

AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN CUARTA

ROLLO DE SALA Nº 30/01
SUMARIO Nº 26/01
ORGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 5

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D^a CARMEN-PALOMA GONZALEZ PASTOR (PRESIDENTE Y PONENTE)
D. JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO
D. JOSE RICARDO DE PRADA SOLAESA

S E N T E N C I A N º 30 / 2011

En Madrid, a quince de noviembre de dos mil once.

VISTAS por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en juicio oral y público, las presentes actuaciones registradas con el número de Rollo 30/01 e incoadas como sumario ordinario 26/01 por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 con respecto a los acusados:

1º.- Andoni Otegui Eraso, alias "Iosu", nacido en Tolosa (Guipúzcoa), el 28 de junio de 1.975, hijo de Antonio y María Basilia, con D.N.I. nº 44.150242., sin antecedentes penales, de ignorada solvencia, en situación de libertad, de la que estuvo privado desde el 16/10/2008 hasta el 19/02/2009, representado por el procurador D. Javier Cuevas y defendido por la letrada D^a. Onintza Ostolaza Arruabarrena.

2º.- Oscar Celarain Ortiz, alias "Peio", nacido el 2 de agosto de 1978 en Tolosa (Guipúzcoa), hijo de Pedro y Teresa, con D.N.I. 72.453.786, sin antecedentes penales, de

ignorada solvencia, en situación de libertad provisional, de la que estuvo privado desde el 24/10/2008 hasta el 19/02/2009, representado por el procurador D. Javier Cuevas y defendido por la letrada D^a. Onintza Ostolaza Arruabarrena.

3º.- Juan Carlos Besance Zugasti, alias "Fenómeno", nacido el 17 de agosto de 1.970, en San Sebastián (Guipúzcoa), hijo de Luis y de Ramona, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia, en situación de libertad provisional por esta causa, de la que no aparece privado, representado por el procurador D. Javier Cuevas y defendido por la letrada D. Onintza Ostolaza Arruabarrena.

4º.- Francisco-Javier García Gaztelu, alias "Txapote", nacido en Bilbao (Vizcaya) el 12 de febrero de 1.966, hijo de Ignacio y Epifanía, sin antecedentes penales computables, de ignorada solvencia, en situación de libertad provisional por esta causa, de la que no ha sido privado, representado por el procurador D. Javier Cuevas y defendido por la letrada D. Onintza Ostolaza Arruabarrena.

Han sido partes, además de los citados y del Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. Carlos-Miguel Bautista Samaniego, la acusación particular ejercida en nombre de D^a Adoración Reyes Zubeldia, a través del procurador D. Roberto Granizo Palomeque y de los letrados, en codefensa, D. Miguel Martínez-Falero Pascual y D. Juan Frommknecht, actuando como ponente la Ilma. Sra. D^a Carmen-Paloma González Pastor que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 se incoó sumario 26/01 mediante auto de 14/07/2001, por delito de terrorismo, a raíz de la llamada telefónica efectuada por la Guardia Civil comunicando el atentado producido sobre las 9,45 horas del citado día en la localidad navarra de Leiza, al explotar un artefacto explosivo situado en los bajos del vehículo marca Volkswagen, matrícula NA-6368-BD, propiedad de D. José Javier Múgica Astibia, nacido el 7 de abril de 1.942, hijo de Benito y Modesta, con D.N.I. 14.206.440, concejal de la Unión del Pueblo Navarro, que resultó fallecido al accionar el contacto de su vehículo.

Como consecuencia de las investigaciones realizadas se dictó un primer auto de procesamiento en el 2.004, con respecto a Andoni Otegui Eraso y Oscar Celaraín, respecto de quienes se expidió Orden Europea de Detención y Entrega, que dio como resultado su detención en Francia y su posterior entrega donde, al primero de ellos, le fue recibida declaración indagatoria el 16 de octubre de 2.008 y con respecto de quien, en comparecencia aparte, se dictó auto de prisión y, con relación al segundo le fue recibida el 24 de octubre de 2.008, ratificándose igualmente la prisión anteriormente acordada; medidas que fueron dejadas sin efecto el 19/02/2009 al encontrarse en prisión por otras actuaciones penales.

De la misma manera, se amplió el auto de procesamiento el 17 de febrero de 2.011 con respecto de Juan Carlos Besance Zugasti y el 11 de abril siguiente con respecto a Francisco Javier García Gaztelu y se concluyó mediante auto de 28/04/2011 que acordaba remitirlo a esta Sala, previo emplazamiento de las partes, donde se había formado desde su incoación, el Rollo 30/01.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de 06/05/2011, se dio traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 627 y siguientes de la L.E.Crim., y posteriormente a la acusación particular y a la defensa de los acusados, de modo que, con fecha 15/06/2011 se dictó auto que acordaba la confirmación de la conclusión del sumario y la apertura del juicio oral con respecto a los procesados.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos, para todos los acusados, como constitutivos de:
1º.- Un delito de asesinato terrorista del artículo 572.2.1º en relación con los artículos 138 y 139.2 del Código Penal, por el que solicitó la pena de 30 años de prisión e inhabilitación absoluta durante 40 años; **2º.-** Un delito de tenencia de explosivos con fines terroristas de los artículos 568 y 573 del Código Penal, por el que solicitó la pena de 8 años de prisión e inhabilitación absoluta durante 18 años y **3º.-** Un delito de estragos terroristas del artículo 571 del Código Penal, por el que solicitó la pena de 20 años de prisión e inhabilitación absoluta durante 30 años.

Con la concurrencia, para todos ellos de la agravante de actuar por motivos ideológicos (art. 22.4 del Código Penal).

Igualmente, calificó los hechos con respecto a los acusados Juan Carlos Besance y Francisco-Javier García Gaztelu, como constitutivos, de un delito de integración en organización terrorista, (artículo 516.1º y 2º del Código Penal vigente en el momento de los hechos) por lo que solicitó, para el primero de los citados, la pena de 10 años de prisión e inhabilitación absoluta durante 15 años y para el segundo, la pena de 14 años de prisión e inhabilitación absoluta durante 24 años, al entender que su integración lo es en grado de dirigente.

Conforme a los artículos 48 y 57 del Código Penal en la redacción dada por L.O. 14/99, de 9 de junio, vigente en el momento de los hechos, interesó la prohibición a los acusados de aproximarse a menos de 200 metros de los familiares de la víctima (esposa e hijos), de comunicar con ellos o de acudir al lugar del delito por un periodo de 5 años.

Además, en concepto de responsabilidad civil, interesó que los acusados indemnizaran, conjunta y solidariamente, a los perjudicados que se indican en las cantidades siguientes:

- A D^a Adoración Zubeldia Arín (viuda del fallecido), con la cantidad de 500.000 euros y a los tres hijos del citado en otros 500.000 euros.

- Al propietario del vehículo matrícula NA-9358-AW, en la cantidad de 1.015 euros.

- A la Comunidad de Propietarios de la calle Armazabal 28 de Leiza, en la cantidad de 109,12 euros.

- A la Comunidad de Propietarios de la calle Armazabal 29 de Leiza, en la cantidad de 622,43 euros.

- A la Comunidad de Propietarios de la calle Armazabal 30 de Leiza, en la cantidad de 155.991,53 euros.

- A la Comunidad de Propietarios de la calle Armazabal 10 de Leiza, en la cantidad de 885,41 euros.

- A la Comunidad de Propietarios de la calle Armazabal 11 de Leiza, en la cantidad de 1.230,99 euros.

- A la Comunidad de Propietarios de la calle Armazabal 12 de Leiza, en la cantidad de 352,05 euros.

- A la Comunidad de Propietarios de la calle Armazabal 30.2º de Leiza, en la cantidad de 3.468,31 euros.

CUARTO.- La acusación particular, en su escrito de calificación definitiva, calificó los hechos para todos los acusados, como constitutivos de los delitos siguientes:

1º.-Asesinato terrorista del artículo 572.2.1º, en relación con los artículos 138, 139.1º y 140 del Código Penal, solicitando la pena de 30 años de prisión, inhabilitación absoluta por 40 años, accesorias y costas;

2º.- Tenencia de explosivos, con fines terroristas, de los artículos 568 y 573 del Código Penal, solicitando la pena de 8 años de prisión e inhabilitación absoluta durante 18 años

3º.- Daños, de los artículos 266.1 y 4 en relación con los artículos 577 y 579.2 del Código Penal, solicitando la pena de 3 años de prisión.

4º.- Sólo con respecto al acusado Juan Carlos Besance, un delito de integración en organización terrorista de los artículos 515.2 y 516 del Código Penal, solicitando la pena de 10 años de prisión, todo ello, sin perjuicio del abono de las costas.

Concurren las agravantes nº22.2ª y 4ª de la responsabilidad criminal en Andoni Otegui Eraso, Oscar Celaraín Ortiz y Juan Carlos Besance Zugasti y sólo la última de las citadas en relación a Javier García Gaztelu.

Igualmente interesó, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48 y 57 del Código Penal, la prohibición de aproximarse a los familiares de la víctima y de residir en la misma localidad por el término de 10 años.

Con respecto a la responsabilidad civil, solicitó que todos los acusados, de forma conjunta y solidaria indemnizaran a los perjudicados en las cantidades siguientes: a favor de D^a Adoración Zubeldia, en la cantidad de 1.000.000 de euros por los perjuicios morales derivados del fallecimiento de su marido y en la cantidad de 25.693,27 euros por el valor venal del vehículo del fallecido y al propietario del vehículo NA-9358-AW, en la cantidad de 1.015 euros.

QUINTO.- La defensa de los acusados, en idéntico trámite, calificó los hechos en disconformidad con las acusaciones, solicitando la libre absolución de los acusados.

SEXTO.- Mediante auto de 6 de septiembre de 2.011 se admitieron las pruebas propuestas y, mediante Decreto de la misma fecha, se señaló la celebración del juicio, inicialmente, para los días 2, 3 y 4 de noviembre, si bien, como consecuencia de la abstención presentada por la Ilma. Sra. D^a Ángela Murillo el segundo día, se señaló nuevamente el inicio del juicio para el 4 de noviembre de 2.011, una vez admitida la abstención presentada y aprobado el nombramiento del Ilmo. Sr. D. José Ricardo de Prada Solaesa por el Ilmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En la indicada fecha tuvo lugar la celebración del juicio, quedando las actuaciones pendientes de dictar sentencia.

HECHOS PROBADOS

Y así expresamente se declara,

I.- El acusado Francisco-Javier García Gaztelu, mayor de edad y sin antecedentes penales en la fecha de los hechos, dirigente, al menos, hasta finales de febrero de 2001 en que fue detenido en Francia, del "aparato militar" de la organización terrorista E.T.A., -organización que defiende la lucha armada y la creación de una atmósfera de terror indiscriminado, mediante la comisión reiterada de atentados contra la vida de las personas y causación de innumerables daños contra los bienes, como medio para conseguir la alteración del orden constitucional-, era el encargado de ordenar y transmitir a los comandos a su cargo, en sucesivas reuniones o "citas" las decisiones adoptadas por la organización, así como el necesario cumplimiento de los fines y objetivos marcados y las misiones a ellos confiadas mediante su necesaria preparación, ya sea impartiendo instrucciones sobre el manejo de armas y explosivos, sobre el robo de coches o sobre la forma concreta de actuar sin levantar sospecha.

II.- De esta forma, en cumplimiento de lo decidido por E.T.A., ordenó antes de finales de febrero de 2.001, a los miembros del comando "Argala" formado, desde finales de los años 90, por los acusados Andoni Otegui Eraso, "Iosu", Oscar Celaraín Ortiz "Peio" y Juan Carlos Besance Zugasti, "Fenómeno", mayores de edad y sin antecedentes penales en el momento de los hechos, la misión de acabar con la vida de D. José Javier Múgica Astibia, concejal de U.P.N. de la localidad navarra de Leiza, conductor de un autobús público y que regentaba junto con su esposa un establecimiento de fotografía en cuya puerta y con anterioridad a los hechos, había sido pintada una diana en cuyo centro figuraba las siglas U.P.N.

