

*Sumario número. 20/2000 del
Juzgado Central de Instrucción núm.2.
Rollo de Sala núm. 10/2010.*

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

Sección Primera

SENTENCIA Núm. 71/2010

Presidente:

Ilmo. Sr. D. Javier Gómez Bermúdez.

Magistrados :

Ilmo. Sr. D. Nicolás Poveda Peñas.

Ilmo. Sr. D. Ramón Sáez Valcárcel.

En nombre del Rey

La Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, constituida en audiencia pública por los magistrados mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En Madrid a 16 de noviembre de 2010.

Vista, en juicio oral y público, la causa procedente del Sumario núm. 20/2000 del Juzgado Central de Instrucción número 2, por delito de asesinato terrorista, contra:

(1) **Francisco Javier Macazaga Azurmendi**, con D.N.I número 44.157.606, nacido el día 25/05/1974 en Segura (Guipuzcoa), con antecedentes penales no computables en esta causa, en situación de prisión provisional desde el 15 de julio de 2009; representado por el procurador Sr. Cuevas Rivas y defendido por el letrado Sr. Larrarte Aldasoro,

Ejerce la acusación pública el Ministerio Fiscal y la acusación particular doña Encarnación Carrillo Villén, representada por el procurador Sr. Vila Rodríguez y asistida por el letrado Sr. Rodríguez Segura.

También es parte, como acusación popular, la Asociación de Víctimas del Terrorismo, representada por la procuradora Sra. Alvaro Mateo y asistida por el letrado Sr. Guerrero Maroto.

Actúa como ponente el Ilmo. Sr. Don Javier Gómez Bermúdez, que por medio de la presente expresa el parecer del Tribunal .

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 , se incoaron diligencias por delito de terrorismo con resultado de muerte que dieron lugar al sumario arriba reseñado.

El día 15 de julio de 2009 se declaró procesado a Francisco Javier Macazaga Azurmendi, declarándose concluso el sumario por auto de 10 de diciembre de 2009.

2.- Recibidas las actuaciones en éste Tribunal, y después del traslado para instrucción a las partes, se acordó por auto de 24 de mayo de 2010 la apertura del juicio oral respecto del procesado.

Las partes presentaron sus respectivos escritos de calificación provisional, señalándose para juicio oral el día 20 de octubre de 2010.

3.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de:

A) Un delito de atentado terrorista con resultado de muerte del artículo 572.1, 1ª del código penal en relación con el 139 y 551.2 del mismo código.

B) Un delito de tenencia ilícita de armas previsto y penado en los artículos 564.1.1º y 2.2º, artículo 574 y 579. 2 del Código Penal.

Estimó autor de los referidos delitos el procesado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, solicitando que se impusieran las siguientes penas:

- Por el delito A) la pena de veintiocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de treinta y cuatro años.

- Por el delito B) la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años.

El acusado deberá ser condenado al pago de las costas procesales y, en concepto de responsabilidad civil deberá indemnizar a doña Encarnación Carrillo Villen en la cantidad de 400.000,00 euros por el perjuicio moral ocasionado y a cada uno de los padres del fallecido, Joaquina Azaustre Villén y Manuel Indiano Medina, en la cantidad de 150.000,00 euros, igualmente por el perjuicio moral ocasionado.

La acusación particular calificó en los mismos términos que el Ministerio Fiscal salvo que se impusiera al procesado la prohibición de residir en la localidad de la familia de la víctima por tiempo de 10 años y que la indemnización sea de 500.000€ para la Sra. Carrillo Villén y de otros 500.000€ para hija menor del fallecido María Indiano Carrillo.

La acusación popular también calificó en igual sentido que el Ministerio Fiscal, si bien añadió al primer delito el artículo 572.2 CP e interesó la pena de 30 años de prisión como principal y en el segundo delito sólo calificó conforme al 564.1,1ª CP sin incluir el número 2, 2ª.

La defensa interesó la libre absolución.

4.- Valorada en conciencia y según las reglas de la sana crítica las pruebas practicadas, el Tribunal considera como,

HECHOS PROBADOS

I. El procesado, Francisco Javier MAKAZAGA AZURMENDI, es mayor de edad y tiene antecedentes penales no computables en esta causa.

II. El referido, miembro de ETA, grupo organizado que usando armas, explosivos y otros medios comete delitos contra aquellos que no comparten su proclamada finalidad de conseguir la independencia de "Euskal Herria", junto con otros dos individuos a quienes no afecta esta resolución, decidieron matar a don Manuel Indiano Azaustre, que era concejal independiente del Ayuntamiento de Zumárraga (Guipuzcoa) elegido dentro de las listas del Partido Popular.

