Extramiana, así como y el propio acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, han

reconocido que no se utilizaban instrumentos metálicos para tratar las piezas, salvo en contadas ocasiones una paletina para levantar costras, empleándose agua de garrafas, cepillos de dientes y trapos. Así lo han corroborado las restauradoras del museo de arqueología, Isabel Ortiz de Errazti y Paloma López Sebastián en el informe emitido por las mismas (folios 11958 y ss. del tomo 25, anexo IV de ampliación del atestado de la Ertzaintza) quienes han manifestado que veían las huellas de un cepillado excesivo en la limpieza. Es decir, que no puede achacarse al procesado de las piezas la existencia de metales como acero ordinario u inoxidable, aleaciones metálicas que son contemporáneas, metales aleados de los que, en su mayor parte, sus partículas han sido halladas en los surcos realizados para conformar los textos y epigramas. También se ha apreciado en algunas de las piezas que la costra está rota o seccionada en la zona de los surcos, lo que tampoco se puede producir mediante un cepillado, resultando que esta falta de continuidad se da en los surcos que conforman los grafitos y no en las demás zonas sin grafitos de las piezas analizadas.

Es cierto que las citadas restauradoras del Museo de Arqueología realizaron labores de limpieza de algunas piezas, y que en esas labores utilizaron bisturí con hojas Swann-Morton, hojas STERILE-R, hojas BD Beaver, y los mangos: BD Beaver y Swann-Morton BS2982 y BS2982 D, pero únicamente hay coincidencia de cuatro piezas limpiadas por las restauradoras con las analizadas por el Instituto de Patrimonio Cultural de España: piezas núm. 10849, 12799, 15910 y 15920, según consta en el informe antes reseñado, emitido por las propias restauradoras a petición de la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid, aunque también tuvieron en sus manos las piezas consideradas como excepcionales, entre ellas la pieza 12108, pero no realizaron en ellas actuaciones distintas de las que figuran en su informe, como fotografiarlas y almacenarlas adecuadamente.

Respecto de las cuatro piezas cuya limpieza han realizado las restauradoras, una de ellas ha resultado ser auténtica, con restos de hierro original oxidado, la núm. 12799, y respecto de las tres restantes, se analizan las actuaciones llevadas a cabo:

1.- Pieza núm. 10849: las propias restauradoras en su informe afirman que han apreciado que las incisiones de los grafitos de la pieza núm. 10849 han sido "refrescados" por medio de un instrumento punzante (palillo o similar) previamente a su llegada al Servicio de Restauración, y que había sido lavada con anterioridad. Las concreciones (aparente de carbonatos) estaban muy adheridas. Se realizaron varias pruebas de limpieza a punta de bisturí, bajo la lupa binocular. No se aplica ningún tipo de tratamiento químico para su ablandado y/o eliminación, y finalmente no realizan su limpieza, salvo su desalación mediante agua desmineralizada y secado en estufa de aireación forzada a 70°C.

A este respecto, en el informe del Sr. Navarro, folios 47 á 49 del mismo, se recoge que Los análisis se han realizado sobre el fragmento central del grupo A y el fragmento B (figura 10849.1). En el primero de los casos, como consecuencia de la curvatura de la superficie y los problemas derivados en relación con la geometría de los elementos del espectrómetro de rayos X del microscopio, sólo se han examinado las letras centrales de segunda línea de texto (FILIO MARCVS), pero ello no ha impedido al perito detectar anomalías que le conducen a afirmar la falsedad de los grafitos por ser contemporáneos y no coetáneos con la pieza, en la que aparecen partículas metálicas inalteradas, que asigna al instrumento utilizado en la realización del grafito, ha sido mucho mayor en el fragmento A de la indicada pieza 10849, identificándose en su composición hierro aleado con pequeñas proporciones de manganeso, cobre y trazas de cromo (Fe 9s.9-Mn 0.6-Cu0A-Cr<0.1), indicativos de un origen reciente de las mismas. En la única partícula detectada en el fragmento B de la pieza 10849, el perito identifica una composición Fe99.0-Mn 0.4-Cr<0.L igualmente inalterada. En todos los casos las partículas metálicas aparecen adheridas a los granos abrasivos del desgrasante de la cerámica y, en algún caso, parcialmente cubiertas por el material que rellena los surcos de las letras; aprecia que las costras carbonatadas son frecuentes, incorporando en muchos casos restos de estructuras biológicas de carbonato cálcico, y aparecen seccionadas por el trazado del grafito en todos los puntos donde interfieren, de lo que deduce el perito que la ejecución del grafito es posterior al periodo de formación de las mismas. Los surcos de las letras aparecen rellenos en su mayor parte por un material de grano fino de color gris oscuro y naturaleza mixta carbonatado-silíceo,

similar al que se describe en el resto de las piezas analizadas, y que en las zonas donde aparece masivamente, suele presentarse craquelado por contracción. Este material de relleno recubre, además, de forma localizada, algunas de las costras, en partículas que aparecen alojadas en las bandas decorativas de la cerámica, destacando el perito que se trata de un material aplicado con posterioridad el período de enterramiento arqueológico, por tanto, no es coetáneo con éste.

Asimismo, y como ha manifestado el perito en el plenario, ha tenido en cuenta dicho perito en su informe que la citada pieza ha recibido un tratamiento por parte de las restauradoras del museo de arqueología, y al respecto, recoge en su informe que, según información facilitada por la Diputación Foral de Álava, los fragmentos A y B de la pieza 10849 ingresan en el Servicio de Restauración en el año 2006 para ser sometidos a limpieza con objeto de mejorar la lectura del grafito, por lo que la superficie puede presentar restos de acero de bisturí así como fibras de madera de bambú o de algodón y consolidación, si bien no menciona el empleo de productos consolidantes en la misma, información que coincide con la que consta en el informe de las restauradoras obrante en autos y al que ya he hecho mención (folios 11960 á 11963 de los autos). En relación con esta posible interferencia, destaca el Sr. Navarro que la composición de las partículas metálicas identificadas en esta pieza corresponde a aceros estándar, no habiéndose detectado partículas de acero inoxidable procedentes de hojas de bisturí; con respecto a la eliminación de material durante el proceso de limpieza, parece haberse centrado en los vértices superior derecho e inferior derecho de la pieza (donde la retirada de las costras ha dejado como residuo una película blanquecina), fuera de las zonas cubiertas por el texto del grafito, por lo que las anomalías relativas a las intersecciones de las costras con el trazado de las letras mantienen su validez.

2.- La pieza 15910, cuando llega al Servicio de Restauración, según el informe de las restauradoras, presenta algunos restos de tierras, aunque la pieza ha sido lavada en la excavación antes de su ingreso en indicado Servicio, con concreciones puntuales bastante adheridas de sales insolubles en agua (carbonatos), siendo el tratamiento recibido por dicha pieza la desalación (eliminación de sales solubles en agua desmineralizada) por medio de

baños de agua desmineralizada y el subsiguiente secado, en estufa de aireación forzada a 70°C (folios 11989 á 11991 de las actuaciones).

El perito Sr. Navarro ha informado en relación con los análisis de FUV de esta pieza 15910 (folios 188 á 191 de su informe), que los surcos de la misma presentan un relleno de grano fino y color gris que ha dificultado la labor, pero a pesar de ello, ha encontrado las siguientes anomalías: A pesar de la dificultad derivada de la presencia de material de relleno, en el examen de los trazos del grafito se han identificado partículas metálicas de distintos instrumentos utilizados en su ejecución: en el fondo del surco de las letras 'O' y 'M' de 'AMARO' y en los trazos de la cruz se han identificado partículas de hierro aleado con pequeñas proporciones de manganeso y cobre (Fe9sA-98.9-Mn o.s-u-Cuo.s-Lo), partículas similares a las detectadas en otras piezas, que también han sido localizadas sobre el material de relleno de las letras 'N' de 'MAN' y de la segunda 'A' de 'TIANA'. En el trazo de la letra 'r' de 'NIIVrE', incrustadas en las fisuras producidas en la capa vitrificada del engobe, se han identificado partículas de una aleación de hierro y cromo con pequeñas proporciones de níquel, manganeso, molibdeno y cobre (Fe?o.?-Cr13.?-Ni9.6-Mn 1,5-M02.J-Cu u), que se corresponden con aceros modernos utilizados en herramientas). Destaca en su informe el perito que, en todos los casos, las partículas metálicas están sin alterar, circunstancia que le lleva a concluir, junto a las características propias de las aleaciones identificadas, asignables a aceros, señala una fecha reciente en la ejecución del grafito. Dado que en todos los análisis de partículas se registra también la composición del sustrato sobre el que se apoyan es posible que el cobre identificado proceda del mismo (en los análisis realizados sobre el engobe y sobre el bizcocho se registran pequeños contenidos de cobre -Cu0:1,8-2,2 %-). Además de las partículas reseñadas se han identificado, sobre el engobe, partículas de aleación de Ni-Fe-Cr-Cu (Ni ?6.?-Fe 12.o-Cr9.4-CU 1.9) junto a la letra 'E' de 'NIIVrE' y Ni-Fe-Cr-Cu-Zn (Ni9o.s-Fe3.J-Cr1.2-CU 3.4-Zn1.4) junto a uno de los trazos de la cruz (posibles restos de una capa de niquelado sobre un instrumento de acero). Y en cuanto a la intervención del Servicio de Restauración del museo arqueológico, el perito tiene en cuenta la información facilitada por la Diputación Foral de Álava, según la cual, la pieza 15910 ingresa en el Servicio de Restauración en el año 2006 para ser sometida a limpieza con objeto de mejorar la lectura del grafito, por lo que la superficie podría

presentar restos de acero de bisturí así como fibras de madera de bambú o de algodón. Sin embargo, el perito observa que las partículas de acero descritas en su informe sobre el trazo de la letra 'r' de 'NIIVrE' se corresponden con un acero de elevada resistencia que no concuerda con los posibles restos de hoja de bisturí donde se utilizan aceros inoxidable con contenidos de cromo del 12%. De igual forma las partículas de niquelado detectadas tampoco proceden de las hojas de bisturí, por carecer las mismas de capa protectora de níquel. Y respecto de los mangos del bisturí, afirma que suele utilizarse un núcleo de acero estándar con una capa protectora de niquelado superficial, pero que no considera razonable que se haya utilizado el mango en la limpieza, y que las desecha porque las partículas de niquelado identificadas se encuentran descontextualizadas por aparecer sobre la superficie de la cerámica, y por tanto, sin relación directa con el trazado del grafito.

3.- Y en cuanto a la pieza núm. 15920, las restauradoras afirman en su informe (folios 12001 á 12005 de los autos) que, aunque ha sido lavada en la excavación antes de su ingreso en el Servicio de Restauración, presenta algunos restos de tierras, habiendo sido ese lavado excesivo e inadecuado, y que durante esa limpieza y para tratar de limpiar las concreciones de carbonatos (más duras que la pasta cerámica subyacente) y las tierras, se eliminó parte de esta pasta. La pieza presentaba un considerable desgaste de las zonas más blandas y arañazos en toda la superficie procedentes del cepillo usado inadecuadamente. Se conservan gruesas concreciones de sales insolubles en agua (carbonatos) en toda la superficie, especialmente en el lado de la inscripción, superficie que indican que se encuentra en bastante mal estado, muy blanda, se disgrega fácilmente. Asimismo, las restauradoras hacen constar que observadas al microscopio, algunas inscripciones rompen las concreciones, bien porque hayan sido realizadas sobre éstas, bien porque hayan sido "refrescadas" en el transcurso de la limpieza (para apurar la limpieza de los surcos) con anterioridad a su llegada al Servicio de Restauración. Tampoco se efectúa limpieza, ni de tierras ni de concreciones carbonatadas, por el citado Servicio, procediendo a la desalación (eliminación de sales solubles en agua desmineralizada) por medio de baños de agua desmineralizada y ulterior secado en estufa de aireación forzada a 70°C.

Por su parte, el perito Sr. Navarro, a los folios 192 á 197 de su primer informe,

interpreta los análisis de FUV de la pieza 15920, indicando que, dentro de las características más reseñables en esta pieza hay que señalar la presencia de una costra gruesa de fosfato cálcico que recubre gran parte de la superficie. Sobre la capa de fosfato aparecen, de forma discontinua, restos de un tejido biológico con estructura vascular, constituido por carbonato cálcico, de características similares a los descritos en muchas otras piezas. En el entorno de las letras 'V, 111' en la 2º línea, y vértice inferior derecho de la pieza, la costra se ha perdido o ha sido eliminada dejando al descubierto una superficie cerámica enriquecida en fosfato. Los surcos de las letras se encuentran rellenos por un material de color gris, tamaño de grano fino (mucho más grueso en el vértice superior izquierdo) y composición heterogénea, estando constituido mayoritariamente por partículas carbonatadas, algunas de las cuales corresponden a bioclastos y fragmentos de costra, cuarzo anguloso y otras partículas silicatadas, fosfato cálcico, partículas carbonosas, afirmando que son muy abundantes las estructuras filamentosas orgánicas. Como anomalías detectadas recoge que, como consecuencia de la ausencia de engobe vitrificado, de la menor abrasividad del cuerpo cerámico y del relleno que presentan los surcos de las letras, la presencia de partículas metálicas que puedan relacionarse con la ejecución del grafito es muy escasa, quedando relegadas a un conjunto de partículas de acero inoxidable (Fe s9.3-Cr9.s-Mn 0,4-Ni 0.s) adheridas a un grano abrasivo en el lateral del surco de la letra 'V' en 'TV' y a un conjunto de escamas apiladas de níquel, de tamaño micrométrico (asignable, presumiblemente, a una esquirla de una capa de niquelado sobre un instrumento de acero) , situada sobre la 2ª 'l' en el texto 'CII' . Por su composición y la ausencia de alteración, se trata de un material de origen reciente. Además de la presencia de las partículas metálicas citadas, la principal anomalía en esta pieza hace referencia a las relaciones entre las costras y el trazado del texto, siendo visibles numerosos puntos donde las costras fosfatadas aparecen seccionadas por los surcos de las letras, señalando que la ejecución del grafito es, al menos, posterior al período de formación de las costras, pues los análisis realizados sobre el material de relleno en estos puntos no detectan las anomalías en los contenidos de fósforo que deberían aparecer, caso de haber estado cubiertos los surcos por la costra de fosfato cálcico.

El perito Sr. Navarro ha prestado especial atención a una de las letras, la 'R' de 'RIBATV', en la 3º línea de texto, por no ser visible su tramo vertical descendente. Ante la

duda de que dicho tramo de la letra pudiese encontrarse oculto bajo la costra fosfatada adyacente, ha procedido a un examen detallado de la misma con ayuda de microscopio estereoscópico y microscopía electrónica, no encontrándose evidencias de su continuidad bajo la costra en los mapas de distribución de elementos realizados. Sin embargo, como consecuencia de la contaminación con fósforo y cálcico que presenta la superficie examinada, la certeza de la inexistencia de dicho tramo no es total, y dado que tal certeza no es total, en esta resolución no se puede tampoco concluir que la letra continúe o no debajo de la costra fosfatada. Pero sí la falsedad del grafito de esta pieza, pues aun cuando se expresa en los siguientes párrafos del informe que la pieza ha podido ser tratada por las restauradoras del Servicio de Restauración del museo arqueológico, lo cierto es que dichas restauradoras no han limpiado dicha pieza con bisturí, observando que los grafitos estaban "refrescados", y por tanto, considero acreditado que los restos hallados en los surcos corresponden a un bisturí utilizado para ejecutar los grafitos con posterioridad a su extracción de la tierra. Y para llegar a esta conclusión, he tenido en cuenta no sólo de partículas de metal encontrado sobre los mismos son de acero inoxidable, metal que no existía en la época romana sino también la evidencia de que existen en la pieza numerosos puntos en los que la costra fosfatada aparece seccionada por los surcos de las letras, es decir, que no existe continuidad de pátina, en los términos utilizados por los acusados.

Respecto de esta pieza 15920, el perito aclara en el plenario que hizo una radiografía para ver si debajo de la costra estaba la continuación del grafito, pero no encontró nada, aunque observó que las letras de esa pieza seccionaban la costra. Concluye que en esa pieza, si se elimina una costra, queda una letra incompleta, y le sorprende que se haya levantado costra a la derecha y que esa letra esté así.

4.- Y en relación con la pieza núm. 12108, que, al igual que otras piezas, ha sido objeto de tratamiento por las restauradoras del Servicio de Restauración del Museo de Arqueología, pero no de limpieza, pues no se hace referencia a esta pieza en el informe emitido por las mismas al que vengo aludiendo, consistiendo dicho tratamiento en fotografiarla y su almacenamiento con tisú dentro de una caja de cartón neutro, sobre la que se ha puesto la fotografía, como el resto de piezas (folios 12331 á 12338, tomo 26 de

las actuaciones), resultando que, al tratar dicha pieza, la restauradora Paloma López Sebastián pudo comprobar que en la misma no pone RIP a pesar de parecerlo a simple vista, y a diferencia de lo que han manifestado otros expertos, incluyendo los peritos calígrafos de la acusación particular.

Con lo antedicho, queda valorada la intervención que las restauradoras del museo arqueológico hubieran podido tener en las piezas que han sido objeto de análisis por el Instituto de Patrimonio Cultural de España, que no ha supuesto la modificación de las piezas que recibieron desde el yacimiento arqueológico de Iruña-Veleia ni por tanto, se estima que esta intervención haya supuesto injerencia alguna que haya hecho variar el análisis realizado por el perito Sr. Navarro.

También hay que tener en cuenta, entre la profusa documental obrante en las actuaciones, los informes sobre análisis químicos llevados a cabo sobre determinadas piezas por el equipo del Grupo de Investigación Consolidado del Departamento de Química Analítica de la Facultad de Ciencia y Tecnología de la Universidad del País Vasco, dirigido por D. Juan Manuel Madariaga Mota, miembro a su vez de la Comisión Científico-asesora creada por la Diputación Foral de Álava con motivo de las dudas sobre la autenticidad de los grafitos hallados en piezas arqueológicas del yacimiento de Iruña-Veleia, habida cuenta de que no podía verificar que, ante la falta de trazabilidad documental de los informes sobre la continuidad de pátina del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, estos fueran verdaderos o falsos. (Folios 1782 á 1813 de los autos).

Para ello, se realizaron por dicho grupo análisis químicos para construir y demostrar la validez del modelo de correspondencia tierras-pieza-estrato, que llevó a cabo mediante análisis químicos según el modelo químico matemático o quimiométrico, basado en técnicas de análisis de componentes principales y análisis discriminantes de clasificación. No obstante, mediante dichos análisis no llegó a demostrar la correspondencia, aun cuando, como ya se ha dicho anteriormente, existe consenso entre Ministerio Fiscal, acusación particular y defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA sobre la cuestión relativa a la

pertenencia de las piezas a las Unidades Estratigráficas que figuran en el inventario general de evidencias de LURMEN S.L., sin que esta cuestión sea objeto de debate, y sin perjuicio de que lo que sí se ha puesto en tela de juicio es la trazabilidad de las piezas una vez encontradas en la correspondiente excavación o sondeo, o descontextualizadas, en el proceso seguido desde su hallazgo y extracción de la tierra hasta la verificación en las mismas de la existencia de un grafito excepcional de la época tardo-romana, no habiéndose negado que las piezas o soportes sobre los que se han llevado a cabo los textos y epigramas sean tardo-romanos, por lo que en este aspecto, el informe del equipo del Sr. Madariaga, aunque no concluyente, no tiene virtualidad alguna, pues -como ya se ha dicho- en relación con los soportes cerámicos de las piezas arqueológicas, resulta pacífica para el Ministerio Fiscal y las partes la afirmación de que son fragmentos que proceden de las excavaciones llevadas a cabo en el yacimiento de Iruña-Veleia por los empleados de LURMEN S.L., y que fueron hallados en el transcurso de las mismas durante el verano de 2005 y también durante el año 2006, la última de las analizadas por el perito del Instituto de Patrimonio Cultural de España el 3 de noviembre de 2006, partiendo también dicho perito de que no se cuestiona la autenticidad de los fragmentos, tal como recoge en los criterios de interpretación de su informe (folio 12124 vuelto de los autos).

Del mismo modo, por parte del equipo del Sr. Madariaga se realizaron análisis espectroscópicos no destructivos, de tipo molecular, para verificar la continuidad de respuesta espectral de las piezas para determinar la continuidad de pátina, continuidad que afirma en el informe el Sr. Madariaga que se daría si la composición molecular se mantiene a lo largo de toda la superficie analizada. Para ello, utiliza análisis de cationes (K+Ca/Ti), aplicado a las piezas arqueológicas, considerando que se producen alteraciones en la superficie de la pieza cuando está en contacto con materiales de su entorno, dando lugar a una serie de reacciones químicas y procesos físicos que suponen la alteración de las características de la superficie de la pieza respecto de su composición inicial, manteniéndose ésta en el interior de la pieza, afirmando que esta alteración da lugar a la aparición de nuevos compuestos a escala microscópica, tal como se describe en el campo de la corrosión de metales en contacto con la atmósfera o el ataque microbiológico para formar recubrimientos de oxalato, nuevos compuestos que forman la denominada pátina, cuya

fórmula o composición molecular es diferente de la de los compuestos del interior del material. E indica en su informe que, cuando una pieza está enterrada años en un estrato de tierra, la interacción de su superficie con el entorno de esa tierra, dará lugar a la formación de nuevos compuestos que se quedarán retenidos en el exterior de la pieza: principalmente sales inorgánicas, formada por cationes y aniones, y serán las mismas para todas las partes homogéneas de las piezas.

Por ello, considera el Sr. Madariaga que, si se realiza una inscripción sobre una pieza cerámica antes de ser enterrada, tanto la superficie inalterada de la pieza como la marcada con los trazos, interaccionarán del mismo modo con la tierra del estrato, es decir, se dará una continuidad de pátina, y tendrán las mismas sales formadas por cationes y aniones equilibrados eléctricamente. Y afirma el Sr. Madariaga en su informe que, para sistemas multicomponentes una misma relación de concentración de elementos, se puede explicar con varias composiciones relativas de compuestos, por lo que considera que es más correcto hablar de continuidad de patina referida a mantener la constancia en la composición molecular de los distintos compuestos, en las distintas partes de la pieza, que en mantener la composición elemental a lo largo y ancho de la misma.

El Sr. Madariaga explica que utiliza técnicas de análisis molecular, en lugar de técnicas de análisis elemental como los que se dicen llevados a cabo en el informe del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, pues considera que es necesario trabajar de modo que sólo se penetre durante el análisis en la capa de pátina, pero no en el interior de ésta, debajo de dicha capa, ya que, de hacerlo, una pieza enterrada dos mil años presentará una tasa de cationes en su interior muy diferente a una pieza que sólo ha estado enterrada diez años.

También indica que si a una pieza enterrada dos mil años se le realizan incisiones modernas y se le da una pátina artificial, si la técnica utilizada sobrepasa la pátina y penetra hasta el interior, seguirá dando una tasa de cationes similar en la zona sin trazos que en la zona con trazos (surcos de los grafitos). Afirma que con las técnicas de análisis elemental no

puede verse cuáles son las moléculas que existen en la pátina ni si las moléculas presentes en la superficie de las piezas y en los trazos del grafito son similares. Explica también el Sr. Madariaga que se han realizado análisis no destructivos de las piezas con técnicas de análisis moleculares, trabajando en condiciones de penetración no superiores a 10 µm de profundidad, así como análisis con técnicas elementales diferentes de las indicadas en los informes del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, en las mismas condiciones de penetración.

Interesan tales análisis a partir del reverso del folio 1797, no deteniéndome a valorar los análisis de las tierras de las piezas por los motivos antes indicados. Indica el Sr. Madariaga en su informe que la pátina de recubrimiento debería ser de naturaleza inorgánica, ya que la pieza cerámica es enteramente inorgánica, y la tierra donde haya sido enterrada será mayoritariamente inorgánica. En esta tesis coincide con el perito del Instituto de Patrimonio Cultural de España, D. José Vicente Navarro Gascón, que así lo aclaró también en el plenario, y que se considera por esta juzgadora así también, habida cuenta de que estamos hablando de un enterramiento que no es superficial, así como que han permanecido las piezas enterradas durante varios siglos.

Entre las piezas que se analizaron por el Sr. Madariaga, respecto de la mayoría de las cuales se desconoce su sigla, hay algunas coincidentes con las analizadas por el Instituto de Patrimonio Cultural de España: 11139, 11419, 11459, 11709, 15910, 15920, y otras no, como las piezas 11427, 16365, 15918 y 15926, y concluye, en lo que aquí interesa, que en los grafitos ha podido constatar la no continuidad de la respuesta espectroscópica entre la superficie no alterada de las piezas analizadas y la mayoría de los trazos estudiados. Algunos de los trazos tienen simplemente depósitos de tierra y afirma que ahí no existe nunca continuidad. En otro número menor de trazos sí se ha obtenido continuidad en la respuesta espectral respecto de la superficie de las piezas, y así lo reitera en su informe (folio 1806 de los autos). Las piezas 11139, 15910 y 15920 fueron analizadas con las técnicas de microscopía óptica acoplada a microscopía FT-IR en modos ATR (reflectancia total atenuada) y DRIFT (reflectancia difusa), mientras que se analizó la pieza 11427 con las técnicas de microscopía de barrido (Scanning Electron Microscopy, SEM), considerando que

el resultado arrojado del análisis supone que la continuidad de la pátina es difícil de sostener en esta última pieza. Y también realizaron análisis por EDX (Energy Dispersive X-ray, EDX), concluyendo que la tasa de cationes no es constante dentro de los límites de la imprecisión experimental para las cuatro zonas analizadas de la pieza.

Las piezas 11419 y 11459 fueron analizadas con posterioridad al informe que el Sr. Madariaga entregó a la Comisión científico-asesora de la Diputación de Álava, así como las piezas del yacimiento arqueológico de Arcaya/Arkaia, dando lugar a un informe que ha sido aportado en noviembre de 2019, por la Diputación Foral de Álava tras ser solicitado por la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, en su escrito de defensa, a pesar de que los análisis de tales piezas se realizaron los días 4 y 5 de diciembre de 2008 y se pudieron incorporar a la causa si el informe no estaba listo cuando se presentó la querrela en marzo de 2009, y fueron presentados por la Diputación Foral querellante a requerimiento de la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA (folios 16656 á 16665, tomo 35 de los autos). Estas piezas, como ya se ha dicho, fueron objeto de análisis también por el Instituto de Patrimonio Cultural de España y la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid.

El Sr. Madariaga ha llegado a la conclusión de que de forma general y para todas las piezas estudiadas no es posible concluir que exista esa pretendida 'continuidad de pátina', lo que en la Tabla 1 se representa como NCP, explicando que los espectros de EDX realizados muestran que, en la mayoría de los casos, las cantidades de K son superiores en las zonas externas, mientras que las de Ca predominan en las zonas que han sido alteradas (zonas internas de grafitos, desconchados, depósitos, etc.) y las de Ti se muestran muy erráticas; que esto hace que las discontinuidades entre ambos tipos de zonas internas y externas sean muy notables, cuanto menos a nivel de composición elemental y que, por tanto, la citada hipótesis de la continuidad de la pátina no se haya podido verificar ni por TC ni por PCA. Y afirma que la inspección visual de las imágenes obtenidas por SEM con distintas magnificaciones corrobora lo antedicho.

Sin embargo, para la valoración de este informe, hay que tener en cuenta que en su informe final, emitido en noviembre de 2019 a requerimiento de la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA solicitado por dicha parte como prueba documental anticipada en su escrito de defensa, para que la querellante remitiera los informes de quienes hubieran examinado las piezas arqueológicas con los grafitos discutidos con posterioridad a

noviembre de 2008, el Sr. Madariaga Mota ha manifestado que, con fechas 10 de marzo, 17 de septiembre y 7 de noviembre de 2008 la querellante les hizo entrega de diverso material arqueológico del yacimiento de Iruña-Veleia al objeto de que investigadores del Grupo IBeA procedieran al estudio analítico de los mismos para esclarecer diversos aspectos sobre los "grafitos excepcionales" de ese yacimiento, en particular si existía continuidad de pátina entre la superficie de las piezas y el interior de los surcos de los grafitos y añade que, con fecha 27 de octubre de 2008 la DFA les entregó otros materiales arqueológicos procedentes de los yacimientos romanos de Arkaia con el objeto de compararlos con los materiales de la excavación dirigida por Eliseo Gil entre 1994 y 2008.

Sin embargo, no consta en el informe del Sr. Madariaga un listado completo de las piezas que fueron seleccionadas por el mismo junto con el Sr. Santos, ni tampoco un listado de las piezas concretas que fueron objeto de análisis por aquél, aparte de las que menciona en el informe, así como tampoco de las que estudió del yacimiento de Arkaia, ni de las que le fueron entregadas por la Diputación Foral de Álava para que llevara a cabo las analíticas. La única referencia a las piezas que le fueron entregadas se encuentra en el acta de la sesión de fecha 17 de abril de 2008 de la Comisión científico-asesora (folio 2324 y ss., en especial, los folios 2326 y 2327, y 2638 en el que se acuerda que la selección se hará con el Sr. Santos Yanguas, miembro también de la Comisión científico-asesora, todos ellos del tomo 2 de los autos). Y aun cuando se han aportado los justificantes de devolución de piezas, no se puede deducir de tal documento las piezas que se recogieron por el Sr. Madariaga ni las que devuelve (folio 16643 y 16644, tomo 35 de los autos) el 23 de febrero de 2011, resultando cuando menos extraño que si el Sr. Madariaga terminó los análisis a finales del año 2009, no devuelva las piezas hasta principios del año 2011 y que después no entregue un informe detallado de cada pieza analizada.

Tampoco se ha hecho una relación de las piezas del yacimiento de Arcaya/Arkaia (Álava) que se han analizado, haciéndose referencia en el segundo informe del Sr. Madariaga a tres piezas, en las que también concluye la no continuidad de pátina, NCP, por lo que no pueden considerarse concluyentes estos análisis.

El Sr. Madariaga ha indicado en su informe que en la mayoría de los trazos de letras y grafiti analizados no se ha encontrado continuidad de respuesta espectral aunque reconoce que algunas de las partes de los trazos la manifiestan, pero no ha concretado en qué piezas sucede esto ni en qué letras o partes de grafitos o si se trata de simples rayas, se trata de un informe bastante abstracto, que podrá servir para la Comisión

científico-asesora, pero no para fundamentar una condena en la vía penal, resultando que no puede condenarse con meras hipótesis o conjeturas ni deja resquicios para una condena con dudas, en virtud de los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo, siendo necesario pruebas suficientes de los hechos para existir condena, categoría en la que, como he dicho, no entran los informes del Sr. Madariaga Mota.

En el informe de 3 de octubre de 2019 el Sr. Madariaga presenta una tabla en la que figuran análisis realizados con fechas posteriores a la de la última sesión de la Comisión científico-asesora, siendo el último realizado el 22 de octubre de 2009 y se concreta que fue para las piezas 11427, 11459, 11419, IR-32, 319 y 32, estas tres últimas del yacimiento de Arkaia, respecto de las que se llegó a la misma conclusión NCP. Insisto en que no se concreta las zonas analizadas de cada pieza (folio 16661 y tabla 1), faltando un reportaje fotográfico que pudiera apoyar o aclarar dicho extremo del estudio realizado, y se añade por el Sr. Madariaga que no se entra en detalles de cada uno de los análisis realizados, pero concluye que para todas las piezas estudiadas no es posible concluir que exista esa pretendida 'continuidad de pátina', lo que en la Tabla 1 se representa como NCP, por lo que tampoco concluye tal continuidad, como ya he dicho, en las tres piezas del yacimiento de Arkaia, según aparece en la Tabla 1, sin que haga observación alguna sobre la comparación entre las piezas de Iruña-Veleia y las de Arkaia.