III.- Para ello, y de acuerdo con lo decidido previamente por E.T.A., Francisco-Javier García Gaztelu, en su condición de responsable orgánico del citado comando "Argala", le ordenó adquirir una plaza de garaje y el material explosivo necesario para llevarlo a cabo, proporcionándole el dinero necesario, con objeto de tener a su disposición una pequeña infraestructura donde preparar los explosivos y guardar el material e instrumentos necesarios para llevar a cabo la misión encomendada.

Recibida la orden, el comando dedicó un tiempo a la comprobación del domicilio de la víctima, su trabajo, vehículo y actividades cotidianas de la víctima, elaborando después, en el garaje ya adquirido, una bomba lapa que Andoni Otegui colocó en los bajos, a la altura de los asientos delanteros, del vehículo de propiedad de la víctima, que resultó ser una furgoneta Volkswagen modelo 2.5 TDI, matrícula NA-6368-BD, estacionada frente a la puerta nº 30 de la calle Amazabal de Leiza, mientras los otros dos componentes del comando, Juan Carlos Besance y Oscar Celaraín realizaban funciones de vigilancia.

De esta manera, sobre las 9,45 horas del 14 de julio de 2.001, cuando D. José Javier Múgica, tras salir de su domicilio accionó la llave de contacto de su vehículo para ponerlo en marcha se produjo la explosión de la bomba compuesta por 3 kilos de dinamita, tipo " titadyne", provista con un mecanismo de iniciación eléctrico que produjo la muerte en el acto del citado que salió despedido, cayendo boca abajo, junto a un seto aproximadamente a unos 3 metros de su vehículo, que empezó a arder al igual que su ocupante, mientras los miembros de comando huyeron del lugar utilizando un vehículo.

IV.- Al oír la fuerte explosión, D^a Adoración Zubeldia Arín, esposa del fallecido, se asomó al balcón de la cocina

de su casa, desde donde pudo ver cómo su esposo y el vehículo de su propiedad se encontraban ardiendo; la indicada señora que cambió de residencia durante una temporada, se encuentra en tratamiento psiquiátrico desde el día de los hechos.

V.- Con anterioridad a estos hechos, el 21 de diciembre de 1.999, aparecieron pintadas en el local de fotografía de su propiedad con el texto siguiente: "53 EGUN GOSE GREBAN BAKE PROZESUAREN ALDE" (53 días en huelga de hambre. A favor del proceso de paz) y "PRESOAK UPN-PP HILZORIAN HILTZAILEAK" (UPN-PP asesinos. Los presos en peligro de muerte); las citadas pintadas estaban acompañadas de un dibujo en forma de aspa en cuya parte central estaban las siglas UPN.

Además, en agosto de 2.000, apareció quemada una furgoneta de propiedad del fallecido.

VI.- La explosión produjo ennegrecimiento de algunas de las fachadas de la calle, especialmente la del número 30 de la calle Amazabal creando una situación de peligro para sus moradores que fueron inmediatamente desalojados.

Los daños producidos han sido tasados en las cantidades siguientes:

- Vehículo matrícula NA-9358-AW, por importe de 1.015,35 euros.

- Comunidad de Propietarios de la calle Amazabal 28 de Leiza, en la cantidad de 109,12 euros.

- Comunidad de Propietarios de la calle Amazabal 29 de Leiza, en la cantidad de 622,43 euros.

- Comunidad de Propietarios de la calle Amazabal 30 de Leiza, en la cantidad de 155.991,53 euros.

- Comunidad de Propietarios de la calle Amazabal 10 de Leiza, en la cantidad de 885,41 euros.

- Comunidad de Propietarios de la calle Amazabal 11 de Leiza, en la cantidad de 1.230,99 euros.

- Comunidad de Propietarios de la calle Amazabal 12 de Leiza, en la cantidad de 352,05 euros y,

- Comunidad de Propietarios de la calle Amazabal 30.2º de Leiza, en la cantidad de 3.468,31 euros.

VII.- El atentado fue reivindicado por la organización E.T.A. en el diario Gara el 26 de julio de 2.001, cuyo texto es el siguiente: *"14 de julio: En Leitzza, acción llevada a cabo contra los responsables políticos de la represión de Euskal Herria, mediante la colocación de un artefacto explosivo en un vehículo; a consecuencia de ello, el concejal del PP-UPN, José Javier Mújica Astibia, murió"*.

Andoni Otegui Eraso y Oscar Celeraín Ortiz han sido condenados en Francia por asociación de malhechores en sentencia dictada el 21 de febrero de 2.006.

No figura en la hoja histórico penal de Francisco-Javier García Gaztelu y de Juan Carlos Besance, condena alguna por hechos de integración en organización terrorista.

VIII.- En el registro practicado en la bajera (garaje) sita en planta sótano nº 6, del bloque 3, del polígono 27, barrio de Larrea, señalado con los números 21, 23 y 25 de la calle Arroa de Villabona (Guipúzcoa), propiedad del acusado Juan Carlos Besance Zugasti y practicada por la comisión judicial el 29 de septiembre de 2.010 en su presencia, con asistencia de letrado de oficio, fueron hallados los siguientes efectos:

- Vehículo robado de la marca Renault 19, con matrícula SS-4206-AT, y en el interior de un armario que Juan Carlos Besance reconoció como propios asumiendo ante la propia comisión judicial la pertenencia de los siguientes objetos:

- 50 bolsas de 1,7 kg. de nitrato amónico y 50 bolsas de 300 gramos de polvo de aluminio.

- Pistola Smith&Wesson con número de serie MPF 3440.

- Dos cargadores y 50 cartuchos del 9mm Pb, marca GFL.

- Cordón detonante.

- Una bolsa de 1 kg. de pendrita.

- 8 detonadores.

- Dispositivos de iniciación, 9 normales y uno "lapa".

- Dispositivo de video grabación oculto.

- Videocámara.

- Video VHS.

- Olla de aluminio con un agujero lateral y otro en el fondo.

- 2 cajas de color naranja de teléfonos móviles de la marca Euskatel.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos así relatados, constituyen a juicio del Tribunal, para los cuatro acusados los delitos siguientes: **1º.-** Asesinato terrorista; **2º.-** Estragos terroristas; **3º.-** Tenencia ilícita de explosivos con fines terroristas y, **4º.-**, además, con respecto a Francisco-Javier García Gaztelu y Juan Carlos Besance, un delito de integración en organización terrorista en grado de jefatura para el primero, y como mero integrante, para el segundo.

SEGUNDO.- La citada conclusión deviene de un conjunto de datos incriminadores objetivamente inequívocos,

legalmente obtenidos y traídos al plenario a los efectos de dar juego al mecanismo de los principios de publicidad, inmediación y, especialmente, contradicción, que anulan cualquier atisbo de duda sobre la inocencia defendida por la defensa de todos los acusados, al corroborar plenamente la versión de las dos declaraciones policiales autoinculpatorias de Juan Carlos Besance, tachadas e impugnadas en el plenario como prestadas bajo la acción de continuas torturas y amenazas.

Sin embargo, un contenido más completo de la prueba practicada obliga a iniciar su exposición por el orden en que ésta se ha producido.

Para ello y en primer lugar, debe precisarse cuál sea el alcance del silencio de los acusados; en segundo término, debe exponerse el contenido de las dos declaraciones prestadas en Comisaría por Juan Carlos Besance; en tercer lugar, ha de plasmarse los requisitos exigidos por la jurisprudencia para otorgar la categoría de prueba de cargo al contenido de tales manifestaciones, y en cuarto término, debe relatarse con minuciosidad, conforme a lo exigido por la doctrina jurisprudencial expuesta, cuáles son esos datos corroboradores, inequívocamente objetivos, que demuestran la espontaneidad de aquellas iniciales manifestaciones preprocesales y del contenido de los datos que el indicado acusado pone en conocimiento de los agentes.

Tales datos de corroboración a través del resto de la prueba practicada a lo largo del plenario han sido obtenidos:

a) mediante la recogida y estudio de los restos y hallazgos, analizando si lo que se indica sobre aquéllos en las citadas manifestaciones coinciden; b) mediante las periciales sobre explosivos; c) por los efectos hallados en la bajera que el acusado relató; d) a través de la

documental se han corroborado algunos extremos relatados; e) mediante los análisis grafológicos practicados; f) a través de la documentación intervenida y aportada a estas actuaciones, en forma de Comisiones Rogatorias como consecuencia de los procedimientos judiciales seguidos en Francia contra algunos de los autores principales que corroboran algunos de los extremos confesados; g) y, como no podía ser de otra manera, a través del interrogatorio de los agentes ante los que Besance prestó declaración.

TERCERO.- Se inicia, en consecuencia, la exposición de la doctrina jurisprudencial acerca del silencio de los acusados, siguiendo para ello, lo manifestado al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

En efecto, es doctrina asentada, entre otras, en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de febrero 1.996 (caso John Murray c. Reino Unido), 17 de diciembre de 1.996, 20 de octubre de 1.997, 2 de mayo de 2.000 (caso Condrón vs. Reino Unido) ó 21 de diciembre del mismo año que: *"aunque no se menciona específicamente en el artículo 6 del Convenio, el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción del proceso justo garantizada en el artículo 6.1 del Convenio"*.

En definitiva, el derecho a no autoincriminarse, en particular, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la persona acusada, proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades, contribuyendo así a evitar errores judiciales y asegurar los fines del artículo 6.

La doctrina asentada por el Tribunal Constitucional, entre otras, en ss. 137/98, 440/2004, 788/2004, 18/2005 957/2006 y 1275/2006 ó 777/2008, haciendo propias las conclusiones anteriores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reitera que el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable constituye una garantía o derecho instrumental del genérico derecho de defensa al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable.

Ligado a lo anterior, se encuentra la situación de que quien guarda silencio lo hace en el plenario como es el caso de los acusados haciendo valer el argumento de que no reconocían al tribunal.

Tal supuesto, muy frecuente en la práctica, ha dado lugar a nuevas resoluciones tanto el T.E.D.H., del Tribunal Constitucional y, como no podía ser menos, y en consonancia con los anteriores, del Tribunal Supremo.

Así el T.E.D.H., en la sentencia ya citada de 2 de mayo de 2.000, caso *Condron vs. Reino Unido*, se dice:..." *No puede por tanto, decirse que la decisión de un acusado de guardar silencio a lo largo de un procedimiento no deba necesariamente de tener repercusiones cuando el tribunal valore la prueba en su contra...*"; en el mismo sentido se pronuncian las sentencias del caso *Murray vs. Reino Unido*, caso *Averill vs. Reino Unido* de 6 de junio de 2.000 o la Decisión del Tribunal de 22 de marzo de 2.005, caso *Blanca Rodríguez Porto vs España* que declaró inadmisibile la demanda.

En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional 137/98, 788/2004, 894/2005, 1275/2006, 777/2008 y 737/2009, reconocen que *"...puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio cuando existiendo pruebas incriminatorias objetivas, al respecto, cabe esperar una explicación por el acusado"*.