Para ello, sobre las 10:00 horas del día 29 de agosto de 2000, MAKAZAGA AZURMENDI, junto con uno de los otros dos miembros del grupo, entró en el establecimiento de golosinas denominado "Kokolo", sito en la Avenida de las Islas Filipina de Zumárraga (Guipúzcoa), que regentaba don Manuel Indiano Azaustre, disparándole no menos de catorce veces con sendas pistolas, una de la marca STAR, modelo 28 DA, con número de serie 1616959, y la otra marca HS, con número de serie 84606, ambas del calibre 9 mm parabellum, causándole la muerte de forma inmediata.

III. ETA reivindicó el hecho mediante un comunicado publicado en la edición del día 22 de septiembre de 2.000 del diario GARA.

IV. El día 9 de marzo de 2001 se produjo la detención, entre otros, de Asier García Justo por su relación con ETA, hallándose en el registro efectuado en el domicilio en el que residía, sito en la calle Lau Haizeta núm. 7 de San Sebastián, las dos pistolas antes referidas.

Estas armas se las había entregado el procesado MAKAZAGA AZURMENDI a Asier García Justo para que las guardara, en Zumárraga, en el mes de enero del año 2001.

V. MAKAZAGA AZURMENDI, que fue detenido el 22 de agosto de 2001, en fecha no precisada pero posterior a dicho día, encontrándose preso, escribió de su pulso y letra y logró hacer llegar a la dirección de ETA en Francia una carta en la que literalmente dice “...fuimos a la casa de Zumárraga, entre los tres hicimos lo de Indiano”.

Dicho documento, que fue intervenido en un registro efectuado los días 29 y 30 de abril de 2002 en una vivienda sita en la calle Gavière, número 23, de la localidad francesa de Castres, se encontraba dentro de un sobre con la leyenda “para transcribir y devolvernos. MAKO”.

VI. Don Manuel Indiano Azaustre, nació el 18 de octubre de 1970, hijo de doña Joaquina Azaustre Villén y don Manuel Indiano Medina, convivía desde 1998 con doña Encarnación Carrillo Villén, que se encontraba en avanzado estado de gestación el día que lo mataron.

El 22 de octubre de 2000 nació su hija, María Indiano Carrillo, de 10 años de edad en la actualidad.

FUNDAMENTOS DERECHO

1.- Prueba practicada que valora el Tribunal.

1.1. En relación a los hechos:

- Sobre muerte del Sr. Indiano y su causa contamos con el acta de levantamiento del cadáver –f. 256-, el informe preliminar de autopsia –f. 263-, y el informe médico-legal emitido por los forenses en la vista según el cual el fallecimiento fue inmediato y debido a las heridas producidas por arma de fuego. Especificaron que la herida de bala identificada como número 1 se produce en el corazón y es mortal. También dijeron que tenía muchos impactos de bala, varios de ellos en la parte trasera del cuerpo, ratificando su informe en el que consta que fueron 14 impactos, 6 de ellos en la espalda.

- Declaración del testigo protegido 55.515, persona que estaba en las inmediaciones del establecimiento Kokolo que regentaba el Sr. Indiano.

Declaró que oyó unas detonaciones y vio como “*dos chicos*” salían de la tienda y se subían a un Ford Fiesta negro de tres puertas donde les esperaba una tercera persona, sin poder precisar si era hombre o mujer, abandonando el lugar rápidamente.

- Inspección ocular practicada por los ertzainas 55.295 y 55.296, de la que resulta que los disparos contra el Sr. Indiano se realizaron a unos 160 centímetros de distancia, encontrándose 14 vainas percutidas y 7 proyectiles o balas que fueron remitidos a policía científica para su estudio. Este informe se complementa con el fotográfico unido a los folios 86 y siguientes.

- La declaración de los funcionarios de la Ertzaintza con números 61.906 y 61.907, ambos de la unidad de investigación criminal, que explicaron que por el “*modus operandi*” y porque la víctima era un cargo electo llegaron a la

conclusión de que era un atentado terrorista, lo que se confirmó por la reivindicación que hizo ETA de este delito en el diario GARA del día 22 de septiembre de 2000 –original del periódico al folio 229 de autos-.

- La intervención en el domicilio del miembro de ETA Asier García Justo, sito en la calle Lay Haizeta, número 7, 2º B, de Donostia-San Sebastián, de las pistolas marca STAR, modelo 28 DA, con número de serie 1616959, y marca HS, con número de serie 84606, ambas del calibre 9 mm parabellum, según consta en el acta unida a los folios 1900 y siguientes. Este hallazgo fue también acreditado por la declaración de los testigos miembros de la policía autónoma vasca o Ertzaintza con números 56.470, 56.471, 56.472 (que materialmente las encontró) y 56.473.