Por ello, esta pericial que fue propuesta por las partes se rechazó por esta juzgadora, al tratarse de un perito que ha realizado unas pruebas siguiendo únicamente las instrucciones de la parte querellante, pero no para el presente procedimiento sino para la Comisión científico-asesora creada por la Administración querellante, resultando, además, que esta última no aportó todos los análisis realizados por dicho perito y, como ha podido conocerse pocos meses antes de la vista del juicio oral, sin que el informe se refiriera a todas las piezas que habían sido analizadas, salvo las escasas piezas indicadas en el mismo y sin el suficiente detalle y concreción, y en definitiva, sin cumplir los requisitos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que tampoco se admitió su comparecencia como perito cuando fue reproducida la petición.

Por otra parte, consta en las actuaciones que la defensa del acusado Sr. GIL ZUBILLAGA solicitó que le fuesen facilitado los análisis realizados por el perito Sr. Navarro Gascón para su consulta por el Geólogo D. Koenraad Van den Driessche, y que ello le fue denegado por la Juez de Instrucción mediante resolución de 31 de julio de 2014 (folios 12694 y 12695, tomo 27 de los autos), pero también es cierto que no recurrió dicha

resolución ni tampoco lo ha solicitado en su escrito de defensa, ni ha alegado indefensión en el momento procesal oportuno por tal denegación, así como tampoco en el momento procesal previsto en el art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a pesar de que incluso ha presentado dos informes emitidos por dicho geólogo, uno de ellos al inicio de las sesiones de la vista, en el trámite antes expresado.

Esta juzgadora no duda de la imparcialidad de los peritos del Instituto de Patrimonio Cultural de España y de la Escuela Superior de Conservación y Restauración de los Bienes Culturales de Madrid, quienes son funcionarios de citados organismos públicos y ninguna vinculación tienen con la querellante ni con los querellados, ni tampoco con los miembros de la comisión científico-asesora, y que no han sido tachado de parciales por las partes, ni se ha alegado que tuvieran interés espurio alguno, ni se impugnaron sus informes en los escritos de defensa, ni tampoco en el momento procesal relativo a la documental, aun cuando, lógicamente, hayan hecho las defensas uso de su derecho a contradicción.

El día 3 de febrero de 2020, en el momento procesal previsto en el art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la defensa de ELISEO GIL ZUBILLAGA ha aportado, y ha sido admitido, un informe pericial emitido por el Licenciado en Ciencias Geológicas D. Mikel Albisu Lasa (folios 18870 á 18181, tomo 38), de quien la misma defensa ya había aportado anteriormente otro informe (folios 10565 a 10585, tomo 22). Este informe aportado con anterioridad había sido realizado por el perito Sr. Albisu a partir de imágenes fotográficas de piezas en su mayoría de cerámica, que presentan letras o figuras gravadas (sic) en su superficie, informe que fue realizado a petición de Koenraad Van den Driessche, geólogo y colaborador de Idoia Filloy, ex-directora de las excavaciones arqueológicas de Iruña-Veleia. Dicho informe, por tanto, no se llevó a cabo mediante un estudio directo y "en vivo" de las piezas arqueológicas sometidas al presente procedimiento, coincidiendo esta juzgadora en el criterio seguido por la ESCRBC en cuanto a los informes elaborados sobre fotografías, que no se consideran fiables, como anteriormente ya he puntualizado.

Y además, se realizó el estudio con la limitación de que el Sr. Albisu no tenía ningún dato físico ni químico de los materiales que conforman las piezas, desconociendo el tamaño real de las piezas, al no carecer de escala las imágenes estudiadas. De las piezas analizadas

por el Sr. Albisu mediante fotografía, únicamente coincide la núm. 15920 con las estudiadas por la ESCRBC y el IPCE para hacer sus informes, limitándose el Sr. Albisu a recoger unos datos visuales a través de una sola fotografía de la pieza, pero que no van acompañados, como he dicho, de una comprobación directa y de razonamiento alguno de sus asertos, pues se limita a constatar unos aspectos físicos que ve en la fotografía y a dar su opinión de que el crecimiento de la costra cristalina ha llevado un periodo de tiempo superior a diez años, y que las inscripciones han de ser anteriores sin motivar la causa de tal conclusión, argumento débil y no razonado ni sostenido en evidencia científica alguna, por lo que no considero tales conclusiones en esta resolución. Esta valoración del informe la realizo también respecto de lo que se indica en el informe sobre las piezas núm. 16363 y 16364.

Respecto de las demás imágenes, su numeración no coincide con las que hay en el inventario de evidencias de LURMEN S.L. que es su sigla, y se refieren a las que ha estudiado el profesor Sr. Madariaga, sin que explique el perito tampoco cómo puede distinguir el grosor de la costra en unas simples fotografías, sólo una de cada pieza, tomadas por su anverso.

En cuanto al informe del Sr. Albisu Lasa aportado por la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA en el momento procesal previsto en el art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (folios 17868 bis a 17970, tomo 38 de los autos), el mismo tiene como finalidad analizar y valorar los tres informes emitidos por el Instituto de Patrimonio Cultural de España, y presentar y evaluar una prueba realizada sobre cerámicas de imitación para estudiar las evidencias que dejaría una falsificación.

Empezando por el objetivo final del informe, hay que señalar que, al tratarse de un estudio realizado sobre una cerámica de imitación, no puede trasladarse el comportamiento de la cerámica actual a la cerámica que lleva más de mil años enterrada. Otra cosa hubiera sido de haberse realizado el estudio con piezas reales de las que fueron encontradas en Iruña-Veleia con grafito, lo que no se solicitó en fase de instrucción, ni posteriormente a este Juzgado en el escrito de defensa, limitándose el perito a estudiar una falsificación en

una pieza cerámica. Dicho estudio viene a corroborar las conclusiones del perito Sr. Navarro, pues el mismo halló restos metálicos -unos que corresponden a aleaciones que no existían en la época romana y que no han sido utilizados en su estudio por el Sr. Albisu, como el más abundante, acero estándar y acero inoxidable- y otros metales, todos los cuales resultaban estar inalterados y no oxidados. Y eso es lo que sucede con las partículas metálicas que detecta también el perito Sr. Albisu tras realizar los surcos sobre las piezas contemporáneas con un clavo, un cúter y un cuchillo, no habiendo detectado oxígeno en el análisis EDS de las partículas metálicas de hierro en los supuestos del clavo y del cúter, y de cromo y hierro, en el caso del cuchillo, deduciendo de ello que no están oxidadas. Es decir, que ratifica el resultado de los análisis realizados por el Sr. Navarro: al ser contemporáneos los surcos que conforman los grafitos y epigramas, los restos que deja el instrumental utilizado para realizarlos no presentan alteraciones ni están oxidados.

Respecto del análisis de los informes del IPCE, el perito Sr. Albisu considera que no se han realizado los estudios propuestos, porque no se ha realizado fotografía infrarroja, la radiografía se ha llevado a cabo sólo sobre una pieza, y tampoco se han realizado análisis por microespectrometría infrarroja por transformada de Fourier (FTIR) con un objetivo ATR. A este respecto, consta en el primer informe del perito Sr. Navarro afirma que la técnica analítica utilizada en el examen de los distintos fragmentos cerámicos ha sido la microscopía electrónica de barrido acoplado con un sistema de microanálisis mediante espectrometría de dispersión de energías de rayos X. El equipo utilizado ha sido un microscopio Hitochi VP-SEM S-3400N acoplado con un espectrómetro de dispersión de energías Bruker Quontox XFlash SDD con una resolución espectral de 125 eV, como ya había indicado anteriormente, y sigue dicho perito explicando en el apartado relativo a las técnicas analíticas utilizadas que los fragmentos cerámicos a analizar han sido depositados directamente sobre un plato porta muestras de aluminio, sin utilizar ningún tipo de adhesivo o elemento de fijación, por lo que tampoco en este proceso se han producido modificaciones o contaminación en las piezas, y como medida adicional de seguridad, durante el proceso de estudio, los movimientos dentro de la cámara de vacío del microscopio se han monitorizado con ayuda de una cámara de infrarrojos instalada en su interior, por lo que -a diferencia de los que indica el perito Sr. Albisu en su informe- el Sr. Navarro sí ha utilizado la técnica fotográfica de infrarrojos, de

manera simultánea en cada pieza, para controlar los movimiento de la cámara de vacío del microscopio.

Respecto de la técnica radiográfica, se indicaba que se utilizaría para el caso de que las concreciones o depósitos de tierras impidieran en algún fragmento que impidan la lectura de la gráfica, lo que sucedía únicamente en una pieza, la núm. 15920 -tal como aclaró el perito Sr. Navarro en el plenario-, y por ello sólo se utilizó en una pieza, al no ser necesario llevarlo a cabo en las 38 restantes, que no tenían concreciones o depósitos de tierra impidiendo la lectura de parte de grafitos.

Respecto del informe por imagen realizado también por el técnico del IPCE D. Tomás Antelo, junto con un equipo integrado además por Ángeles Anaya, Miriam Bueso, Ana García, Alfonso Domingo y Carmen Vega (folios 12251 á 12295, tomo 26 de las actuaciones), el perito Sr. Albisu afirma que no se aplicó la técnica de microespectrometría infrarroja por transformada de Fourier (FTIR) con un objetivo ATR, y ello es cierto, justificándose en el informe emitido por el Sr. Antelo que de las tres técnicas posibles para estudiar las piezas: fotografía en el espectro visible (VIS), fotografía por luz ultravioleta (FUV), fotografía infrarroja (IR), así como radiografía (RX), considera que la de fotografía por luz ultravioleta (FUV) es la que puede ser de ayuda en el estudio general del conjunto, indicando que es una técnica de imagen de carácter global que emplea energía que actúa sobre la capa más externa del objeto de estudio. Expresa que las tres técnicas utilizadas han sido la ya indicada de fotografía por luz ultravioleta (FUV), fotografía en el espectro visible (VIS), y radiografía (RX) de la pieza núm. 15920.

El perito Sr. Albisu considera que es significativo que los resultados de los estudios del IPCE se hayan presentado en tres documentos emitidos en fechas distintas por diferentes autores, pero aparte de que dos de los informes están emitidos por el perito Sr. Navarro, y el segundo que confecciona es revisión del primero respecto de cuatro de las treinta y nueve piezas, en su informe el perito Sr. Antelo llega a la misma conclusión del informe del Sr. Navarro en relación con la pieza 15920, acerca de que las imágenes

radiológicas no aportan indicaciones que permitan conocer si existe grafía oculta bajo los depósitos. Y también llega a las mismas conclusiones que el Sr. Navarro, pues considera que es razonable interpretar erróneamente que la costra se adentra en el surco, por la semejanza de los detritos que cubren parcialmente las costras ensuciándolas y el relleno de los surcos, como sucede en la pieza núm. 13368, pero la imagen de FUV muestra claramente la distribución de ambas materias, afirmando que, en cualquier caso, la imagen de fluorescencia es eficiente para discriminar la materia de relleno, de aquella debida a los encostramientos, y por lo general, también permite distinguir ambas materias de los restos de impregnación que mantienen los cantos de rotura.

Aun cuando el informe del perito Sr. Antelo, se centra más en las imágenes tomadas, siendo más breve que los emitidos por el Sr. Navarro, no se observa la existencia de discrepancias entre el informe de éste -aunque más parco en explicaciones- y los emitidos por el Sr. Navarro, siendo mayor garantía el hecho de que se hayan llevado a cabo tales informes de manera independiente, y así lo explicó en el plenario el Sr. Navarro.

Es cierto que la defensa propuso la pericial del Sr. Antelo en el plenario al amparo del art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por lo que a dicha parte incumbía traer a la vista al mismo, no habiendo podido traer al perito a la vista, al parecer porque el mismo se encuentra jubilado, pero también es cierto que dicha parte no solicitó la comparecencia de dicho perito durante la fase de instrucción, ni tampoco le propuso en el escrito de defensa. Ello no obsta para que el informe emitido por el mismo no tenga validez como prueba documental, habida cuenta de que se ha llevado a cabo por un funcionario público desde un organismo público, cual es el Instituto de Patrimonio Cultural de España.

En sus informes periciales, el Sr. Navarro Gascón ha identificado las piezas cerámicas analizadas, tanto con el número con el que aparecen sigladas como con fotografías, mientras que el resto de peritos han trabajado con un número aún más reducido de piezas cerámicas, como sucede con el experto químico y miembro de la comisión científico-asesora, Juan Manuel Madariaga Mota, quien en sus informes, documentos obrante a los folios 1782 á 1812, tomo 3 de los autos; 16302 á 16359 del tomo 34 de los autos; y folios 16656 á 16665 del tomo 35, llega a unas conclusiones similares a las que ha llegado el perito judicial

expresado.

En cuanto al informe del físico nuclear D. Fernando Legarda, del Departamento de Ingeniería Nuclear y Mecánica de Fluidos de la Escuela Técnica Superior de Ingeniería de la Universidad del País Vasco, el mismo estudia las pruebas de carbono 14 realizadas sobre las piezas núm. 15006, 15008 y 15007, que fueron analizadas en el laboratorio Centre for Isotope Research de la Facultad de Ciencias Matemáticas y Naturales de la Universidad de Groningen (Holanda), ha llegado a la conclusión de que era necesario solicitar al laboratorio autor de las determinaciones la correspondiente calibración y que ésta fuese puesta a disposición de los expertos en materia arqueológica para que cumplan con su papel de ayudar a ubicar en el tiempo los restos encontrados, porque para esas muestras, el Laboratorio que realizó las determinaciones ofrece una edad de radiocarbono de 1820 ± 60 , 1940 ± 40 y 1905 ± 30 años, respectivamente (folios 1817 á 1819, tomo 3 de los autos).

No obstante, las tres piezas cuyas dataciones con C14 han sido objeto de estudio por el Sr. Legarda no se encuentran entre las que se ha considerado probada, sin género de dudas, resultando que en el inventario de evidencias arqueológicas aparecen como muestras de arqueozología y no figuran con grafitos, ordinarios ni extraordinarios, por lo que este informe no aporta a la causa que nos ocupa.

Considero probado, en consecuencia, la autoría del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA del delito continuado de falsedad documental y de la falta leve de daños, aunque únicamente en las 36 piezas que ya he reseñado, porque respecto del resto de las piezas no se ha llevado a cabo prueba alguna por los peritos judiciales, y aun cuando existe bastante literatura -incluyendo los informes emitidos por los miembros de la Comisión científico-asesora constituida por la Diputación Foral de Álava y diferentes expertos que también escriben artículos o realizan algún comentario, documentación aportada por la defensa de ELISEO GIL ZUBILLAGA- lo cierto es que los informes realizados por los expertos de la Comisión científico-asesora y los aportados por la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, así como artículos son contradictorios y se centran en el texto contenido en el propio grafito o su simbología, en el supuesto de los epigramas, sin que se hayan llevado a cabo pruebas físicas para la datación de tales grafitos que permitan corroborar los asertos de unos y otros expertos -a excepción de D. Juan Manuel Madariaga Mota, cuyos informes

ya han sido objeto de análisis "ut supra"-, existiendo opiniones contrapuestas de unos y otros que habrán de ser valoradas en el campo de la ciencia arqueológica, lingüística, epigráfica, etc., sin que pueda castigarse en derecho penal en base a hipótesis o interpretaciones que plantean dudas sobre la autenticidad de los grafitos o que justifican éstos en el supuesto de la documental aportada por la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, resultando que no consta tampoco un estudio por parte de cada uno de los expertos de todas las piezas objeto de la querrela ni que dichos estudios se hayan llevado a cabo sobre las piezas originales en lugar de fotografías, tal como manifiestan los propios expertos, así, como recogen los expertos del Departamento de Estudios Clásicos de la Facultad de Filología, Geografía, e Historia de la Universidad del País Vasco, pertenecientes a la Comisión Científica-asesora, D^a. Pilar Ciprés Torres y D. Juan Santos Yanguas, en su informe epigráfico-histórico: "No se trata de realizar un informe exhaustivo e individualizado de cada una de las piezas". En dicho informe destaca el hecho de que en algunos supuestos, no tenga continuidad el grafito en el fragmento que "casa" a continuación, pero no se ha documentado gráficamente en el informe dicha circunstancia para que hubiera podido ser apreciada en el plenario, ni tampoco se ha indicado cuál es la sigla que corresponde al fragmento en el que debiera haber continuado el grafito, por lo que esta juzgadora no puede valorarlo. Dichos expertos afirman que no puede confirmarse la antigüedad de los grafitos a través de la Paleografía, a lo sumo para detectar la intervención de manos distintas en su realización, y afirman que, en algunos casos, pone en evidencia elementos que indican una cronología muy posterior a la datación establecida por los excavadores, estimando que la presencia de los signos de puntuación que aparecen en las piezas no es posible explicarla en un contexto tan antiguo.

Los dos expertos citados han incurrido en un error en cuanto a la pieza siglada con el núm. 12108, en la que, a simple vista, da la impresión de que pone RIP, lo que se puede agudizar en una imagen fotográfica- sobre lo que han manifestado que quien lo ha escrito ha incurrido en la ignorancia de que debía ser INRI en lugar de RIP (folio 1691, tomo 3 de los autos), o como ha sucedido en el informe de la experta de la misma Comisión Científico-asesora, D^a. Isabel Velázquez Soriano, Catedrática de Filología Latina de la Universidad Complutense de Madrid (folios 1695 á 1720, tomo 3 de las actuaciones), quien

ha manifestado (folio 1704 vuelto) que es absolutamente impensable es la presencia de una cartela del tipo R.I.P. en la cruz de Cristo, no puede esperarse esta expresión referida a Cristo, pues iría contra la noción básica de la idea de la Resurrección de Cristo.

No olvidemos que, durante siglos persistió en la Humanidad la teoría de que la Tierra era plana y que el sol giraba a su alrededor, por lo que quien defendió la teoría del heliocentrismo de Copérnico –Galileo Galilei- sufrió las consecuencias a principios del siglo XVII y fue condenado por ello en 1633, hasta que finalmente en el siglo XVIII fue aceptada esta teoría en los países, construyéndose un modelo matemático muy preciso del sistema solar. Por ello, en Derecho Penal no puede condenarse en virtud de teorías ni de hipótesis, sino de evidencias físicas, como se viene expresando, y estas evidencias sólo se consideran probadas respecto de las piezas arqueológicas relacionadas en el apartado cuarto de los hechos probados.

Sin embargo, y aun cuando los símbolos grafitados en la pieza cerámica siglada con el núm. 12108, tras las pruebas realizadas por el Instituto de Patrimonio Cultural de España, se han considerado como contemporáneos, lo cierto es que ha quedado patente en el plenario el error sufrido por los tres expertos citados, pues no hay tal inscripción RIP sino tres rayas sobre la cruz, tal como ha puesto de manifiesto la testigo Paloma López Sebastián, técnico en restauración del Museo Arqueológico en el momento de los hechos, en el plenario y ha explicado que, respecto a la pieza del "RIP" (calvario), cree que no pone "RIP", y que en su opinión, son sólo tres rayitas, las mismas que aparecen en otras piezas de Iruña-Veleia y que parece que pone "RIP" por los desconchados o faltas de barniz (folios 12339 á 12342 de los autos), imágenes que fueron exhibidas en el plenario y que, de haberse estudiado las piezas de forma directa mediante microscopios o algún otro sistema de aumento se hubiera podido apreciar, no siendo suficiente la lupa, aun con 8 aumentos, pues tampoco ha sido observado por los peritos calígrafos Sres. Ezcurra y Martínez Grávalos, como ya he recogido al analizar dicha prueba.

Estos errores, así como otros que puedan existir y que no han podido ser detectados, se han producido al realizarse los estudios de los expertos a través de fotografías y no de los originales, y sin utilizar algún sistema de aumento suficiente sobre las piezas originales.

La conclusión de falsedad de los grafitos la extraigo de mi valoración en conciencia de los informes emitidos por el perito del Instituto del Patrimonio Cultural de España (IPCE), Sr. Navarro Gascón (folios 12118 á 12220 del tomo 26 y 12709 á 12722 del tomo 27), que han sido ratificados y aclarados en el plenario, quien concluye en tales informes que, de las 39 piezas analizadas, los grafitos que presentan las piezas cerámicas inventariadas con los números 10714, 10765, 10776, 10826, 10849, 10942, 11139, 11156, 11162, 11252, 11305, 11392, 11413, 11417, 11419, 11423, 11424, 11426, 11429, 11459, 11481, 11530, 11709, 12047, 12048, 12098, 12099, 12108, 12110, 12697, 13368, 13370, 13371, 13397, 15910, 15920, 17050, 17194 son de época contemporánea, resultando que –según citados informes- la pieza con el número del inventario 12799 contiene un grafito original; De estas piezas, las núm. 17050 y 17194 se hallaron en fecha posterior a la de comisión de los delitos objeto de la acusación, como reiteradamente vengo expresando.

**C) PRUEBA SOBRE LA AUTORÍA del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA.
Periciales caligráficas y testificales.**

En cuanto a la **prueba sobre la autoría de las inscripciones falsas de mano del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA**, como es sabido y me remito a la jurisprudencia ya citada, el delito de falsedad no es un delito de propia mano, pudiendo encargar el autor a un tercero actividad falsaria o bien realizarla por sí mismo.

La parte querellante ha intentado, y ya adelanto que sin éxito, probar que los grafitos con textos y epigramas han sido elaborados de forma exclusiva por la propia mano del indicado encausado.

Y para ello, ha presentado prueba pericial caligráfica elaborada a su instancia por dos peritos, D^a. Magdalena Ezcurra Gondra y D. Gregorio Rodríguez Ávalos, de los cuales sólo ha comparecido el último de ellos, aportándose un informe médico por la primera excusando su incomparecencia.

Previamente, la querellante encargó a la perito calígrafo D^a. Alicia Martínez Carrasco la elaboración de un informe pericial caligráfico, que citada perito emitió con fecha 11 de marzo de 2011 (folios 2194 a 2214, tomo 4 de los autos), partiendo de considerar la escritura que figura en la letrina como indubitada y, por tanto, de propia mano del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, según le ha participado a la perito la parte querellante, al igual que se hizo este encargo por la misma parte a los peritos calígrafos antes indicados, D^a. Magdalena Ezcurra Gondra y D. Gregorio Rodríguez Ávalos, con la misma premisa: la ejecución por parte del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA tanto los textos como los dibujos que presenta la letrina construida en su día por miembros de la Asociación Cohors Gallica, Asociación Cultural para la Reconstrucción Histórica, letrina de la que obra en las actuaciones un reportaje descriptivo y gráfico realizado por la Ertzaintza, en el que se aprecian los textos en latín y epigramas que la misma presenta (folios 8478 y 8498, tomo 17 de los autos).

Tanto la perito calígrafo D^a. Alicia Martínez Carrasco ha comparecido en el plenario para ratificar y aclarar su informe (folios 2196 á 2214, tomo 4 de los autos), así como dos peritos de la Sección de Documentoscopia y Gráfica de la Ertzaintza -con número de carnet profesional 05614 y 14582- han ratificado y aclarado el oficio alegando la imposibilidad de realizar informe pericial caligráfico (folios 12108-12109 del tomo 26 de las actuaciones), habiendo llegado los tres peritos a la misma conclusión sobre la imposibilidad de realizar el estudio, utilizando, además, los mismos argumentos que la indicada perito.

La Jefa de Documentoscopia y Gráfica de la Unidad Científica de la Ertzaintza informó al Juzgado Instructor a oficio requiriendo la práctica de la prueba pericial caligráfica

sobre los motivos que no pueden realizar la pericia: el soporte sobre el que se encuentran las evidencias dubitadas es un soporte de tipo cerámico en lugar de papel o material similar, mientras que la evidencia atribuida, es una letrina romana de madera lacada, lo que hace que la resistencia al ser perforado por el útil sea diferente para cada tipo de soporte, pudiendo producirse divergencias entre los caracteres que vengan motivadas por la diferente composición de los soportes.

En la indicada contestación al oficio se destaca la diferencia de útiles empleados la confección de los grafitos con los habitualmente empleados, no tratándose de un elemento difusor de tinta (bolígrafos actuales), spray o brocha de pintura, sino de un instrumento que perfora el soporte. Otro motivo que arguyen es la diferencia morfológica del alfabeto utilizado con el utilizado en la actualidad, que implicaría el conocimiento muy completo de la morfología de tales alfabetos; y destaca igualmente que el hecho de utilizar un útil perforando sobre diferentes soportes (cerámica y madera lacada) hace que no sea posible estudiar aspectos básicos de un estudio pericial grafístico, como son la velocidad, la presión, los gestos tipo y el estudio de ataques y escapes.

Se pone de relieve en el citado documento la ausencia de estudios de este tipo, lo que supone la falta de validación del método científico empleado, no son de aplicación algunas de las leyes fundamentales de la pericia caligráfica, por lo que se cuestionan si se trata de una solicitud de estudio caligráfico o sería un nuevo tipo de estudio, con lo cual habría que desarrollar nuevas técnicas y validar el método para que tuviera una mínima fiabilidad.

Dado que fueron los peritos calígrafos de la Ertzaintza, con número de carnet profesional 05614 y 14582, quienes participaron a la Jefa de Documentoscopia y Grafística la imposibilidad de llevar a cabo la pericia, comparecieron ambos peritos en el plenario, quienes expusieron la amplia formación que llevan recibiendo desde hace varios años, y

corroboraron que la pericia encargada sobre los grafitos se sale del método científico, no estando desarrollados aún los métodos científicos para llevarla a cabo, pues no se puede estudiar la velocidad y la presión, y los gestos-tipo se pierden al tener que apretar para escribir en un soporte como la madera de la letrina, soporte es completamente distinto de los soportes de las piezas arqueológicas, resultando que las presiones son completamente distintas en uno y otros.

A preguntas de la defensa del Sr. GIL ZUBILLAGA indican que hay que tener en cuenta que se utiliza un alfabeto distinto, y que lo habitual es hacer un cuerpo de escritura e intentar reproducir las condiciones de la grafía. Estiman que hay que desarrollar un método científico y validarlo, hay que repetirlo una y otra vez para que el estudio pueda quedar correctamente validado.

La perito calígrafo D^a. Alicia Martínez Carrasco, quien ratificó sus conclusiones también en el plenario, aclara en el mismo que, al haber trabajado sobre fotografías de los grafitos, ello perjudica la fiabilidad de sus hallazgos. Considera que el modo de ejecución de los mismos no permite ver pequeños gestos con la precisión que tendrían si fuesen hechos con un lápiz o bolígrafo sobre un papel, no pueden verse elementos que son importantes. El estudio se puede llevar a cabo, pero el problema está en las conclusiones. No tenía duda de que seis inscripciones de la letrina eran de la misma mano, pero en las cerámicas no llegó a la conclusión de que los grafitos fuesen de una sola mano o de varias, no le pareció claro, y considera que si hubiera visto los originales tampoco iba a llegar a una conclusión firme definitiva. Coincidencias hay varias, pero hay dos elementos que no se pueden controlar: el soporte y el instrumento con el que se han realizado los grafitos, sólo podía observar la forma del trazo.

A preguntas de la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, la perito Sr^a. Martínez Carrasco responde que encuentra 36 piezas en las que hay semejanza, pues de las fotografías que maneja, algunas no tienen inscripciones o sólo una rayita, y que encuentra parecido en 14 letras (folio 4 de su informe), y que supone que alguien le diría que las piezas eran del siglo V-VI, y por eso quería diferenciar los rasgos originales del autor y los

que se refieren al modo de escribir de la época. Tenía más fotos, pero en su informe intentó plasmar las fotos más adecuadas en las que podían verse las inscripciones de la letrina. Nadie le aseguró por quién estaban hechas las inscripciones de la letrina, y le solicitaron un estudio de correspondencia. También afirma la perito que pidió recrear la escritura en cerámica, y que se hubiera quedado más a gusto de haber podido recrear la misma situación, aunque no cree que ello hubiera llevado tampoco a buen puerto. No es un papel y es distinto utilizar un elemento punzante y hacer trazos separados. Estudia la distribución de la masa gráfica y su separación y oras letras. En cuanto a las coincidencias que son necesarias para afirmar la misma autoría, responde a la misma defensa que depende del origen del profesional, es cantidad y calidad, y que las diferencias son muy importantes, un parecido significativo, acentuado, le va a permitir afirmar que hay una autoría.

La perito D^a. Alicia Martínez Carrasco concluye que, aun cuando haya coincidencias, relevantes, tanto en cantidad como en calidad entre las seis inscripciones de la letrina y las de los yacimientos de Veleia, muy significativas y llamativas, en parte porque numerosas similitudes mostradas no corresponden con la grafía propia de los textos antiguos escritos en latín, como en principio deberían ser las de los yacimientos, no observa que se haya respetado -o intentado respetar- caligrafías determinadas, por lo que también ha valorado -aunque sin concederle el mismo nivel de relevancia -aquellos rasgos que se asemejan a un estilo más estándar, porque el haber adoptado una forma determinada en una letra concreta no depende sino del propio criterio de su autor. Y afirma que, dado que los grafitos de los yacimientos se han realizado sobre un soporte duro: hueso, cerámica... los trazos escriturales no recogen algunos datos importantes, los correspondientes a la motricidad fina, como ocurre al escribir en un papel, donde la presión y los gestos más delicados se pueden apreciar con nitidez.

Y como hicieron los peritos de la Unidad Científica de la Ertzaintza, la perito calígrafo Sr^a. Martínez considera que no existe suficiente investigación o algún caso analizado sobre situaciones similares que puedan servir de sustento seguro y fiable a los resultados del cotejo. Debido a ello y para extremar la prudencia, expresa la perito en su informe que no puede concluir asegurando que la mano que ha realizado los grafitos de las letrinas haya realizado también parte o gran parte de las de los yacimientos, si bien insiste que muchas de las coincidencias tan peculiares así lo sugieren, aunque considera que es significativo y sorprendente el paralelismo, entendiendo que es excesivo para ser simplemente fruto del azar, no puede concluir la autoría.

Aparte de no poder concluir sobre la autoría de los grafitos, y si el autor se corresponde con el de los textos de la letrina, la perito Sr^a. Martínez coincide con los peritos calígrafos de la Unidad de Policía Científica de la Ertzaintza en que no hay estudio validado científicamente por no existir pericias sobre situaciones similares. Los tres peritos son contundentes en sus respuestas a la hora de afirmar que no puede realizarse la pericia sobre la letrina y las piezas arqueológicas puestas en cuestión sin un método científico validado y que no puede concluirse la autoría sin ningún género de duda.

La acusación particular aportó a las actuaciones dos informes periciales caligráficos (folios 9661-9958 del tomo 20 y folios 9986-10364 del tomo 21), que fueron realizados por los peritos calígrafos D^a. Magdalena Ezcurra Gondra y D. Gregorio Rodríguez Ávalos, concurriendo al plenario únicamente el segundo de ellos a su ratificación, al haber excusado su asistencia la primera por motivos de salud. Los informes de dichos peritos se basaron, según aclaraciones realizadas en el plenario por el perito calígrafo D. Gregorio Rodríguez Ávalos, tanto en el análisis de algunas de las piezas observadas con lupa de un aumento de 8, y a través de las fotografías que le fueron aportadas por la parte querellante, Diputación Foral de Álava, a dichos peritos.