Paralelamente, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse, acerca del silencio de los acusados no en la fase preprocesal o sumarial, sino en el acto del juicio, deduciendo que de tal actitud puede robustecer la carga de la prueba que se practique en el juicio oral; así se reconoce en la sentencia de 5 de octubre de 2.006 y, en particular en la de 1 de julio de 2.010, que textualmente dice: (...) *"En distintas ocasiones hemos abordado la posición del inculpado que en el Plenario ejerce el ius necandi y hemos dicho con claridad que nadie puede ser condenado por el ejercicio de un derecho que le concede la Constitución y los Tratados Internacionales firmados por España como es el de guardar silencio, por lo tanto debe rechazarse con toda claridad incluso la insinuación de haberse condenado por el mantenimiento del derecho al silencio. Dicho esto, a renglón seguido, debe añadirse que cuando la acusación ha presentado una serie de datos que incriminan al imputado y, éste, en el Plenario se acoge a su derecho al silencio, esta actitud no es algo neutro ni indiferente para el Tribunal sentenciador, sino que el hecho que se le ofrezca la posibilidad de que dé una explicación exculpatoria, o que contradiga dichas pruebas y nada diga, dicho silencio no es prueba de cargo, sino que sólo tiene un valor de robustecer la certeza del tribunal derivada de las pruebas de cargo porque si se le ofrece la posibilidad de una explicación y no ofrece ninguna, la conclusión es clara: no hay explicación exculpatoria alguna..."*

CUARTO.- Pues bien, el hecho de que ninguno de los acusados declarara en fase judicial, ya sea en instrucción o en el plenario, y que sólo uno de ellos, Juan Carlos Besance, lo hiciera ante la policía que luego no ratificó, alegando, por el contrario, haber sido realizada mediante torturas o malos tratos, obliga a iniciar la exposición de la prueba practicada en el acto del plenario introduciendo en él las dos extensas declaraciones del citado y comprobando si su contenido reúne los requisitos legales y jurisprudenciales necesarios para, junto con el resto de la prueba, otorgarle el valor de prueba de cargo solicitado por las acusaciones pública y particular.

De la primera, producida el 1 de octubre de 2.010, obrante en el Tomo VII a los folios 1.873-1.876, precedida de la lectura de derechos y con presencia de letrada de oficio, se entresacan y destacan, en cuanto afecta a los hechos de autos, u otros extremos corroborados mediante otras pruebas, los siguientes:..."pertenece a E.T.A...", le capta Oscar Celaraín hace unos 12 años, le conoce del pueblo, de la infancia, es de Villabona y tenía contactos con José Luis Gueresta, alias "Ttotto"... inicia su militancia formando un talde de tres personas compuesto por el dicente, Oscar Celaraín y Andoni Otegui que es de Leaburu... los tres fueron a Francia, donde "Txapote" les dio un cursillo donde les enseñaron a manejar armas y explosivos, a robar coches y adoctrinamiento político... Andoni era el jefe de los tres y por encima de ellos, el responsable era "Txapote", les pasó informaciones de... un concejal de Leiza de UPN... se apellidaba Múgica, colocaron una bomba lapa en su furgoneta particular que tenía aparcada enfrente de su casa en Leiza, la puso Andoni, Celaraín y el dicente dieron seguridad... Antes de estas acciones robaron un vehículo en Amézqueta marca Renault 19, que es el que se encontró en la bajera de su propiedad en

el momento del registro... la acción del concejal de UPN de Leiza fue ordenada por "Txapote"... la siguiente acción fue un atentado en Lecumberri, en una Caja de Ahorros, pusieron un "tupper" que contenía explosivos dentro de una mochila, la bomba la puso Andoni, Celaraín y el dicente dieron seguridad... Posteriormente pusieron una mochila con explosivos en el edificio de la Seguridad Social de Zarauz; en esta ocasión, el dicente puso la mochila, mientras los otros dos le daban seguridad... También pusieron una olla pequeña con explosivos en los juzgados de Tolosa, la colocó Andoni y los otros dos dieron seguridad... Oscar Celaraín y Andoni Otegui estuvieron en Alicante ese verano porque él les compró un billete de autobús para esa localidad, luego se enteró por la prensa que se cometió un atentado contra el cuartel de la Guardia civil de Santa Pola en el que resultó muerta una niña... cuando los otros dos miembros del comando son detenidos en Francia en septiembre de 2.002 se quedó descolgado y más tarde, un vizcaíno se puso en contacto con él, no sabe su nombre, ni se presentó con apodo o mote, se dirigió al dicente preguntándole si era el amigo de Oscar Celaraín, le propuso una cita con otro chico que se llama Sabih y es que está actualmente con él en el talde hasta el momento de la detención, dicho vizcaíno es un miembro liberado de E.T.A. y les propuso formar un comando a Sabih y a él... el vizcaíno les entregó material: explosivos, nitrato, polvo de aluminio, un par de armas detonadores, cordón detonante y temporizadores que se encontraban en la bajera de su propiedad en el registro... volvieron a contactar con E.T.A. a través de Ibai, el detenido este año en una bicicleta, quien se puso en contacto con Sabih y éste con el dicente, el comando lo formaban ambos, Ibai le puso el nombre orgánico "Fenómeno" hace más o menos un año, las citas les mantenían en Andoain, en las 500 escaleras de Leizarán."

En la segunda declaración, prestada el 3 de octubre de 2.010, asistido de letrada de oficio y previa lectura de sus derechos, (folio 1.916 y ss.) dijo "... compró la bajera personalmente en Villabona por 1.600.000 pesetas, siendo pagada por el dicente y sus compañeros Oscar Celaraín y Andoni Otegui... además del cursillo de "Txapote"... hizo otro cursillo de armas y explosivos en Venezuela; sobre el 25 de julio de 2.008, salió de Villabona a Madrid, donde cogió un avión a Caracas... le enseñan a hacer artefactos-trampa a Xabi y al dicente... Xabi volvió a España y el dicente se quedó una semana haciendo turismo por Venezuela, estando en Canaima y El Salto del Ángel..."

A continuación y preguntado por la forma de cometer el atentado de Leiza, Besance contesta:... "él realiza funciones de seguridad permaneciendo dentro del vehículo a la espera para realizar la huida, colocan el artefacto en la Volkswagen Transporter, Andoni le comenta que tuvo que colocar el artefacto en la parte delantera del vehículo, entre los dos asientos... el artefacto fue elaborado en la bajera del dicente sita en la calle Arroa donde disponía de herramientas para ello que han sido incautadas en el registro de la misma"... y al ser preguntado por determinados efectos encontrados en la bajera, precisa "...que la olla agujereada se corresponde con la que prepararon e introdujeron en el Renault 19 verde con el que intentaron atentar contra el concejal de Herreros en Beasaín, pero al frustrarse el atentado, la desmontaron y permaneció ahí desde entonces y que compró una de las cajas, ahora vacías, de teléfonos móviles de Euskatel que fueron empleadas en actividades terroristas"...

QUINTO.- Como se ha indicado anteriormente, se expondrá, en primer término, la doctrina jurisprudencial

sobre el valor de la declaración policial de un coimputado, cuando no se haya ratificado en sede judicial; en segundo lugar, la forma en que la detención se produjo, cuándo y cómo se producen las primeras manifestaciones de malos tratos o torturas y qué diligencias se practicaron para averiguar si tales manifestaciones tenían o no verosimilitud, y en tercer lugar, los datos corroboradores de la espontaneidad del contenido de las declaraciones transcritas.

SEXTO.- La primera cuestión, no infrecuente en los procedimientos penales, ha dado lugar al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional el Tribunal Supremo del 28 de noviembre de 2.006, en el que se acordó admitir la incorporación al juicio oral de la declaración prestada válidamente ante la Policía a través de alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia.

La citada conclusión, no puede considerarse como nueva, por cuanto era la doctrina existente con anterioridad, en particular, no sólo en el ámbito del Tribunal Supremo en resoluciones anteriores, como la de 6 de mayo de 2.005 que sigue a su vez, los criterios marcados por las de 14 de junio y 8 de octubre de 1.999, la de 3 de mayo de 1.997, o la de 7 de octubre de 2.002, sino que tales postulados y principios también figuraban en la doctrina constitucional, al menos, desde la sentencia de 1 de julio de 1.999.

Ya en esa fecha, el Tribunal Supremo señalaba que las diligencias policiales y sumariales son susceptibles de alcanzar efectos probatorios cuando practicadas con observancia de las exigencias legales y constitucionales han sido introducidas en el debate procesal practicado en el juicio oral en condiciones que permitan su efectiva contradicción por la defensa o, cuando tratándose de manifestaciones inculpativas, comparecen ante el

tribunal los funcionarios policiales que ratifican las declaraciones efectuadas en sede policial.

La referida resolución, perfilada, reiterada y desarrollada, entre otras, en las ss. de 01/10/2007, 05/06/2008 y 30/05/2011, exige dos elementos de singular importancia.

El primero de ellos, y como no podía ser de otra manera, que aquella primera declaración policial en la que además de la autoinculpación personal de uno de los acusados, se mencionan los hechos de otras personas, se corresponda con la auténtica voluntad del declarante, desterrando de su ámbito cualquier tipo sospecha o duda al respecto y, el segundo, y a los efectos de su valoración en juicio, que tal declaración se complete y advere mediante el resto de las pruebas practicadas durante el propio acto del juicio oral.

En similares términos, pero de una forma más extensa y precisa, la sentencia ya citada de 1 de octubre de 2.007 dice: *"...Es necesario su introducción en el juicio oral a través de un auténtico acto de prueba, como es la declaración de los testigos-policías que estuvieron presentes en el atestado. Es cierto que este testimonio lo será de mera referencia en relación al contenido de lo declarado, pero no en cuanto a la existencia misma de la declaración y las condiciones de su desarrollo, de forma que el tribunal puede acceder a la valoración de aquéllas en relación con las prestadas ante la autoridad judicial, que es la única con aptitud para transformar en un acto de prueba lo que de otra manera no deja de ser mero objeto de la misma"...*

A continuación, la referida sentencia enumera las circunstancias que deben concurrir para que una declaración

autoincriminatoria, no ratificada judicialmente, pueda ser estimada como prueba de cargo, indicando los siguientes:

1º.- Que conste que aquélla fue prestada previa información de sus derechos constitucionales.

2º.- Que sea prestada a presencia de letrado.

3º.- Que sea complementada en el mismo juicio oral mediante la declaración contradictoria del agente de la policía que intervino en la misma.

En los párrafos siguientes, la citada sentencia, incide en la necesidad de apreciar las condiciones de ausencia de coacción sobre el imputado que permita deducir que su declaración fue voluntaria y la presencia de la asistencia letrada.

La consecuencia de lo anterior exige exponer cómo se llevó a cabo la detención de Juan Carlos Besance, para después abordar el tema de su espontaneidad y, posteriormente analizar qué otras pruebas de contenido incriminatorio corroboran aquellas manifestaciones.

SÉPTIMO.- La detención de Juan Carlos Besance, de su hermano Jesús María y de Javier Atristain Gorosabel, se produjo en Guipúzcoa, el 29 de septiembre de 2.010, según figura en el atestado instruido al efecto por la Comandancia de la Guardia Civil de Guipúzcoa con número 2010-1011883-00000006 (folios 1.835-1.945).

La detención se puso en conocimiento del Juzgado Central de Instrucción nº2 (folio 1.856), al que se le solicitó la ratificación de la incomunicación de los 3 detenidos que se acordó el propio día 29 de septiembre y que fue personalmente notificada al ahora acusado (folio 1.859) y a los otros dos detenidos, figurando que su

hermano fue puesto en libertad a las 7,45 horas del 2 de octubre (folio 1.864).

El 1 de octubre, Juan Carlos prestó su primera declaración policial y la segunda tuvo lugar el 3 de octubre, llevándose a cabo antes, con su presencia, la diligencia de entrada y registro del garaje o bajera de su propiedad (folios 2.245 y ss.).

El 4 de octubre es puesto a disposición del Juzgado Central de Instrucción nº2 que incorpora el atestado a sus Diligencias Previas 42/2010, presta declaración judicial asistido de letrado de oficio (folio 1.970, manuscrito en color azul), y con la presencia del Ministerio Fiscal, donde tras preguntarle si ha comprendido sus derechos, manifiesta que: *"no desea prestar ningún tipo de declaración"*.