El propio Asier García Justo reconoció que estaban en su dormitorio, afirmando en la vista que no recordaba dónde ni quien se las entregó. Sin embargo, tras leerle sus declaraciones en la fase de instrucción, en particular las unidas a los folios 822, 824 y 830, donde dice que fue un liberado que respondía al nombre de "Txema" y que se las entregó en Zumárraga en enero de 2001, no las negó, limitándose a decir que hacía 10 años de ellas y no sabe si le preguntaron ni lo que declaró.

- Directamente relacionado con lo anterior están las periciales balísticas efectuadas con dichas armas y las vainas y proyectiles intervenidos en el lugar de los hechos.

Estas, cuyos informes obran unidos a los folios 2163 y siguientes el elaborado por los ertzainas 55.338 y 55.339, y a los folios 2344 y siguientes el hecho por los miembros del mismo cuerpo con números 56.590 y 56.591, fueron ratificados en la vista por sus autores y demuestran que al Sr. Indiano le dispararon con las dos pistolas encontradas en la vivienda de Asier García

Justo. Pistolas que le había entregado a Asier García el procesado Makazaga Azurmendi.

Los dos primeros ertzainas aclararon que las vainas les llegaron sin saber su procedencia ni su relación con hecho alguno y que sólo sabían que fueron recogidas en agosto de 2000, realizándose la pericial el 14 de junio de 2001.

1.2. En relación a la intervención del procesado en los hechos hemos contado, además de lo expuesto sobre las declaraciones de Asier García Justo, con:

- La del también testigo relacionado con ETA, actualmente cumpliendo condena, Luis María Carrasco Justo, que convivía con Makazaga Azurmendi en la fecha de los hechos.

Afirmó sin duda y de forma tajante que "Txema" es el nombre por el que conocían a Makazaga.

Por lo tanto, el *liberado* que le entrega las armas Asier García Justo -al que éste identifica como Txema- es el procesado Makazaga Azurmendi quien tenía en su poder las pistolas con las que matan al Sr. Indiano en fechas cercanas a la del hecho hoy juzgado, pues García Justo declaró -f. 822- que Txema le entregó la mochila con las armas en Zumárraga en enero de 2001.

En el mismo sentido, las declaraciones testificales de Etxezarreta Echániz, también condenado y en prisión por delitos relacionados con ETA, que dijo en el plenario que "*conocía a Txema pero no como tal Txema*". Puesto de manifiesto un reconocimiento fotográfico que obra a los folios 2812 y 2826 dijo que si Txema se refiere a Makazaga sí se la enseñaron [la fotografía], que era un "*liberado*" (en argot terrorista huido de la policía y a sueldo de la organización) y que no recordaba si Txema era el nombre con el que llamaban a Makazaga.

- Por último, en el informe pericial sobre manuscritos incautados en Francia tras la detención de varios miembros de ETA, que se incorpora al procedimiento mediante testimonio emitido por el Juzgado Central de Instrucción número 1 y que consta en la pieza documental, aparece una carta dirigida a la cúpula de ETA en aquel país en la que literalmente se dice “...fuimos a la casa de Zumárraga, entre los tres hicimos lo de Indiano”.

Dicho documento, que fue intervenido en un registro efectuado los días 29 y 30 de abril de 2002 en una vivienda sita en la calle Gavière, número 23, de la localidad francesa de Castres, donde se detuvo a varios miembros de ETA, se encontraba dentro de un sobre con la leyenda “para transcribir y devolvernos. MAKO” y aparece en la citada comisión rogatorio en el sello Dom/v/Chambre 1/37.

El texto en euskera está unido al folio 3464 -traducción al f. 3448- y fue escrito por el procesado MAKAZAGA AZURMENDI, según el informe pericial caligráfico unido al folio 3462 que fue ratificado en el plenario por el perito calígrafo miembro del cuerpo nacional de policía con número 18.817 que lo elaboró conjuntamente con el número 77.639.

En consecuencia, MAKAZAGA reconoce en ese documento que cometió el delito hoy juzgado, pues así lo indica el tiempo verbal en segunda persona del plural “*lo hicimos...*” [nosotros], de modo que, sean quienes sean el o los demás intervinientes, uno de los que ejecuta la acción es el autor del documento.