En el plenario, a las aclaraciones que le han sido solicitadas, manifiesta sobre la presión que no se ha medido y que sobre el papel depende del útil y del soporte; considera a diferencia de los peritos de la Policía Científica que el desconocimiento del alfabeto no impide realizar la pericia, pues se hace con las letras indubitadas y las dubitadas.

Preguntado por la defensa del acusado Sr. GIL ZUBILLAGA si ha tenido en cuenta las coincidencias y diferencias, manifiesta que se buscan las coincidencias.

Reconoce también que no existe un método científico validado en este tipo de

soporte, pero afirma que no existe ningún método científico validado para las periciales caligráficas.

Para este perito, la profundidad del trazo no tiene trascendencia ni tiene importancia la diferencia y resistencia de materiales, pues da igual la dureza porque se puede pasar dos veces. No da importancia a la dureza de la letrina, la mano es la que manda, y no sabe qué instrumentos se han utilizado, a su juicio da igual que sea un punzón u otro. Insiste en que no hay método científico en grafística, considera que es una pseudociencia.

Niega que sea más fácil que las mayúsculas sean parecidas. Reconoce que dificultades ha habido muchas, y da por hecho que son de la misma mano, se constató previamente por la Diputación Foral de Álava según explica; considera que hay similitudes extraordinarias, y no cree que un cuerpo de escritura hubiera resuelto nada. Afirma que la escritura es personal y la copia de un texto antiguo no impide que la escritura sea personal, pues puede influir en las formas pero no en los espacios entre las letras.

Respecto de los dibujos, no ha tenido en cuenta copias de publicaciones o dibujos de otras personas, porque la forma de dibujar propia sale. Los dibujos de 2 cm que aparecen en las piezas tienen mucho detalle y se basa para hacer estas afirmaciones en estudios que indican que desde los dos años de edad, existe en la persona una tendencia a mantener las proporciones, aunque no ha estudiado la dificultad de hacer un dibujo de 2 cm en una pieza tan pequeña. No ha deformado ninguna imagen en su informe. Estima que el parecido es significativo y suficiente para pensar que la mano que ha hecho los dibujos de la letrina y los grafitos es la misma, considera los dibujos de la letrina como patrones de referencia, y que son todos de la misma mano.

Utiliza Photoshop en su informe, pero preguntado por la defensa del acusado Sr. GIL ZUBILLAGA sobre la escala, informa de que no tiene el dato del porcentaje de aumento.

Intenta ver si coinciden las trayectorias e iguala los tamaños para ver si coinciden, pero desconoce la escala que utiliza, una vez que encuentra el tamaño adecuado, lo usa para todo.

A preguntas de la defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI manifiesta que el informe es el resultado de su opinión personal después de las pruebas o experimentos con soporte científico que realiza, e insiste en que desde los dos años los rasgos de los dibujos se mantienen para cada persona según la doctrina científica, y también aclara que las letras las analizó la perito D^a. Magdalena Ezcurra y los dibujos el propio perito Sr. Rodríguez, y que ponían en común sus estudios, que Magdalena no ha podido acudir a ratificar el informe por enfermedad física.

A preguntas de esta Juzgadora, responde que no utilizaron microscopio sino una lupa de 8 aumentos. Que pudieron ver las piezas dos o tres días unas siete horas cada día, pero ignora si la pieza 12108 presenta desconchamientos que configuran las letras RIP.

Como ya se viene expresando, ha de excluirse la núm. 17194 de las piezas analizadas por los peritos calígrafos Sres. Ezcurra y Rodríguez. al haberse hallado con fecha 4 de octubre de 2006, es decir, en fecha posterior al periodo de tiempo acotado en el escrito de acusación como de comisión de los delitos continuados de daños sobre el patrimonio cultural y de falsedad documental, entre julio de 2005 y junio de 2006.

En primer lugar, y respecto del informe pericial emitido por la perito D^a. Alicia Martínez Carrasco como los emitidos por los peritos D^a. Magdalena Ezcurra Gondra y D. Gregorio Martínez Grávalos, hay que decir que los peritos han partido de la tesis que tanto los textos como los dibujos que figuran en la indicada letrina fueron ejecutados por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, letrina que se construyó por el grupo de reconstrucción histórica para los Ludi Veleienses 2004 (folio 198 de los autos, tomo 2), y que los tres

peritos consideran que es un documento indubitado, tal como se expresa en sus informes, porque así se lo manifestó la propia querellante.

Sin embargo, considero que los tres peritos parten de un error en cuanto a los textos de la letrina, cuyo autor consideran al acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, según la información que les facilitó la Diputación Foral querellante y, en consecuencia, los consideran indubitados. Y se trata de un error de partida de los informes, pues como ya se ha expresado antes, dado que el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA ha negado en todo momento haber escrito los textos que aparecen en la letrina, ya no podía ser considerada como escritura indubitada a efectos de realizar una prueba pericial caligráfica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 350.2 a contrario sensu de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal como dispone el art. 4 de la Ley Rituarial Civil, motivo por el que entiende esta juzgadora que debió solicitarse al mismo realizar un cuerpo de escritura a que hacen referencia los arts. 391 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 349 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y ello, porque los textos que se escribieron en la letrina no han sido reconocidos como indubitados por todas las partes a las que podía afectar esta prueba pericial, y más concretamente, el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, en la declaración que realizó en la fase de instrucción manifestó no recordar haberlos escrito, y en el plenario ha negado haberlos escrito.

Y ello, aun cuando en el plenario alguno de los testigos haya declarado que le vio escribir los textos en la letrina o que explicó el significado de los mismos y de dónde los había sacado. A este respecto, el testigo José Ángel Apellániz ha manifestado en el plenario que le vio realizar la epigrafía y los textos, sin ninguna duda, manifestando que el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA tenía un libro de sentencias latinas de Pompeia. Le preguntaban qué había puesto y ELISEO lo traducía. Del mismo modo, el testigo Carlos Crespo Beistegui ha afirmado en el plenario que el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA ha realizado los grafitos y la epigrafía, y explicaba las frases en latín, y que lo hizo al final de una mañana en el edificio viejo de la Diputación y le explicó las frases. Que ELISEO lo reconoció delante de él y de

todo el mundo, incluso visitantes, grupo de reconstrucción histórica y campos de trabajo. Es decir, que al parecer, el único que vio escribir al acusado ELISE GIL ZUBILLAGA los textos en las letrinas fue el testigo José Ángel Apellániz, mientras que Carlos Crespo Beistegui le oyó atribuirse la autoría, y aun cuando este último manifiesta que lo reconoció delante de todo el mundo, grupo de reconstrucción histórica, entre ellos, los demás testigos que pertenecían también a dicho grupo y que participaron en la construcción de la letrina no han corroborado tal autoría. Así, al testigo Miguel Ángel Berjón Lobato no se le interroga en el plenario sobre este extremo de la letrina, mientras que el testigo José Manuel Tarrío Vinagre declara en el plenario que él hizo el cajón con ELISEO en una tarde y que no sabe nada más. Tampoco le vio realizar los textos su hermana Ainhoa Gil Zubillaga, quien manifiesta que no sabe quién los escribió.

Por ello, no habiendo reconocido el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA la autoría de los textos de las letrina, hubiera sido necesario que el mismo realizase un cuerpo de escritura, que bien pudo solicitarse al acusado para que lo llevara a cabo con los útiles necesarios (buril, punzón, bisturí, clavo...) tanto sobre madera como sobre cerámica, hueso, piedra...

En cuanto a la epigrafía, el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA reconoció su autoría en su declaración en fase de Instrucción y ha corroborado tal autoría en el plenario.

No estamos, por tanto, ante el supuesto previsto en el artículo 350.3 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque no se ha pedido al citado acusado que realizara un cuerpo de escritura a dictado del Tribunal o del Letrado de la Administración de Justicia, ni, por tanto, ha tenido oportunidad de negarse, en cuyo caso según las normas civiles se consideraría el texto reconocido, ni tampoco nos hallamos en el supuesto del artículo 350.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues en el presente supuesto no era imposible el cotejo por fallecimiento o ausencia de quien debiera formar el cuerpo de escritura.

En consecuencia, no pueden considerarse indubitados los textos que se escribieron en las letrinas, y la prueba pericial practicada por la perito D^a. Magdalena Ezcurra Gondra -que ha pasado a categoría de prueba documental por la falta de ratificación de la misma en el plenario, pues como ha reconocido el perito D. Gregorio Martínez Grávalos a preguntas de la defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, la pericial referida a las letras la llevó a cabo D^a. Magdalena Ezcurra Gondra y él se encargó de los dibujos- no tiene como referencia -como tampoco la tuvo la practicada por la perito D^a. Alicia Martínez Carrasco- un texto escrito de forma indubitada por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, y si en la esfera del Derecho Civil no se considera como documento indubitado a efectos de cotejo el que no cumpla los requisitos que recoge el art. 350 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, menos ha de considerarse en la esfera del Derecho Penal, que está sometido a principios garantistas para las partes, en concreto, el derecho a la tutela efectiva de los Tribunales y a la presunción de inocencia, consagrados en el artículo 24 de la Constitución Española, no sirviendo para la comparación pretendida, y por tanto, no pudiéndose afirmar que el autor de los textos que figuran en la letrina son todos ellos de puño y letra del acusado Sr. GIL ZUBILLAGA. Y como ya se ha dicho, no se solicitó al mismo la formación de un cuerpo de escritura, a pesar de que el informe emitido por D^a. Magdalena Ezcurra Gondra en conjunto con el Sr. Martínez Grávalos se aportó a las actuaciones una vez admitida a trámite la querrela, y que fue emitido con fecha 8 de octubre de 2009 a las actuaciones, cuando el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA ya había declarado y no se había reconocido autor de los textos de la letrina (folios 8528 á 8536, tomo 17 de los autos), por lo que hubo oportunidad para solicitarlo antes de la emisión de los informes. Del mismo modo, la perito Sr^a. Martínez solicitó que se reprodujeran las mismas condiciones de escritura de las piezas arqueológicas, porque consideraba importante para las conclusiones.

El perito Sr. Martínez Grávalos ha respondido a preguntas de las partes sobre la parte de los informes que se refieren a los textos, contestando a las semejanzas de las letras, sin aclarar que el mismo había realizado la parte correspondiente a los dibujos y no a los textos -hasta que le fue preguntado por la Letrada del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN

CASILARI-, y en una de las letras R que es la cuarta de las que aparecen en el folio 9689 de los autos, y que se denomina "R.24" que se superpone en el informe sobre la palabra PARMIIINION que figura en la pieza núm. 10741 (folio 9702 de los autos), y que el perito manifiesta que hay coincidencia, esta Juzgadora pudo ver diferencias, por lo que interrogó al perito, que insistió en que la curva es la misma y también la trayectoria, lo que no es apreciado por esta juzgadora en las imágenes que se mostraron en el plenario.

En segundo lugar, y aun cuando únicamente pueden considerarse indubitados los dibujos de la letrina como de la mano del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, quien ha reconocido su autoría tanto en su declaración en fase de instrucción el 3 de julio de 2009 como en el interrogatorio del plenario el día 2 de febrero de 2020, no puede tampoco concluirse sin ningún género de dudas, como hace el perito Sr. Martínez Grávalos que el acusado sea también el autor de los dibujos que figuran en las piezas que han sido analizadas por el citado perito, y ello porque aun cuando puedan existir sospechas, como ya puso de manifiesto la perito también de la parte querellante D^a. Alicia Martínez Carrasco, y sobre todo, unos peritos objetivos e imparciales como son los ertzainas núm. 05614 y 14582, técnicos de la Policía Científica de la Ertzaintza, quienes afirman de forma contundente en el plenario que no puede realizarse la pericia pretendida al no ser los soportes de diferente material y resultar que la grafía no se ha realizado deslizando un instrumento por la superficie en la que se llevan a cabo, sino que se hace mediante un punzón, buril, cúter, bisturí u otro instrumento similar, ello que impide valorar correctamente las similitudes, tanto de los textos como de los dibujos.

En base a lo anterior, esta juzgadora no puede concluirse sin ningún género de dudas mediante los informes emitidos por los Sres. Ezcurra y Martínez Grávalos y aportados por la querellante a las actuaciones que los grafitos se hayan llevado a cabo por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA por propia mano.

En tercer lugar, y en cuanto al cotejo de las imágenes de los epigramas que

presentan las piezas arqueológicas y sus semejanzas con los dibujos realizados por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA en la letrina, el perito Sr. Martínez Grávalos ha realizado una variación de las escalas de los dibujos y ha realizado transparencias superponiendo los dibujos de la letrina sobre epigramas de las piezas arqueológicas.

Aprecio que en la mayoría de los supuestos se ha forzado por el perito la coincidencia de curvas y movimientos, con giros y adaptaciones de tamaño, coincidencias que aprecia el perito y que no se aprecian por esta juzgadora, pues las mismas no fluyen a pesar de las transparencias y por más que el perito haya señalado puntos de coincidencia, y aquí también tiene su importancia el método científico y valga como comparación el método científico de la coincidencia de la huella dactilar, en el que está contrastado el número de puntos que han de coincidir, lo que en el supuesto que nos ocupa -como bien manifiestan tanto los peritos de la Policía Científica como la perito Sr^a. Martínez Carrasco- no existe.

Por tanto, valorando en conciencia esta juzgadora esta prueba de informes periciales realizados por los peritos D^a. Magdalena Ezcurra Gondra y D. Gregorio Martínez Grávalos, no se considera suficiente para atribuir sin ningún género de dudas al acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA la autoría de propia mano de los textos ni de los epigramas que presentan las piezas arqueológicas, sin perjuicio de que el mismo haya podido o no realizarlas por sí mismo o a través de un tercero, por lo que, aun cuando no se considere probado a través de esta prueba que el mismo realizó tanto los textos como los epigramas de los grafitos, no significa que no se atribuya al acusado Sr. GIL ZUBILLAGA la autoría de la falta continuada de daños y del delito continuado de falsedad documental de forma directa o mediata.

Y una vez valorada la prueba pericial caligráfica de la parte querellante asumida también por el Ministerio Fiscal, en el sentido de no considerarla suficiente para acreditar la autoría de propia mano del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, entiendo que ya no es preciso entrar a valorar la pericial caligráfica aportada por la defensa del citado acusado para contradecir la pericial de la acusación particular, realizada por los peritos Javier Aniceto

Gorriz Salamanca y Altamira Sarabia Fernández (folios 17973 á 18021, tomo 38 de los autos) quienes no pudieron observar las piezas originales, y de los que acudió únicamente al plenario el perito Sr. Gorriz, informe en el que se ponen de relieve las diferencias existentes entre unas y otras piezas, y que afirman que los grafitos encontrados por el acusado Sr. GIL ZUBILLAGA son semejantes a los que se encontraron por Gratiniano Nieto y Juan Carlos Elorza.

Estos peritos han requerido que el acusado Sr. GIL ZUBILLAGA realizara algunas palabras en cerámica con un buril, escribiendo "VICTOR" en una pieza y en otra la palabra "CLIOS" y destacando las diferencias. Sin embargo, se aprecia que es una muestra escasa de escritura, sólo dos palabras y en dos piezas de la misma clase de cerámica en las que tampoco consta que se hayan recreado las circunstancias de algunas de las treinta y seis piezas arqueológicas cuyos grafitos se han atribuido al mismo de forma mediata o directa, para poder llegar a conclusiones fiables.

Como ya se viene diciendo, de toda la prueba anteriormente analizada, así como de los indicios probatorios que han resultado acreditados y analizados también, y aun cuando las pruebas periciales caligráficas no son suficientes para afirmar la autoría de los grafitos y epigramas de propia mano del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA como he valorado, insisto en que ello no obsta para concluir que el mismo es el autor mediato de los grafitos y epigramas que presentan las 36 piezas a las que vengo refiriéndome, pues ha quedado probado que el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA nunca ha estado interesado en proteger ni documentar de forma correcta y adecuada las piezas arqueológicas que se iban extrayendo mientras éstas quedaban a la espera de realizar el lavado, de modo que quedaran al alcance de cualquiera que tuviera acceso al recinto y a los módulos, la mayoría trabajadores de LURMEN S.L. que tenían fácil acceso a las llaves y el propio acusado también las tenía, aunque también los vigilantes, y no dudó en dejar durante bastantes meses bastantes piezas sin lavar, almacenadas en bolsas, lo que facilitaba que se ablandara el soporte en algunos supuestos -como han manifestado los técnicos de la Escuela Superior de Conservación y Restauración

de Bienes Culturales- todo orquestado dentro de un plan para poder realizar sin ser visto bien de su propia mano o bien mediante otras personas, los textos y epigramas en las piezas arqueológicas que han sido objeto de análisis por el Instituto de Patrimonio Cultural de España y por la propia Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid, que se consideran las únicas que presentan evidencias físicas probadas de forma suficiente de la falsedad y daños causados como consecuencia de los surcos para conformar los grafitos de textos y epigramas.

Por ello, y aun cuando los arqueólogos que han depuesto como testigos le hicieron ver que debían cambiar el método en relación con el tratamiento y procesamiento de las piezas arqueológicas halladas, no le interesó modificar el mismo, a fin de que la persona o personas que realizaban los grafitos falsos tuviera la oportunidad de realizarlos sin problema alguno, y ello, aun cuando el método de excavación seguido fuera correcto, así como las fichas estratigráficas, en las que se seguía de forma correcta el método Harris; sin embargo, dicho método es aplicable a la propia excavación en estratos, pero no al procesamiento posterior de las piezas, proceso en el que se han detectado irregularidades por parte de los arqueólogos Sres. Apellániz, Berjón y Crespo, e incluso Tarriño, cuyos testimonios se han analizado anteriormente, así como por la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid, según hacen constar los peritos en su informe ratificado en el plenario.

En definitiva, el acusado Sr. GIL ZUBILLAGA eludió el posible control de las piezas durante todo el proceso de las mismas desde el momento mismo de su extracción, lavado, siglado... y evitó realizar su documentación gráfica y manual mediante su examen previo al depósito y lavado, y así, él mismo o terceros por su encargo, tuvieron la ocasión de causar los daños que las piezas presentan y, a la vez, la apariencia falsa de que los grafitos contemporáneos eran de la época tardo-romana, siendo estos falsos, al no corresponder con el momento de elaboración de los soportes cerámicos sobre los que se ejecutaron muchos siglos antes, y por el contrario, estar ejecutados con posterioridad a su extracción del yacimiento, entre julio de 2005 y junio de 2006, remitiéndome expresamente al

pormenorizado análisis realizado al efecto por el perito D. Vicente José Navarro Gascón de cada una de las piezas arqueológicas que he considerado falsas y dañadas, y con todo ello, ha quedado desvirtuada la presunción de inocencia del acusado, debiéndose dictar sentencia condenatoria.

II.- DELITO CONTINUADO DE ESTAFA EN CONCURSO CON DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO.

INDICIOS PROBATORIOS.

A.1 Jurisprudencia. Me remito a la jurisprudencia ya citada en el apartado correlativo de los indicios probatorios del delito continuado de falsedad en documento privado y falta continuada de daños sobre el patrimonio, para evitar reiteraciones innecesarias.

A.2 Indicios probatorios en el caso objeto de enjuiciamiento.

1.- El acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI conocía con anterioridad al acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA por medio de su socia Idoia Filloy Nieva.

2.- Falta de trazabilidad de las piezas que le fueron entregadas al acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI para realizar analíticas.

3.- Ausencia de las analíticas sobre piezas arqueológicas de Iruña-Veleia que se dicen realizadas en algún laboratorio de espectroscopia nuclear CEA-CNRS en Francia, en las localidades de Saclay o de Toulouse, así como ausencia de facturación a LURMEN S.L. o al

acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI del coste de citados análisis por parte del laboratorio o del experto que los realizó.

4.- Los análisis realizados por laboratorios españoles: en ADIRONDACK, Centro Tecnológico de Derio (Vizcaya), de junio a julio de 2006, y análisis por LDI-TOFMS y LIBS realizados en octubre de 2007 por miembros de la Universidad Complutense de Madrid y del Departamento de Química Láser del Instituto de Química Física Rocasolano del CSIC, analizan piezas arqueológicas del yacimiento arqueológico de Iruña-Veleia (Álava) que no presentan grafitos ordinarios ni extraordinarios, sin que se haya abonado precio por LURMEN S.L ni por el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI por tales análisis.

5.- Los gráficos relativos a seis espectros Gamma que aparecen en los folios 62 a 67 del primer informe del acusado RUBÉN CERDÁN CASILARI, elaborado en marzo-abril de 2006, se han copiado del archivo EXEMPLE.SP de Software de GANAAS, que podía descargarse de forma gratuita de la página Web de la empresa Fast Com Tec Communication Technology Germany.

6.- Análisis del Instituto de Patrimonio Cultural de España, entre otras, de las piezas 1139, 11305, 11459, 12108, 11709, 12048, 13368, 13371 y 17050 que se encuentran entre las que el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI informó que presentaban continuidad de pátina entre el soporte y en los surcos de los grafitos, respecto de las que dicho Instituto concluyó que el grafito de texto o epigráfico que presentan es contemporáneo y no coetáneo con la edad del soporte, piezas.

7.- El acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI ha facturado a LURMEN S.L. dos informes emitidos por el mismo en relación con la continuidad de pátina entre el soporte y los surcos de los grafitos que presentan algunas piezas arqueológicas, con fecha 8 de mayo de 2006 por importe de 5817,40 € (IVA incluido) y con fecha 19 de octubre de 2006, por importe de 5888,30 € (IVA incluido y con 874,50 € de retención),

8.- A su vez, las cantidades facturadas por el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI a LURMEN S.L. fueron reclamadas por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA a la Diputación Foral de Álava, facturándose a través de LURMEN S.L. los importes de 5817,40 € y 6762,80 €, respectivamente, facturas que fueron abonadas por la Diputación Foral de Álava a LURMEN S.L.

C.- PRUEBA DE LOS INDICIOS

Respecto del **indicio 1**, que explica que los acusados, ELISEO GIL ZUBILLAGA y RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI ya se conocían a través de Idoia Filloy Nieva, entonces esposa del primero, para urdir unos análisis inexistentes que dieran cobertura a los grafitos falsos, habiendo quedado acreditado mediante el testimonio en el plenario del primero, que unos años antes el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI e Idoia Filloy Nieva, publicaron juntos un libro.

A ello se une el segundo de los indicios, que luego se analizará, y que también es indicio de que el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA conocía al acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI lo suficiente como para confiarle, sin ningún tipo de recibo, albarán o justificante de la entrega, unas supuestamente muy valiosas y extraordinarias piezas arqueológicas por los grafitos que presentaban.

En cuanto al **indicio 2**, y siguiendo la tónica habitual del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA en cuanto al procedimiento de documentación y trazabilidad de las piezas arqueológicas, a pesar de que para realizarse los análisis que se pretendían llevar a cabo al parecer en laboratorios franceses y otros españoles sobre varias de piezas del yacimiento, así como que se entregaban las mismas al acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI para emitir sus informes, por un lado, no se ha documentado tales salidas y entregas de las piezas mediante recibos, albaranes, salidas en libros-registros, fotografías, etc., no constando en soporte documental alguno la fecha de salida de las piezas en la que

supuestamente le fueron entregadas al acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI para tales estudios. Y por otro, tampoco hay constancia alguna de cuándo supuestamente fueron devueltas al yacimiento una vez se llevaran a cabo los análisis y estudios, porque no interesaba a los acusados que quedara constancia de ello, por lo que tan siquiera ha quedado acreditado que las piezas viajaran hasta Francia, y cuando la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales ha solicitado la documentación relacionada con las piezas nada ha encontrado al respecto.

Resulta extraño que no se remitieran desde LURMEN S.L. de forma directa las piezas a los distintos laboratorios, asumiendo los gastos de transporte -cuyos justificantes de portes no constan por ninguna parte- como se venía llevando a cabo en otros supuestos anteriores, pues no hay más que ver entre la documentación obrante en autos presentada con la querella (distintas memorias de diferentes años) que el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA encargaba a distintos laboratorios, entre ellos los de la datación C14, que se llevaba a cabo en un laboratorio holandés; no se ha aportado recibo o albarán de los portes realizados por empresa de transporte alguna o justificante de remisión por correo.

Indicio 3: Siguiendo en la línea anterior, tampoco consta que las piezas arqueológicas entregadas al acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI salieran de España a alguno de los laboratorios de espectroscopia nuclear de CEA-CNRS CE en Francia, bien de Saclay o bien de Toulouse, pues el primero de los laboratorios ha negado por escrito haber realizado los análisis ni tener noticia de ningún trámite respecto de los mismos (folio 9482 del tomo 19, respuesta que era la ya adelantada por correo electrónico obrante a los folios 987 á 999 de los autos, documento núm. 21 de la querella) y respecto del segundo de los laboratorios no se ha practicado prueba alguna a cargo de los acusados, a pesar de afirmar en su declaración el acusado Sr. CERDÁN que los análisis se habían llevado a cabo en los mismos.

Y en cuanto a la posibilidad de que se realizaran en el laboratorio de Toulouse, la defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI afirmó que los llevó a cabo una

persona llamada Vladimir Grinevitch utilizando las instalaciones de los laboratorios de Toulouse, proponiéndole como testigo, así como también le propuso la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA.

Sin embargo, aunque el acusado Sr. CERDÁN declaró como investigado el 15 de octubre de 2009, se desentendió del procedimiento, no personándose en la causa hasta que le fue notificado el Auto de apertura del juicio oral, en mayo de 2018, pero a través del acusado Sr. GIL ZUBILLAGA le fueron requeridos los análisis espectrográficos realizados en el laboratorio francés, sin aportarlos a pesar de ser los análisis en los que fundaba al menos su primer informe, pues como ya se ha indicado en el fundamento jurídico anterior, los únicos análisis que proporcionó y que se realizaron en laboratorios españoles, pero no analizaron ninguna pieza arqueológica con grafitos, resultando que los análisis ADIRONDAK, Centro Tecnológico de Derio (Vizcaya), de junio a julio de 2006, se hacen sobre piezas del yacimiento de Iruña-Veleia de cerámica que no pueden relacionarse con las que fueron objeto de informe por el acusado Sr. CERDÁN, y los análisis por LDI-TOFMS y LIBS realizados en octubre de 2007 por Luis Bañares Morcillo, entre otros miembros de la Universidad Complutense de Madrid y del Departamento de Química Láser del Instituto de Química Física Rocasolano del CSIC, se refieren a dos muestras cerámicas del yacimiento arqueológico de Iruña-Veleia (Álava) sin grafitos, que tampoco coinciden con las informadas por el acusado Sr. CERDÁN.

Desde este Juzgado se ha intentado sin éxito averiguar los datos completos del testigo Vladimir Grinevitch a través de las fuerzas del orden público, así como se ha dirigido por correo electrónico tanto al laboratorio de Toulouse así como al Instituto de Metalurgia y Materiales de Baykov (IMET), sin haber obtenido éxito alguno, manifestando su Letrada en la vista que, dada la edad del testigo podría estar fallecido, pero sin prueba alguna al respecto, ni de la edad ni del fallecimiento.

No obstante, para poder realizar los informes que el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI emitió, respecto de los que giró a LURMEN S.L. dos facturas

correspondientes a dos de ellos, el mismo tenía que haber tenido a su disposición los análisis que dice se realizaron en los laboratorios de Toulouse, resultando extraño que no los aportara cuando fue requerido por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA para presentarlos en la Comisión científico-asesora, y sin embargo, sí entregó a este último unos análisis que no aportaban nada a la autenticidad de los grafitos, los ya citados practicados por ADIRONDAK y personal de la Universidad Complutense de Madrid y del Departamento de Química Láser del Instituto de Química Física Rocasolano del CSIC.

Y en este sentido, de acuerdo con los principios procesales "onus probandi incumbit qui decit non qui negat" y "afirmati non neganti incumbit probatio, negativa non sinut probanda" (STS. 18.11.87, 29.2.88), cito el **Auto del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2002**, cuyo contenido en relación con el "onus probandi" ha sido reproducido por la sentencia de la **Audiencia Provincial de Gran Canaria núm. 22/2019, de 27 de enero** (ROJ: **SAP GC 2188/2019-ECLI:ES:APGC:2019:2188**), dictada en el recurso núm. 310/2019, de la que es **Ponente** el Ilmo. **Sr. D. Miquel Ángel Parramon i Bregolat** y : *"la doctrina procesal sobre la carga de la prueba obliga a cada parte a probar aquello que expresamente alegue, por lo que, así como sobre la acusación recae el "onus" de probar el hecho ilícito imputado y la participación en él del acusado, éste viene obligado, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, a probar aquellos hechos impeditivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo imputado y probado, hechos impeditivos que es insuficiente invocar sino que debe acreditar probatoriamente el que los alegue, pues no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de extinción de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas.*

Una cosa es el hecho negativo, y otra distinta el impeditivo, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho que, aún acreditados aquéllos, impida sus efectos punitivos, pues esto debe probarlo quien lo alega ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el "onus probandi" de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que probados el hecho y la participación en él del acusado que es la carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuricidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente

de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos (sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 15 de Febrero de 1.995).

En otras palabras, la defensa no debe limitarse a adoptar un posicionamiento meramente pasivo o de mero rechazo de la acusación, sino que debe intervenir activamente en relación a la acreditación de aquéllos hechos que pueden favorecer sus pretensiones".

La **Audiencia Provincial de Álava**, sección 2 penal, en **sentencia núm. 332/2015, del 09 de noviembre**, entre otras (ROJ: SAP VI 771/2015 - ECLI:ES:APVI:2015:771), dictada en el recurso núm. 9/2015, siendo **Ponente** el Ilmo. **Sr.** D. José Jaime **Tapia Parreño**: *"...debiendo tenerse presente que, como tiene reiterado esta Sala Segunda del Tribunal Supremo -por todas S. 9.10.99- la carga de la prueba obliga a cada parte a probar aquello que expresamente alegue, por lo que, así como sobre la acusación recae el onus de probar el hecho ilícito imputado y la participación en él del acusado, y la participación en él del acusado, éste viene obligado, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, a probar aquellos hechos impeditivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo imputado y probado, hechos impeditivos que es insuficiente invocar sino que debe acreditar probatoriamente el que los alegue, pues no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado, y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de exención de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas, ya que la prueba de su existencia recae sobre el acusado, de acuerdo con los principios procesales "onus probandi" incumbit qui decit non qui negat" y "affirmati non neganti incumbit probatio, negativa non sinut probanda", STS. 18.11.87, 29.2.88, en las que se afirma que la presunción de inocencia no puede recaer sobre algo en principio anormal, cual es una circunstancia de imputabilidad, siendo igualmente doctrina jurisprudencial la de que las circunstancias modificativas han de surgir de la declaración de hechos probados y han de tener tan notoria claridad y evidencia como el hecho mismo, sin que puedan fundarse en conjeturas y presunciones (SSTS. 12.4.95, 23.10.96).*

Y la sentencia de la **Audiencia Provincial de Guipúzcoa**, Sección 3, **núm. 266/2019 del 13 de diciembre** (ROJ: **SAP SS 1316/2019**- ECLI:ES:APSS:2019:1316) dictada en el recurso núm. 3137/2019, de la que es **Ponente** la Ilma. **Sr^a.** D^a. Juana María

Unanue Arratibel: *"Una cosa es el hecho negativo , y otra distinta el impeditivo, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho que, aún acreditados aquéllos, impida sus efectos punitivos, pues esto debe probarlo quien lo alega ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el " onus probandi" de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que probados el hecho y la participación en él del acusado que es la carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuridicidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos (SSTS de 9 y 15 de febrero de 1995).*

En otras palabras, la defensa no debe limitarse a adoptar un posicionamiento meramente pasivo o de mero rechazo de la acusación, sino que debe intervenir activamente en relación a la acreditación de aquéllos hechos que pueden favorecer sus pretensiones, en virtud de los principios procesales"" onus probandi" incumbit qui dicit non qui negat" y "afirmanti non neganti incumbit probatio, negativa non sun probanda", y menos aún en el caso que nos ocupa en el que se trataba nada y nada menos que de la exclusión del elemento subjetivo del tipo penal aplicado".