El citado Juzgado acuerda expedir testimonio del atestado a favor del Juzgado Central de Instrucción nº5 para su incorporación al sumario 26/01, lo cual se lleva a cabo el 20 de octubre de 2.010 (folio 1.833).

Recibido el testimonio, el Juzgado Central de Instrucción acuerda, en providencia de 3 de noviembre (folio 1.947), recibirle declaración el 12 de noviembre.

Entre tanto, el Juzgado Central nº 5, solicita del nº 2 el testimonio de la declaración judicial allí prestada, ya citada del 4 de octubre, que se incorpora a las actuaciones y en la que, como ya se ha dicho, no menciona haber sufrido malos tratos físicos o psicológicos.

Cuando en comparecencia celebrada el 12 de noviembre de 2.010, con asistencia del Ministerio Fiscal, del letrado de su confianza, D. Ibon Altuna Goiricelaia y del letrado de la acusación particular, es nuevamente preguntado si desea declarar, (folio 1.975, en color azul): *"Manifiesta que no*

desea declarar. Que lo que dijo en comisaría con motivo de su detención fue como consecuencia de torturas brutales sufridas durante los 5 días de incomunicación".

La citada declaración motivó que el Juzgado Central de Instrucción nº5, solicitara del número 2, testimonio de los informes médico-forenses realizados a Juan Carlos Besance, desde su detención hasta su puesta a disposición judicial, apareciendo (folios 2.251 y ss. manuscrito en rojo, ó 3.322, en letra impresa) los distintos informes médico-forenses emitidos el 30 de septiembre y los días 1, 2, 3 y 4 de octubre de 2.010.

El contenido de esos 5 informes realizados por el médico forense D. Juan Miguel Monge Pérez, que acudió al acto del plenario donde fue interrogado por las acusaciones públicas, declinando la defensa de los acusados cualquier pregunta, es el siguiente:

En el emitido el 30 de septiembre, el indicado médico recoge que el explorado le manifiesta: *"que se encuentra bien, que fue detenido ayer sobre las 10 horas en su casa, sin violencia, que no le han pegado ni ha sufrido maltrato psíquico"*. Tras la exploración médica, el galeno informa que no presenta lesiones en superficie corporal y que se encuentra tranquilo.

En el reconocimiento del segundo día, 1 de octubre, el forense recoge que el detenido le dice: *"Que no ha sufrido maltrato físico, pero le han amenazado con encausar a su hermano de cualquier cosa (sabe que está detenido en estas dependencias), añadiendo que no quiere ser reconocido (folio 2.252) no obstante lo cual, el informe emitido es absolutamente normal.*

En el tercer reconocimiento (folio 2.253) al ser preguntado si ha sufrido maltrato, el explorado no contesta, y tras autorizar ser reconocido, se emite informe

en el que se concluye que no presenta lesiones en superficie corporal, comentándole el propio forense al explorado que su hermano ha sido puesto en libertad a lo que aquél contesta: "*que le da igual, mejor para él*".

En el cuarto reconocimiento, el explorado afirma no haber sufrido maltrato físico ni psíquico (folio 2.254), siendo su exploración normal.

Y, en el quinto (folio 2.255), tras informar el explorado estar bien y no querer nada, el forense aprecia una irritación conjuntival en el ojo derecho.

Con tales datos, es decir, con una denuncia de malos tratos genérica realizada el 12 de noviembre de 2.010, casi a los 40 días de su detención, -29 de septiembre de 2.010-, sin ningún dato que corrobore los hechos denunciados, llegamos al día del juicio, -4 de noviembre de 2.011- donde, por primera vez, el acusado explica el contenido de aquellos malos tratos, para decir que se produjeron durante su traslado a Madrid y que consistían en ponerle la capucha y con estos datos objetivos analizamos si es achacable alguna falta de diligencia en el descubrimiento de esos supuestos malos tratos.

Lo primero que debe aclararse es que el Juzgado Central de Instrucción nº 2 desconocía su existencia, pero aún así, hizo lo procesalmente correcto, esto es, que el detenido incomunicado fuera visitado por el médico forense quien, como ya se ha dicho, ni recibió por parte del examinado ninguna queja seria, ni constató indicio alguno de ese posterior maltrato denunciado.

Y, por lo que afecta al Juzgado Central de Instrucción nº 5 que oye, por primera vez esa queja o denuncia de malos

tratos el 12 de noviembre de 2.010, lo que trata de averiguar es qué ha pasado durante el tiempo en que el detenido ha estado incomunicado y en esa indagación se encuentra con lo que ya se ha expuesto, esto es, que los malos tratos no habían sido denunciados con anterioridad y que el médico forense que lo examinó durante la incomunicación no percibió indicio alguno.

A la vista de lo anterior, debe analizarse, si quiera sea brevemente, si por parte de alguno de los dos juzgados intervinientes al inicio de estas actuaciones se ha incumplido lo que podríamos llamar un correcto protocolo que garantice los derechos del incomunicado.

La primera consecuencia del párrafo anterior es, precisamente, que al no haber pasado el detenido a disposición judicial del Juzgado Central de Instrucción nº 5, hasta finales de octubre de 2.010, esto es, cuando el inculpado ya no está incomunicado, no le es exigible a dicho titular una cautela especial de velar cualquier exceso cometido durante la detención gubernativa puesto que no fue puesto a su disposición; pero siguiendo con la misma línea argumental, si el detenido no denuncia malos tratos cuando el 4 de octubre de 2.010 es puesto a disposición judicial del Juzgado Central de Instrucción nº 2 y por éste se ha ordenado que el médico forense le examine diariamente, tampoco podría serle exigible, a posteriori, la adopción de ninguna medida especial acerca de la protección de sus derechos en el periodo de incomunicación citado.

Si a lo anterior se une, como ya se ha indicado, que la denuncia o queja de malos tratos, se revela o aparece cuando el detenido ya no está incomunicado ni asistido de un letrado de oficio, sino en presencia de un profesional de su confianza, y no es hasta el plenario cuando

manifiesta en qué consistieron esos malos tratos, no cabe sino concluir la falta de indicio alguno serio acerca de las torturas alegadas.

OCTAVO.- Con los datos que anteceden, suficientemente expresivos para poner en entredicho las afirmaciones acerca de malos tratos, coacciones o torturas, se inicia la exposición de los argumentos a favor de que lo declarado por el citado imputado se corresponde con su voluntad. Son los siguientes:

1º.- El primero es no sólo la inexistencia de dato alguno objetivo constatado en los 5 reconocimientos médicos referidos, sino el que tras su puesta a disposición judicial el 4 de octubre de 2.010, fecha en la que se produjo el último reconocimiento forense, nada relató al Instructor judicial, lo que unido a la ausencia de dato alguno físico o psíquico sobre los malos tratos aducidos, determinó que la autoridad judicial no llevara a cabo ningún otro tipo de investigación, al no dar verosimilitud a la versión del detenido sobre las torturas sufridas.

2º.- Otro dato de singular entidad a los efectos de valorar su espontaneidad, es la revelación de datos ajenos a los hechos enjuiciados y absolutamente desconocidos por quienes le interrogaron, lo que, en buena lógica, impide a los agentes a obligarle a que los declare y que, además, dada su extensión y detalle no encajan en un ambiente hostil y forzado; y con ello, nos referimos a extremos tales como su estancia en Venezuela país donde, según declaró, se adiestró en el manejo de armas y explosivos, haciendo una semana de turismo en Canaima y el Salto del Ángel, dando igualmente detalles sobre su alojamiento, manutención y persona que se ocupaba de tales menesteres, incluyendo en su extenso relato las actividades delictivas

propias y ajenas del año siguiente a la realización del hecho enjuiciado que, como se indicará más adelante, además, han sido también adverbados, reconociendo igualmente como propia la bajera registrada y los efectos allí intervenidos.

3º.- En relación al registro de la citada bajera (folio 2.245 y ss.), consta en la diligencia extendida por la Srª Secretaria del Juzgado de Instrucción nº 2 de Tolosa (Guipúzcoa) la total colaboración del detenido, que acompañado de abogado de oficio, reconoció como propios los efectos reseñados, comportamiento que por sí sólo avala su propia voluntariedad.

4º.- Consta igualmente acreditada la propiedad del indicado lugar mediante certificación registral de su adquisición efectuada en escritura pública de compraventa el 26/05/2000 (folio 2.335).

5º.- Por otra parte, la siguiente ocasión en la que Juan Carlos Besance podría haber insistido en los malos tratos sufridos, tuvo lugar cuando comparece ante el Juzgado para notificarle el auto de procesamiento dictado y recibirle declaración indagatoria el 28 de febrero de 2.011 (folio 2.176), sin embargo, en tal acto, tras serle leídos sus derechos y estar asistido la letrada de su confianza Dª Eukene Jáuregui Lejona, manifestó no querer declarar, sin hacer mención alguna a aquellas supuestas torturas, que nuevamente deja seriamente en entredicho.

6º.- Un extremo absolutamente revelador de la espontaneidad de sus declaraciones es relatar circunstancias, tan concisas que, transcurridos 9 años desde que ocurrieron, -recuérdese que el hecho tuvo lugar el 14 de julio de 2.001 y su declaración policial es de octubre de 2.010-, sólo puede conocerlos quien realmente haya participado en ellos y así se deduce cuando reconoció

que la víctima: "era un concejal de UPN, se apellidaba Mújica,... colocaron una bomba lapa en su furgoneta particular, Volkswagen Transporter, aparcada enfrente de su casa en Leiza,... la bomba la puso Andoni,... la orden la dio directamente "Txapote",... Andoni le comenta que tuvo que colocar el artefacto en la parte delantera del vehículo, entre los dos asientos... los artefactos explosivos fueron elaborados en la bajera del dicente sita en la calle Arroa donde disponía de herramientas para ello que han sido incautadas en el registro... compró la bajera él personalmente en Villabona por 1.600.000 pesetas, siendo pagada por el dicente y sus compañeros Oscar Celaraín y Andoni Otegui"

7º.- Pero, como ya se ha indicado, la voluntariedad de sus declaraciones se deduce, también, cuando el mencionar otras acciones de sus dos compañeros, en las que reconoce haber participado, luego resultan corroboradas, pues la lógica humana hace difícilmente compatible un escenario de torturas y malos tratos con un relato tan profuso como el ya expuesto, máxime, cuando no se le pregunta, ex profeso, por otras posibles implicaciones delictivas que, sin embargo, relata.

Así, en relación con las actividades de sus compañeros, Oscar Celaraín y Andoni, durante el verano de 2.002, contesta que:" ...estuvieron en Alicante ese verano porque él les compró un billete de autobús para esa localidad, luego se enteró por la prensa de que se cometió un atentado contra el cuartel de la Guardia Civil de Santa Pola en el que resultó muerta una niña" y, a continuación hace un relato de otros hechos delictivos del comando al que pertenece, como se revela al decir: (folio 1874 según numeración manuscrita en color azul al tomo VII)"... La siguiente acción fue un atentado en Lecumberri, en una caja de Ahorros; pusieron un "tupper ware" que contenía

explosivos dentro de una mochila. La bomba la puso Andoni. Celaraín y el dicente dieron seguridad... posteriormente pusieron una mochila con explosivos en el edificio de la Seguridad Social de Zarauz, en esta ocasión, el dicente puso la mochila, mientras los otros dos le daban seguridad... también pusieron una olla pequeña con explosivos en los juzgados de Tolosa, la colocó Andoni y los otros dos dieron seguridad"...