Refuerza la conclusión anterior la prueba pericial de análisis de información realizada por los miembros del cuerpo nacional de policía con números 69.777 y 77.621.

Explicaron que esa carta es lo que los terroristas denominan es su argot “kantada”; es decir, una autocrítica donde, tras la detención, el terrorista cuenta a la dirección de ETA lo que ha hecho hasta ese momento, donde ha estado, qué atentados ha cometido y cuales han podido ser los posibles fallos, qué infraestructura ha quedado al descubierto por su detención, etc.

Añadieron que al principio no sabían que los peritos calígrafos la atribuían a MAKAZAGA, aunque ellos habían llegado a la misma conclusión tras relacionar la trayectoria en ETA del procesado con lo que dice el documento y comprobar que eran idénticas.

Además, dijeron, la descripción que hacen en sus declaraciones los miembros de ETA no fichados por la policía (*"legales"* en argot) que actuaban de apoyo del grupo de *"liberados"* que comandaba MAKAZAGA coincide con lo que relata éste, que reconoció en la vista oral que es miembro de la banda terrorista ETA.

2.- Los hechos declarados probados son constitutivos de:

a) Un delito de atentado terrorista con resultado de muerte del artículo 572.1, 1º del código penal en relación con 572.2 y 551 apartado segundo del mismo código.

b) Un delito de tenencia ilícita de armas previsto y penado en los artículos 564.1.1º, 574 y 579. 2 del Código Penal.

2.1. Quien perteneciendo a una banda armada, organización o grupo terrorista -cuya finalidad es subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública- atenta contra las personas causándoles la muerte son reos del delito calificado bajo el apartado a).

En este caso se mata a una persona siguiendo los dictados de la banda terrorista ETA, como se extrae tanto de la atribución de la comisión del hecho que ésta hizo como tal organización criminal, cuanto de la reconocida pertenencia a ella del procesado, uno de los sujetos activos del delito.

Como el atentado se produce contra un miembro de una corporación local, pues el Sr. Indiano era concejal en la localidad de Zumárraga, debe aplicarse la cualificación del número 2 del artículo 572 en relación con el 551.2

del código penal, tal como interesó la acusación popular constituida por la Asociación de Víctimas del Terrorismo.

No se incluye referencia alguna al artículo 139 del código penal (asesinato) al considerar que el art. 572.1 C.P. no es un tipo penal en blanco ni de remisión sino que contiene – íntegros - el tipo objetivo y subjetivo del delito y la pena asociada al mismo, de modo que la acción de matar a una persona realizada por quien pertenezca, actúe o colabore con bandas armadas o grupos terroristas está prevista y sancionada en dicho artículo como delito especial, tratándose de un delito autónomo atendiendo a la finalidad específica que se exige a la acción, subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

Desde esta perspectiva, por aplicación de la regla primera del art. 8 C.P. debe calificarse sin mención alguna al artículo 139 CP –que exigiría constatar la existencia de alguna de las circunstancias cualificadoras previstas en el tipo- pues sólo así se abarca la totalidad de la antijuricidad material de la acción, sin perjuicio de la aplicación, si procede, de la alevosía como agravante genérica (o cualquiera otra) si lo solicitaran las acusaciones.

2.2. En cuanto a la tenencia ilícita de armas, está acreditado que para matar al Sr. Indiano se usan dos pistolas para las que el autor carece de la correspondientes habilitación administrativa para su tenencia, actividad que se subsume en el artículo 564.1, 1ª en relación con el 574 CP.

Por el contrario, no se ha acreditado que dichas armas hayan sido introducidas ilegalmente en territorio español, pues no se ha practicado prueba alguna en tal sentido, debiendo descartarse la tipicidad por la circunstancia 2ª del número 2 del artículo 564 CP.

3.- De dichos delitos es autor del artículo 28, primero, del código penal el procesado FRANCISCO JAVIER MAKAZAGA AZURMENDI, al realizar por sí

los hechos típicos según la prueba que se ha expuesto y valorado en el fundamento jurídico primero y que, resumidamente, consiste en la reivindicación del delito por ETA, la admisión por MAKAZAGA en el plenario de su pertenencia a ETA, la identificación que en la vista se hace de éste como Txema, la identificación del procesado como la persona que entrega a otro terrorista las armas con las que se había matado al Sr. Indiano y la admisión que hace MAKAZAGA en una carta manuscrita por él de haber sido uno de los autores del hecho junto con otros dos, lo que coincide con lo que declara un testigo presencial al afirmar que eran tres personas.