En sentencia del T.S. de 5 de noviembre de 2.014 que: "Sin embargo no es lo mismo alegar frente a la actividad acusatoria hechos negativos que hechos impeditivos. La negación de unos hechos que corresponde probar a la acusación no es lo mismo que la introducción de unos hechos que, aun acreditados los que sustentan la acusación, eliminan la antijuridicidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad criminal derivada de esos hechos típicos que se probaron haber sido cometidos por el acusado".

Y dado que el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI es quien ha afirmado que los análisis los llevó a cabo una persona que ha identificado como Vladimir Grinevitch en las instalaciones del laboratorio de espectroscopia nuclear de CEA-CNRS CE de Toulouse en Francia y que ello podía eliminar la antijuricidad de su conducta, dotando de veracidad sus informes, debió aportar en primer término los análisis en cuestión y facilitar los medios para su interpretación, con lo que su aserto hubiera quedado probado, pero ha optado por no presentarlo, y no ha probado que los análisis se realizaran en los laboratorios de Toulouse ni que el Sr. Grinevitch utilizara sus instalaciones para llevarlos a cabo, ni tampoco ha facilitado datos suficientes del propio Sr. Grinevitch para poder localizarle y ser citado como

testigo, de quien muy oportunamente ignora dato alguno, a pesar de que según la versión del acusado Sr. Cerdán, si fue quien hizo los análisis, tuvo que enviarle a Toulouse y confiarle varias piezas arqueológicas para su análisis espectrográfico, y ello hasta en tres ocasiones distintas, puesto que se han hecho tres informes por el acusado Sr. Cerdán Casilari. Sin embargo, no consta justificante de comunicación alguna con el Sr. Grinevitch ni justificantes de envío de las piezas al mismo, prueba que hubiera resultado al menos indiciaria de que éste realizó algún análisis sobre las piezas, dado que la prueba directa de su testimonio tampoco se ha facilitado.

Por el contrario, ante los requerimientos de la Comisión Científico-Asesora, el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI facilitó a ésta a través del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA un disco que contenía una información que no era posible interpretar, y respecto del que el experto de la Comisión Científico-Asesora Juan Manuel Madariaga Mota manifiesta en su informe (obrantes a los folios 1782 á 1812, tomo 3 de los autos) que recibió un conjunto de archivos informáticos sin ninguna explicación ni guía para su interpretación que permitiese extraer la información tratable por terceros.

Y a pesar del tiempo transcurrido desde dicho informe, fechado en noviembre de 2008, informe éste del Sr. Madariaga perfectamente conocido por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, ante las sospechas de falsedad de los grafitos, citado acusado no ha interesado al también acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI que aportara la información de forma legible, ni tampoco lo ha hecho este último por propia voluntad, a pesar de que también ha contado con tiempo suficiente desde que le fue notificado el auto de apertura de juicio oral hasta el inicio del juicio el 2 de febrero de 2020, en el trámite previsto en el art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y también durante toda la tramitación de la causa, pues aun cuando no se personara en la misma hasta la apertura del juicio oral, tuvo conocimiento de la misma, pues no en vano declaró como imputado y no recibió ningún Auto de sobreseimiento. Y ello, a diferencia de lo que sucedió en otros procedimientos que el mismo acusado tuvo (folios 15792 á 15794, Auto de 25 de agosto de 2008 resolviendo recurso de reforma contra Auto de sobreseimiento de 29 de mayo de 2008, dictado en las diligencias previas núm. 3302/2007 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Vitoria-Gasteiz,

dimanantes de la denuncia presentada contra el ahora acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI y otra persona que no es parte en este procedimiento, por el Alcalde y dos concejales de Eusko Alkartasuna del Ayuntamiento de Legutiano, por lo que el acusado tenía conocimiento de que esta causa seguía tramitándose.

En relación con el **indicio 4**, en los análisis realizados por los laboratorios de ADIRONDACK (folios 1079 á 1098 y vuelto de los autos) no se identifican las muestras analizadas como pertenecientes al yacimiento arqueológico de Iruña-Veleia, resultando que obra en autos un correo electrónico al folio 1076 de los autos, fechado el 3 de marzo de 2009, en el que se indica que el laboratorio ADIRONDACK realizó esta serie de análisis "sobre materiales entregados a personal de su empresa en las instalaciones de Iruña Veleia por D. Eliseo Gil, Doña Idoia Filloy y D. Rubén Cerdán" y consistían en fragmentos de cerámica y vidrio, identificados mediante letras y números, comenzando la responsabilidad del laboratorio en el momento que se reciben las muestras para su ensayo; que los ensayos realizados fueron destructivos, aspecto conocido por los gestores de Iruña Veleia, y que el laboratorio ADIRONDACK únicamente emite resultados analíticos, sin entrar a valorar los mismos ni tampoco es responsable de las conclusiones que terceros hayan realizado basándose en sus análisis. Los trabajos realizados en ADIRONDACK lo fueron sin ánimo de lucro, por lo que el destinatario que aparece reflejado en el informe es el Opto. de Proyectos de Adirondack SL.

Y en cuanto a los análisis llevados a cabo por miembros del CAI de Espectroscopia Multifotónica y de Femtosegundo (UCM) y Departamento de Química Láser (Instituto de Química Física Rocasolano (CSIC) (folios 1103 á 1109 de los autos), lo fueron, según se expresa en el propio informe, en concepto de análisis preliminares de dos muestras de cerámica del yacimiento arqueológico de Iruña-Veleia, empleando las técnicas LDI-TOFMS (Laser desorption ionization-Tirne-of-Flight Mass Spectrometry) y LIBS (Laser Induced Breakdown Spectroscopy) con el fin de evaluar las posibilidades de caracterización de las mismas con estas técnicas láser, con dos muestras escogidas al azar: la número 1, fragmento de Terra Sigillata Hispánica (T.S.H) de la U.E- 51144, y la número 17, fragmento de cerámica modelada de la U.E. 7013, habiendo indicado el testigo Luis Bañares Morcillo en el plenario que no se trató de un encargo, sino un análisis informal, por el que no se cobró

porque era un experimento. Reconoce que los análisis se llevaron a cabo sobre piezas cerámicas sin grafitos que no tenían valor, pues las técnicas de láser son invasivas, producen daño, ablación. Asimismo, manifiesta el testigo Sr. Bañares que el análisis no fue concluyente, no hubo evidencias de cambio de material por un problema de la propia técnica.

En cuanto al **indicio 5**, las acusaciones han dado por reproducido el correo electrónico remitido con fecha 27 de febrero de 2009 por Fast Com Tec, suscrito por Wolfgang Wilhelm (folios 994 y 1019 del tomo 2, y folio 1821 del tomo 3 de la causa), con traducción de SEPROTEC al folio 16812 del tomo 35 de los autos, que fue solicitada por la acusación particular ante la expresa impugnación de su traducción por parte de la defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI en su escrito de defensa (párrafo cuarto de la página 5 de 9 del mismo, folio 15577 del tomo 33 de los autos) y también fue solicitada tal traducción por la propia defensa de citado acusado en su escrito de defensa.

El testimonio de Wolfgang Wilhelm había sido solicitado por ambas defensas, quienes renunciaron a tal testimonio, sin que el Ministerio Fiscal ni la acusación particular le hubieren propuesto en sus escritos de conclusiones provisionales ni tampoco en el momento procesal previsto en el art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habiendo dado por reproducido como prueba documental el correo electrónico tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular, así como también la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, conclusión 4ª, en la que se designan, entre otros, los folios 1114 á 1981, en los que se encuentra comprendido el folio 1821 del tomo 3 de los autos, que es la carta del Sr. Wilhelm indicando la identidad de los espectros localizados en los folios 62 á 67 del primer informe del acusado Sr. CERDÁN.

Dicho documento también se da por reproducido por la defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, aunque no ha propuesto en su escrito de defensa como prueba documental los folios indicados, no lo ha impugnado expresamente, y lo ha propuesto como prueba documental, pues su copia se encuentra entre los folios 895 á 1109 de los autos, documental que en el momento procesal ha dado por reproducida, pues en citados folios se

encuentran los correos cruzados entre la Diputada D^a. Lorena López de la Calle y los laboratorios franceses de SACLAY para averiguar si en los mismos se realizaron los análisis, así en el folio 994 obra una copia de la carta que Wolfgang Wilhelm respondiendo en nombre de la empresa Fast Com Tec a la cuestión de la copia del archivo EXEMPLE.SPE con fecha 27 de febrero de 2009 en un informe del Sr. Cerdán, copia que se remite como archivo adjunto en un correo electrónico dirigido al Sr. Millet. Y la defensa del acusado Sr. Cerdán no ha impugnado la traducción del documento realizada por SEPROTEC y que obra al folio 16812 de las actuaciones.

Por tanto, el documento que nos ocupa, obrante tanto al folio 994 como al folio 1020 del tomo 2 y al folio 1821 del tomo 3 de los autos, y cuya traducción realizada por SEPROTEC obra al folio 16812 del tomo 35 de las actuaciones, es una prueba documental que no ha sido impugnada de forma expresa por ninguna de las defensas en el momento procesal oportuno, bien en el escrito de defensa, bien en el momento de cuestiones previas al juicio en la sesión del día 2 de febrero de 2020, o en el momento procesal en que debieron pronunciarse sobre la prueba documental, tras la práctica de las restantes pruebas, el día 18 de febrero de 2020.

Si bien, la defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI ha impugnado de forma indirecta el documento, presentado una prueba pericial para acreditar que las páginas 62 á 67 de su primer informe no coinciden con el archivo que puede descargarse desde la página Web de Fast Com Tec.

La defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI respecto de los espectros de dichas páginas, que las acusaciones han afirmado en su escrito de acusación que son copia del archivo EXEMPLE.SPE existente en la página Web de la mercantil Fast Com Tec, ha aportado un informe pericial emitido por la Ingeniera de Telecomunicaciones especialista en telecomunicaciones, sonido e imagen, así como Máster en Ciberseguridad e Informática Forense D^a. Ainoa Celaya Luna, quien ha comparecido para su ratificación en el plenario, que ha estudiado las firmas hash para compararlos, afirmando que la firma hash sirve para

comparar archivos de datos, es la forma elegante o matemática con la que se puede comprobar cualquier archivo o dato de texto o cadena de caracteres de escritura fija.

Aclara en el plenario dicha perito que los archivos que tenía que comparar le llegaron por correo electrónico, y el otro archivo se encuentra en un servidor en el extranjero donde no se puede modificar, y descargó este último. Ha podido realizar la firma hash de los dos archivos, y afirma que no coincide, y que es distinto del que está en el servidor, no coinciden las firmas.

Aclara también que utiliza el algoritmo SHA1 y no el SHA256, porque el primero es rápido y la salida es corta, mientras que con el segundo la cadena hubiera sido más larga y farragosa, aunque reconoce que en 2017, Ingenieros de Google, tras operaciones muy complicadas, consiguieron que dos archivos distintos dieran una misma firma SHA1, pero considera que aunque se rompe la seguridad criptográfica, la firma SHA1 sigue siendo válida, y que la utilizan las fuerzas de seguridad del Estado; también está rota la seguridad del algoritmo SHA5, pero el SHA256 no lo está y concluye que las gráficas del archivo no son iguales que las del servidor.

Preguntada si una coma o un espacio en blanco en el archivo ya supone que es diferente, responde que sí, pues los hash serían diferentes, no entrando a analizar la relevancia de la información contenida en los archivos porque está fuera de su competencia.

Preguntada sobre la fecha de medida, ya que aparece en el informe "time info 10-31-1990 10:16:0" cuando el informe es de 2006, desconoce si se refiere a la fecha de calibración del aparato, pero lo cierto es que estas misma cifras coinciden con las que figuran en el ejemplo del Software de GANAAS proporcionado por la empresa FAST COM TEC, como puede comprobarse en la página que figura al folio 16678 del tomo 35 y su traducción al folio (17360 del tomo 36 de los autos), obrando impresos los espectros a los folios 16671 á 16678 de los autos del tomo 35 y nuevamente la carta del Sr. Wilhelm al

folio 16669, documental que no ha sido impugnada por las defensas, y compruebo la coincidencia de la última página del primer informe con fecha marzo-abril de 2006 del Sr. Cerdán obrante al folio 962, tomo 2 de los autos, con la traducción realizada por SEPROTEC de la respuesta dada por FAST COM TEC en relación con el Software GANAAS, folio 17360, tomo 36 de los autos, en cuanto a lo que se ha intentado considerar que era la calibración del aparato, pero que en realidad hace referencia a la fecha de inicio de la prueba en inglés: 31 de octubre de 1990, a las 10:16 horas, lo que confirma la falsedad del informe.

Por su parte, la acusación particular aportó igualmente informe pericial del Ingeniero en Informática D. Álvaro Pérez Rodríguez, quien lo ratificó en el plenario, que se ha dedicado a seguridad perimetral, centro de cálculo, redes, estructura, y a preguntas de la acusación particular manifiesta una pequeña diferencia en uno de los archivos comparados arrojaría un resultado diferente, y aunque por la perito Sr^a. Celaya se ha hecho la comparación entre el resultado de ambos archivos con la función hash, no se ha entrado a valorar el contenido de los archivos, que desde el punto de vista informático serían iguales aunque uno de ellos tuviera un punto más.

Considera el perito Sr. Pérez que se ha utilizado el algoritmo SHA1 que no es una herramienta adecuada porque es vulnerable desde 2011, 2012, por lo que él no la utilizaría.

A preguntas de la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA manifiesta que no ha analizado los archivos porque no ha tenido acceso a los mismos, y que el alcance de su informe es valorar el de la perito Sr^a. Celaya. Si las diferencias entre un archivo y otro son pequeñas, como un espacio en blanco, no se apreciarían a simple vista.

A preguntas de la defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI responde que con SHA1 ya no se pueden garantizar los hash.

Es cierto que las defensas de los acusados renunciaron a la testifical del testigo

Wolfgang Wilhelm, pero también lo es que -como ya se ha dicho- no se ha impugnado de forma directa y expresa el documento consistente en la respuesta dada por el mismo acerca de la coincidencia de los archivos proporcionados por RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI y utilizados para realizar el primero de sus informes, páginas 62 a 67 (gráficos que aparecen en los folios 957 á 962 de los autos) ni tampoco se ha impugnado su correspondiente traducción del inglés realizada por SEPROTEC, por lo que valorando que dicho documento ha sido remitido por una persona que no está relacionada con los hechos de forma directa ni indirecta y sobre la que no se ha alegado ni menos aportado dato alguno que suponga que la misma tenga algún interés espurio en el procedimiento, se considera por esta juzgadora dicho documento una prueba documental veraz, suficiente y adecuado para acreditar la identidad de los espectros que figuran en las páginas 62 á 67 (no coinciden con la numeración del informe pero sí si se contabilizan las páginas, y se encuentran en los folios folios 957 á 962 del tomo 2 de los autos) con los que obran en el archivo indicado por el Sr. Wilhelm en su carta (carta que figura, como ya se ha dicho, a los folios 994 y 1020 del tomo 2, y folio 1821 del tomo 3 de la causa), y la traducción de la misma realizada por SEPROTEC, al folio 16812 del tomo 35 de los autos).

A ello hay que añadir que en uno de los gráficos, obrante al folio 962 de los autos, como se puso de manifiesto en el plenario a preguntas a la perito Sr^a. Celaya, figura una fecha de calibración que es próxima a la fecha desde la que aproximadamente se dice por el Sr. Wilhelm en el documento analizado que se puso a disposición en su página Web el software (1991), que a la fecha en la que se dice por el acusado Sr. Cerdán que se llevaron a cabo los análisis, teniendo en cuenta que la fecha del informe es de marzo-abril de 2006, no resultando creíble que se realice una prueba en el año 2006 con un aparato calibrado en 1990, es decir, casi 16 años después.

En cuanto a la impugnación indirecta de dicha documental a través de la prueba practicada por la perito Ingeniera de Telecomunicaciones Sr^a. Celaya, esta juzgadora considera que de dicha prueba pericial no ha resultado acreditada la diferencia entre los archivos, el de la página Web -EXEMPLE.SPE- y los aportados por el acusado Sr. CERDÁN, pues por un lado la prueba no se ha realizado haciendo la comparación directamente con los archivos del Sr. CERDÁN que obran en las actuaciones con el archivo EXEMPLE.SPE que de la página Web de Fast Com Tec, sino que ha sido la propia parte interesada, es decir, el

acusado Sr. CERDÁN, la que ha remitido a dicha perito el día 9 de enero de 2020 por correo electrónico el archivo adjunto con el nombre AINOA-PERICIAL.7z, que según indica la perito en su informe, contiene tres carpetas con los nombres IRU1, IRU2 e IRU3, y lo expresa así literalmente: "Según se indica a la perito, estos archivos proceden directamente del CD que consta en el sumario del procedimiento". "Para demostrar la integridad de los archivos, éstos vienen acompañados de dos ficheros de texto -que contienen las firmas digitales hash SHA-1 de los archivos contenidos en las carpetas IRU1 e IRU2".

Sin embargo, no se indica quién ni cómo se han obtenido las firmas digitales hash SHA1 de tales archivos, tarea que no se ha encomendado a la propia perito ni se explica el proceso seguido, sino que los archivos de texto con las firmas que presentaban le fueron proporcionados por la parte a quien interesaba la prueba, a pesar de que, como se ha dicho, pudo solicitar la remisión directamente a la perito desde la propia oficina judicial, con la garantía la garantía de una fedataria pública, cual es la Letrada de la Administración de Justicia, lo que no hizo, y por tanto, falta la verificación de que los archivos con los que se ha hecho la comparación son los mismos que obran en las actuaciones, verificación que tampoco se solicitó en el plenario, a pesar de haber comparecido en el mismo la perito Sr^a. Celaya para ratificar y aclarar su informe.

Por ello, estimo que no existe garantía de que sean los mismos archivos o de que se haya añadido un punto o un simple espacio en ellos, de forma que se hubiera hecho variar la firma hash y así ésta fuese distinta de la del archivo que puede descargarse de la página Web de Fast Com Tec, máxime cuando se ha reconocido por ambos peritos -tanto la de la defensa del acusado Sr. CERDÁN, como el de la acusación particular- que dicha firma sería diferente de haberse realizado esta pequeña variación en alguno de los archivos.

Pero, además, los archivos presentados por el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI que fueron aportados a las actuaciones ya podían tener esa pequeña variación tan sencilla, un espacio, un punto, una coma... no habiéndose propuesto ni practicado otra prueba diferente de la comprobación de la firma del archivo, es decir, una prueba sobre su interpretación, que hubiera servido para contradecir la identidad de espectros entre los que figuran en el informe de marzo-abril de 2006 del acusado Sr. CERDÁN y los del archivo

EXEMPLE.SPE.

En conclusión, no considero acreditado que los espectros que figuran en el informe de marzo-abril de 2006 emitido por el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI y que figuran en los folios 957 a 962 del tomo 2 de la causa sean diferentes de los que podían descargarse del archivo EXEMPLE.SPE desde la página Web de la mercantil Fast Com Tec.

En cuanto al **indicio 6**, me remito a lo ya expresado en el apartado relativo al delito continuado de falsedad en documento privado cometido por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, en el que se analiza la prueba del Instituto de Patrimonio Cultural de España, en aras de evitar reiteraciones innecesarias, y en el que concluyo que ha quedado probada la falsedad de los grafitos de las piezas analizadas por el mismo, entre las que se encuentran algunas piezas que le fueron entregadas por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA al acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, las señaladas con los núms. 1139, 11305, 11459, 12108, 11709, 12048, 13368, 13371 y 17050 y respecto de las informé -junto con otra serie de piezas más- en los dos primeros informes de los tres que este último acusado emitió afirmando la continuidad de pátina tanto en los soportes y en los surcos de los grafitos que el mismo llevó a cabo.

La defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI ha afirmado que los análisis que ha llevado a cabo no son análisis de datación, y que cuando la Diputada D^a. Lorena López de la Calle preguntó mediante correo electrónico a los laboratorios de Saclay si habían realizado los análisis, la pregunta que se les hizo fue errónea porque hacía referencia a la datación. Dichos laboratorios respondieron mediante carta que obra al folio 9482 del tomo 19, respuesta que era la ya adelantada por correo electrónico (folios 987 á 999 de los autos, documento núm. 21 de la querella), apreciándose sin embargo por esta Juzgadora al analizar dicha documentación que la pregunta fue correctamente formulada, sin inducir a error al destinatario del laboratorio de SACLAY y proporcionando además al mismo la posibilidad de consultar los informes del acusado Sr. CERDÁN a través de la página Web alava.net, según se hizo constar en el correo electrónico remitido por la Sr^a. López de la

Calle.

Y aunque, efectivamente, los análisis no iban dirigidos a concretar la edad del soporte y de los grafitos, sí que iban dirigidos a conseguir una datación al menos relativa, e incluso se consideró una forma de datación, que tenía como objetivo comprobar si la pátina que recubre el soporte de cerámica (o de otro material, como en el tercer informe, en el que se analizó una pieza de hueso y otra de piedra) era coetánea con la pátina que presentan los surcos que conforman las letras y epigramas, de manera que pudiera concluirse que la pátina era continua y, por tanto, se había formado de forma simultánea tanto en el soporte como en el surco del grafito, y por tanto, que el grafito es de la misma época que el soporte que lo contiene.

Obra a los folios 987 y 988 del tomo 2 de la causa la respuesta en francés y su traducción, que no ha sido impugnada expresamente por las defensas, en la que el Director del CEA Saclay responde que no han encontrado rastro de los análisis ni los interlocutores CEA o CNRS que pudieron seguir ese tema, texto que se reproduce en la carta que obra a los folios 9482 y 9485 del tomo 19 de la causa, carta en la que igualmente se indica que no han encontrado rastro de los análisis de muestras arqueológicas encargados por alguno de los dos acusados o por LURMEN S.L. entre los años 2005 y 2007.

El **indicio 7**, la facturación realizada por el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI a LURMEN S.L. respecto de dos de los tres informes elaborados por aquél, resulta acreditada por la documental obrante en autos, folios 1017 y 1063 del tomo 2 de los autos, facturas que se emiten por importes respectivos de 5817,40 € y 5888,30 € con IVA incluido y una retención de 874,50 €, y cuyo concepto es: "ANALISIS E INTERPRETACION ANALITICA DE GRAFITOS SOBRE SOPORTES DE CERAMICA Y HUESO PROCEDENTES DEL YACIMIENTO DE IRUÑA-VELEIA (ALAVA)".

Resulta probado que se emiten estas dos facturas incluyendo "análisis e interpretación analítica de grafitos" a pesar de que los dos únicos análisis aportados a las actuaciones han sido realizados sin ánimo de lucro, como ya se ha indicado en apartados anteriores, y así lo han reconocido tanto el laboratorio ADIRONDACK por escrito como por

uno de los expertos que intervino en los análisis realizados en colaboración de la Universidad Complutense de Madrid y el Instituto Rocasolano del CSIC, el Sr. Bañares, por lo que, aunque el acusado Sr. CERDÁN no había soportado gasto alguno -siquiera se aportan los de los portes de las piezas hasta y desde dichos laboratorios-, y además, como ya se ha dicho, no se ha probado que se hayan realizado análisis en los laboratorios franceses de espectroscopia nuclear de CEA-CNRS CE de Saclay ni de Toulouse, ni que se hayan realizado por Vladimir Grinevitch, no aportándose tampoco facturas acreditativas del coste de tales análisis ni tampoco de los portes hasta y desde tal laboratorio, un albarán de entrega, correos electrónicos cruzados con Vladimir Grinevitch, o similar. Y a pesar de que los informes del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI eran falsos, ya que no había análisis alguno que interpretar.

Y el **indicio 8** resulta probado igualmente por la documental, obrante a los folios 1012 á 1017 del tomo 2, y 16083 y 16084 del tomo 34 respecto de la primera de las facturas giradas por LURMEN S.L. a la Diputación Foral de Álava y su pago, y folios 1061 á 1063 del tomo 2, y 16085 á 16088 del tomo 34.

B. Conclusiones sobre la autoría y su prueba.

Y teniendo en cuenta los indicios que se han declarado probados, resulta acreditado que los acusados ELISEO GIL ZUBILLAGA y RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI ya se conocían con anterioridad a los hechos a través de la ex esposa y socia del primero de ellos, la cual colaboró en algún libro con el segundo, y además como ha manifestado el propio ELISEO GIL ZUBILLAGA en su declaración en el plenario, el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN le fue presentado en un acto de la Diputación Foral de Álava como persona experta para realizar analíticas que pudieran ayudar a datar las piezas arqueológicas.

Y de tales indicios resulta que el grado de confianza entre ambos acusados era tal, que el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA entregó a las piezas arqueológicas sobre las que se iban a realizar análisis y estudios a RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI sin documentar

dicha entrega de modo alguno, a pesar del extraordinario valor que el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA otorgaba a dichas piezas que consideraba extraordinarias. Y lo cierto es que algunas piezas -no las que son objeto luego de los informes de éste último- sí llegaron a ser analizadas por laboratorios españoles (ADIRONDACK S.L. y análisis colaborativo entre la Universidad Complutense de Madrid y el Instituto Física y Química Rocasolano del CSIC), lo que tampoco se documentó, obviando inscribir en algún registro la salida de las piezas, recoger un recibo, o algún tipo de garantía. De las piezas objeto de los informes del acusado Sr. CERDÁN no hay constancia del periplo que sufrieron, aparte de los informes emitidos por el mismo sobre la continuidad de su pátina.

Según tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando al respecto, entre otras muchas, la sentencia de dicho Alto Tribunal núm. 68/2018, de 7 de febrero (ROJ: **STS 1155/2018** – ECLI:ES:TS:2018:1155), dictada en el recurso núm. 295/2017, de la que es Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre: *“El engaño en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error desencadenante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.*

Y respecto a este elemento del tipo que se integra en el delito de estafa que estoy analizando, ambos acusados, plenamente conscientes de la falsedad de los grafitos, a sabiendas de que los mismos habían sido ejecutados por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA o por otras personas a su encargo, urdieron la elaboración de unos falsos informes con los que dotar de trazabilidad a las piezas que presentaban los denominados grafitos extraordinarios que se habían hallado durante el proceso del lavado y presentarlos en junio de 2006 como auténticos y acallar las voces de los arqueólogos de LURMEN S.L. Sres. Apellániz, Crespo y Berjón, que habían empezado a mostrar su discrepancia por la ausencia de documentación gráfica de los grafitos y su extrañeza ante la aparición de los mismos durante el lavado.

Y de la falsedad de los grafitos era consciente tanto el acusado ELISEO GIL

ZUBILLAGA como el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, entrando éste último en el juego de la falta de transparencia por la que se venía caracterizando el proceso de las piezas extraordinarias por parte del primero, y confabulándose con él para darles tal apariencia sin realizar análisis alguno de las mismas, a salvo de unos periféricos que nada tenían que ver con las piezas objeto de autos, al carecer de grafitos, y que se ignora qué finalidad real tenían, pues los análisis del laboratorio ADIRONDACK S.L. fueron destructivos, como se informó por dicho laboratorio y, por tanto, su técnica no podía ser utilizada, y los segundos se hicieron sobre piezas que no presentaban grafitos, ignorándose por qué no se realizaron sobre piezas con grafitos, aunque no fueran extraordinarias.

Para conseguir que la Diputación Foral de Álava abonara a LURMEN S.L. unas cantidades, el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA solicitó autorización para realizar unos análisis que no se llevaron a efecto, y facturó a dicha Administración unos falsos informes elaborados por el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI que éste a su vez había facturado a LURMEN S.L. aunque las facturas no correspondían en realidad a análisis ni interpretación alguna de aquellos.

Por tanto, el engaño se urdió utilizando los falsos informes, a cuya falsedad he llegado a través de los indicios antes expuestos, de los que resulta que el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN no encargó análisis de ninguna de las piezas sobre las que afirma en sus informes la continuidad de la pátina del soporte y de los surcos de los grafitos; y ello, porque a pesar de que en el primero de sus informes indica que se llevaron a cabo en los laboratorios de espectroscopia en SACLAY (Francia), y aun cuando luego ha manifestado que se realizaron en TOULOUSE (Francia), y que los hizo una persona de la que únicamente facilita el nombre y un apellido, Vladimir Grinevitch, ninguna prueba se ha llevado a cabo de tales análisis.

Así, los acusados no han aportado análisis alguno realizado en cualquiera de los laboratorios franceses a los que se remiten, no habiendo aportado tampoco -como ya se ha dicho- la factura del laboratorio o de la persona que dicen que los realizó, ni justificantes de

los gastos, tanto de los portes y seguros, como del uso de las instalaciones del laboratorio y de los aparatos del mismo, así como tampoco han aportado correos electrónicos u otro tipo de correspondencia cruzada con dicho laboratorio o con el autor de los supuestos análisis, Sr. Grinevitch.

Para ilustrar sus falsos informes, al menos en lo que se refiere al primero de ellos, realizado en marzo-abril de 2006, RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI acudió a la página Web de Fast Com Tec y descargó de un archivo denominado EXEMPLE.SPE seis espectros que copió en dicho informe para dar la apariencia de que se habían realizado los análisis de las piezas a las que se refería citado informe, remitiéndome, para no ser reiterativa, a la valoración ya realizada "ut supra" de las periciales de la Ingeniera de Telecomunicaciones Sr^a. Celaya y del Ingeniero Informático Sr. Pérez y sobre el hecho de que el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILAR aportara un archivo sin medios para su interpretación, lo que a pesar de conocer, no ha hecho a lo largo de todo el procedimiento.

Dado que fue dicho acusado quien lo aportó, al mismo corresponde que el archivo sea accesible para las demás partes y para esta juzgadora, lo que obviamente no le interesaba, pues, como ya se ha dicho, la prueba propuesta por el mismo se refería a aspectos puramente informáticos, y por ello, los informáticos de la EAT, que fueron consultados por esta Juzgadora ante la negativa de aceptar el cargo del perito Ingeniero Informático D. José Luis Sasiain Buruchaga, designado a través del Juzgado (folios 16941 y 16942 del tomo 35 de los autos), con motivo de que se trata de analizar unos espectros que se obtienen de un software de evaluación Gamma, una imagen que evalúa gráficamente la imagen inicial y que ello excede de la pericia informática, afirmaron que la prueba propuesta excedía de la competencia de un informático, pues era necesario tener otros conocimientos relativos a los espectros para poder interpretar si eran o no idénticos los archivos. En consecuencia, no se ha desvirtuado por la defensa la afirmación de la empresa Fast Com Tec de que los espectros de los folios 62 á 67 del informe de marzo-abril de 2006 del acusado Sr. CERDÁN CASILARI son copia de los que podían descargarse de la página Web de dicha mercantil, y que es uno de los hechos considerado probados en el apartado correspondiente

de esta sentencia.

El acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI facilitó dos series de análisis elaborados por el laboratorio ADIRONDACK S.L. y por expertos de la Universidad Complutense de Madrid y del Departamento de Química Láser del Instituto de Química Física Rocasolano (CSIC) quienes no realizaron análisis alguno sobre las piezas con grafitos del yacimiento de Iruña-Veleia, resultando que los análisis del primer laboratorio fueron destructivos, y los segundos análisis no se llevaron a cabo sobre piezas con grafitos, según aclaró en el plenario el Sr. Bañares.

Sin embargo, estas dos series de análisis, aparte de no poder ser facturadas porque no dieron lugar a gasto alguno que fuese cobrado a LURMEN S.L. o al acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI -habiendo manifestado sus autores que los hicieron sin ánimo de lucro y sin cobrar por los análisis como ya se ha venido resaltando-, y de que tampoco se ha aportado a los autos justificante alguno de gastos generados por tales análisis, nada aportaban a la autenticidad o no de los grafitos, pues como se ha dicho, no tenían como objetivo ninguna de las piezas a las que se refieren las presentes actuaciones ni tampoco al resto de piezas informadas por el indicado acusado.

Por tanto, en el segundo de los informes facturado por el acusado SR. CERDÁN CASILARI, realizado en julio-octubre de 2006, y que lleva por título "Análisis de pátina de deposición superficial de contaminantes en muestras arqueológicas de cerámica común, T.S.H. y ladrillo", tampoco había análisis alguno que interpretar. En dicho informe, aunque se supone que se interpretan también espectros consecuencia de unos análisis espectroscópicos realizados, no se recoge referencia alguna a laboratorio alguno que hubiera llevado a cabo tales análisis. Nuevamente, se aprecia la ausencia de justificantes de gastos de transporte, de la correspondencia con los laboratorios que hubieran realizado los análisis, del registro de la salida y entrada de las piezas con fechas concretas, y del recibo de recepción de las mismas por el acusado Sr. CERDÁN CASILARI, por lo que igualmente considero que ha quedado acreditado que, al igual que en el primero de los informes de

dicho acusado, en este segundo informe nunca llegaron a realizarse análisis espectroscópicos de las piezas informadas en el mismo.

Respecto al elemento del tipo del delito de estafa, consistente en el ánimo de lucro ilícito, éste se aprecia en ambos acusados, estos, aprovechando que la Diputación Foral de Álava corría con los gastos de los análisis de las piezas arqueológicas del yacimiento de Iruña-Veleia, se pusieron de acuerdo para cobrar la cantidad total de 12.490,20 euros € a la Diputación Foral de Álava, que no podía sospechar la falsedad del concepto de las facturas por no haber analítica alguna que interpretar.

Así, convinieron en que el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI facturase a LURMEN S.L. los falsos informes por éste elaborados, emitiendo dos facturas a dicha mercantil, que, a su vez, giró a la Diputación Foral de Álava dos facturas por el mismo importe, incluyendo en una de ellas la retención que LURMEN S.L. había realizado al acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN.

Y por la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA se ha apuntado durante el proceso que LURMEN S.L. se limitó a repercutir a la Diputación querellante mediante las dos facturas presentadas a la misma las facturas que, a su vez, le había girado el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI a LURMEN S.L., figurando dichas facturas en su contabilidad, según ha declarado el testigo Iker Filloy Nieva, y que por tanto no ha obtenido lucro alguno.

Pues bien, por un lado, no consta justificante alguno mediante soporte documental distinto de la contabilidad de la mercantil LURMEN S.L. en la que se introdujeron las facturas, no habiéndose aportado a la causa justificante de pago alguno: transferencia, cargo bancario, recibo, etc. por lo que no considero suficiente la contabilidad de la mercantil, en la que los apuntes provienen de la información que al Sr. Filloy le proporcione la misma a través de sus administradores sociales, entre los que se encuentra el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, y por otro lado, no es necesario que el beneficio sea para él a

través de LURMEN S.L. o para un tercero, en este caso el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, como tiene declarado reiterada jurisprudencia, pues como nos recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, la núm. 481/2013, de 5 de junio (ROJ: **STS 3110/2013** - ECLI:ES:TS:2013:3110) dictada en el recurso núm. 1791/2012, de la que es Ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez De Luarca, y la sentencia núm. 492/2014, de 10 de junio, (ROJ: STS 3571/2014- ECLI:ES:TS:2014:3571), dictada en el recurso núm. 2224/2013, de la que es Ponente la Excmo. Sr^a. D^a. Ana Maria Ferrer García, el ánimo de lucro que existe cuando el autor pretende alguna clase de beneficio, ventaja o utilidad, para sí o a para un tercero, de forma que es indiferente que su finalidad sea lucrarse personalmente o que busque un beneficio o ventaja para otro.

Y en cuanto al desplazamiento patrimonial provocado, también elemento del tipo en el delito de estafa, en el caso que nos ocupa, casi sin solución de continuidad, y como se ha dicho, de forma simultánea a la autorización para los análisis, el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA también solicitó a la Diputación Foral de Álava el pago de dichas facturas, las cuales abonó a LURMEN S.L. dicha Administración, produciéndose así un desplazamiento patrimonial desde las arcas de la citada Administración a las de LURMEN S.L., que no se hubiera producido de conocer la Diputación querellante que los informes facturados eran falsos.

En consecuencia, en el presente supuesto se integran todos los elementos del tipo para concluir que los hechos realizados por ambos acusados son constitutivos de un delito continuado de estafa, al haberse producido el mismo ilícito en dos ocasiones, una en mayo de 2006 y la segunda en noviembre de 2006, y ello en concurso con un delito de falsedad en documento privado que ha quedado absorbido por aquél, habida cuenta de la jurisprudencia aplicable al supuesto de concurrencia de delito de falsedad en documento privado con delito de estafa, como ya se motivó en el fundamento jurídico primero de la presente resolución; falsedad de los informes utilizados por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA como señuelo para conseguir el desplazamiento patrimonial ilícito a favor de LURMEN S.L. y por medio de la misma, a favor del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, a sabiendas por parte de ambos de la falsedad y puestos de acuerdo para

obtener su beneficio ilícito, como se ha indicado anteriormente, motivo por el que se ha destruido su presunción de inocencia y ha de dictarse una sentencia condenatoria.

TERCERO.- De la prescripción de los hechos constitutivos de ilícito penal.

Anunciando con carácter previo que no se consideran prescritos los hechos objeto de acusación, refiriéndome tanto al delito continuado de falsedad en documento privado en concurso con una falta continuada de daños sobre el patrimonio, como al delito continuado de estafa en concurso con un delito de falsedad en documento privado, se procede a la motivación de tal decisión:

En el trámite de cuestiones previas se ha alegado por las defensas de los acusados ELISEO GIL ZUBILLAGA y RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI la prescripción del delito continuado de estafa en concurso con falsedad documental, resultando por esta juzgadora que se derivó dicha cuestión para su resolución a la sentencia, y ello a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que es exponente –por todas- la reciente sentencia núm. 31/2020, de 4 de febrero (Roj: STS 284/2020-ECLI:ES:TS:2020:284), dictada en el recurso núm. 2307/2018, de la que es ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo De Porres Ortiz De Urbina, en cuyo fundamento jurídico SEGUNDO, respecto del instituto de la prescripción y el momento procesal adecuado para la resolución sobre tal alegación, así como sobre la posibilidad de apreciarse de oficio, se expresa: *"El Tribunal Constitucional ha declarado que la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra su fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal. Dicho instituto, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica', si bien, por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso Stubbings, § 46 y ss), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar -delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo- afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados" (SSTC STC 195/2009, 28 de septiembre, 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3, y 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2).*

Desde antiguo esta Sala viene diciendo que la prescripción puede ser apreciada de oficio en

cualquier momento del proceso. En efecto, en la STS de 18/12/1991 indicamos que la prescripción "puede resolverse como cuestión previa por auto de sobreseimiento libre" y en sentencias anteriores (SSTS de 1 de febrero de 1968, 22 de febrero de 1985, 21 de septiembre de 1987, 25 de abril de 1988 y 2 de diciembre de 1989) dijimos que la prescripción puede apreciarse de oficio por el órgano jurisdiccional, pues, entre otras razones, a diferencia de la civil que es una excepción cuyo ejercicio queda sometido a la voluntad de las partes, aquí, en el proceso penal el interés público que sirve de fundamento a las leyes penales, exige que no se castigue, a quien dichas, leyes eximen de responsabilidad.

No obstante lo anterior, la cuestión es polémica porque no han faltado planteamientos que entienden que se produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando se resuelve la prescripción como cuestión previa antes de la celebración del juicio, sin dar oportunidad a las partes de probar y alegar con plenitud sobre los hechos que pueden justificar la improcedencia de la prescripción. En esta dirección la STS 511/2011, de 16 de mayo, con cita de la STS 336/2007, de 13 de junio, recordó que "para que la prescripción del delito pueda acordarse por la vía de los artículos de previo pronunciamiento, -tanto más en un momento anterior- es necesario que la cuestión aparezca tan clara que de modo evidente y sin dejar duda al respecto, puede afirmarse que, sin necesidad de la celebración del juicio oral, ha transcurrido el plazo designado al efecto por la Ley...".

En el caso contemplado en la STS 511/2011, de 16 de mayo se trataba un supuesto en el que las partes acusadoras habían interesado la condena por un delito de estafa con aplicación de subtipos agravados y de la continuidad delictiva, y la sentencia concluyó afirmando que "en esta situación, lo procedente era y es diferir la cuestión al Tribunal sentenciador después de la celebración de la vista oral, siendo consecuencia de ello resolver la cuestión en sentencia. Por ello al obstar la continuación del juicio e impedirse la práctica de prueba sobre esas circunstancias fundamentadoras del título de imputación de la acusación, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuyo contenido se integra muy especialmente por el derecho a esa prueba".

Sin embargo, una postura más matizada se aprecia en la STS 760/2014, de 20 de noviembre, en la que se sostiene que la prescripción debe estimarse siempre que concurren los presupuestos sobre los que asienta -lapso de tiempo correspondiente o penalización del procedimiento- aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales formales concebidas al efecto, -como artículo de previo pronunciamiento en el proceso ordinario, art. 666.3 LECrim-, y como cuestión previa al inicio del juicio en el abreviado, art. 786.2 LECrim, en aras de evitar que resulte una persona que, por especial previsión exprese voluntad de la Ley, tiene extinguida la posible responsabilidad penal (STS. 387/2007 de 10 de mayo).

En esa misma sentencia se recuerda que la prescripción no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva el que las alegaciones de las partes sobre prescripción sean resueltas como cuestión previa o en la sentencia (STS 793/2011, de 8 de julio), ya que el instituto de la preclusión procesal tiene un rango axiológico inferior al de otros valores que convergen en el proceso penal.

También se afirma que el problema de la prescripción no es el trámite por el que se acuerda sino si concurre o no.

Como señala la STS 583/2013, de 10 de junio, "si se puede afirmar con rotundidad que los hechos están prescritos, no puede estimarse el recurso por esta razón procedimental. No genera indefensión alguna esa "anticipación", que es procesalmente correcta. La adopción de esa manera y en ese momento de la decisión sobre la concurrencia de esa causa de extinción de la responsabilidad penal no comporta menoscabo alguno de las posibilidades de defensa, contradicción e impugnación".

En el mismo sentido, cito la STS núm. 112/2017, de 22 de febrero (Roj 680/2017-ECLI:ES:TS:2017:680), dictada en recurso núm. 1548/2016, de la que es Ponente el Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

Dada la complejidad de la causa por su volumen e informes obrantes en el mismo, no se consideró por esta juzgadora adecuado resolver dicha cuestión en el momento procesal previsto para las cuestiones previas en el art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siguiendo también las directrices de la doctrina jurisprudencial más arriba transcrita, y resultando, además, que tanto las partes acusadoras como las defensas que alegaban la prescripción habían propuesto prueba distinta de la contenida en su escrito provisional de conclusiones, y que fue admitida en la fase inicial prevista en el indicado apartado del citado precepto.

Para resolver sobre la posible prescripción de los hechos delictivos objeto de autos ha de tenerse en cuenta las diferentes redacciones del Código Penal, tanto la vigente en la fecha de los hechos del art. 131 del Código Penal y de los preceptos sustantivos que tipifican y penan tales hechos, como las reformas del Código Penal llevadas a cabo por las Leyes Orgánicas 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo, modulando el principio de la irretroactividad de las leyes con la aplicación de la norma más beneficiosa para el reo al encontrarnos en el ámbito del Derecho Penal.

En este supuesto, es más beneficiosa la redacción anterior a ambas reformas y vigente en la fecha de los hechos, que establece que prescriben a los tres años los delitos menos graves, que en el momento de los hechos y de acuerdo con la legislación aplicable en

la fecha de su comisión, eran aquellos que su pena no sea superior a tres años.

En cuanto a los delitos cuya pena máxima señalada por la Ley sea prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco, estos prescriben a los cinco años, al igual que sucede en el régimen de prescripciones vigente.

Y lo mismo sucede con el art. 132 del Código Penal, que igualmente ha sufrido las dos reformas, sin perjuicio de que su apartado 1 párrafo primero ha permanecido invariable, mientras que el resto del precepto ha sido reformado y, en especial, el apartado 2, añadiéndose incluso un apartado 3, pero únicamente para concretar cuándo se entiende dirigido el procedimiento contra el culpable, y cuándo se produce la interrupción de la prescripción.

En cuanto a los acuerdos no jurisdiccionales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre esta materia a tener en cuenta, dada la trascendencia de este instituto, se han adoptado cinco, que se transcriben a continuación:

1.- Acuerdo de fecha 29 de abril de 1997:

“La pena que ha de ser tomada en cuenta, para aplicar los plazos prescriptivos del art. 113 del Código Penal, es la pena en abstracto.”

2.- Acuerdo de 12 de mayo de 2005:

Único Asunto: Consecuencias de la STC 63/05 para la aplicación de las disposiciones del CP referentes a la prescripción.

Acuerdo: *“La sala penal del tribunal supremo ha examinado la sentencia del tribunal constitucional 63/2005 y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art. 123 de la constitución española que establece que el tribunal supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo*

dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales."

Jurisprudencia que lo desarrolla: STS 774/2005, de 2 de junio.

3.- Acuerdo de 25 de abril de 2006:

Primer Asunto: Prescripción: Interrupción del plazo

Acuerdo: "El artículo 5.1 LOPJ, interpretado conforme a los arts.117.1, 161.1 b) y 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza con plena jurisdicción las facultades que directamente le confiere el art.123.1 CE"

Segundo Asunto dentro del mismo asunto: Qué debe entenderse por procedimiento que se dirija contra el culpable Acuerdo: "Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005"

4.- Acuerdo de 16 de diciembre de 2008:

"Cuarto asunto: Determinación correcta de la declaración en sentencia de la prescripción del delito.

Acuerdo: Para la determinación del plazo de prescripción del delito habrá de atenderse a la pena en abstracto señalada al delito correspondiente por el legislador, teniendo plena vigencia el Acuerdo de fecha 29 de abril de 1997."

5.- Acuerdo de 26 de octubre de 2010:

"Único Asunto: Criterio que debe adoptarse para el cómputo de la prescripción de un delito que contiene en su descripción normativa un tipo básico y otro subtipo agravado.

Acuerdo: Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta.

En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado.”

Pues bien, en los delitos ahora objeto de enjuiciamiento no se ha producido la prescripción de los delitos ni de la falta a que ha sido degradada antes de presentarse la querrela, teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo en la materia que se había desarrollado durante varios años y coincidiendo con la fecha de comisión de los hechos, doctrina que resultó plasmada con posterioridad en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 26 de octubre de 2010, y tras dicho pleno, en el apartado 5 del art. 131 del Código Penal, en virtud de la reforma del mismo operada por la Ley 5/2010, de 22 de junio, pues dicha norma entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, es decir, con posterioridad a citado acuerdo, y fue objeto dicho precepto de otra reforma por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en la que, el apartado 5 con la misma redacción que en la reforma de 2010, pasó a integrar el apartado 4 del mismo precepto 131 del Código Penal.

En los delitos y falta que nos ocupan, no pueden estimarse las alegaciones de prescripción de las defensas, ni antes de la querrela, pues no habían transcurrido más de tres años desde la última fecha de comisión de hechos hasta el momento de su presentación o, incluso, según el criterio posterior seguido por el Tribunal Supremo, más favorable al reo, desde su admisión a trámite, ni tampoco después, durante la tramitación de la causa, como a continuación se motivará.

Respecto de la prescripción de la falta de daños sobre el patrimonio del art. 625 del Código Penal, ha de plantearse su prescripción una vez que se ha degradado el delito sobre el patrimonio a falta en la propia sentencia.

Del mismo modo, ha de tenerse en cuenta que la degradación a falta no implica la prescripción, cuando a lo largo de todo el proceso se ha seguido la imputación primero y la acusación después, por delito, y no por falta, resultando además tal delito, ahora degradado

a falta, conexo con el delito continuado de falsedad documental, con un plazo de prescripción este último de tres años que, como ya se ha dicho, plazo que no había transcurrido en el momento de interponerse la querrela ni de ser admitida la misma, y sin que hubiere transcurrido un plazo superior a seis meses desde la fecha de presentación de la querrela y la resolución que la admite a trámite.

Y así resulta de la doctrina del Tribunal Supremo en las sentencias que siguen a continuación, y que analizan hechos delictivos sucedidos en fecha anterior a la reforma de los arts. 131 y 132 del Código Penal, y por tanto, considerando la redacción vigente en fechas anteriores, cuales son las que nos ocupan, para el delito continuado de falsedad en documento privado y falta continuada de daños sobre el patrimonio histórico y cultural:

Sentencia núm. 803/2009 del TS, Penal sección 1, de 17 de julio de 2009 (ROJ: STS 4875/2009- ECLI:ES:TS:2009:4875), dictada en recurso 2374/2008, siendo **Ponente** el Excmo. Sr. D. **Julián Artemio Sánchez Melgar**:

"SEGUNDO.- Los dos primeros recurrentes formalizan un motivo por infracción de ley, del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en donde plantean la prescripción del delito por el que han sido condenados.

1. Una definición comúnmente admitida de la prescripción, considera ésta como una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo en acontecimientos humanos. Mayor discusión plantea la consideración sobre su naturaleza. Así, algunos autores refieren un fundamento material, sustantivo penal, pues lo que desaparece con el transcurso del tiempo es la necesidad de pena. Consecuencia de esta afirmación, es reconocer que esta institución puede ser aplicada de oficio, aunque no haya sido alegada como cuestión de previo pronunciamiento (art. 666.3 LECrim.), y la de reconocer a la prescripción los mismos efectos de irretroactividad que los correspondientes a las normas sustantivas penales, a salvo su consideración de mayor favorabilidad. También se ha sostenido una naturaleza procesal, basando la institución en la dificultad de prueba que determina el transcurso del tiempo. Otros fundamentos de la prescripción se han encontrado en las expectativas que crea en el sujeto la falta de persecución del hecho durante un tiempo; en la

seguridad jurídica; en la negación de las finalidades de celeridad en la realización de la justicia, etc.

La jurisprudencia de esta Sala Casacional, ha afirmado «resueltamente su naturaleza material, ajena a las exigencias procesales de la acción persecutoria» (SSTS 10.3.1993, 18.6.1992 -y las que cita-, 30.11.1963 y 23.11.1989). Añade la Sentencia de 18.6.1992, que el fundamento se ha buscado en principios o razones de orden público, de interés general o de política criminal, que han expuesto ampliamente y con buen tino las resoluciones citadas, y que pueden ser conducidas al principio de necesidad de la pena que se inserta en el más amplio de intervención mínima: el derecho del Estado a penar justamente -el ius puniendi- depende de que la pena sea necesaria para la existencia y pervivencia del orden jurídico; y, como es obvio que, transcurrido un tiempo razonable desde la comisión del delito, a salvo las infracciones contra la humanidad o colectividad misma, la pena ya no cumple sus finalidades de prevención general y especial, e incide contraproducentemente en la llamada resocialización o rehabilitación del sujeto, ésta se convierte en el fundamento de la prescripción. Esta naturaleza sustantiva ha llevado al reconocimiento y admisión de la prescripción siempre que concurren los presupuestos materiales en que se asienta: paralización del procedimiento y el lapso de tiempo correspondiente, pues ningún otro condicionamiento procesal procedente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o trasvasado de la estructura característica de su homónima institución civil pueden impedir que se decrete la extinción de la responsabilidad penal, legalmente expresada en el art. 112 (C.p.1973), o art. 131 actual, a la que se reconoce los siguientes y trascendentales efectos: la de ser declarada de oficio en cualquier estado del procedimiento u oportunidad procesal, siendo temporánea su alegación (pese al carácter de cuestión nueva), en el escrito de interposición de la casación, incluso en la misma vista del recurso, y la de referir al dies a quo cuando existe actividad procesal a la fecha en que cesa o paraliza, con abstracción de sus motivaciones.”

/.../

“Pues, aunque la doctrina citada es correcta, y así se deduce, entre otras, de la STS 54/2002, de 18 marzo, que citando a las de Sentencias de 18 de mayo de 1995 y la 758/1999, de 12 de mayo, se afirma que no debe operar la prescripción, en supuestos en los que se condena por varios delitos conexos (en el caso, se trataba de hurto y falsedad en documento oficial), ya que hay que considerarlo todo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones y, por consiguiente, no puede aplicarse la prescripción por separado, cuando hay conexión natural entre ellos y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectado, no puede desconocerse que tal mecánica operativa funciona exclusivamente en caso de condena, pero no

cuando procede la absolución. La STS 893/2004, de 13 julio, mantiene esta misma línea de interpretación. Cuando se absuelve por uno de los delitos -se declara en tal resolución-, y particularmente por el más grave, los conexos prescriben en su tiempo. Así se dice en esta Sentencia Casacional, que "al haberse dictado sentencia absolutoria sobre el delito de estafa, que repetimos es el más grave, ya no cabe hablar de la prórroga del plazo de prescripción en función de esta circunstancia, por lo que los plazos señalados habrá que aplicarlos, como ha hecho correctamente la Sala sentenciadora, sobre los delitos menos graves, que evidentemente están prescritos".

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 712/2009, de 19 de junio (Roj: STS 4692/2009-ECLI:ES:TS:2009:4692), dictada en el recurso núm. 712/2009, de la que es **Ponente** el Excmo. Sr. D. Julián Artemio **Sánchez Melgar**:

"En efecto, la doctrina del Tribunal Supremo en materia de prescripción, cuando se trata de diversas infracciones vinculadas entre sí, declara que el plazo aplicable es el correspondiente a la más grave de las mismas. Y también está consolidado el criterio según el cual persiguiéndose un hecho como posible delito, si después es calificado definitivamente como falta, no se aplicará el plazo de prescripción de éstas (seis meses), sino el correspondiente al delito de que se trate. La razón es que debe atenderse a la calificación de los hechos en cada momento, y si los mismos estaban catalogados como delito, no le podía ser de aplicación el plazo prescriptivo de las faltas. La STS 1444/2003 contiene una detallada exposición de la doctrina de esta Sala con numerosos precedentes. Este es el criterio aplicado cuando la modificación de la calificación desciende de delito a falta. El caso enjuiciado es análogo pero no idéntico, puesto que tiene lugar una mutación de la calificación durante el procedimiento sustituyéndose el título delictivo. El recurrente no tiene en cuenta que mientras no concurre una calificación definitiva de los hechos, que es la acogida por el Tribunal que debe juzgarlos, es decir, mientras no existe una sentencia firme, se trata en realidad de calificaciones o catalogaciones de hechos con apariencia delictiva necesariamente sujetos a un juicio provisional de tipicidad, de forma que lo que se declara prescrito con anterioridad a la sentencia no es un delito o falta propiamente dicho sino un hecho con apariencia de delito o falta. Por lo tanto, hasta que no concurre una calificación definitiva no puede jugar el plazo de prescripción que le corresponda: no es propiamente una cuestión de seguridad jurídica (como también la jurisprudencia ha apuntado en algunas ocasiones), sino de tipificación penal (juicio de tipicidad). Ello no sólo se manifiesta en este aspecto, sino en muchos otros: tipo de procedimiento,

medidas cautelares personales o reales, etc.

También **es doctrina** de esta Sala (vid. Sentencias de 22 de octubre de 1991, 5 de junio de 1992 y 28 de septiembre de 1992), **aquella que niega la posibilidad de que el plazo prescriptivo de las faltas corra independiente del correspondiente al delito al que viene unida**. Ambas infracciones aparecen englobadas unitariamente en el mismo proceso, y las faltas se someten, por su conexión al delito, a efectos de prescripción, al plazo correspondiente a la infracción de mayor rango. E igualmente tiene declarado esta Sala, entre otras, en sentencias de 25 de enero y 24 de abril de 1990, 27 de enero, 5 de junio, 10 de septiembre y 20 de noviembre de 1991, y 1241/1997 de 17 de octubre, que *perseguido un hecho como delito a lo largo del proceso, su conceptualización final como mera falta en la sentencia, no implicará que proceda aplicar los plazos prescriptivos de tal tipo leve de infracción.*"

Sentencia del STS, núm. 1444/2003, de 06 de noviembre (ROJ: STS 6943/2003-ECLI:ES:TS:2003:6943), dictada en el recurso núm. 1269/2002, de la que es **Ponente** el Excmo. **Sr.** D. Cándido **Conde-Pumpido Tourón**:

"OCTAVO.- El cuarto motivo alega prescripción de la falta por la paralización del procedimiento en dos ocasiones por más de seis meses por encontrarse la causa pendiente de señalamiento.

Como señala la sentencia de 3 de octubre de 1.997, núm. 1181/1997, para el cómputo del plazo de prescripción de las faltas cuando su persecución se realiza en un procedimiento por delito, debemos distinguir dos supuestos diferenciados. El primero se refiere al plazo de prescripción desde la fecha de comisión de la infracción hasta que se dirija el procedimiento contra el culpable. En estos casos las faltas prescriben a los seis meses, sin que a ello sea óbice la presentación posterior de una querrela por supuesto delito (STS 1181/1.997), o la deducción posterior de un testimonio (STS 879/2002, de 17 de mayo), pues si la falta prescribió por el transcurso de seis meses desde su comisión sin que se hubiese iniciado procedimiento alguno contra sus autores, la formulación ulterior de una querrela o la deducción de un testimonio calificándola como delito no puede revivir una responsabilidad penal que ya se ha extinguido por imperativo legal. En consecuencia si la sentencia definitiva declara el hecho falta, habrá de considerarlo prescrito por estarlo ya cuando el

procedimiento se inició.

*Un segundo supuesto diferenciado se produce cuando la iniciación del procedimiento penal ha interrumpido legalmente el término de prescripción. En este caso existe otra posibilidad diferente de apreciación de la prescripción, por paralización del procedimiento. **Ahora bien una doctrina consolidada de esta Sala (SS 25 enero y 20 abril 1990, 27 enero y 20 noviembre 1991, 5 junio 1992, 318/1995 de 3 marzo o 481/1996 de 21 mayo, entre otras), estima que, una vez iniciado el procedimiento, para el cómputo del término de prescripción por paralización del mismo habrá de estarse al título de imputación, de manera que si el procedimiento se sigue por delito no actúan en el ámbito de su tramitación los reducidos plazos de prescripción de las faltas -por razones de seguridad jurídica y por exigirlo así el principio de confianza- aún cuando finalmente la sentencia definitiva sancione el hecho como falta.***

*NOVENO.- **Por otra parte ha dicho con reiteración esta Sala que cuando de infracciones especialmente vinculadas se trata, como sucede en este supuesto específico en que la tramitación de la falta en el ámbito de un procedimiento por delito venía condicionada por la imperatividad del enjuiciamiento conjunto, no cabe apreciar la prescripción autónoma de alguna de las infracciones enjuiciadas aplicando plazos de prescripción diferenciados por paralización del procedimiento (STS de 29 de julio de 1998, 12 de mayo y 21 de diciembre de 1999, 14 febrero 2000 o 3 de julio de 2002, S 31 de octubre de 2002, núm 1798/2002).***

*En estos supuestos, **hemos declarado que en el enjuiciamiento conjunto y simultáneo de hechos, que son calificados unos de delito y otros de falta, no puede realizarse una valoración del plazo de prescripción de la infracción constitutiva de falta con independencia del objeto del proceso integrado por una pluralidad de acciones, con distinta calificación (SSTS. 3 de diciembre de 1993 y 17 de febrero de 1997).***

El instituto de la prescripción, como renuncia del Estado del derecho a juzgar en razón a que el tiempo transcurrido borra, de alguna manera, los efectos de la infracción, no puede ser aplicado a supuestos como el planteado en el recurso en el que los hechos enjuiciados se integran por una pluralidad de acciones típicas, unos constitutivos de delito y

otros de falta, que requieren un enjuiciamiento conjunto (STS 14 de febrero de 2.000).

En el caso actual nos encontramos en el segundo de dichos supuestos, pues las diligencias penales por el conjunto de las agresiones se iniciaron de inmediato, por lo que la falta no se encontraba prescrita cuando comenzó el proceso penal. En tal supuesto la demora del procedimiento en las dos ocasiones en que la causa se encontró pendiente de juicio oral por más de seis meses, habiéndose suspendido el primer juicio precisamente a petición del letrado de la recurrente, no determina la prescripción de la falta pues en estos supuestos el plazo de paralización que determina la prescripción, según doctrina jurisprudencial consolidada, es el de los delitos perseguidos en el propio procedimiento pues no siempre los procedimientos por delito podrán tramitarse y señalarse con la misma celeridad que los juicios de faltas.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.”

La **sentencia del Tribunal Supremo**, Sala de lo Penal sección 1, **núm. 1798/2002 del 31 de octubre** (ROJ: STS 7218/2002-ECLI:ES:TS:2002:7218), dictada en el recurso núm. 645/2001, de la que es **Ponente** el Excmo. **Sr. D. José Manuel Maza Martín**:

*“En cuanto a la alegada prescripción de la falta continuada de Estafa por la que se condenó a Luis Antonio, habida cuenta, según se dice en el Recurso, que el mismo no fue llamado a declarar como imputado en las actuaciones hasta dos años después, aproximadamente, de acaecidos los hechos, cuando en aquel tiempo, el término de prescripción de las faltas estaba establecido en dos meses (art. 113 CP de 1995), hay que recordar, de un lado, que no es necesaria imputación formal sino que basta que se hayan abierto las actuaciones, en depuración de la responsabilidad de quien, desde un primer momento figuraba, con mayor o menor precisión identificativa, como denunciado, para considerar dirigido contra él el procedimiento, a los efectos interruptivos del plazo de prescripción, previstos en el artículo 114 del Código Penal de 1973 (SsTS de 30 de Junio de 2000 y 17 de Octubre de 2002, entre otras). Y, de otra parte, que **también tiene dicho, con reiteración, esta Sala que, cuando de infracciones vinculadas se trata, como en el presente caso, en el que las coacciones sólo son concebibles sino en función del planeamiento de las ulteriores Estafas cometidas, no cabe apreciar la prescripción de ninguna de las infracciones enjuiciadas, en tanto que no prescriba la más grave de ellas (SsTS de 29 de Julio de 1998,***

12 de Mayo y 21 de Diciembre de 1999 o 3 de Julio de 2002, por citar sólo algunas)."