8°.- Otro dato a tener en cuenta para calibrar su espontaneidad es cuando al ser preguntado si los miembros del comando realizaban algún tipo de cursillo, dice (folio 1873):"*... que los tres fueron a Francia donde Txapote (al que reconoce sin ningún género de dudas en la fotografía que aparece al folio 1887)- les dio un cursillo; ... les enseñaron a manejar armas y explosivos, a robar coches y adoctrinamiento político...*, precisando al ser interrogado sobre quien es el responsable del comando y quien ordenó el hecho enjuiciado que:"*... Andoni era el jefe de los tres y por encima de ellos el responsable era "Txapote", quien les pasó información del concejal de Leiza de UPN... reconociendo que dicha acción fue ordenada por "Txapote";* resultando de la documentación intervenida por las autoridades francesas, que se expondrá más adelante, la realidad de una conexión entre el comando y el citado dirigente de la organización.

NOVENO.- Pero, entrando en el tercer epígrafe de los anteriormente mencionados, lo más importante es exponer todos y cada uno de los datos probatorios de indudable contenido incriminatorio que corroboran aquellas dos declaraciones de Juan Carlos Besance y que de forma resumida, obedecen: A la incautación de diversa documentación ya sea elaborada por los propios acusados o intervenida judicialmente, singularmente por las

autoridades francesas; a las periciales grafológicas de algunos de esos documentos intervenidos; a las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional que corroboran el paso del comando por lugares donde aquellos llevan a cabo varias de sus acciones delictivas, singularmente en el verano de 2.002; a la realidad de la adquisición de la bajera de propiedad de Juan Carlos Besance y a la testifical de los agentes que le recibieron declaración y que confirman no solamente el trato correcto recibido, sino lo espontáneo, detallado y conciso de sus dos manifestaciones.

1º.- De esta forma, se inicia este apartado con la exposición de la variada documentación acreditativa de varios de los extremos declarados por Juan Carlos Besance, ya sea propia de los acusados o intervenida judicialmente, ya sea de las resoluciones judiciales dictadas con ocasión de varias de las acciones delictivas cometidas.

A)- Como se ha dicho anteriormente, fue Andoni quien informó a Besance que: *"tuvo que colocar el artefacto en la parte delantera del vehículo, entre los dos asientos"*.

Pues bien, este apartado acreditativo, además, de la participación de Andoni Otegui en los hechos colocando directamente el explosivo, consta acreditado por:

A.1) El acta de inspección ocular practicada por los agentes de la Guardia Civil que acudieron al lugar de los hechos al ocurrir el atentado y que después depusieron en el plenario sobre este extremo, agentes A-51302-Z y F-77720-A, que tras examinar los restos de la furgoneta, llegan a la conclusión de que tuvieron que colocar el artefacto en los bajos de la carrocería y concretamente en la oquedad existentes para preservar el tubo de escape, a la altura de los asientos delanteros, coincidiendo con la caja de cambios. Folios 67 y ss.

A.2) Informe elaborado por miembros del GEDEX, de la Comandancia de la Guardia Civil de Navarra, agentes 6.200.492 y P-67573-T, quienes también fueron interrogados sobre su pericia, y acudieron al plenario ratificando las conclusiones emitidas, esto es, que el artefacto estaba situado en el hueco existente entre los bajos de la carrocería y el tubo de escape de los gases del motor, en una oquedad que dichos modelos de vehículo poseen para preservar el tubo de escape, coincidiendo justamente con el eje longitudinal central del turismo a la altura correspondiente a los asientos delanteros bajo la caja de cambios, añadiendo que encontraron una bola de acero que no pertenecía al vehículo y que, a su entender, formaba parte del sistema de activación del explosivo, pues al moverse el vehículo como consecuencia de la acción de la llave de contacto, la bola rueda de un lado a otro del circuito eléctrico y provoca la explosión. Folios 135 y ss.

A.3) Informe técnico de explosivos realizado por el servicio de desactivación y defensa de la Guardia Civil, igualmente ratificado por sus autores en el acto del juicio, agentes 55.773 y W-9791-A (folio 896 y ss.), que no sólo coincidía con los dos anteriores, sino que añadió que era una bomba tipo lapa y que la dinamita era tipo titadyne.

2º.- Pero hay otro dato corroborador de los extremos confesados por Besance, tanto en lo relativo a la colocación del artefacto como a la autoría de quien lo colocó.

Nos referimos a la Comisión Rogatoria 50/03 llevada a cabo por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 tras la detención en Francia, el 19 de diciembre de 2.002, del dirigente del aparato militar de la organización E.T.A.,

Juan Fernández Iradi "Susper", que da lugar al registro de la vivienda en la que aquél residía en la localidad francesa de Tarbes, concretamente en la calle Bertrand Barrère nº 62 al día siguiente de su detención y donde se intervino una gran cantidad de documentación que aparece reseñada en la traducción al español de la citada Comisión Rogatoria a los folios 1776 y siguientes, tras la obrante en francés en los folios 1674 a 1775 y en la que la policía actuante, concreta con la denominación Sello (Scelle) TAR/SA/35 -siglas que se corresponden a la localidad francesa de Tarbes donde se produce el registro, al lugar de la casa donde se encuentra el material, salón y al número dado al documento encontrado- uno de ellos es una hoja manuscrita con un dibujo de una furgoneta y unas palabras en euskera (folios 2093 y nuevamente en el 2103), cuyo texto, una vez traducido, dice textualmente lo siguiente: "Leiza 14 de julio de 2001 Volkswagen Transporter" "Cantidad 4 kgs. sin cono titadyne" "meter presion al eje" "piloto" " La lapa calzada en un lado, estando en el medio para dirigir, con el conductor".

El estudio grafológico del citado documento llevado a cabo por la Sección de documentoscopia de la Comisaría General de la Policía Científica (informes policiales 2008D1052 y 2009D0165D, que aparecen respectivamente en los folios 1563 al 1577 y 2137 al 2155, realizados por los agentes 18.817, 77.639 y 65.468), una vez exhibido a sus componentes, fue ratificado en el acto del juicio exponiendo en el mismo las conclusiones ya alcanzadas en el momento de su realización, esto es, la autoría de Andoni Otegui, sirviéndose para ello del cuerpo de escritura realizado voluntariamente por el citado tras su detención y que figuran en los folios 2148 y 2149; conclusiones a partir de las cuales no queda la menor duda de que fue

Andoni Otegui no sólo quien colocó el explosivo bajo la furgoneta, sino quien elaboró el gráfico para colocarlo.

3º.- Otro dato corroborador de las manifestaciones de Besance son los datos acerca de las actividades de sus compañeros, Oscar Celaraín y Andoni Otegui, en el verano de 2.002 y la documentación que tras la detención del citado "Susper" aparece en una vivienda ocupada por el citado en Bagnères de Luchon (Francia) y que motiva, dentro de la Comisión Rogatoria librada a las autoridades francesas, el Sello TAR/CH/69, dentro de la Comisión Rogatoria 50/03 que aparece en los folios 2080 y ss. y cuyo informe aparece en los folios 1554 y ss, (informe 2008 D1052) ratificado en el acto del plenario.

La contestación del citado es la siguiente (folio 1874): *"...Sabe que estuvieron en Alicante ese verano porque él les compro un billete de autobús para esa localidad; luego se enteró por la prensa que se cometió un atentado contra el cuartel de la guardia Civil de Santa Pola en el que resultó muerta una niña..."*.

Pues bien, en el citado Sello TAR/CH/69, aparece un texto manuscrito, denominado "Autocrítica" que finaliza con las palabras "Iosu". "Argala", escrito en euskera, debidamente traducido (folio 2090, tomo VIII) y con respecto al que se hizo prueba grafológica que concluyó la autoría de Andoni Otegui, donde éste relata a la organización, algunas de las acciones realizadas por él y Oscar Celaraín durante ese verano del 2.002, tanto en el Levante, mencionando lugares como Marbella, Fuengirola, Santa Pola, Torrevieja, para seguir por Teruel y dirigirse a Tolosa o Zarauz, lugares donde se produjeron un buen número de atentados que ha dado lugar a una serie de resoluciones judiciales, que se detallarán más adelante.

En particular, la estancia de Andoni y Oscar en Alicante y en las citadas ciudades y lo que hicieron en algunas de ellas está perfectamente relatado por su autor Andoni Otegui en su "Autocrítica", en el que, por lo que se refiere a Alicante y Levante dice así:

"EXPERIENCIA 2: 40 días (Levante). Como había poco movimiento en Alcante, nos fuimos a Santa Pola (siempre en autobús). Aquí, compramos 2 bicicletas y nos fuimos a un camping del pueblo (a 1 km.), en ese camping pequeño (10 días), miramos los objetivos en bicicleta (Torrevieja...), fuimos por carreteras locales pequeñas, por allí mismo había un montón de ciclistas. En el paseo marítimo de Torrevieja hay txakurras. De Alicante a Benidorm utilizamos un tren pequeño para desplazarnos y ver los objetivos. De Santa Pola a Alicante, en autobús. Mucha vida en Santa Pola (comercios, hostelería, playa...), había también mucho turista. Fenomenal con bicicleta y, cuando no la necesitábamos, las dejábamos en el pueblo. Para recibir el parte no podíamos llegar en tren, así que íbamos la víspera y pasábamos la noche al lado del mar en las rocas. Llevamos el coche por carreteras pequeñas y lo dejamos en Santa Pola, los kilos y el material en el camping con candado. Allí hicimos los petardos ya que en los alrededores no había ningún "monte" con sitios discretos; pensábamos que en la parcela de al lado teníamos un piccolo (bien, el último día nos regaló una silla). Con el calor, la cloratita se pegaba en las manos pero nos las arreglamos para aislar los circuitos con cinta aislante. Llevamos el petardo a Torrevieja en bicicleta y alquilamos una moto para la retirada de la acción grande. El petardo lo enterramos por la noche, con facilidad en la playa.

RETIRADA: Bastante quebradero de cabeza. Miramos de todas las maneras (a pié por la playa, en zodiac, en bicicleta...)

pero no queríamos dejar pistas (coche) y la salida debía ser rápida.

No podíamos parar allí, así que como no teníamos nada más que una skuter de 49 cc. (40km/h) elegimos la hora punta para hacer la acción (20,30), queríamos atraparles cenando. La salida la hicimos hacia Elche 15 minutos antes de la hora de explosión del coche, de esta forma teníamos 5 minutos libres; desde Elche al monte en moto, escondimos la moto y pasamos 2 días en el monte por la noche, después cogimos un tren y a Albacete...Después por toda España haciendo informaciones (Ciudad Real, Badajoz, Teruel..) Desde Albacete a Badajoz usamos la línea Murcia-Alicante-Albacete-Ciudad Real, la cual está muy bien porque es muy tranquila... Las llamadas de reivindicación las hicimos desde Lisboa... aquí, en la frontera con Portugal estuvimos en un hostel, después fuimos en bicicleta a Salamanca para hacer una información, en la frontera sin problemas...Como teníamos tiempo, fuimos de Teruel a Tolosa (Bilmanbus), recuperamos a un legal y llevamos todo el camino el material con nosotros. Acción contra el Juzgado, sin fallo en la seguridad del detonador; la vuelta Tolosa-Teruel".

4º.- Pues bien, corroborando algunas de las acciones a que el escrito hace referencia, figura en actuaciones que:

A) Por sentencia de 1 de octubre de 2.010, la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a Oscar Celaraín y a Andoni Otegui por delito de estragos como consecuencia de los daños sufridos en el Hotel Sultán de Marbella al explotar un coche bomba en el verano de 2.002.

B) Por sentencia 39/09, de 27 de mayo de 2.009, la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia

Nacional condenó a los dos citados por los daños sufridos por el Juzgado de Tolosa en el verano de 2.002.

C) Por sentencia de 10 de junio de 2.009, la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a Andoni Otegui por los daños sufridos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social de Zarauz en el verano de 2.002.