4.- En su comisión no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En la determinación de la pena debe partirse de la mitad superior de la establecida en el tipo básico al concurrir el subtipo cualificado del número 2 del artículo 572 CP por la condición de concejal de la víctima; esto es, entre 25 y 30 años de prisión.

Estima el tribunal que MAKAZAGA debe ser condenado al máximo legal dada la saña con la que se conduce, el aseguramiento del resultado antijurídico al disparar no menos de 14 veces, al menos 6 de ellas por la espalda, la situación de absoluta desprotección en que se encuentra la víctima, el lugar donde se ejecuta –una tienda de golosinas y pan a la que acuden menores- y la personalidad del delincuente, frío, carente de toda empatía y del más mínimo rasgo de humanidad.

Conforme al número 2 del artículo 579 del código penal, procede imponer también la pena de inhabilitación especial por tiempo superior en 6 años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta.

La acusación particular interesó también que se le impusiera *“la privación del derecho a residir en la localidad donde residen los víctimas, en*

aplicación del artículo 48, en relación con el 40 del C.P. actual, por un período de 10 AÑOS” (literal, salvo cursiva, folio 5 de su escrito de calificación).

No puede accederse a tal pretensión tal como está formulada porque la actual redacción del artículo 40 CP entró en vigor el 21 de diciembre de 2000, con posterioridad a los hechos juzgados.

Ahora bien, conforme a la redacción del artículo 57 CP que estuvo vigente desde el 10 de junio de 1999 hasta el 30 de septiembre de 2004, podemos imponer e imponemos la prohibición de volver, por cinco años, al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

En cuanto al delito de tenencia ilícita de armas, tratándose de dos armas cortas, estimamos ajustada a derecho la pena de 1 año y 6 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

5.- En concepto de responsabilidad civil, conforme a los artículos 109 y 116 del código penal el condenado debe responder de los daños y perjuicios causados *“a los familiares o a terceros”* de la víctima conforme dispone literalmente el artículo 113 del mismo cuerpo legal.

El Ministerio Fiscal solicitó que se indemnizara a doña Encarnación Carrillo Villén –pareja del fallecido- en 400.000 € y a don Manuel Indiano Medina y doña Joaquina Azaustre Villén, padres de don Manuel Indiano Azaustre, en 150.000 €.

Por su parte, la acusación particular interesó una indemnización para doña Encarnación Carrillo Villén y para María Indiano Carrillo -ésta última hija menor de edad de doña Encarnación y don Manuel Indiano Azaustre- de 500.000 € para cada una.

Doña Encarnación Carrillo, la hija menor de edad de ésta y del Sr. Indiano Azaustre y los padres de éste están comprendidos, sin duda, en el

artículo 113 del código penal como acreedores a una indemnización por los perjuicios morales sufridos como consecuencia del hecho ilícito.

Por lo tanto, como es indiscutible el daño moral que todos ellos sufren como consecuencia del acto terrorista que quitó la vida a don Manuel Indiano Azaustre, el Tribunal sólo tiene que determinar la cuantía de la indemnización.

De ordinario, la Sala de lo Penal viene fijando esa cuantía entre 500.000 y 750.000 € por fallecimiento, uso al que nos atenemos en su cuantía máxima, aun siendo conscientes de que cualquier indemnización es insatisfactoria, pues nada puede compensar, menos aún reparar, el tremendo dolor causado por un acto terrorista como el hoy juzgado.

Los 750.000 € se distribuyen en una indemnización conjunta de 600.000 € para doña Encarnación Carrillo Villén y su hija menor de edad y de 150.000 € para los padres del fallecido.

6.- Las costas han de ser impuestas al condenado, incluidas las de la acusación particular y popular (art. 123 CP y 240 LECr.)

VISTOS, los artículos y normas citadas y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

Debemos condenar y condenamos a FRANCISCO JAVIER MAKAZAGA AZURMENDI, como responsable en concepto de autor de:

a) Un delito de terrorismo con resultado de muerte, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, **a las penas de TREINTA AÑOS de prisión y TREINTA Y SEIS AÑOS de inhabilitación absoluta, así como la prohibición de volver, durante cinco años, al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.**

b) Un delito de tenencia ilícita de armas con fines terroristas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de **UN AÑO y SEIS MESES de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.**

c) A indemnizar a doña Encarnación Carrillo Villén y su hija menor de edad en 600.000 € y a los padres del fallecido, don Manuel Indiano Medina y doña Joaquina Azaustre Villén en 150.000 €, imponiéndole las costas de esta instancia, incluidas las de la acusación particular y popular.

Así lo mandamos, acordamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en la forma de costumbre.

DOY FE.