Este criterio es el seguido con posterioridad al acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo, como recuerda la **sentencia núm. 488/2016, de 7 de junio**, de la Sección 1ª, (Roj: STS□ 2608/2016-ECLI:ES:TS:2016:2608), dictada en el recurso núm. 2182/2015, así como la **sentencia** del mismo Alto Tribunal, Sala y Sección, **núm. 574/2016, de 29 de junio** (Roj: STS□ □ 3156/2016 -ECLI:ES:TS:2016:3156), de la que es Ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, de las que es **Ponente** el Excmo. **Sr. D. Luciano Varela Castro**, que recogen lo siguiente respecto de la prescripción:

"3.- El acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala que se invoca por las partes (de 26 de octubre de 2010) estableció: Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta.."

Y aquí, como ya hemos dicho, el conjunto penológico está calificado como delito continuado en concurso con una falta continuada, y ha de estarse al plazo de prescripción del delito continuado, aun cuando al quedar absorbida la falta continuada por el delito continuado por el concurso, la pena correspondiente a la falta no va a ser considerada, amén de haber resultado derogado el art. 625 del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Y respecto de la concreta interpretación del art. 131 del Código Penal aplicable a los supuestos de hecho acaecidos antes de la reforma de dicho precepto tras el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 26 de octubre de 2010, el mismo Alto Tribunal, en **sentencia núm. 278/2013, de 26 de marzo** (ROJ: STS 1401/2013-ECLI:ES:TS:2013:1401) dictada en el recurso núm. 1403/2012, de la que es **Ponente** del Excmo. **Sr. D. Manuel Marchena Gómez**, con cita de las sentencias anteriores en el mismo sentido, expresa:

"7.- El Fiscal formaliza un motivo único, al amparo del art. 849.1 de la LECrim. Considera que la sentencia recurrida ha incurrido en la indebida aplicación del art. 131.2 del CP, con la correlativa inaplicación del art. 617.1 del mismo texto punitivo.

El relato fáctico, tras apuntar que "... la causa permaneció paralizada desde el día 19-7-2009 al 25-1-2010", da pie al Tribunal de instancia a apreciar la prescripción de la falta imputada a Ildfonso. Entiende que ese período de interrupción obliga, en aplicación del acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 26 de octubre de 2010, a la estimación de la prescripción alegada por la defensa del acusado.

El Fiscal discrepa de esa interpretación. Entiende que el citado acuerdo no puede ser aplicado sin la referencia que proporciona su inciso final. Se trata de una falta que es objeto de enjuiciamiento de manera conexa a un delito de lesiones. De ahí que no quepa apreciar la prescripción autónoma de la falta de lesiones con independencia del resto de los hechos ilícitos sobre los que se sigue el procedimiento.

El motivo ha de ser estimado.

El acuerdo de 26 de octubre de 2010 proclamó lo siguiente: "... para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así lo pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos, como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado".

Conforme a este criterio jurisprudencial el plazo de prescripción de las faltas fijado en el art. 131.2 del CP, será también aplicable a aquellas infracciones que, calificadas inicialmente como delito

al tiempo de incoarse las diligencias previas a que se refiere el art. 774 de la LECrim, sean luego calificadas como falta, en el momento de dictar la resolución de transformación del procedimiento prevista en el art. 779.2 del mismo texto legal . Dicho con otras palabras, el hecho calificado como delito y degradado a falta en un momento ulterior de la tramitación de las diligencias previas, queda sujeto al plazo de prescripción de 6 meses fijado en el art. 131.2 del CP .

Sin embargo, esta conclusión, extraída del tenor literal del repetido acuerdo de 26 de octubre de 2010, conoce una doble excepción en los supuestos de delitos conexos o de concurso de infracciones. El Fiscal entiende que las lesiones constitutivas de falta, inferidas por Ildfonso a Jaime, tienen su origen en un hecho conexo respecto del delito principal imputado a este último. De ahí que no resulte procedente la declaración de prescripción, debiendo ser Ildfonso condenado como responsable de una falta de lesiones del art. 617.1 del CP.

*Es posible que esa afirmación aconseje algún matiz, toda vez que el supuesto de hecho enjuiciado -las agresiones recíprocamente inferidas por ambos acusados- no tiene encaje en ninguno de los supuestos de conexidad regulado en el art. 17 de la LECrim. **Más que ante una falta conexa deberíamos hablar de una falta incidental, en el sentido que es propio del art. 14.3 de la LECrim. Y tiene toda la lógica que en aquellas ocasiones en que el objeto del proceso esté integrado por uno o varios delitos principales y alguna o algunas faltas incidentales, la prescripción de todas estas infracciones quede sometida a un criterio unitario. Lo contrario puede implicar una fragmentación puramente aleatoria del tiempo hábil para el ejercicio del ius puniendi.** Carecería de sentido imponer el enjuiciamiento conjunto de delitos y faltas, con el fin de no romper la continencia de la causa y, sin embargo, someter a las infracciones menos graves a un plazo de prescripción que, si hubieran sido objeto de investigación por separado, es más que probable que no hubiera llegado a agotarse. **De ahí que el régimen de excepción que el acuerdo de 26 de octubre de 2010 fija para los delitos conexos o en régimen de concurso, deba ser también aplicado a las faltas incidentales.***

Esta idea ha sido proclamada por una jurisprudencia de la que se hace eco el Fiscal en su recurso. En efecto, la STS 592/2006, 28 de abril, recuerda que "... cuando de infracciones especialmente vinculadas se trata, como sucede en este supuesto específico en que la tramitación de la falta en el ámbito de un procedimiento por delito venía condicionada por la imperatividad del enjuiciamiento conjunto, no cabe apreciar la prescripción autónoma de

alguna de las infracciones enjuiciadas aplicando plazos de prescripción diferenciados por paralización del procedimiento (SSTS 1247/2002, 3 de julio; 242/2000, 14 de febrero; 1493/1999, 21 de diciembre y 1798/2002, 31 de octubre)".

Con similar criterio, el ATS 2451/2010, 22 de diciembre se refiere a estos supuestos, precisando que "... en el enjuiciamiento conjunto o simultáneo de hechos, que son calificados unos de delito y otros de falta, no puede realizarse una valoración del plazo de prescripción de la infracción constitutiva de falta con independencia del objeto del proceso integrado por una pluralidad de acciones, con distinta calificación. Lo que el recurrente denuncia es una paralización en el proceso por delito, en el que también se conoce una falta incidental, cometida en el mismo contexto o episodio criminal en que se cometieron los delitos y dada su conexidad era imprescindible en evitación de la ruptura de la cognitio judicial, que quedara sometida respecto a los términos de prescripción a la del delito más grave de los que se conozcan en la causa". Esta tesis ha sido defendida, además, en los AATS 2472/2010, 2 de diciembre y 245/2012, 2 de febrero.

Por tanto, y respecto del delito continuado de falsedad documental en documento privado, en concurso con una falta continuada de daños sobre el patrimonio, ha de concluirse que el plazo de prescripción del conjunto delictivo indicado es el de tres años, por aplicación de lo dispuesto en el art. 131 del Código Penal según su redacción en la fecha de los hechos, y ello, dada la pena del delito prevista en el art. 395 del Código Penal, prisión de seis meses a dos años. A ello hay que añadir que la continuidad, por lo que teniendo en cuenta la jurisprudencia anteriormente citada, aplicando la pena en abstracto que corresponde a la continuidad en el delito concreto que nos ocupa, según lo dispuesto en los 74.1 del Código Penal, y al concurso de infracciones previsto en el art. 77 apartado 1 y 2, la duración de la pena puede alcanzar hasta la mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave, que no superaría el límite de tres años de prisión, puesto que en el delito continuado que nos ocupa, aun cuando en concurso con la falta, la duración de la pena en su mitad superior abarca la horquilla de un año, tres meses y un día a dos años de prisión.

Y ello, teniendo en cuenta que las fechas de los hechos se encuentran, según la conclusión primera del escrito de acusación del Ministerio Fiscal asumido por la acusación particular, entre julio de 2005 y junio de 2006, siendo, por tanto, junio de 2006 la fecha a considerar respecto del delito continuado de falsedad y la falta continuada de daños en bienes muebles históricos y culturales, lo que se recoge el ordinal CUARTO del apartado de HECHOS PROBADOS de esta resolución.

En cuanto al primero de los hitos cronológicos, la posible prescripción de la falta continuada de daños sobre el patrimonio histórico y cultural, hay que destacar que la expresada falta se encuentra en concurso con un delito continuado de falsedad en documento privado, tal como se ya se ha dicho.

De la jurisprudencia aplicable al presente supuesto, ya citada, tanto en la fecha de los hechos como de la jurisprudencia posterior al acuerdo de 26 de octubre de 2010 para los supuestos en los que se degrada a falta el delito por el que inicialmente se denunció y acusó, y su conexión con el delito que permanece sin degradarse ni ser objeto de absolución, resulta que la falta continuada de daños en bienes muebles históricos y culturales no puede considerarse prescrita, al ser conexa con el delito continuado de falsedad de documento privado, y no por mera conexión procesal -en cuyo caso sí operaría la prescripción independiente- sino por conexión ideal de delitos, como ya se ha motivado en el Fundamento Jurídico Primero de esta resolución, ya que un mismo hecho delictivo lesiona dos bienes jurídicos distintos. Y ello, porque, aun acudiendo a la fecha más favorable a la defensa, la del Auto de 5 de mayo de 2009 dictado por el Juzgado de Instrucción admitiendo a trámite la querrela dirigida contra los acusados que presentó la Diputación Foral de Álava el 4 de marzo de 2009, aún no había transcurrido el plazo de tres años para la prescripción del conjunto delictivo que nos ocupa.

Y respecto de la prescripción dentro del propio proceso, tampoco se observa la existencia de periodos superiores a tres años de paralización sin ninguna actuación judicial relevante, pues aun cuando hay periodos de paralización, estos no superan dicho tiempo, y

en muchos supuestos vienen motivados por la necesidad de seguir avanzando en la investigación de los hechos mediante las pericias que por fin pudieron llevarse a cabo, tanto averiguando la posibilidad de realizar periciales caligráficas como periciales electromagnéticas y de trazabilidad de las piezas, siendo necesario conocer su resultado para continuar la tramitación de la causa o sobreseer la misma, y ello sin perjuicio de valorar la lentitud o dilaciones que pueden considerarse indebidas en el apartado de Fundamentos Jurídicos siguiente.

Así, y como hitos fundamentales que han interrumpido la prescripción, se encuentran las declaraciones de los tres acusados, el último de ellos, el 15 de octubre de 2009.

Tras tales declaraciones, se dictó la providencia de 28 de diciembre de 2009 (folio 9974) por la que se solicita a la Policía Científica de la Guardia Civil la viabilidad de la práctica de las diligencias propuestas por la defensa del entonces imputado ELISEO GIL ZUBILLAGA, respondiendo que los laboratorios de la Guardia Civil no tienen capacidad para llevar a cabo todos los ensayos propuestos, y que únicamente pueden realizar algunos de los análisis propuestos, dependiendo de las muestras, respuesta remitida por fax al Juzgado de Instrucción con fecha 19 de febrero de 2010 (folio 10411 de los autos), dándose traslado a las partes por providencia de 7 de abril de 2010 para determinar las muestras objeto de análisis y parámetros analíticos de interés.

Una vez remitidas las muestras, se recibe oficio de la Guardia Civil con fecha 10 de mayo de 2011 (folio 10924) en el que expresa que el Laboratorio de Química y Medio Ambiente dispone de las técnicas instrumentales necesarias para practicar un estudio del contenido metálico (ICP-MS) y de la composición del tipo arcilla de unas vasijas de barro, aunque carece de la experiencia necesaria para la interpretación de resultados analíticos sobre piezas de arte antiguas y si dichas marcas son coetáneas con los soportes. Se dicta providencia de fecha 20 de junio de 2011, por la que se acuerda oficiar al laboratorio de química y medioambiente de la Guardia Civil, a fin de realizar las pruebas analíticas del contenido metálico, así como para que participen qué persona o entidad se encuentra

capacitada para interpretar tales análisis.

Por providencia de 22 de noviembre de 2011 se acuerda emitir oficio al Área de Medio Ambiente y Urbanismo de la Ertzaintza, a fin de que emitan informe pericial sobre las piezas intervenidas (sus características morfológicas y químicas, alteración y antigüedad de las superficies expuestas, pátina reconocible por variación morfológica o química, existencia de depósitos superficiales secundarios y su posible formación durante su enterramiento), sobre las propias inscripciones (presencia de restos de herramientas, evidencias de alteración, antigüedad) y sobre los depósitos secundarios y adherencias (su composición y relación con las inscripciones).(folio 10959); la Ertzaintza informó a dicho oficio que no dispone de instrumental adecuado ni metódica para realizar el informe (folio 10987).

Por providencia de 13 de febrero de 2012 se acordó oficiar a la Ertzaintza a fin de que realice gestiones para averiguar qué Universidades del Estado estarían capacitadas para tales informes, que se evacuó el 24 de mayo de 2012, informando de que puede realizar pericial la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid (ESCRIB), ampliando tal información mediante oficio de 30 de mayo de 2012, en el que indica que el Instituto del Patrimonio Cultural de España (IPCE), con capacidad para realizar análisis muy específicos de los grafitos. (folios 11174 y ss.).

Con fecha 10 de septiembre de 2012, se dicta Auto resolviendo el recurso de reforma formulado por la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA contra la providencia de 17 de julio de 2012 (folios 11236 y 11237), que se estima parcialmente y acuerda que los análisis se realicen por el Instituto de Patrimonio Cultural de España y la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales, así como por el Centro Nacional de Investigación sobre Evolución Humana.

Providencia de 15 de julio de 2013, por la que se acuerda la prórroga del plazo para entregar los informes al IPCE, y las diligencias siguientes: librar oficio a la Diputación Foral de Álava, al objeto interesar la aportación de los informes de Restauración de las piezas

arqueológicas procedentes del yacimiento de Iruña-Veleia realizados por los técnicos del Servicio de Restauración de dicha diputación y se acuerda que, una vez aportados dichos informes, efectúe la Ertzaintza solicitante las gestiones pertinentes a la investigación de los hechos por los que se instruyen las actuaciones; y dirigir oficio a LUMER (sic) S.L., al objeto de requerir a Eliseo Gil Zubillaga para que aporte los diarios de excavación o fichas de campo realizadas por los empleados de dicha empresa en el yacimiento de Iruña-Veleia en los periodos en los que aparecieron las cerámicas grafitadas (folio 11870).

Ampliación de atestado núm. 163A1200028, presentada el 25 de septiembre de 2013, que recoge, entre otros elementos objeto de investigación relacionados con la cadena de custodia de las piezas arqueológicas, los informes de las actuaciones realizadas en las mismas por las arqueólogas del Museo de Arqueología de Vitoria-Gasteiz.

En septiembre de 2013 el equipo instructor del Área de Medio Ambiente y Urbanismo de la Ertzaintza contactó con el Centro de Patrimonio Cultural del Gobierno Vasco con el objetivo de obtener una peritación de los daños sufridos en el yacimiento en el hipotético caso de que quedara acreditada la manipulación intencional de las piezas, remitiendo el resultado al Juzgado de Instrucción núm. 1 (folio 12316 de los autos, que se incluye en una ampliación del atestado remitida al Juzgado con fecha 19 de mayo de 2014 figurando dicho informe al folio 12071, y habiéndose incorporado con la ampliación del atestado núm. referencia 163A1200028, en contestación a oficio de 15 de julio de 2013, presentada en el Juzgado con fecha 27 de septiembre de 2013 (folios 12070 y 12071).

Providencia de 19 de noviembre de 2013 por la que, entre otros extremos, se acuerda oficiar a la Sección de Documentoscopia y Gráfica de la Policía Científica de la Ertzaintza sobre la posibilidad de emitir informe pericial sobre los grafitos y réplica de la letrina (folio 12212), emitiéndose informe por la Policía Científica en sentido negativo (folios 12108 y 12109).

El 19 de diciembre de 2013 tiene entrada oficio del Ministerio de Educación, Cultura y

Deporte, acompañando informe analítico derivado del estudio de los materiales depositados en el Instituto de Patrimonio Cultural de España con los resultados y conclusiones solicitados, que se tuvo por recibido por providencia de fecha 21 de enero de 2014.

Con fecha 9 de mayo de 2014 se remite por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte informe realizado por Técnicos del IPCE mediante técnicas de imagen que complementa al anterior.

Con fecha 20 de mayo de 2014, la Ertzaintza presenta ampliación del atestado en el que identifica y recoge declaraciones o mantiene conversaciones telefónicas con distintas personas que pueden tener alguna relación con los hechos, así como recogen el diario del arqueólogo José Manuel Tarriño Vinagre y una relación de piezas tratadas por las restauradoras del museo de arqueología de Vitoria-Gasteiz y unas fotografías con comentarios realizados por Paloma López Sebastián sobre una pieza y seis anexos (folios 12305 á 12688 de los autos).

Con fecha 21 de octubre de 2014 se dicta providencia (folio 12724) por la que se tiene por unido informe complementario de revisión y ampliación del anterior del IPCE ya remitido con fecha 19 de diciembre de 2013.

Por providencia de 16 de marzo de 2015 (folio 14184) se une informe final de estudio y análisis de la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales (ESCRIBC) y se entrega copia a la Ertzaintza en CD para continuar con las investigaciones.

Se aportan a la causa conclusiones policiales del atestado núm. 163A1200028, presentado por la Ertzaintza el 23 de octubre de 2015 (folios 14287 al 15016) y las ampliaciones a atestado núm. 163A1200028, presentados con fechas 23 de septiembre de 2015 y 1 de octubre de 2015 (folios 15020 á 15429, y 1431 á 1452).

Con fecha 3 de mayo de 2017 se dicta Auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado (folios 15548 a 15551).

Con fecha 7 de agosto de 2019, se dicta Auto resolviendo sobre las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal y demás partes, señalándose las sesiones de la vista oral a partir del 3 de febrero de 2020.

En la relación anterior no se han incluido ampliaciones de atestados que considero que no interrumpen la prescripción pues son diligencias las practicadas para la investigación de la causa, sino otras que si bien pueden ser necesarias, no van dirigidas a nuevas investigaciones o averiguaciones de los hechos, consistiendo, fundamentalmente, en reportajes fotográficos y traslados de distintos efectos, entre ellos, las piezas arqueológicas para los análisis, ni tampoco he considerado la aportación de documentos por las partes, tanto por la acusación particular como por la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, que también han sido unidas por distintas providencias.

Pues bien, aunque es cierto que hay lapsos de tiempo elevados entre unas actuaciones y otras, en unos casos debidos a la propia complejidad de la causa, en otros supuestos no puede considerarse que sea éste el motivo ni se aprecia que sea imputable a las defensas, lo que tendrá su reflejo en el fundamento jurídico siguiente, advirtiéndose la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, pero no puede concluirse que exista un plazo superior a tres años de paralización de la causa, por lo que no puede declararse prescrita la responsabilidad criminal relativa al conjunto delictivo formado entre el delito continuado de falsedad en documento privado y falta continuada de delito sobre el patrimonio, y si no han transcurrido tres años sin actividad investigadora, tampoco ha podido prescribir el conjunto de delito continuado de estafa en concurso de normas con delito de falsedad documental.

El conjunto delictivo que ahora se analiza tiene un plazo de prescripción de cinco

años, de conformidad con lo previsto en el art. 131.1 del Código Penal según la redacción vigente en la fecha de los hechos, ya que la pena de prisión prevista en abstracto es superior a tres años. Y ello, porque la pena prevista en el art. 249 del Código Penal para dicho delito es la de prisión de seis meses a tres años, y al ser un delito continuado y sin perjuicio del concurso, por aplicación de lo dispuesto en el art. 74.1 del Código Penal ha de imponerse en su mitad superior, pudiendo llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado, esto es, en la horquilla que abarca de tres años y un día a tres años, ocho meses y veintinueve días, teniendo en cuenta que el grado superior abarca una pena de tres años y un día a cuatro años y seis meses.

Y en base a lo anteriormente expuesto, no puede admitirse el argumento de la defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, relativo a la prescripción del delito continuado de estafa en concurso con el de falsedad en documento privado fundándose en que no se ha llevado a cabo ninguna actividad investigadora desde la declaración de su defendido el 15 de octubre de 2009 hasta el Auto de procedimiento abreviado, que se ha dictado el 5 de mayo de 2017 y posterior Auto de apertura de juicio oral, que han sido las resoluciones que le fueron notificadas personalmente al mismo.

Y no puede estimarse la prescripción alegada por la defensa del acusado Sr. CERDÁN CASILARI, pues las investigaciones que se llevaron a cabo no eran inocuas para la inclusión en el Auto dictado al amparo del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y ulterior apertura del juicio oral respecto de los hechos que constituyen los delitos en concurso del segundo bloque: estafa continuada con falsedad en documento privado, ya que la investigación de la autenticidad de las piezas arqueológicas está directamente relacionada con el objeto de los supuestos análisis que manifiesta el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI se llevaron a cabo en los laboratorios franceses de espectroscopia nuclear de CEA-CNRS CE de Saclay 91191 Gif Sur Yvette, y por ende, con las conclusiones recogidas en los informes emitidos por el mismo interpretando los supuestos análisis, y de hecho, como se ha recogido en el ordinal SÉPTIMO ha quedado acreditada sin género de dudas la falsedad que presentan los grafitos y la falta de continuidad de la costra varias de las piezas que fueron objeto de tales informes en los que la costra se considera como pátina.

Y dado que la averiguación del hecho consistente en la autenticidad de las piezas arqueológicas ha sido el nudo gordiano de la investigación, y que la estafa se produce a través de unos informes en los que se proclama su autenticidad, ha de concluirse que el delito continuado de estafa en concurso de normas con la falsedad en documento privado se encuentra anudado a la falsedad de piezas arqueológicas objeto de los supuestos análisis, y por tanto, no estamos ante una mera conexión procesal, que permitiría la prescripción independiente de este segundo conjunto delictivo.

De no haberse sospechado la falsedad de las piezas, no se hubiera planteado la falsedad de los informes emitidos por el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, cobrados a la Diputación Foral de Álava a través de LURMEN S.L.

A ello hay que añadir la conexión por autoría de todos los delitos objeto de acusación respecto del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, y la confabulación de éste con el otro acusado, RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, tanto para la realización de unos informes falsos sobre la autenticidad de las piezas arqueológicas que se relacionan en los mismos, como para obtener un beneficio económico ilícito de la Diputación Foral de Álava, que abonó el importe de tales informes.

Y por tanto, respecto del conjunto delictivo formado por el delito continuado de estafa y el de falsedad en documento privado, tampoco estaba prescrito en el momento de presentarse la querrela, pues el último pago realizado por la Diputación Foral de Álava a LURMEN S.L., es decir, el desplazamiento patrimonial, se produjo con fecha 17 de enero de 2007 (folios 16087 y 16088) y el Auto admitiendo a trámite la querrela se dictó con fecha 5 de mayo de 2009, por lo que apenas habían transcurrido dos años desde el último de los hechos delictivos, tratándose de un delito también continuado.

Por otra parte, si la causa no ha estado paralizada más tres años, menos lo ha estado más de cinco años, tiempo de prescripción del delito continuado de estafa que nos ocupa en

la fecha de los hechos, como ya se ha dicho, por aplicación del art. 131 del Código Penal.

Y por último, se aprecia que, entre la diligencia de fecha 28 de noviembre de 2018 de recepción de las actuaciones por este Juzgado de lo Penal y la vista del juicio oral, que comenzó el 3 de febrero de 2020, no han transcurrido más de tres años para el primer conjunto delictivo, o de cinco, para el segundo, por lo que tampoco en esta fase puede apreciarse la prescripción de los delitos objeto de autos.

En el caso que nos ocupa, el delito continuado de estafa fue objeto de enjuiciamiento junto con el delito continuado sobre el patrimonio histórico porque fue objeto de una querrela presentada por la Diputación Foral de Álava ejerciendo la posición de acusador particular, y además en la querrela se identificaban como autor tanto del delito continuado de estafa en concurso con delito de falsedad documental, como del delito continuado sobre el patrimonio histórico, al acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, aun cuando no ocurría lo mismo respecto del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, quien venía identificado en la querrela como autor del delito continuado de estafa en concurso con un delito de falsedad documental, pero aun cuando no haya sido investigado ni imputado por el delito continuado sobre el patrimonio histórico ahora degradado a falta y el simultáneo delito continuado de falsedad en documento privado, no puede admitirse la afirmación de que no se ha investigado sobre el continuado de estafa y el delito de falsedad en documento privado con el que considera en concurso, porque, aun cuando con la querrela se presentaron varios documentos en relación con tales delitos, a saber: documento núm. 21 de la querrela (folios 986 á 1010 de la causa), consistente en correo electrónico de fecha 23 de marzo de 2009, emitido por Yves Bourlat, Director Adjunto del CEA Saclay y otros documentos relacionados con la realización de unas analíticas en los laboratorios de dicho organismo, y documento 31 de la querrela, consistente en correo electrónico remitido con fecha 27 de febrero de 2009 por Fast Com Tec, suscrito por Wolfgang Wilhelm (folios 698 y 699 y 1820 y 1821 de la causa) y su traducción por la Diputación Foral de Álava (folios 1822 y 1823); y desde que declararon los acusados ELISEO GIL ZUBILLAGA y RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI en fechas 3 de julio de 2009 y 15 de octubre de 2009, respectivamente, se han llevado a cabo diligencias de investigación relacionadas con la autenticidad de varios de los grafitos que fueron objeto de informes por este último acusado, los cuales basaba en unos análisis espectroscópicos que no existen, y ello resulta de los análisis realizados por el Instituto de Patrimonio de Cultura de España. Si dichos análisis hubiesen dado el mismo resultado que los llevados a cabo por el Sr. CERDÁN CASILARI, la omisión de los análisis de espectro no

hubiera sido relevante ni hubiera dado lugar a la acusación por delito continuado de estafa. Ahí que la misma investigación llevada a cabo respecto de la autenticidad o no de las piezas cerámicas para los delitos de los que se acusa a ELISEO GIL ZUBILLAGA de forma exclusiva, también haya servido para la investigación del delito continuado de estafa en concurso de normas con un delito de falsedad en documento privado, imputado tanto a este último como al acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI.

Para el cálculo del tiempo de prescripción de uno y otro conjunto se ha tenido en cuenta la pena en abstracto correspondiente al delito castigado con más pena y teniendo en cuenta para su cálculo la continuidad delictiva, ello tal como se recoge en los acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1997, ratificado por el acuerdo del mismo órgano de 16 de diciembre de 2008, ya transcrito "ut supra".

Por tanto, concluyo que no es aplicable el instituto de la prescripción a ninguno de los delitos y falta objeto de enjuiciamiento.

**CUARTO.- De las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.
Atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del Código Penal.**

La **sentencia del Tribunal Supremo núm. 457/2010 del 25 de mayo de 2010** (ROJ: **STS2665/2010**-ECLI:ES:TS:2010:2665), recurso núm. 2322/2009, de la que es **ponente** el Excmo. Sr. D. Juan Ramón **Berdugo Gómez de La Torre**, en relación con el recurso formulado por el Ministerio Público por aplicación indebida de la atenuante analógica de dilaciones indebidas (se trata de un caso anterior a la reforma del art. 21 del Código Penal añadiendo dicha atenuante como atenuante núm. 6, y llevada a cabo por la Ley Orgánica núm. 5/2010 de 22 de junio, y por tanto, de la jurisprudencia vigente en la fecha de los hechos, habiendo variado únicamente en cuanto a que la atenuante ya no es por analogía como hasta la reforma, sino por aplicación directa):

"Con carácter general conviene señalar que las atenuantes analógicas, como su propio nombre indica y así lo recuerda con frecuencia la jurisprudencia, exige basarse en circunstancias de análoga significación u otras expresamente previstas por el legislador, lo que en el caso de dilaciones indebidas no existe una atenuante similar prevista en el CP. siendo pues una construcción netamente

jurisprudencial.

En efecto, resumidamente expuesto el fundamento de esta atenuación es el siguiente: el derecho positivo reconoce ciertas circunstancias posteriores a la comisión del delito, que al implicar un reconocimiento de la vigencia de la norma realizado por el autor del delito con posterioridad a la comisión del mismo, compensan (al menos en parte) la culpabilidad por el hecho (art. 21, 4ª y 5ª CP.). Teniendo en cuenta que la pena constituye, exteriormente considerada, una pérdida de derechos fundamentales, se ha considerado por la doctrina más moderna, que las lesiones de derechos fundamentales que son consecuencia de un desarrollo irregular del proceso deben ser abonadas en la pena pues tienen también un efecto compensador de la parte de culpabilidad por el hecho extinguida por dicha pérdida de derechos, es decir, una situación que es análoga a la de las circunstancias posteriores a la consumación del delito que prevén los n.ºs. 4 y 5 del art. 21 CP. Este efecto compensador, como lo señala la STS de 2-4-93, también se deduce directamente del art. 1º CE, dado que, siendo la justicia uno de los valores superiores del orden jurídico, se deben computar en la pena los males injustificados que el acusado haya sufrido a causa de un proceso penal irregular, pues es un imperativo de justicia que el autor no reciba por el delito una pérdida de derechos mayor al equivalente a la gravedad de su culpabilidad. Dicho con otras palabras: la privación de bienes y derechos que produce la pena no debe ser de superior gravedad que la gravedad de la lesión jurídica causada por el autor.

Admitido este punto de vista se requiere establecer de qué manera se debe efectuar la compensación, es decir cuánto se debe considerar extinguido de la culpabilidad por la lesión jurídica sufrida por el acusado. El legislador no ha proporcionado reglas específicas, pero si se trata de circunstancias posteriores a la comisión del hecho que operan extinguiendo parte de la culpabilidad es indudable que tienen un efecto análogo a todas las que operan de la misma manera y que aparecen en el catálogo del art. 21 CP. (n.ºs. 4 y 5). Contra esta afirmación no cabe oponer que los n.ºs. 4 y 5 del art. 21 CP. sólo se refieren al "actus contrarius" del autor y que en el supuesto de la lesión del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas tal "actus contrarius" no se da. En efecto, como hemos visto, la filosofía de la ley penal emerge claramente de los arts. 58 y 59 CP. y pone de relieve que lo decisivo es la pérdida del derecho porque comporta un adelanto parcial de la reducción del status jurídico del autor que debe ser abonada en la pena para mantener la equivalencia entre la gravedad de ésta y la gravedad de una culpabilidad en parte extinguida por dicha anticipación parcial de la pena. Es indudable, entonces, que existe una analogía que permite fundamentar la aplicación del art. 21.6º CP. porque todos los hechos posteriores que tienen un efecto compensador de la culpabilidad deben operar como atenuantes de la pena. Lo importante es el significado, no la morfología de la circunstancia.