D) Consta que contra los ahora acusados Andoni Otegui y Oscar Celarain, y como consecuencia del atentado cometido el 4 de agosto de 2002 junto al cuartel de la Guardia Civil de Santa Pola en el que fallecieron dos personas, siendo una de ellas una niña, se sigue procedimiento judicial por la Sección Segunda.

E) Consta igualmente que la Guardia Civil desactivó el 12 de agosto de 2.002 un artefacto explosivo enterrado en la Playa de Santa Pola (Alicante).

F) Figura acreditado que tras la detención de Andoni Otegui y Oscar Celaraín el 20 de septiembre de 2.002 en la localidad francesa de Bagnères de Luchon, se ocuparon diversos D.N.I. falsos que habían sido utilizados en algunos hostales o campings en los que los citados estuvieron durante el verano o les sirvieron para alquilar vehículos.

G) En concreto, Oscar Celaraín utilizó un D.N.I. a nombre de Braulio Frutos Velasco, en el que figuraba su fotografía, con el que se registró las noches del 22-24 de agosto de 2.002 en el hostel "Amalia" de Teruel y en la noche del 28 al 29 del mismo mes en el hostel "Aragón" de la misma ciudad.

H) Del mismo modo, Oscar Celaraín, se registró utilizando esa misma identidad falsa en el hotel "Urbis" de

Tarragona, donde permaneció la noche del 25 al 26 de julio de 2.002.

I) Igualmente, utilizó esa misma identidad falsa en el camping "Bahía de Santa Pola" donde aparece registrado del 27 de julio al 4 de agosto de 2.002.

J) Y, el 3 de agosto de 2.002, utilizó un D.N.I. en el que aparecía su fotografía y se encontraba expedido a nombre de Enrique Lara Pezzi, en la citada localidad.

K) de la misma manera, la presencia del comando en Tolosa y Zarauz, resultan adverdadas cuando Andoni, al final de su escrito reconoce que en Tolosa *...recuperan a un liberado y llevamos todo el camino el material dado con nosotros, acción contra el Juzgado...*, y tal hecho concuerda con las sentencias ya mencionadas.

5º.- Una nueva corroboración de las manifestaciones policiales de Juan Carlos Besance, en lo que afecta a la participación en los hechos de Francisco-Javier García Gaztelu, a quien, como ya se ha dicho, reconoció fotográficamente, manifestando ser el responsable del comando, de quien recibió la orden de llevar a cabo la acción contra el concejal de Leiza y le suministró la información, y con quien los tres miembros del comando se reunían en Francia recibiendo cursillos de adoctrinamiento político y sobre armas y explosivos, resulta igualmente adverdada a través de la documentación intervenida por las autoridades francesas con motivo de su detención en Anglet el 22 de febrero de 2.001.

En efecto, el citado hecho motivó que el Juzgado Central de Instrucción nº 3 expidiera Comisión Rogatoria Internacional en el curso de las Diligencias Previas 114/2001, incorporadas y unidas a las presentes en los 8 tomos que componen el contenido de la pieza separada sobre la citada diligencia de cooperación judicial internacional,

a instancia del Ministerio Fiscal, apareciendo en los tomos 2 (folio 172) y 5 (folio 637) de la citada pieza sendas copias de la agenda, que se reiteran ampliando su imagen en el informe grafológico que aparece dentro de lo que las autoridades francesas, referencian con las denominaciones "D6 a D16, sello D17" (folios 2257 y ss.) ratificado en el plenario por sus autores.

Entre los efectos intervenidos por la policía francesa en el momento de la detención de Francisco Javier García Gaztelu se encuentra una agenda personal, referenciada por las autoridades francesas dentro del Sello A/27 y que contiene anotaciones en euskera y, una hoja cuadriculada doblada con otras anotaciones que se encontraba en su interior, incluida en el Sello A/26, apareciendo ambas relacionadas en el folio 250 del tomo 2 de la pieza separada de comisión rogatoria y fotografiada, ésta última, dentro del propio informe que aparece en el folio 2121.

Ambos efectos, hoja suelta y agenda personal fueron objeto de sendos informes periciales que aparecen unidos, bien en el citado folio, ratificado en juicio, o bien en el realizado por el agente 19.227 y el facultativo 212, quienes también hicieron una pericial grafológica que figura en los folios 2.259 a 2.310 ratificada por los peritos en el acto del plenario, poniendo así de manifiesto el juego del principio de contradicción, en el que llegan a la conclusión de que el autor de las notas allí manuscritas era el propio portador de la agenda y nota citadas, ratificando así los contactos que Besance relató.

El contenido de esa hoja cuadriculada, amén de confirmar caligráficamente su autoría (folio 2121 y 2122), muestra una serie de nombres (comandos) a los que se les asigna un día determinado de la semana para mantener una reunión (cita) y, entre otros, se mencionan a los comandos

TTOTO, EKAITZA, HAITZA, XOXUA, BOLUETA, AMAIUR y, además, al de ARGALA, a cuyos miembros, el citado folio les fija como cita el primer domingo de cada mes a las 12,30, y de no ser posible, a las 13,30 en un lugar al que se designa en clave con el de "Tipula Jose".

Por su parte, en las anotaciones de la agenda (folios 2273 y ss.) y en corroboración de lo anterior, aparece una cita con el comando ARGALA para el 9 de enero (janvier) de 2.001 y otra para el 24 de febrero siguiente que no pudo realizarse al estar detenido desde el 22 de febrero el portador de la agenda.

Circunstancia esta última, la de la detención de Francisco Javier García Gaztelu, que no impide su participación en los hechos a título de inductor, pues de lo hasta ahora mencionado, se ha confirmado todas y cada una de las informaciones que aparecen en las declaraciones de Juan Carlos Besance, en particular y por lo que se refiere a la participación de García Gaztelu, los contactos o reuniones con su jefe del que recibían instrucciones, adoctrinamiento y las órdenes que debían cumplir y llevar a cabo por así haberlo decidido la organización a la que todos ellos pertenecían, E.T.A.

6º.- Como no podía ser menos, acudieron al juicio los dos agentes de la Guardia Civil, agentes U-38231-P y B-83938-B que tomaron declaración a Juan Carlos Besance, quienes, advertidos de sus obligaciones legales, fueron interrogados por las dos acusaciones, -sin que por parte de la defensa de los acusados se les formulara pregunta alguna relativa a la implicación de sus clientes o a los malos tratos supuestamente infligidos,- explicando en el plenario que las declaraciones prestadas lo fueron previa lectura de sus derechos y asistido de su letrado de oficio, de forma espontánea, ratificando que la orden vino de Txapote, que

Andoni colocó la bomba entre los dos asientos, que la furgoneta estaba aparcada frente a la casa del concejal y los otros dos estaban de seguridad (vigilando), especificando que su hermano fue puesto en libertad tras prestar declaración.

En relación a este tipo de prueba, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2.007, afirma que la declaración de los agentes que asisten a la prestada por los detenidos en sede policial no es propiamente una declaración de referencia, sino que, en sentido propio, testifica lo que ha expresado el imputado y, ante su retractación, es llamado para que exprese, ante el tribunal, las condiciones en que tal declaración fue realizada y cuál fue su contenido, lo que permite la superación de los requisitos de legalidad ordinaria y por tanto su incorporación al proceso pues, en otro caso, no tendría sentido inadmitir el valor de la confesión prestada en sede policial con las garantías que proporciona la presencia de letrado, la información de derechos y la presencia en el plenario de los agentes intervinientes y, por el contrario, admitir la confesión extraprocesal, siempre que haya sido sometida a contradicción el testimonio de las personas antes las que se dice.

Y, todo ello, porque en definitiva, la mencionada sentencia, haciéndose eco de la dictada el 4 de diciembre de 2.006 y del Acuerdo Plenario al que se ha hecho alusión al inicio de la fundamentación jurídica, afirma que dudar de la imparcialidad de las declaraciones testificales de los policías o del letrado que presenciaron las declaraciones policiales, supone partir de una inaceptable presunción de generalizado perjurio y de una irreal incapacidad para efectuar aclaraciones, precisiones o matizaciones sobre las circunstancias por ellos percibidas

de cómo tuvo lugar la declaración saliendo al paso de las objeciones.

7º.- Como ya se ha indicado, consta en autos (folio 2335) certificación registral de un local, conocido como garaje 6, sito en la calle Arroa, señalado con los nº 21, 23 y 25, perteneciente a Juan Carlos Besance Zugasti según escritura pública otorgada ante notario de Tolosa el 26 de mayo de 2.000.

8º.- La participación en los hechos de Oscar Celaraín, alias "Peio", ante el silencio de sus declaraciones en sede policial y judicial, se extrae: por ser miembro del comando "Argala" no simplemente porque así lo declarara Juan Carlos Besance, sino porque con independencia de lo anterior se desprende: a) porque en la agenda intervenida a García Gaztelu aparece en una anotación de fecha 9 de enero de 2001 los nombres de "Argala" y "Peio", lo que puesto en relación con las manifestaciones del anteriormente citado, García Gaztelu, se reuniría con Oscar Celarain, miembro del comando "Argala"; b) por su presencia en la campaña del verano del 2002 por el levante español junto con Andoni Otegui, al menos, en Santa Pola, Tarragona y Teruel, tal como se ha indicado anteriormente al haber sido intervenidos en Francia determinados D.N.I., falsos en los que figura su fotografía; todo ello tal como figura en el informe pericial de inteligencia emitido en el acto del juicio sobre los efectos y documentación intervenida en Francia con motivo de su detención. (Folios 1.027 y ss.)

DÉCIMO.- Antes de finalizar el análisis de la prueba practicada debe tenerse en cuenta, según se ha expuesto con anterioridad, que algunas de las corroboraciones de la

declaración policial de Juan Carlos Besance se han introducido en las actuaciones a través de las Comisiones Rogatorias interesadas por las autoridades judiciales españolas a raíz de las detenciones de los miembros del "aparato militar" de E.T.A., uno de ellos, el ahora acusado, Francisco-Javier García Gaztelu "Txapote" y otro Juan Fernández Iradi "Susper".

Con carácter general, las comisiones rogatorias permiten traer válidamente al proceso, utilizando precisamente ese mecanismo de cooperación internacional, una importante documentación que una vez analizada policialmente mediante los oportunos informes periciales, permiten servir, como prueba documental, apta para formar el convencimiento judicial, ya sea por los datos que contiene la propia documentación reveladores por sí mismos de su contenido o de los datos que a través de un estudio policial más detenido pueden deducirse, sin que, no obstante la información que precisen pueda vincular el tribunal "a quo" en el caso de que las conclusiones se aparten de otras pruebas igualmente aptas.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con las comisiones rogatorias internacionales en procesos contra miembros o colaboradores de ETA, después de reconocer que las pruebas practicadas en el ámbito europeo gozan de plena validez (ss. T.S. 340/2000, de 3 de marzo), ha afirmado en la sentencia de 1493/1999, de 21 de diciembre, que no afecta a los derechos fundamentales el incorporar documentos al concluir la tramitación de una comisión rogatoria internacional, al tiempo que destaca el valor documental de las mismas, considerando que la falta de lectura íntegra de las mismas no invalida la prueba (ss. Tribunal Supremo 679/03, de 9 de mayo).

UNDÉCIMO.- Otra de las pruebas practicadas en el plenario y, de indudable interés para el esclarecimiento de los hechos es la denominada pericial de inteligencia, admitida, entre otras, por sentencias del de 13 de diciembre de 2001, 29 de mayo de 2003 y 1 de octubre de 2.007 del T.S. en supuestos en los que como el presente de delincuencia organizada es utilizada al amparo de la pericial prevista en el artículo 456 de a L.E.Crim, como del artículo 335 de la L.E.C., y con respecto a la que, la última sentencia mencionada exige y precisa las notas siguientes:

1º.- Se trata de una prueba singular que se utiliza en algunos procesos complejos, en donde son necesarios especiales conocimientos que no se corresponden a los parámetros habituales de las pruebas periciales convencionales.