Por otra parte, la reconducción de la cuestión a la cláusula abierta del art. 21.6ª CP. tiene una consecuencia práctica altamente importante, toda vez que somete la atenuación de la pena al régimen general de su individualización de la pena. De esta manera se excluye todo riesgo de arbitrariedad en el manejo de los principios aquí establecidos. La pena aplicable junto con la pérdida del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas habrá respetado la proporción adecuada entre el hecho y su sanción,

dentro de los límites en los que el legislador ha considerado que ello debe tener lugar para no frustrar la estabilización de la norma infringida".

Siendo así en relación a la atenuante de dilaciones indebidas, la doctrina de esta Sala, siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce a toda persona "el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable", ha señalado los datos que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son los siguiente: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

Además de lo anterior, se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la STS nº 1151/2002, de 19 de junio, "no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.1 de la Constitución mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1992, 301/1995, 100/1996 y 237/2001, entre otras; STS 175/2001, 12 de febrero)".

Sin embargo, sobre este punto también se ha dicho en ocasiones, por ejemplo STS nº 1497/2002, de 23 septiembre, "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad.

Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza". Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a

las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (artículo 11.1 LOPJ), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

*Pero más allá de la falta de unanimidad en la exigencia de esa denuncia previa, si existe acuerdo en que no basta la genérica denuncia al transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, sino que **se debe concretar los periodos y demoras producidas, y ello, porque el concepto "dilación indebida" es un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y sin daño no cabe reparación** (SSTS. 654/2007 de 3.7, 890/2007 de 31.10, entre otras), **debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.***

Como dice la STS. 1.7.2009 debe constatar una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la condena que haga que la pena a imponer resulte desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la necesidad de pena, subsistente en su integridad (STS. 3.2.2009).

*Asimismo, como destaca el Ministerio Fiscal en el recurso, **las paralizaciones o retrasos de entidad injustificados en la tramitación de la causa, deben quedar señalados y acreditados en la sentencia cuando el Tribunal aprecia la atenuante, y la motivación que ofrezca el Tribunal debe resultar suficiente (STS. 17.3.2009).***

*Por ello en cuanto a las **dilaciones indebidas para su apreciación como muy cualificada esta Sala requiere la concurrencia de retrasos de intensidad extraordinaria, casos excepcionales y graves, cuando sea apreciable alguna excepcionalidad o intensidad especial en el retraso en la tramitación de la causa** (SSTS. 3.3.2009, 17.3.2009), **o en casos extraordinarios, de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente.** La STS. 31.3.2009 precisa que para apreciar la atenuante como muy cualificada, se necesita un plus que la Sala de instancia debe expresar "mediante la descripción de una realidad singular y extraordinaria que justifique su también extraordinaria y singular valoración atenuatoria".*

*SEGUNDO: En el caso que se examina **en el relato fáctico de la sentencia recurrida no se recoge dato alguno sobre retrasos o paralizaciones en la tramitación de la causa, y solo en el Fundamento de Derecho segundo considera que concurre en todos los procesados la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP. como muy cualificada al haber transcurrido más de tres años entre el comienzo de la instrucción y el señalamiento del juicio oral;** concretando que: "la causa enjuiciada se comenzó a instruir en*

febrero de 2006 y tuvo entrada en la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial y se señaló con fecha 22.4.2009 para la celebración del juicio oral los días 12 y 13 de mayo de 2009, habiéndose producido durante la instrucción de la causa dilaciones que exceden de las que serían justificadas, atendida la complejidad de la causa, que han lesionado el derecho de los procesados a un proceso sin dilaciones indebidas recogido en el art. 24 CP."

Ahora bien un examen de la secuencia procesal de la causa permite comprobar la falta de realidad de las supuestas injustificadas dilaciones y menos aún de esa **especial intensidad para apreciarlas como muy cualificadas en los términos de la STS. 505/2009 de 14.5; duración de un proceso muy simple más de seis años, en las SSTS. 655/2003 de 8.5 y 506/2002 de 21.2, que correspondía la aplicación de una atenuante analógica con el carácter de muy cualificada, para reparar en términos penológicos la excesiva duración del proceso, en casos de transcurso de nueve años o en STS. 29/2003 de 3.3 por hechos sucedidos en 1993 y juzgados en 2001 (ocho años)**. Por el contrario, el mismo pone de manifiesto sin margen de dudas que no han existido dilaciones importantes o relevantes ni prolongados periodos de inactividad procesal sin causa que lo justifique, y en todo caso, su duración no es ajena a la petición de la parte hoy recurrente de la práctica de una prueba que si bien podía estar justificada por el derecho de defensa, no puede servir de base para la estimación de la atenuante de dilaciones".

La **sentencia del Tribunal Supremo núm. 794/2011, de 8 de julio** (ROJ: **STS 5047/2011**-ECLI:ES:TS:2011:5047), dictado en el recurso núm. 2744/2010, de la que es **ponente** el Excmo. Sr. D. Manuel **Marchena Gómez**, sobre esta atenuante:

"En la reciente sentencia de esta Sala núm. 70/2001 (2011), 9 de febrero, recordábamos que la nueva redacción del art. 21.6 del CP, considera atenuante "la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa".

Mediante la redacción de esta circunstancia, el legislador ha acogido de forma expresa la jurisprudencia de esta misma Sala y del Tribunal Constitucional acerca de los efectos del transcurso del tiempo en el proceso penal y, de modo singular, su incidencia en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2). Sigue, pues, con plena vigencia el cuerpo de doctrina elaborado con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo apartado 6 del art. 21. De acuerdo con esta idea, la apreciación de la atenuante -antes y ahora- exige precisar en qué momentos o secuencias del proceso se han producido paralizaciones que deban reputarse indebidas. Hemos dicho que el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un

tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama (SSTS 479/2009, 30 de abril y 755/2008, 26 de noviembre).

El nuevo precepto exige, de forma expresa, la concurrencia de una serie de requisitos: a) una dilación indebida en la tramitación del procedimiento; b) que esa dilación sea susceptible de ser calificada como extraordinaria; c) que no sea atribuible al propio inculpado y d) que el retraso no guarde proporción con la complejidad de la causa.

No resulta fácil, desde luego, colmar el significado indeterminado de algunos de los vocablos empleados por el legislador. El carácter indebido, la naturaleza extraordinaria de la dilación y, en fin, la propia complejidad de la causa, no son conceptos susceptibles de fijación apriorística. La necesidad de operar con reglas no estandarizadas, sino adaptadas al caso concreto, se hace todavía más visible a raíz de la reforma operada por la LO 5/2010, 22 de junio."

El **Auto del Tribunal Supremo** núm. 1226/2018 de fecha **4 de octubre (Roj: ATS 11390/2018-ECLI:ES:TS:2018:11390A)** dictado en el recurso núm. 1341/2018, del que es **Ponente** el Excmo. **Sr. D. Manuel Marchena Gómez** resume la jurisprudencia sobre la atenuante de dilaciones indebidas:

"B) La "dilación indebida" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta prestacional -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y reaccional -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado (SSTEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España; 28 de octubre de 2003,

Caso López Sole y Martín de Vargas c. España; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España; SSTC 237/2001, 177/2004, 153/2005 y 38/2008; y SSTS 1733/2003, de 27-12; 858/2004, de 1-7; 1293/2005, de 9-11; 535/2006, de 3-5; 705/2006, de 28-6; 892/2008, de 26-12; 40/2009, de 28-1; 202/2009, de 3-3; 271/2010, de 30-3; 470/2010, de 20-5; y 484/2012, de 12-6, entre otras).

También tiene establecido esta Sala que son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable", y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2. En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010, de 15-2; 269/2010, de 30-3; 338/2010, de 16-4; 877/2011, de 21-7; y 207/2012, de 12-3).

Por último, y en lo que concierne al cómputo del plazo razonable, comienza a correr cuando una persona es imputada formalmente y finaliza con la sentencia que pone fin a la causa (SSTEDH de 17 de diciembre de 2004, caso Pedersen y Baadsagaard c. Dinamarca; 13 de noviembre de 2008, caso Ommer c. Alemania; y 11 de febrero de 2010, caso Malet c. Francia; y SSTS 106/2009, de 4-2; 326/2012, de 26-4; 440/2012, de 25-5; y 70/2013, de 21-1).

Actualmente, la reforma del Código Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre siguiente, regula como nueva atenuante en el art. 21.6ª las dilaciones indebidas en los siguientes términos: "La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa".

Por consiguiente, el nuevo texto legal, según ha advertido la doctrina, coincide sustancialmente con las pautas que venía aplicando la jurisprudencia de esta Sala para operar con la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

Los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues, aunque también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de

la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante.

Finalmente, y a falta de una definición legal de qué se ha de entender por una circunstancia atenuante muy cualificada, la jurisprudencia de esta Sala ha destacado su distinción por un criterio cuantitativo, diciendo que, esencialmente, se puede reconocer en aquellos casos, en los que se supera, excepcionalmente, el marco normal de una circunstancia atenuante.”

Doctrina reiterada y citada de modo literal en la **sentencia del Tribunal Supremo núm. 655/2019, de 26 de febrero** (ROJ:STS 655/2019–ECLI:ES:TS:2019:655), dictada en el recurso núm. 429/2018, de la que es **ponente** el Excmo. **Sr. D. Francisco Monteverde Ferrer**, que además añade respecto de la atenuante de dilaciones indebidas muy cualificada:

“En lo que atañe a la consideración de la atenuante como muy cualificada, ha de partirse de la premisa de que las circunstancias particulares del caso han de permitir hablar no sólo de una dilación del proceso extraordinaria, sino también de una dilación especialmente extraordinaria o superextraordinaria, que es la condición que han de tener para poder apreciar la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a tenor de la redacción que le ha dado el legislador en el nuevo art. 21.6ª del C. Penal. Pues si para apreciar la atenuante genérica o simple se requiere una dilación indebida y extraordinaria en su extensión temporal, para la muy cualificada siempre se requerirá un tiempo superior al extraordinario.

En las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se tramitan en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002, de 21 de marzo (9 años); 39/2007, de 15 de enero (10 años); 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008, de 12 de febrero (16 años); 440/2012, de 25 de mayo (diez años); 805/2012, de 9 octubre (10 años); 37/2013, de 30 de enero (ocho años); y 360/2014, de 21 de abril (12 años).”

Y la **sentencia del Tribunal Supremo** núm. 81/2020, de **26 de febrero de 2020** (ROJ: **STS 617/2020**–ECLI:ES:TS:2020:617), dictada en recurso núm. 2582/2018, de la que es **ponente** la Excmo. **Sr^a. D^a. Carmen Lamela Díaz**:

"2. Este Tribunal viene señalando (sentencias núm. 360/2014 y 364/2018) que, al margen de circunstancias excepcionales que acrediten una efectiva lesión de especial entidad derivada de la dilación, la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse (más como resumen empírico que como norma de seguimiento) atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del artículo 21.6ª del Código Penal.

Tal precepto prevé como atenuante, "la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa".

Como criterios a tener en cuenta en la doctrina del Tribunal Constitucional y en jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar si se han producido o no las dilaciones indebidas, se encuentran: a) la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas; b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso; d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes; e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles, etc.

3. Teniendo en cuenta la anterior doctrina, debemos atenernos al relato fáctico de la sentencia impugnada, en el que se declara probado que "... se formuló querrela en fecha 19 de mayo de 2010, habiéndose concluido la instrucción de la causa en fecha 31 de julio de 2017".

Nos encontramos por ello ante una instrucción que ha durado más de siete años, debiendo computarse como fecha de inicio para la determinación de posibles dilaciones aquella en la que el denunciado/querrellado comenzó a sufrir las consecuencias del proceso (SSTS núm. 277/2018, de 8 de junio; 440/2012, de 29 de mayo; 1394/2009, de 25 de enero; 106/2009, de 4 de febrero; 553/2008, de 18 de septiembre; 1123/2007, de 26 de diciembre; 1051/2006, de 30 de octubre; y 1288/2006, de 11 de diciembre).

En este sentido ha expresado el TEDH en las sentencias *Eckle vs. Alemania* de 15 de Julio de 1982 ó *López Solé vs. España*, de 28 de Octubre de 2003: "...el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6-1º del Convenio, empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada, o cuando las sospechas de las que es objeto, tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos....".

En el supuesto de autos el Sr. Remigio prestó declaración como querrellado, a presencia de su Letrado con información de sus derechos y de los hechos que se le imputaban, el día 26 de noviembre de 2010, siendo por tanto ésta la fecha en la que fue formalmente acusado y en la que comenzó a sufrir las consecuencias del proceso.

Es evidente, por ello, que la causa ha tenido una tramitación lenta. Tal duración no encuentra justificación en la complejidad de la instrucción, complejidad que reconoce y valora el Tribunal de

instancia, pero la magnitud de este parámetro resulta insuficiente para justificar la dilación teniendo en cuenta las diligencias practicadas, diligencias que además de distintas declaraciones de acusados y testigos, han consistido en la incorporación de diversa documentación, la mayoría de la cual ya obraba en poder de la querellante al formular la querrela iniciadora del procedimiento. Tampoco puede imputarse al comportamiento del acusado, Don Remigio, el motivo de dilación injustificada. De las doce actuaciones que han podido retrasar la instrucción que son relacionadas por la recurrente, solo cuatro son imputables a Don Remigio. Además, la última diligencia, que requería su participación realizando un cuerpo de escritura para llevar a cabo la pericial caligráfica, tuvo lugar el día 2 de marzo de 2012, recibíéndosele segunda declaración el día 13 de septiembre de 2013 a fin de que reconociera el documento obrante al folio 405 de las actuaciones, documento que hubo de ser incluido en la relación de documentos que fueron objeto de pericia. Tras ello, la causa se dilató cuatro años más hasta su conclusión. El informe pericial caligráfico no fue emitido hasta el día 11 de julio de 2016, dictándose auto de transformación en procedimiento abreviado el día 4 de noviembre de 2016.

Por lo expuesto, debe concluirse estimando que se ha producido una dilación extraordinaria e indebida en relación con la complejidad de la causa de entidad suficiente para estimar la atenuante simple de dilaciones indebidas."

Y también sobre la apreciación de la atenuante como muy cualificada, la **sentencia del Tribunal Supremo núm. 92/2020, del 04 de marzo de 2020** (ROJ:STS690/2020-ECLI:ES:TS:2020:690), dictada en el recurso núm. 2573/2018, de la que es ponente el Excmo. **Sr. D. Antonio Del Moral García**, que al efecto expresa:

"En el presente caso, de acuerdo con la sentencia recurrida, no puede aceptarse que la dilación indebida tenga el carácter que permite su consideración como muy cualificada.

Nuestra jurisprudencia ha apreciado la atenuante, con el carácter de muy cualificada, en supuestos en los que se habían producido paralizaciones de notable consideración, por espacio de varios años. Así, en casos de transcurso de 5 años y medio en sede de la Audiencia, pendiente de la celebración del juicio oral, terminada la instrucción (STS 551/2008, de 29 de septiembre), o la STS 630/2007, de 6 de julio , por la paralización indebida por tiempo de 4 años, en esas mismas condiciones".

*La atenuante de dilaciones indebidas durante muchos años estuvo amparada en la analogía del antiguo art. 21.6º CP. A partir de diciembre de 2010 cuenta con una tipificación penal expresa. **El actual número 6 del art. 21, dentro del catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal define como tal la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.***

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 sitúa la conveniencia de otorgar carta de

naturaleza legal a la nueva atenuante en la necesidad de dar cobertura normativa a una práctica judicial extendida. La atenuante es de creación jurisprudencial. Sus perfiles fueron modificándose a impulsos de los pronunciamientos de esta Sala Segunda. desde 2010 contamos ya con unos requisitos legales que, en líneas generales, se ajustan a lo establecido por esa jurisprudencia anterior que la exposición de motivos proclama querer respetar. Es por tanto irrelevante la cuestión de determinar si hemos de aplicar la norma vigente en el momento de los hechos (2008) o la vigente cuando se han producido las dilaciones. Son parificables ambas situaciones.

A tenor de la literalidad de la actual norma la atenuante exigirá la concurrencia de una serie de requisitos o elementos constitutivos: a) que tenga lugar una dilación indebida y extraordinaria; b) que ocurra durante la tramitación del procedimiento; c) que esa demora o retraso injustificado no sea atribuible al imputado y d) que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio.

Junto a ello, constituyendo el fundamento de la atenuante la compensación del daño causado por la dilación con una disminución de la pena, es requisito inmanente de la atenuante que aquél que reclama su aplicación no haya sido beneficiario de esas dilaciones, más allá de que no le sean imputables. O, dicho desde el reverso, que le hayan acarreado perjuicios. El perjuicio, en principio, ha de presumirse: el sometimiento a un proceso penal, la incertidumbre de su resultado, la sujeción a posibles medidas cautelares (obligación apud acta)... suponen unas molestias o padecimientos que se acrecientan si el proceso se prolonga indebidamente. Dicho de otra manera: puede presumirse que las dilaciones en el enjuiciamiento perjudican al posteriormente condenado (mucho más, desde luego, al que finalmente es absuelto, podría apostillarse); y que ese perjuicio merece una compensación que viene de la mano de la atenuante (lo que no impide otras fórmulas mediante instituciones como la abonabilidad de las medidas cautelares: arts. 58 y 59 del Código Penal: STS 440/2012, de 25 de mayo). Ahora bien ese perjuicio en atención a las circunstancias concretas de cada supuesto es ponderable para determinar, entre otras cosas, la eficacia que debe conferirse a la atenuante. No es ésta solo una cuestión de medición temporal; también debemos examinar cuánto de penosidad puede achacarse a esos siempre indeseables retrasos. No olvidemos el fundamento de la atenuante: compensación a lo que se evalúa como una pena natural.

Ha habido en este supuesto premiosidad y lentitud en la tramitación. Y dos paralizaciones significadas.

Como nos recuerda el viejo aforismo: "la dilación de la Justicia es injusticia o justicia tardía equivale a justicia denegada". Este apotegma se ha presentado desde antiguo como una verdad que es de plena actualidad, y que ha servido para inspirar algunas reformas, tanto del Código Penal al introducirse como atenuante en el art. 21 "per se" y no de forma analógica, como de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, léase art. 324 de la misma, fundándose en que la falta de rapidez en la tramitación de las causas penales incide tanto en el derecho a la tutela de los justiciables como en el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, derechos que consagra el artículo 24 de la Constitución española.

Por ello, mediante la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 23 de junio, se introdujo entre las circunstancias atenuantes la de dilaciones indebidas, que ya venía considerada por el Tribunal Supremo como atenuante analógica si se cumplían determinadas exigencias que permitieran constatar que el tiempo empleado en la tramitación del proceso penal hasta el enjuiciamiento era irrazonable por la existencia de paralizaciones que lesionaban el derecho del encausado a ser juzgado en un plazo de tiempo razonable, siempre que no fueran imputables al acusado, y cuyo efecto se traducían en una disminución al grado mínimo de la pena aplicable y, en las ocasiones en las que se apreciaban dilaciones muy cualificadas, mediante la reducción de un grado en la pena.

Es cierto que la tramitación de la presente causa ha durado varios años, y también es cierto que esta causa tiene gran complejidad por la profusión de documental y, sobre todo, por la complejidad de las investigaciones y pericias sobre la autenticidad de las piezas arqueológicas, tanto en su formulación como en su ejecución, así como por el desconocimiento sobre qué organismos podían realizarlas de los diferentes estamentos, órgano y policía judiciales, cuestión esta última que ha producido algunos retrasos indeseados.

Por ello, es necesario analizar si se cumplen los requisitos necesarios para apreciar la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, y si concurre, si ésta es simple o muy cualificada, así como en este último supuesto, qué alcance ha de tener a la hora de rebajar la pena.

En primer término, hay que destacar que ninguna de las defensas ha alegado formalmente la atenuante que nos ocupa en sus escritos de defensa, cumpliendo los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia para su apreciación, no habiendo concretado los periodos de tiempo de paralización de la causa, así como tampoco lo han hecho en el momento procesal oportuno, tras practicarse las pruebas en el juicio, antes de elevar sus conclusiones a definitivas en las cuales no se hacía referencia alguna a la concurrencia de esta atenuante, siendo únicamente la Letrada del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI quien la ha invocado por la vía de informe, momento procesal no oportuno para ello. Si bien, dado que tanto dicha Letrada como el Letrado del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA habían alegado en el momento procesal oportuno la prescripción de los delitos, prescripción que ha sido desestimada, y que las dilaciones indebidas pueden equipararse a la cuasiprescripción por cuanto que sus efectos se traducen en una reducción

o rebaja de las penas, es posible que esta Juzgadora aprecie una atenuante de oficio, sin causar indefensión.

En segundo lugar, y dicho lo anterior, es preciso analizar si en el caso nos ocupa se dan los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia, según he citado anteriormente, para aplicar la atenuante de dilaciones indebidas prevista en el apartado 6 del art. 21 del Código Penal:

a) Naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad.

La causa que nos interesa es compleja en cuanto a la investigación de la falsedad de los grafitos, pues era necesario realizar unas pruebas sobre las piezas para conocer si cuando quedaron enterradas ya presentaban tales grafitos o, si, por el contrario, dichos grafitos habían sido realizados en fechas recientes, tras ser desenterradas las piezas, pruebas que debían llevarse a cabo en laboratorios que tuvieran los medios necesarios.

A ello hay que añadir la profusa documentación aportada durante todo el proceso, incluyendo la propia del yacimiento que también ha sido traída a los autos, proceso que contaba con más de 16000 folios cuando llegó a este Juzgado de lo Penal, sin contar cajas con evidencias y que ahora cuenta con más de 18.000 folios, aparte de otros documentos digitales aportados, y también se han producido dilaciones debido a la falta de medios del órgano judicial y policías judiciales, que han obligado a realizar las pericias por organismos públicos diferentes de los que habitualmente prestan su apoyo a los Juzgados.

Sin embargo, la complejidad de la causa no justifica que existan largos periodos de inactividad, que iban alargando innecesariamente la instrucción, hasta tal punto que cuando se dictó el Auto de 20 de junio de 2016 declarando su complejidad -que fue revocado por resolución de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava por considerarlo extemporáneo- ya habían transcurrido siete años desde el inicio de la instrucción mediante Auto de 5 de mayo de 2009, por lo que hay que reconocer que ha existido lentitud en la instrucción, aun cuando ello pueda ser debido a la falta de medios del Juzgado instructor, de lo que no cabe duda, no puede perjudicar al justiciable y ha de ser compensado en alguna forma al mismo.

b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, es

decir, que el retraso no guarde proporción con la complejidad de la causa.

Como ya resulta de la jurisprudencia anteriormente citada, los litigios cuya complejidad es manifiesta no pueden instruirse durante tanto tiempo, y así, se considera que es excesivo el tiempo transcurrido, pues hasta el momento de dictarse el Auto de procedimiento abreviado el 3 de mayo de 2017, habían transcurrido ocho años, y cuando se dictó el Auto de apertura de juicio oral, el 25 de abril de 2018, prácticamente nueve años. Esta excesiva duración de la tramitación de la causa en el caso que nos ocupa no se considera normal ni asumible para el justiciable, máxime teniendo en cuenta las fechas en las que se entregaron los informes por parte del Instituto de Patrimonio Cultural de España y la Escuela de Restauración y Conservación de Bienes Culturales de Madrid, el último de ellos en el 2 de marzo de 2015.

C) que no sea atribuible al propio inculpado.

No se aprecia que las defensas de los acusados hayan mantenido una conducta procesal dilatoria, sino lo contrario, pues por un lado, como manifestó su Letrada en el plenario, el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, tras declarar por exhorto en la localidad de Roquetas de Mar, no se personó en la causa hasta la notificación de los Autos de procedimiento abreviado y de apertura de juicio oral, es decir, ocho años después; y por otro, la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA recurrió el Auto de 26 de junio de 2016 por el que se declara la complejidad de la causa, siendo estimado su recurso, y también recurrió el Auto de procedimiento abreviado de 3 de mayo de 2017, siendo su recurso estimado parcialmente, por lo que no puede achacarse al mismo retraso alguno, sino que ejerció su derecho a la defensa de forma correcta, recurriendo resoluciones que le eran adversas, pero no sin fundamento, como se concluye del resultado de los recursos. Y cuando le han sido practicados requerimientos al acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA para aportar la letrina, la aportó en breve tiempo (29 de mayo de 2009, folio 8442, tomo 17 de los autos a pesar de no ser localizado inicialmente); o la documentación necesaria para la emisión del informe por parte de los peritos de la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid, que aportó también prontamente, así como evacuó el traslado para designar las piezas a analizar por la Guardia Civil un mes antes que la acusación particular con fecha 26 de junio de 2010 (folios 10652 á 10676) y la parte querellante con fecha 30 de julio de 2010 (folios 10721 á 10724).

d) una dilación indebida en la tramitación del procedimiento, que sea susceptible de ser calificada como extraordinaria.

Se aprecia que, en conjunto, y hasta la fecha del juicio, han transcurrido casi once años, aun cuando en marzo del pasado año se celebró una comparecencia de las partes, que resultó fallida por enfermedad de un Letrado de la defensa, y al no poderse llevar a cabo, teniendo en cuenta la duración prevista para la vista, que tuvo una duración de varias sesiones.

Y la fase de instrucción ha durado siete años desde su inicio por Auto de 5 de mayo de 2009 hasta el Auto de 20 de junio de 2016 declarando la causa compleja y prorrogando la instrucción por doce meses, Auto que fue revocado por extemporáneo por la Sección Segunda de la Audiencia Provincia de Álava mediante Auto de 15 de diciembre de 2016, al estimar el recurso de la defensa del acusado Sr. GIL ZUBILLAGA; el Auto de transformación en procedimiento abreviado se dictó con fecha 3 de mayo de 2017, es decir, un año más, ocho años, y por fin, se dictó el de apertura de juicio oral con fecha 25 de abril de 2018, faltando pocos días para otro año más, casi nueve años desde su inicio.

En el fundamento jurídico anterior se han recogido diferentes diligencias investigadoras y resoluciones dictadas durante la instrucción de la causa que impiden su prescripción, pero que, a la vez, denotan también una lentitud considerable en su instrucción, que ha sido poco ágil y poco cohesionada, además de incompleta, pues los análisis que se llevaron a cabo sólo versaron sobre unas pocas piezas arqueológicas de las que presentaban grafitos que podían ser contemporáneos, a pesar de existir muchas más piezas en tal situación y que eran objeto de acusación, resultando que cada experto o perito, ha analizado unas diferentes con unas pocas coincidencias en cuanto las piezas analizadas, habiendo analizado la mayoría de estos piezas de cerámica -las de otros materiales como hueso, piedra o vidrio no han sido analizadas más que en casos aislados- y además, algunos de los peritos o expertos han realizado sus estudios sobre fotografías, que podrán ser muy buenas, pero no pueden nunca sustituir al original cuando nos encontramos en una causa penal, y además, las piezas se encuentran fácilmente accesibles en poder de la Administración querellante -aunque en el supuesto de peritos de la defensa no es que se haya facilitado tal acceso por la querellante a los mismos- y no han sido destruidas.

- Así, y una vez han declarado los tres acusados, con fecha 29 de diciembre de 2009

se dicta providencia (folio 9974) por la que se acuerda oficiar a la Policía Científica de la Guardia Civil sobre la viabilidad de las analíticas solicitadas por la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA en su escrito de fecha 1 de septiembre de 2009 (folios 9514 a 9525 de los autos); y desde esta actuación, pasando por el oficio de 19 de febrero de 2010 (folio 10411 de las actuaciones) mediante el que la Policía Científica de la Guardia Civil informa de que sólo puede realizar parte de los análisis propuestos, solicitando que se especifiquen las muestras y parámetros analíticos.

- Tras petición del Ministerio Fiscal de fecha 31 de enero de 2010 de que se dé traslado a la parte querellante para que designe las piezas a analizar, se dicta providencia de 7 de abril de 2010 se da traslado a las partes a tales efectos (folio 10620).

- Dicho trámite se lleva a cabo por la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA con fecha 26 de junio de 2010 (folios 10652 á 10676) y la parte querellante con fecha 30 de julio de 2010, tras solicitar dos aplazamientos, (folios 10721 á 10724), en cuyo ínterin, la Guardia Civil reitera su petición de muestras y parámetros (folio 10698 a 10699 de los autos).

- Hasta el 30 de noviembre de 2010 no se acuerda la remisión de la relación de muestras facilitada por la querellante a la Guardia Civil (folio 10753). Por dicha fuerza se responde mediante oficio de 10 de mayo de 2011 (folio 10924 de los autos) que carece de experiencia para interpretar los resultados analíticos, tras serle recordado el encargo a instancia de la querellante (folios 10918 á 10920).

- El 20 de junio de 2011 (folio 10945) se acuerda oficiar al laboratorio de Química y Medioambiente, a instancia del Ministerio Fiscal y, con fecha 22 de noviembre de 2011, se acuerda oficiar al Área de Medio Ambiente y Urbanismo de la Ertzaintza, para el informe pericial (folios 10958 y 10959 de los autos), respondiendo la Ertzaintza con fecha 14 de diciembre de 2011 que no cuenta con instrumental adecuado ni metódica para llevar a cabo los análisis (folio 10987 de los autos).

- Con fecha de 13 febrero de 2012 (10992 de los autos) se requiere a la Ertzaintza para que informe sobre las entidades que pueden realizar los análisis, informando dicha fuerza, con fecha 24 de mayo de 2012, que la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid y el Instituto de Patrimonio Cultural de España

(folios 11170 y ss. de los autos). La Ertzaintza amplió tal información mediante oficio de 30 de mayo de 2012, en el que indica que el Instituto del Patrimonio Cultural de España (IPCE), con capacidad para realizar análisis muy específicos de los grafitos. (Folios 11174 y ss.).

- Tras solicitar nuevamente informes a las partes, se acuerda por providencia de 17 de julio de 2012 que realice los análisis el Instituto de Patrimonio Cultural de España (folio 11217 de los autos), así como se tramita la selección y traslado de las piezas seleccionadas a dicho organismo. La Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid informa con fecha 3 de julio de 2012 de que no puede realizar los análisis concluyentes sobre la autenticidad de los grafitos aunque sí realizar un informe sobre las excavaciones que podrían ser relevantes para la antigüedad de éstos y aportar información sobre el tratamiento de los materiales y su conservación. (folio 11464 y 11465), pudiendo realizar los informes el Instituto de Patrimonio Cultural de España y el Centro Nacional de Investigación sobre la Evolución Humana.

- Con fecha 4 de octubre de 2012 la Ertzaintza aporta atestado con exposición de hechos y resumen de las diligencias llevadas a cabo, algunas de las cuales han sido reseñadas anteriormente en esta relación de fechas.(folios 11258 á 11466 de los autos).

- Con fecha 5 de octubre de 2012 se dicta providencia por la que se acuerda solicitar a la Dirección de Patrimonio Cultural de la Consejería de Cultura del Gobierno Vasco a fin de emitir resolución administrativa para el traslado de las piezas seleccionadas, oficiando al Área de Medio Ambiente y Urbanismo de la Ertzaintza para el traslado y custodia de las piezas (folio 11467). Con fecha 22 de octubre de 2012 se dicta providencia sobre el plazo de las pruebas a realizar por el IPCE, que se responde por el Instituto de Patrimonio Cultural de España con la misma fecha y estimando una duración máxima de seis meses. (Folios 11475 á 11477 de los autos).

- El traslado de las piezas hasta el Instituto de Patrimonio Cultural de España se lleva a cabo el 13 de noviembre de 2012 por dos agentes de la Ertzaintza del Área de Medio Ambiente y Urbanismo, lo que documentan en el correspondiente atestado, que se une por providencia de 29 de noviembre de 2012 (folio 11571 de los autos).

- Providencia de 21 de febrero de 2013 (folio 11592 de los autos) uniendo oficio de la

ESCRBC, ampliación del atestado con el acta original de entrega de las piezas, así como escrito de la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA y documental acompañada por éste. Nuevo escrito del indicado acusado y providencia de 18 de junio de 2013 uniendo el mismo y los informes acompañados a éste (folio 11847, tomo 25 de los autos).

- Providencia de fecha 15 de julio de 2013 (folio 11870, tomo 25 de los autos) por la que se acuerda la unión de oficios y se acuerda conceder prórroga al Instituto de Patrimonio Cultural de España para la emisión del informe, así como requerir al acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA para la aportación de los diarios de excavación o fichas.

- Providencia de 1 de octubre de 2013 (folio 12038 del tomo 25), por la que se une ampliación de atestado, solicitando la emisión de oficios por el Juzgado para trasladar las cajas con documentos aportados por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, así como un informe y evidencias e informe aportados por el Servicio de Restauración de la Diputación Foral de Álava, a petición de la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid.

- Providencia de 15 de octubre de 2013 (folio 12073 del tomo 26) que acuerda la unión del original de la anterior ampliación del atestado.

- Providencia de 19 de noviembre de 2013 (folio 12105 del tomo 26 de los autos) por la que se acuerda unir oficio y atestado ampliatorio con la entrega de evidencias al del Instituto de Patrimonio Cultural de España, acuerda oficiar a ETB y a la sección de documentoscopia y gráfica de la Policía Científica de la Ertzaintza.

- Providencia de 21 de enero de 2014 (folio 12225 del tomo 26 de los autos), acordando la unión de informe del IPCE remitido con fecha 28 de octubre de 2013 y dando traslado al Ministerio Fiscal de la pretensión de personarse en la causa de Euskararen Jatorria Biltrarra y Auto de 12 de febrero de 2014 no admitiendo su personación (folios 12230 y 12231).

- Providencia de 13 de febrero de 2014 dando traslado al Ministerio Fiscal sobre la petición de acceso al informe del IPCE del responsable del Departamento de Patrimonio Cultural del Gobierno Vasco, lo que se deniega por providencia de 24 de febrero de 2014

(folios 12233 y 12246 de los autos).

- Providencias de 19 de mayo de 2014, uniendo el informe de análisis por imagen del IPCE y dando traslado a las partes para informe (folio 12296 y 12296).

- Providencia de 29 de mayo de 2014 por la que se une informe de la Ertzaintza en el que se identifican a distintas personas, como ex trabajadores de LURMEN S.L., personal del Departamento de Obras Públicas y Transporte del Gobierno Vasco incluyendo su Consejero, personal de la Diputación Foral de Álava, ex colaboradores de LURMEN S.L. y otras personas, así como entrevistas con los mismos, y oficio de la ESCRBC y documentos, incluyendo algunos digitales (DVD de ETB y USB de la Diputación Foral de Álava), así como se acuerda la remisión a la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales del informe del IPCE (folio 12690 del tomo 27).

- Providencia de 31 de julio de 2014, por la que no se accede a la petición del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA de que se autorice al perito D. Koenraad a los datos en bruto en los que se basan los informes del IPCE.

- Providencia de 21 de octubre de 2014 acordando unir informe complementario del IPCE (folio 12723, tomo 27 de los autos).

- Providencia de 16 de marzo de 2015 (folio 14184, tomo 30 de los autos), por la que se acuerda la unión del informe final del estudio sobre documentación aportada por LURMEN S.L., informe de la ESCRBC, CD y tomos).

- Auto de 8 de abril de 2015 (folios 14185 y 14186 del tomo 30 de los autos) por el que se inadmite la personación de Euskararen Jatorria Biltzarra.

- Providencia de 30 de julio de 2015 por la que se une ampliación de atestado de la Ertzaintza (folio 14283 del tomo 30 de los autos).

- Diligencia de ordenación de fecha 9 de noviembre de 2015 uniendo atestado y pasa a S.S^a., y providencia de 11 de noviembre de 2016 acordando pasar autos a la mesa de S.S^a. (folios 15453 y 15454 del tomo 31 de los autos).

- Providencia de 23 de mayo de 2016, acordando unir escrito de defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA solicitando el sobreseimiento de la causa e informe del Ministerio Fiscal solicitando se dicte Auto de Procedimiento Abreviado o se practiquen las diligencias imprescindibles (folio 15507 del tomo 32 de los autos).

- Providencia de 31 de mayo de 2016 dando traslado a las partes de la petición de complejidad solicitada con fecha 26 de mayo de 2016 por el Ministerio Fiscal (folio 15509 de los autos).

- Auto de 20 de junio de 2016 declarando la complejidad de la causa (folios 15519 y 15520 del tomo 32 de los autos).

- Auto de 15 de diciembre de 2016 (folios 15544 á 15546, tomo 33 de los autos), por el que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava estima el recurso del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA contra la anterior resolución, al ser extemporánea la declaración de complejidad de la causa, dictándose providencia de 17 de enero de 2017 por la que se tienen por recibidos los autos de la Audiencia.

- Auto de 3 de mayo de 2017 por el que se transforman las diligencias previas en procedimiento abreviado (folios 15448 á 15551, tomo 33 de los autos).

- Con fecha 11 de mayo de 2017 la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA formuló recurso de apelación frente al Auto de 3 de mayo de 2017, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal y demás partes por providencia de 16 de mayo de 2017 (folios 15563 á 15601, tomo 33 de los autos).

- Providencia de 30 de junio de 2017 por la que se une escrito de Euskotrenbideak y se da traslado sobre su personación al Ministerio Público (folio 15662).

- Providencia de 18 de septiembre de 2017 por la que se inadmite la personación de Euskotrenbideak.

- Auto de 4 de enero de 2018 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de

Álava, por el que se estima parcialmente el recurso de apelación expresado (folios 15677 á 15683 del tomo 33 de los autos).

- Tras acordarse escanear la causa por providencia de 4 de enero de 2018, se dicta providencia de 1 de febrero de 2018 dando traslado por diez días al Ministerio Fiscal y acusación particular para que soliciten apertura de juicio oral, sobreseimiento o diligencias complementarias (folios 15684 y 15685), solicitando la querellante un plazo de treinta días para dicho trámite, que le es concedido por providencia de 23 de febrero de 2018 (folio 15688).

- Auto de 25 de abril de 2018 acordando la apertura del juicio oral (folios 15701 y 15702 de los autos).

- Providencia de 29 de mayo de 2018 teniendo por personado al acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI (folio 15732 de los autos).

- Providencia de 14 de junio de 2018 por la que se acuerda la suspensión del plazo para el escrito de defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA hasta el alta médica de su Letrado (folio 15735).

- Providencia de 22 de junio de 2018 teniendo por personado al acusado ÓSCAR ESCRIBANO SANZ y providencia de 2 de julio de 2018 por la que se concede a la defensa del mismo un plazo de treinta días para formular el escrito de defensa (folios 15739 y 15741).

- Providencia de 30 de julio de 2018 por la que se tiene por aportada alta médica del Letrado del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA y se le tiene por opuesto.

- Diligencia de 13 de septiembre de 2018 por la que se da traslado a las demás partes del recurso de reforma (folio 15762).

- Diligencia de ordenación de 28 de septiembre de 2018, teniendo por formulado escrito de defensa del acusado ÓSCAR ESCRIBANO SANZ y da traslado por diez días a la defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI para presentar el escrito de

defensa. (folio 15767).

- Auto de 1 de octubre de 2018 por el que se estima el recurso de reforma del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, concediéndole el plazo de diez días para el escrito de defensa. (folios 15772 y 15773).

- Diligencia de ordenación y providencia de fecha 16 de octubre de 2018, acordando la primer la unión del escrito de defensa del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, y la segunda, la del escrito de defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA y dando traslado por diez días para formular escrito de defensa a la mercantil LURMEN S.L. como responsable civil subsidiaria. (folios 15794 y 15800).

- Diligencia de ordenación de 16 de noviembre de 2018 teniendo por evacuado el trámite de defensa a LURMEN S.L. y remitiendo a Juzgado Decano la causa para su reparto (folio 15805).

Y teniendo en cuenta los hitos expresados, se aprecia que sí ha habido dilaciones indebidas traducidas en lentitud de algunas decisiones con traslados a las partes para informes, cuando el impulso procesal no precisa constantemente de dichos traslados. Así, desde que se acuerda el 28 de diciembre de 2009 proceder sobre los análisis de las piezas propuestos por la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, se producen diversas vicisitudes, como designación de piezas, la última con fecha 30 de julio de 2010, pero hasta el 30 de noviembre de 2010 no se acuerda remitir la relación de muestras realizada por la parte querellante a la Guardia Civil, transcurriendo once meses, y desde tal remisión, no se responde por dicha fuerza hasta el 10 de mayo de 2011, con el transcurso de más de cinco meses, y desde que se remiten sendos oficios, 20 de junio de 2011 al laboratorio de química y medioambiente y con fecha 22 de noviembre de 2011 al área de Medio Ambiente y Urbanismo de la Ertzaintza, y tras responderse por esta última que carecen de instrumental y método con fecha 14 de diciembre de 2011, han transcurrido también siete meses durante los que no se han podido llevar a cabo los análisis.

El 13 de febrero de 2012 se acuerda requerir a la Ertzaintza para que informe sobre las entidades que pueden realizar los análisis, a lo que responde mediante oficios de 24 y 30 de mayo de 2012, acordándose que se lleven a cabo por el IPCE hasta el 17 de julio de 2012, transcurriendo seis meses desde que se informó de que la Ertzaintza no podía llevar a cabo los análisis hasta que se averigua que el Instituto de Patrimonio Cultural de España

puede hacerlos.

Hasta el 5 de octubre de 2012 no se acuerda solicitar la autorización de traslado de piezas al IPCE, traslado que se produce con fecha 13 de noviembre de 2012, y queda paralizada la causa mientras se están realizando los análisis; el 15 de julio de 2013 se acuerda la prórroga solicitada por el IPCE para emitir los informes, y se dictan resoluciones para el traslado de documentos solicitados por la ESCRBC con fecha 1 de octubre de 2013 y al IPCE con fecha 19 de noviembre de 2013.

Por fin, el 21 de enero de 2014 se une a los autos el primer informe remitido por el Instituto de Patrimonio Cultural de España, y el 19 de mayo de 2014 el informe de análisis por imagen del mismo organismo público. Con fecha 29 de mayo de 2014 se une atestado de la Ertzaintza en el que se recogen las labores de investigación llevadas a cabo sobre identificación de varias personas que pudieran tener relación con los hechos, pero no se acuerda la declaración en fase de instrucción de ninguna de ellas, ni se practican las diligencias de investigación propuestas por la Diputación Foral de Álava en escrito de 9 de abril de 2010 (folios 10624 a 10620, tomo 22 de los autos), sobre las que no se resolvió, limitándose la providencia firme de 15 de abril de 2010 (folio 10624 de los autos) a quedar a la espera del resultado de las diligencias relativas a los informes a emitir por la Policía Científica de la Guardia Civil, a pesar de que estas últimas diligencias no impedirían continuar con las diligencias de investigación interesadas por la Diputación Foral de Álava. La querellante no recurrió dicha providencia por la que se acuerda dicha espera. Tales diligencias de investigación nunca llegaron a practicarse, pues las declaraciones como testigos de José Ángel Apellániz González, Miguel Ángel Berjón Lobato y Carlos Crespo Beistegui no pertenecen a esta causa, sino que son copia de las que llevaron a cabo en otras diligencias previas que se siguieron ante el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Vitoria-Gasteiz como consecuencia de una querrela de Euskotren, copias aportadas al procedimiento por la acusación particular a esta causa (folios 9646 á 9660, tomo 20 de los autos); tampoco llegaron a ratificarse los peritos que emitieron los informes periciales caligráficos ni a practicar otras testificales de las propuestas.

Con fecha 21 de octubre de 2014 se une el informe complementario con revisión del primer informe del Instituto de Patrimonio Cultural de España, y casi cinco meses más tarde, el 16 de marzo de 2015, se acuerda la unión del informe de la Escuela Superior de Conservación y Restauración de Bienes Culturales. Pero en el periodo de tiempo hasta la llegada de los distintos informes del IPCE y de la ESCRBC, únicamente se intentó como

diligencia de investigación la práctica de un informe pericial caligráfico por la Sección de Documentoscopia y Grafística de la Policía Científica de la Ertzaintza, que no pudo llevarse a cabo por no existir método científico fiable para realizarlo.

Resumiendo, y como ya se ha expresado anteriormente, no se aprecia que las dilaciones sean imputables a los acusados, existiendo periodos de tiempo que se han dilatado por la multitud de providencias dando traslados para informes al Ministerio Fiscal y a las partes, posponiendo, como se ha dicho, otras diligencias de investigación en tanto se realizaban las periciales del IPCE y de la ESCRBC, alargándose en primer término los plazos de instrucción por desconocimiento del organismo público que pudiera realizar las pruebas analíticas necesarias para dilucidar la autenticidad de los grafitos, y, por último, prorrogándose el plazo para la entrega de los informes relativos a las pruebas, una vez determinados los organismos públicos que podían realizar tales pruebas. También se aprecia lentitud en las ampliatorias de los atestados en cuanto a la identificación de posibles testigos, pues el primer atestado en tal sentido se tiene por unido por providencia de 29 de mayo de 2014, y el relativo a las conclusiones finales se unieron por providencia de 15 de octubre de 2015, y posteriormente, se unieron dos ampliaciones, que se unieron por diligencia de ordenación de 11 de noviembre de 2015, sin que se llevaran a cabo diligencias de investigación judiciales dimanantes de las policiales, como la declaración de testigos, aun cuando, como ya se ha dicho, la acusación particular sí interesó la declaración de algunos de ellos.

Aun cuando la causa ha de tildarse de compleja, sin perjuicio que no llegara a ser declarada como tal al quedar revocado el Auto que así lo decretaba por extemporáneo, hay que concluir en base a los periodos de tiempo antes contemplados que sí han existido dilaciones indebidas que han dado lugar a una tramitación excesivamente larga de la causa, y aunque no se aprecia que los periodos de paralización lo sean por plazo suficiente sin realizar diligencia alguna que permita el instituto de la prescripción, como ya se ha motivado en el fundamento jurídico anterior, sí se aprecia, como se ha reseñado, la existencia de varios periodos de paralizaciones, en algunos supuestos por dos o tres meses, pero en otros durante cinco, seis o siete meses, lo que ha producido la prolongación indebida y extraordinaria de la tramitación de la causa.

Por tanto, se aprecia la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

No obstante, aun cuando muy cualificada, no se estima que esta atenuante deba tener el efecto de aplicar la pena inferior en dos grados, sino que teniendo en cuenta, como luego se dirá, la regla 2ª del apartado 1 del art. 66 del Código Penal, debe aplicarse la pena inferior en un grado, atendiendo a que se trata de una única atenuante, y a su entidad, considerando que nos encontramos ante una causa que es compleja por su propia naturaleza, como ya se ha motivado anteriormente. Cuestión diferente hubiera sido si la causa no hubiese sido compleja, en cuyo caso sí hubiera estado justificada la pena inferior en dos grados.

QUINTO.- Penología.

1.- Delito continuado de falsedad en documento privado en concurso con falta de daños sobre el patrimonio del que es autor el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA.

Hay que tener en cuenta que la falta de daños sobre el patrimonio, por un lado estaría absorbida por la falsedad, en virtud del concurso, y que, por otro, tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha quedado derogado el art. 625 del Código que penaba dicha falta y que se encontraba vigente en la fecha de los hechos. La citada infracción penal, antes de la citada reforma -y en la fecha de los hechos- era constitutiva de una falta, que en la actualidad ha dejado de estar tipificada como falta, pero ello no significa que se haya despenalizado la conducta, sino que ésta ha pasado a integrarse en el tipo de delito sobre el patrimonio previsto en el art. 323 del Código Penal en el que no se distingue entre delito y delito leve en virtud de la cuantía de los daños como con anterioridad a la reforma se venía produciendo mediante la tipificación de los hechos entre el art. 323 y el 625.2 del Código Penal antiguos, es por lo que se ha tenido en cuenta la legislación aplicable en la fecha de los hechos, más beneficiosa para el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, mediante la calificación de los hechos como falta, habida cuenta de la falta de valoración de los daños, como se ha venido exponiendo.

Y resultando que nos encontramos ante un delito continuado de falsedad en documento privado, ha de aplicarse la pena prevista en el art. 395 del Código Penal en su mitad superior, esto es, en la horquilla que abarca de un año, tres meses y un día a dos años de prisión.

Y aplicando el art. 66.1 regla 2ª del Código Penal, previsto para la aplicación de la pena en los delitos dolosos, al concurrir únicamente una circunstancia atenuante aunque muy cualificada, se va a aplicar la pena inferior en un grado, no haciéndolo en dos grados, habida cuenta de que se trata de una única circunstancia atenuante y que su entidad no es suficiente para la rebaja de dos grados, pues no ha de olvidarse también de que la causa es compleja, presentando especiales dificultades para su investigación, habida cuenta de la singularidad de los hechos y de los análisis que había que realizar y de los conocimientos que debían desplegarse posteriormente para la interpretación de los análisis una vez finalizados, lo que influyó en los retrasos de forma que se produjo una duración más elevada de lo normal de la causa, que aunque menor que la que se produjo también hubiera sido alta, y más de haberse analizado todas las piezas como debió llevarse a cabo para sustentar una condena sobre todas ellas.

En consecuencia, impongo al acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA la pena de UN AÑO de PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, en virtud de lo previsto en los arts. 56.1.2º en relación con el art. 44, ambos del Código Penal.

2.- Delito continuado de estafa en concurso con delito de falsedad en documento privado, del que son autores los acusados ELISEO GIL ZUBILLAGA y RUBÉN MANUEL Cerdán Casilari.

Este delito se encuentra penado en el párrafo primero del art. 249 del Código Penal con una pena de prisión de seis meses a tres años, y tratándose de delito continuado, ha de imponerse en su mitad superior, es decir, entre un año, nueve meses y un día a tres años, en virtud de lo dispuesto en el art. 74.1 del Código Penal, sin que se considere mayor pena por la cuantía defraudada que, sin ser muy cercana a 400 € que era el límite para la falta en la fecha de los hechos y a la que también se contrae el delito leve de estafa, tampoco es una cantidad cercana siquiera a la mitad de la de 50.000 €, prevista para castigar los hechos como estafa agravada tras la reforma del art. 250 del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

La pena correspondiente al delito de falsedad en documento privado queda absorbida por la del delito continuado de estafa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8 regla 4ª

del Código Penal, al ser la pena de este último mayor que la prevista para aquél.

Y de la misma forma, que en el delito anterior, se aplica el art. 66.1.2ª del Código Penal al existir una atenuante muy cualificada, rebajando únicamente un grado la pena, remitiéndome a los motivos ya dichos.

Por tanto, la pena a imponer a cada uno de los acusados, ELISEO GIL ZUBILLAGA y RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, como autores de este delito es la de UN AÑO, TRES MESES y VEINTITRÉS DÍAS de PRISIÓN.

3.- Pena accesoria de inhabilitación especial para solicitar cualquier tipo de subvención o ayuda pública relacionada con la arqueología durante el tiempo de la condena.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 79 del Código Penal, cuando el Juez imponga una pena que lleve consigo otras accesorias, condenará también expresamente al reo a estas últimas. Pues bien, la pena de inhabilitación especial solicitada por las acusaciones no figura entre las enumeradas en el apartado 1 art. 56 del Código Penal, que es el aplicable a penas de prisión inferiores a diez años.

En cuanto a su aplicación por la vía del apartado 2 del art. 56 del Código Penal, considerando los arts. 395 y 249 del Código Penal, se observa que los mismos no prevén este tipo de inhabilitación especial, por lo que, en virtud de los preceptos generales antes citados -art. 79 y 56 del Código Penal- la inhabilitación especial para solicitar cualquier tipo de subvención o ayuda pública debe conceptuarse como una pena privativa de derechos que debe estar prevista para el tipo concreto objeto de enjuiciamiento, pues como ya he dicho, no forma parte del catálogo de la Parte General del Código Penal, debiéndose estar a la especialidad, es decir, al delito concreto.

La disyuntiva "o cualquier otro derecho" no puede ser interpretada como referencia al derecho que nos ocupa, pues la disyuntiva no se encuentra al final de la enumeración, sino al final de la enumeración del ejercicio de derechos como patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, sin coma alguna que lo separe de la anterior

lista.

Por tanto, considero que no puede aplicarse al presente supuesto la pena accesoria de inhabilitación especial solicitada por las acusaciones, y en su lugar, he aplicado la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, que sí se encuentra en el catálogo de penas accesorias aplicables con carácter general en el art. 56.1 del Código Penal, y ello en relación con el art. 44 del mismo texto legal.

Por otra parte, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia (entre otras, las citadas en la consulta 2/2000, de 14 de diciembre, sobre la aplicación de las penas accesorias previstas en el artículo 56 del Código Penal, de fechas de 23-3-99, 25-9-99 y 18-10-99 y 26-1-99), esta juzgadora podría haber impuesto de oficio la inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la arqueología, pues ambos delitos se encuentran relacionados con dicha profesión u oficio, a través de la cual se perpetraron. Es cierto que así se pidió en el escrito de acusación provisional de la acusación particular, aun cuando decayó tal petición al adherirse, sin hacer distinción ni alegación alguna en el momento procesal relativo a las conclusiones definitivas, pero no se va a imponer, puesto que durante el largo proceso que se ha seguido tampoco consta que los acusados hayan desarrollado oficio o profesión alguna relacionada con yacimientos arqueológicos -ni se solicitó alguna medida cautelar al respecto-, habiendo manifestado en el plenario el testigo Iker Filloy Nieva, encargado de las gestiones contables de LURMEN S.L., que indicada mercantil está de baja de actividades y que no se puede disolver por el presente procedimiento. Del mismo modo, el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA ha declarado que se encuentra en paro, y no consta en la causa ninguna prueba llevada a cabo sobre la situación profesional de este acusado ni del acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, quien afirma ser físico nuclear, aun cuando se desconoce su concreta titulación.

SEXTO.- De la responsabilidad civil.

Según el art. 116 del Código Penal, toda persona criminalmente responsable de un delito o delito leve, lo es también civilmente, responsabilidad que se regulará por lo establecido en los art. 110 y concordantes del Código Penal.

Asimismo, el art. 120.4º del Código Penal establece la responsabilidad civil en

defecto de los que lo sean criminalmente de las personas naturales o jurídicas de cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

I.- El Ministerio Fiscal y la acusación particular, como responsabilidad civil derivada del delito continuado de falsedad en documento privado en concurso con el delito continuado sobre el patrimonio, ahora degradado a falta continuada, han solicitado en sus conclusiones definitivas la condena del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA a indemnizar al Gobierno Vasco en la cantidad de 51.300 euros por las 171 piezas cerámicas dañadas, y a la Diputación Foral de Álava en la cantidad de 51.300 euros por los gastos de inversión en el yacimiento.

Igualmente, solicitan que el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA indemnice a la Diputación Foral de Álava en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia por los perjuicios causados con relación al resto de las 291 piezas, con valoración de las mismas en tal fase de ejecución. Del pago de estas cantidades deberá responder como responsable civil subsidiaria la mercantil LURMEN S.L.

Pues bien, habiéndose condenado al acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA por un delito continuado de falsedad documental con una falta incidental continuada sobre el patrimonio, por degradación del delito continuado sobre el patrimonio, dado que no se han analizado más de 39 piezas arqueológicas de cerámica, de las cuales han de eliminarse tres, una por ser auténtica y otras dos por estar fuera de las fechas en las que se expresa por el Ministerio Fiscal y la acusación particular que se ha cometido las infracciones penales objeto de acusación, y teniendo en cuenta que no hay valoración de las piezas ni tampoco de la inversión realizada en las expresadas piezas por la Diputación Foral, aun cuando obra en autos una documental a los folios 3239 á 3241, en la que se hace una relación con conceptos muy generales de los gastos e inversiones realizadas por la Diputación Foral de Álava en el yacimiento de Iruña-Veleia desde 1998, relación en la que no se aprecia que se pueda deducir que tales inversiones no se hubieran llevado a cabo igualmente de no haberse producido la falsedad documental y daños en las piezas arqueológicas, y sin que se conozca si las analíticas de carbono 14 se han llevado a cabo todas precisamente para datar las piezas que nos ocupan, lo que no consta acreditado ni concretado, por lo que esta juzgadora no puede estimar la petición de indemnización por estos conceptos a la Diputación Foral de Álava, por perjuicios relacionados con las inversiones realizadas en el

yacimiento de Iruña-Veleia.

En cuanto al Gobierno Vasco, respecto del valor de las piezas dañadas ha de tenerse en cuenta el informe emitido por el perito de la defensa del acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA, D. José Antonio Fernández Molina y su ratificación en el plenario, quien a preguntas de la defensa indicó que las piezas objeto de autos tendrían un valor que oscilaría entre 2 € y 30 €, teniendo en cuenta las ofertas que el mismo había comprobado en el mercado de bienes muebles antiguos, por lo que tampoco se estima la cantidad en concepto de indemnización que han solicitado las acusaciones.

Y esta juzgadora ha considerado la menor de las cantidades por pieza indicadas por el citado perito, porque tampoco ha existido en autos alguna pericial que haya podido permitir conocer si unas piezas tienen mayor valor que otras, y ello, en virtud del principio in dubio pro reo. Por ello, determino la responsabilidad civil en concepto de daños en las piezas en la cantidad total de 72 € a abonar por el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA al Gobierno Vasco.

Y ello, como ya he indicado, porque con la prueba practicada en las actuaciones no es posible determinar la cantidad del perjuicio alegado por la Diputación Foral de Álava, al carecer dicho extremo de prueba alguna a lo largo del procedimiento, ignorándose las concretas inversiones realizadas en el yacimiento arqueológico de Iruña-Veleia, pues no debe olvidarse que las excavaciones se encontraban subvencionadas por el convenio suscrito por LURMEN S.L. con la empresa pública EUSKOTREN, y por ende, no se ha probado qué porcentaje de repercusión corresponde a cada pieza dañada para calcular la indemnización de 51.300 € que solicita el Ministerio Fiscal y la acusación particular, y que se colige que se ha calculado de multiplicar 600 € por 171 piezas y dividir el resultado, 102.600 €, entre dos, para adjudicar a cada Administración una parte de la indemnización. Y tal inseguridad hay en esta abstracta valoración, basada en el documento obrante al folio 12071 del tomo 26 de los autos, careciendo, por otra parte la Diputación Foral de Álava de acción civil para reclamar cualquier indemnización dirigida a un posible resarcimiento de inversiones realizadas por otras empresas o Administraciones.

En consecuencia, el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA deberá abonar al Gobierno Vasco la cantidad de 72 €, importe que devengará los intereses previstos en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de cuyo pago responde, en calidad de responsable civil

subsidiario la mercantil LURMEN S.L.

II.- Asimismo, y derivada del conjunto delictivo formado por el delito continuado de estafa conexo con un delito de falsedad en documento privado objeto de acusación, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular han solicitado se condene a los acusados ELISEO GIL ZUBILLAGA y RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI, de forma conjunta y solidaria, a indemnizar a la Diputación Foral de Álava en la cantidad de 12.490,20 euros, importe de las dos facturas, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la LEC. Del pago de estas cantidades deberá responder como responsable civil subsidiaria la mercantil LURMEN S.L.

En este supuesto, estando acreditado el pago de las facturas a LURMEN S.L. por importe de 5.817,40 € y 6.650,40 € cada una de ellas, que suman un total de 12.490,20 €, y condenándose a ambos acusados -ELISEO GIL ZUBILLAGA y RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI- en la presente resolución como autores del expresado delito continuado de estafa en concurso con falsedad en documento privado, ambos acusados deberán abonar dicha cantidad, de forma conjunta y solidaria, a la Diputación Foral de Álava, que devengará los intereses legales del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como declaro la responsabilidad civil subsidiaria de la mercantil LURMEN S.L. en virtud de lo dispuesto en el art. 120 apartado 4º del Código Penal.

SÉPTIMO.- De las costas.

Según lo dispuesto en los art. 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede la imposición de costas a los acusados, incluyendo las de la acusación particular, debiendo abonar el acusado ELISEO GIL ZUBILLAGA tres sextas partes de las costas, así como el acusado RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI una sexta parte de las costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

I.- Que debo condenar y condeno a **ELISEO GIL ZUBILLAGA**, con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, como autor de:

A) un DELITO CONTINUADO de FALSEDAD DOCUMENTAL en concurso con una falta continuada contra el patrimonio histórico-cultural, ya tipificados, a:

1.- La pena de UN AÑO de PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2.- Abonar a la DIPUTACIÓN FORAL de ÁLAVA la cantidad de SETENTA Y DOS EUROS (72 €) más los intereses legales.

B) Un DELITO CONTINUADO de ESTAFA en concurso con un DELITO CONTINUADO de FALSEDAD en DOCUMENTO PRIVADO, ya tipificados, a:

1.- La pena de UN AÑO, TRES MESES y VEINTITRÉS DÍAS de PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2.- Abonar a la DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA de manera conjunta y solidaria con RUBÉN MANUEL CERDÁN CASILARI la cantidad de DOCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA EUROS (12.490 €) más los intereses legales, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la mercantil LURMEN S.L.

Le impongo tres sextas partes de las costas.

II.- Que debo condenar y condeno a **RUBÉN MANUEL Cerdán Casilari**, con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, como autor de un DELITO CONTINUADO de ESTAFA en concurso con un DELITO CONTINUADO de FALSEDAD en DOCUMENTO PRIVADO, ya tipificados, a:

1.- La pena de UN AÑO, TRES MESES y VEINTITRÉS DÍAS de PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2.- Abonar a la DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA de manera conjunta y solidaria con ELISEO GIL ZUBILLAGA la cantidad de DOCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA EUROS (12.490 €) más los intereses legales, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la mercantil LURMEN S.L.

Le impongo una sexta parte de las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Álava, que se interpondrá en el plazo de diez días, en la forma prevista en el art. 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, plazo que queda ampliado por un plazo igual de diez días, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia y cuyo cómputo se realizará conforme a lo dispuesto en el mismo precepto: "Los plazos para el anuncio, preparación, formalización e interposición de recursos contra sentencias y demás resoluciones que, conforme a las leyes procesales, pongan fin al procedimiento y que sean notificadas durante la suspensión de plazos establecida en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, así como las que sean notificadas dentro de los veinte días hábiles siguientes al levantamiento de la suspensión de los plazos procesales suspendidos, quedarán ampliados por un plazo igual al previsto para el anuncio, preparación, formalización o interposición del recurso en su correspondiente ley reguladora". El art. 8 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto

463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 establece que "Con efectos desde el 4 de junio de 2020, se alzar  la suspensi3n de los plazos procesales".

Llévese testimonio de esta resoluci3n a los autos de su raz3n e inclúyase el original en el Libro de Resoluciones Definitivas, previa nota en los libros-registros correspondientes.

Comuníquese al Registro Central de Penados. An3tese en los registros procedentes y en el SIRAJ.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la mismo/a Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en VITORIA-GASTEIZ a 9 de junio de 2020, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia. doy fe.