2º.- No se corresponden al patrón diseñado por la L.E.Crim., aunque nada impide su utilización cuando se precisen esos conocimientos.

3º.- La valoración de esa prueba es libre, de modo que el tribunal de instancia puede analizarlos racional y libremente sin que sus conclusiones sean vinculantes.

4º.- Aún cuando se trate de una prueba que participa de la naturaleza de pericial y testifical, es más próxima a la primera, pues sus autores aportan conocimientos propios sobre la base de conocimientos más especializados por el conocimiento anterior de la misma forma de actuar.

5º.- Son prescindibles, en la medida en que el tribunal puede llegar a las mismas conclusiones mediante la lectura y el análisis de los documentos analizados.

En el presente supuesto, el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaron la denominada prueba a practicar por los agentes 18.972, 69.777 y 77.654 quienes elaboraron tres informes:

En el primero de ellos, al tomo IV (folio 746 y siguientes) se hace un exhaustivo informe de la documentación intervenida por las autoridades francesas con motivo de la detención en Francia el 19 de diciembre de 2.002, entre otros de Juan Fernández Iradi "Susper" en donde se detallan, enumeran, relacionan y coordinan los contenidos de la documentación intervenida y agrupada por las autoridades francesas en "Sellos".

El segundo informe, contenido en el tomo V (folios 1014 a 1122) versa el seguimiento de las actuaciones que aparecen reflejadas en el escrito llamado "Autocrítica" elaborado por Andoni Otegui y encontrado en Francia dentro del denominado "Sello" TAR/SA/35, seguimiento que consiste no sólo en investigar todo lo relativo a la estancia del citado y de Oscar Celaraín por los lugares que mencionan, sino en contrastar dónde se alojaron, o por dónde pasaron, a través de los datos o el rastro que ellos mismos proporcionan en la denominada "Autocrítica", obteniendo como resultado de esas averiguaciones que algunos de los D.N.I. falsos encontrados en su poder en el momento de la detención, en concreto, los que figuran a nombre de Braulio frutos Velasco o Enrique Lara Pezzi, en los que aparece las fotografías de Oscar Celaraín, fueron utilizados tanto para pernoctar en los lugares que se han indicado de santa Pola, Tarragona o Teruel , como para el alquiler de una motocicleta que las facilitara su huida.

El tercero aparece en el tomo VI (folios 1486 y ss.) en el que, a través de los documentos reseñados, llegan a la conclusión en el informe entonces emitido de 5 de febrero de 2.009 que Andoni Otegui y Oscar Celaraín pertenecían, junto a García Gaztelu, al comando Argala, informe que en el acto del juicio matizaron cuando tras la detención de Juan Carlos Besance, amplían sus conclusiones integrando a éste último en el citado comando.

Por lo demás, los peritos informantes, aclararon en el juicio que, en el supuesto enjuiciado se repite el esquema o modo de funcionar de E.T.A. que valiéndose de los veteranos de la organización, como es el caso de García Gaztelu, adoctrinan, organizan, transmiten y ordenan a los comandos a su cargo, las decisiones adoptadas por la organización terrorista, facilitándoles los medios necesarios (armas, explosivos, vehículos, y una mínima infraestructura) para llevar a cabo su cometido, siendo inviable en su forma de actuar que, para llevar un atentado como el perpetrado gocen de autonomía, pues ésta, en todo caso, sólo la ostentan cuando las víctimas no son civiles.

Como se decía, la labor desarrollada por quienes posteriormente elaboran los denominados "informes de inteligencia" en la medida en que además de investigar cada hecho delictivo, escudriñan y conocen del resto de acciones llevadas a cabo por unos u otros comandos, no resulta imprescindible, pudiendo el tribunal llegar a la misma conclusión a través de la documentación aportada, pero qué duda cabe de sin el acerbo de los datos recopilados por los citados agentes, la tarea sería mucho más ardua.

Antes de entrar en el tema de la calificación penal de los hechos, se hace necesario hacer un comentario, si quiera breve, sobre uno de los planteamientos realizados por la defensa de los acusados en el informe.

DÉCIMO-SEGUNDO.- Como se ha indicado con anterioridad, la citada defensa, no participó en el interrogatorio ni de los testigos ni de los peritos, desaprovechando así la ocasión para aclarar, con respecto de los primeros, en concreto, con relación a los agentes que le recibieron declaración, los malos tratos alegados por Juan Carlos Besance que, por cierto hasta el momento del juicio no resultaron precisados por él mismo y, desaprovechando igualmente la ocasión para interrogar acerca de la numerosa pericial practicada algún extremo que pudiera favorecer a sus clientes.

Por el contrario, la citada defensa, en el indicado trámite, comparó la declaración forzada de Juan Carlos Besance con la situación de otras personas inicialmente imputadas, procesadas y privadas de libertad.

En relación a la citada cuestión, debe indicarse que, desde un punto de vista procesal el indicado planteamiento no es ni propio de un trámite de informe en el juicio celebrado contra distintas personas de las inicialmente imputadas, ni siquiera adecuado de ser tratado en una resolución como es la de una sentencia cuyo objeto no es entrar a valorar el porqué el procedimiento se dirigió contra otras personas al inicio; pero a los efectos de exponer las diferencias entre la situación procesal originaria de aquellos y la de quienes resultaron después acusados, del examen de las actuaciones practicadas en la fase de instrucción se deduce lo siguiente:

En el tomo 2º, consta que las presentes actuaciones se incoaron no solamente de oficio por el asesinato del Sr. Múgica, sino también a instancias de una querrela presentada por el Ministerio Fiscal quien imputaba la emisión de amenazas terroristas con respecto a Maria Mercedes Aizpurua Arzallus y a Marcelo Otamendi directores,

respectivamente de los diarios Gara y Euskaldun Egunkaria, quienes declararon en las actuaciones en enero de 2.002 desestimándose la petición de prisión efectuada por el ministerio fiscal en auto de 18 de enero de 2.002 que tras ser recurrida fue confirmada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (folio 370 y 472).

Dentro del marco de la investigación propia de estas actuaciones, el Juzgado Central de Instrucción nº 1, remitió al Juzgado Central de Instrucción nº 5, para su unión al sumario incoado por el fallecimiento del Sr. Múgica, testimonio del atestado nº 404 de 2.002 con motivo de la desarticulación de los comandos de E.T.A. "Ekaitza" y "Urbasa", en el que figuran detenidos Mikel Soto, Jorge Chocarro, Aurken Sola y Ainhara Gorostiaga Escubi y determinadas diligencias sumariales practicadas en el curso de la investigación del sumario 10/2003 y de las Diligencias Previas 78/2002.

Unidas ambas actuaciones al presente sumario 26/2001, se recibió declaración a los citados el 3 de marzo de 2004 (folios 850 y ss.) siendo puestos en libertad en abril de 2.004 (folios 959 y ss.), sin que en ningún caso fueran procesados, tal como se afirmó por la defensa de los acusados, y sin que, por tanto, su situación personal y procesal guarde relación alguna con la del acusado Juan Carlos Besance.

DÉCIMO-TERCERO.- La calificación jurídica acorde con los hechos declarados probados se corresponde con la práctica totalidad de los pedimentos efectuados por las acusaciones pública y particular, entendiéndose la Sala que los mismos son constitutivos, para todos ellos, de los siguientes delitos:

1º- Asesinato terrorista, previsto en el artículo 572.1.1º del Código Penal vigente en el momento de los hechos, que se corresponde con el mismo artículo en su apartado 2.1º en su actual redacción, castigado con una pena de entre 20 y 30 años.

2º- Estragos terroristas del artículo 346 en la redacción vigente en la fecha de los hechos en relación con el artículo 571, que se corresponde con la actual redacción del artículo 572.1, castigado con una pena de entre 15 y 20 años de prisión.

3º- Tenencia o depósito de explosivos del artículo 573 del Código Penal vigente en el momento de los hechos, que se corresponde con el mismo artículo en la redacción vigente, castigado con una pena que oscila entre los 6 y los 10 años.

Además, para Francisco-Javier García Gaztelu y Juan Carlos Besance, los hechos constituyen un delito de integración en la organización terrorista E.T.A., previsto en la redacción del artículo 516 1º y 2º, vigente en el momento de los hechos, que se corresponde con la actual redacción del artículo 571 que, como la anterior, distingue entre los promotores y dirigentes, de una parte, de los meros integrantes, de otra, castigando a los primeros, con una pena de entre 8 y 14 años de prisión y, a los segundos, de entre 6 y 12 años de prisión, sin perjuicio, para todos ellos, de las correspondientes accesorias legales.

La calificación del primero de los delitos no ofrece duda, ni por razón del carácter terrorista, ahora definido como parte del tipo penal en el artículo 571.3 como toda aquella acción que tenga por finalidad u objeto subvertir

el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de los delitos expresamente recogidos como tales, ni por el luctuoso resultado obtenido.

Tampoco el delito de estragos, tipificado en el artículo 346 en relación con el artículo 572 del Código Penal, tanto en la anterior redacción como en la actual, por parte de quien pertenezca o actúe al servicio de una organización cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o la alteración de la paz pública, precisa de más aclaración, pues, del relato de hechos probado se deduce la concurrencia de los requisitos legales exigidos en el tipo penal, esto es, de una parte, la utilización de explosivos, de otra, el resultado producido, -destrozos en numerosas edificios y en la calzada pública- y la existencia de un evidente peligro para la vida e integridad de las personas, añadiendo que el carácter terrorista de la acción responde a una idea preconcebida, consciente y voluntaria de alteración de la paz pública y de provocar un gratuito temor e inseguridad a la población del lugar.

Debe precisarse en relación al indicado delito que tanto el agente de la Guardia Civil que acudió al lugar en cuanto se produjo la explosión con número Z52766, expuso en el plenario no sólo cómo quedó la víctima y el vehículo, sino el hecho de que dado que la explosión se produjo frente a la fachada del número 30 de la calle Amazabal, hubo que desalojar a los vecinos del inmueble por lo afectado del inmueble, cuyos daños, como se expondrá más adelante, sólo en ese edificio, ascendieron a mas de 155.000 euros; posteriormente, los agentes F-77720-A,- 51302-Z y J-59986-U, realizaron una inspección ocular y reportaje fotográfico de la zona afectada en la que no sólo se observa cómo quedó la víctima y la furgoneta, sino el

estado del indicado inmueble y el resto de edificios adyacentes (folios 43 y ss.).

La segunda cuestión a precisar es la autoría de Francisco Javier García Gaztelu en relación a ese delito.

Ya se ha mencionado que, en la fecha en que se produjeron los hechos, 14 de julio de 2.001, el citado había sido detenido por las autoridades francesas, en concreto, desde finales de febrero del mismo año; y también se ha mencionado que tal circunstancia no es óbice para su autoría mediata pues, a tenor de las pruebas practicadas al ser García Gaztelu quien ordenó al comando llevar a cabo el atentado entregando a sus miembros, a cargo de la organización, el dinero suficiente para la compra del material explosivo, infraestructura citada y medios necesarios para su huida, en la medida en que como consecuencia de la explosión se produjeron daños en varios edificios con peligro para la vida de sus moradores, y tal consecuencia resulta inevitable de la forma en que el comando decidió cumplir con el objetivo ordenado, es obvio, que el autor de la orden dada, es responsable criminal del citado delito.

El depósito de armas y la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, su fabricación, tráfico, transporte o suministro resulta absolutamente probada para los cuatro acusados no sólo porque tres de ellos colaboraron, en la propia fabricación del artefacto, sino porque en el garaje ya indicado se guardaba, a disposición del comando una serie de instrumentos necesarios para su fabricación, singularmente, el cordón detonante, los 8 detonadores, pendrita, cargadores y cartuchos, mas de 50 kilos de nitrato amónico y polvo de aluminio.

Delito que le es igualmente imputable a Francisco-Javier García Gaztelu al ser nuevamente quien provee de dinero suficiente al comando para llevar a cabo la misión delictiva encomendada.

Finalmente, la pertenencia de Juan Carlos Besance y de Francisco -Javier García Gaztelu a la organización E.T.A. está fuera de toda duda.

El primero de ellos, porque la acción realizada no puede entenderse si no es como consecuencia del adoctrinamiento ideológico recibido y de la puesta en marcha de las obligaciones que la propia dirección de la organización le transmitía a través del responsable del comando que no era otro que el segundo de los citados quien al ocupar un puesto de responsabilidad, desempeñaba, entre otras misiones, la de adoctrinar, formar a los comandos y ordenar las acciones de carácter terrorista que les fueran encomendadas.

La calificación de estos dos últimos acusados resulta consecuencia inevitable de la no constancia en autos de condena alguna por integración en organización terrorista.

DECIMO-CUARTO.- De los citados delitos son criminalmente responsables, en concepto de autores los acusados (arts. 27 y 28.1 del Código Penal), Andoni Otegui Eraso, Oscar Celaraín Ortiz, Juan Carlos Besance Zugasti y Francisco-Javier García Gaztelu, por la participación directa y voluntaria en todos y cada uno de los hechos imputados; catalogándose, no obstante, la autoría del último de los citados dentro de la inducción.

La autoría directa, voluntaria y personal de los tres primeros acusados se deduce, sin dificultad, del relato fáctico descrito.

En cambio, la atribuida a Francisco-Javier García Gaztelu no se corresponde con los citados parámetros pues, como consta en el referido relato, el indicado estaba detenido desde finales de febrero de 2.001 en Francia.

Lo anterior no es ningún obstáculo, como se pretende por la defensa, pues consta acreditado que era el responsable del comando, tal como se deduce de la agenda intervenida y del papel cuadriculado hallado en su interior, que marcaba las "citas" con cada uno de ellos, entre los que figura el denominado "Argala", -recuérdese que la hoja cuadriculada hacía referencia a las reuniones mantenidas con el citado comando el primer domingo de cada mes y, en concordancia con lo anterior, la agenda intervenida contenía una "cita" el 9 de enero con "Argala" y "Peio", - Oscar Celarain,- ; citas que, como se ha indicado tenían una triple finalidad, de una parte que el responsable del comando llevara a cabo la necesaria labor de lo que podríamos llamar, seguimiento, adoctrinamiento ideológico y compromiso con los fines de la organización, de otra, transmitirles las ordenes a realizar y, en tercer lugar, y en la medida de lo posible, facilitarles los medios necesarios para llevar a cabo la decisión adoptada; misiones que se corresponden en nuestro derecho penal con la modalidad comisiva de la inducción.

La jurisprudencia exige para la apreciación de la figura de la inducción los siguientes requisitos: 1º.- influencia del inductor sobre quien previamente no está decidido a cometer el hecho; 2º.- incitación intensa y adecuada de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho; 3º.- determinación de un ejecutor determinado y de un delito concreto; 4º.- realización del tipo delictivo inducido y 5º.- que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la

decisión criminal y de que el crimen efectivamente se ejecute.

Trasladados los citados requisitos al supuesto de hecho, los hechos declarados probados indican que: 1º.- El comando carece de libertad para decidir la acción a ejecutar, necesita que su jefe o responsable le fije el objetivo; 2º.- La incitación u orden de actuar es innegable; 3º.- El comando es el ejecutor, el delito es la acción delictiva cometida; 4º.- La misión encomendada se ha realizado y 5º.- El responsable realmente ha inducido al comando y el comando ha llevado a cabo la acción de asesinar encomendada.

DÉCIMO-QUINTO.- No concurren en el caso circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En particular, no es de apreciar la agravante contenida en el artículo 22.4 del Código Penal vigente en el momento de los hechos y en la actualidad al no revelarse claramente que el motivo de acabar con la vida del concejal fuera su ideología, sino simplemente el desempeñar un cargo público de un partido público como es el de U.P.N. que, como no podía ser de otra manera, no comulgaba con los ideales de la banda criminal.

La posición contraria, esto es, la apreciación de la indicada agravante supondría, en buena lógica que debería haber sido apreciada en todos aquellas víctimas miembros de las fuerzas armadas, militares, políticos, o población civil que tampoco comulgan con sus fines, propósitos y objetivos.

Además de la anterior agravante, solicitada de consuno, por ambas acusaciones, la acusación particular interesó también la aplicación del supuesto nº 2 del artículo 22 del código Penal que engloba supuestos de ejecutar el hecho con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de

lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

En rigor, en la medida en que en el supuesto de autos los autores del hecho, tanto los ejecutores materiales como el autor mediato, mediante la acción planeada y ejecutada no sólo se ha debilitado la defensa de la víctima, sino que se le ha impedido totalmente, la acción cometida es necesariamente alevosa subsumiendo así la solicitada por la acusación particular.

DÉCIMO-SEXTO.- A la hora de la imposición de las penas, la regla 1ª del artículo 66 del Código Penal entonces vigente, establecía que en caso de no concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes, se aplicará la pena en la extensión que el tribunal estime adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.

La interpretación jurisprudencial de las circunstancias personales del delincuente equivale a tener en cuenta los rasgos de su personalidad delictiva que, al propio tiempo, permitan concretar el reproche que debe imponerse.

Por su parte, y siguiendo esa misma interpretación, la gravedad del hecho no es equiparable a la gravedad del delito, porque ésta ya ha sido tenida en cuenta por el legislador cuando establece la pena a cada delito, sino que debe entenderse por tal, aquellas circunstancias fácticas, de todo orden, concomitantes al hecho (ss. 1º297/2003 de 9 de octubre y 1 de octubre de 2.007).

Así las cosas, atendiendo a los rasgos de personalidad de los acusados, como a las circunstancias objetivas de

cada uno de los delitos objeto de acusación, la discrecionalidad que la ley atribuye al juzgador de instancia, una vez tenidas en cuenta por éste, llevan a la consideración de la imposición de las penas en la mitad de su extensión.

En conclusión con lo anterior, procede imponer a los cuatro acusados: **1º.-** Por el delito de asesinato terrorista, la pena de 25 años de prisión e inhabilitación absoluta por 35 años. **2º.-** Por el delito de estragos 17 años de prisión. **3º.-** por el delito de tenencia de explosivos, 8 años de prisión y, para los acusados Juan Carlos Besance Zugasti y Francisco Javier García Gaztelu, por el delito de integración en organización armada, respectivamente, la penas de 8 y 10 años de prisión e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de 20 años.

El cumplimiento efectivo de las penas que se imponen en esta sentencia y en los términos que se dirán en su parte dispositiva no excederá de treinta años conforme a lo dispuesto en el artículo 76 1 b) del Código Penal en la redacción vigente en el momento de los hechos, sin perjuicio de que este Tribunal atendida la evidente peligrosidad de los acusados fácilmente deducible de la conducta que se enjuicia, acuerda que todos los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas que se imponen a tenor del párrafo primero del artículo 78 del ya referido Texto Penal punitivo.

Por otra parte, debe accederse a la solicitud efectuada por el Ministerio Fiscal y acusación particular, en sus escritos de calificación al amparo de lo dispuesto en los arts. 48 y 57 del Código Penal en la redacción dada por la L.O. 14/99, vigente desde el 10 de Junio de 1999 hasta el 30 de Septiembre de 2004, en el sentido de que se acordará

en la presente resolución las penas privativas de derechos siguientes: a) Prohibición de aproximarse a una distancia menor de 200 metros con respecto de los familiares de la víctima durante un periodo de 10 años y b) Prohibición de residir en la localidad de Leiza durante un periodo de 10 años.

Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 33.6, 54, 55 y 56 del Código Penal, procede imponer, además, las penas accesorias de inhabilitación absoluta e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

DÉCIMO-SEPTIMO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 109, 116 y concordantes del Código Penal en relación con los artículos 100 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento Criminal, toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños o perjuicios.

En el presente supuesto, los acusados Andoni Otegui Eraso, Oscar Celaraín Ortiz, Juan Carlos Besance Zugasti y Francisco-Javier García Gaztelu, deberán indemnizar conjunta y solidariamente en la cantidad de 500.000 euros a la familia de la víctima.

La razón de tal cifra obedece a la fijación de máximos cuantitativos, en particular, en caso de fallecimiento establecida en la nueva Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo (B.O.E. de 23 de septiembre de 2011) que aún no siendo aplicable al caso, establece la citada cifra atendiendo a la finalidad de protección integral de las víctimas del terrorismo que junto con el de igualdad se proclaman como ejes y principios de la misma.

De esta manera, se establece a favor de la esposa e hijos de Don José Javier Múgica Astibia la cantidad total de 500.000 euros por los daños morales causados sufridos.

Igualmente, y habiéndose acreditado en la pericial de valoración de los daños relatados la afectación de los bienes y enseres que se indican en el relato de hechos probados, procede condenar conjunta y solidariamente a los citados acusados a indemnizar los daños que, a continuación se citan:

- Vehículo matrícula NA-9358-AW, por importe de 1.015,35 euros.

- Comunidad de Propietarios de la calle Amazabal 28 de Leiza, en la cantidad de 109,12 euros.

- Comunidad de Propietarios de la calle Amazabal 29 de Leiza, en la cantidad de 622,43 euros.

- Comunidad de Propietarios de la calle Amazabal 30 de Leiza, en la cantidad de 155.991,53 euros.

- Comunidad de Propietarios de la calle Amazabal 10 de Leiza, en la cantidad de 885,41 euros.

- Comunidad de Propietarios de la calle Amazabal 11 de Leiza, en la cantidad de 1.230,99 euros.

- Comunidad de Propietarios de la calle Amazabal 12 de Leiza, en la cantidad de 352,05 euros y

- Comunidad de Propietarios de la calle Amazabal 30.2º de Leiza, en la cantidad de 3.468,31 euros.

DÉCIMO-OCTAVO.- En materia de costas, procede imponer las costas a los acusados de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 240 de la L.E.Crim., incluidas las de la acusación particular.

VISTOS los citados preceptos y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados **Andoni Otegui Eraso, Oscar Celaraín Ortiz, Juan Carlos Besance Zugasti y Francisco-Javier García Gaztelu**, como autores criminalmente responsables de los delitos de: **asesinato terrorista, estragos y tenencia de explosivos**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas siguientes:

1º.- Por el delito de asesinato terrorista, **LA PENA DE 25 AÑOS DE PRISIÓN** e inhabilitación absoluta por 40 años.

2º.- Por el delito de estragos, **LA PENA DE 17 AÑOS DE PRISIÓN** e inhabilitación absoluta por 30 años.

3º.- Por el delito de tenencia de explosivos, **LA PENA DE 8 AÑOS DE PRISIÓN**.

Además, **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a los acusados **Juan Carlos Besance Zugasti y Francisco Javier García Gaztelu**, por delito de integración en organización armada, en condición de integrante el primero y de promotor el segundo, **A LAS PENAS DE 8 Y 10 AÑOS DE PRISIÓN** e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 14 años.

Igualmente, se prohíbe a los citados aproximarse a una distancia menor de 200 metros con respecto de los

familiares de la víctima durante un periodo de 10 años y residir en la localidad de Leiza durante un periodo de 10 años.

En materia de responsabilidad civil, los acusados indemnizarán a los perjudicados en las cantidades establecidas en el fundamento de derecho décimo-séptimo, sin perjuicio del pago de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular.

Será de abono a los acusados el tiempo que han estado privado de libertad preventivamente por esta causa.

Contra la presente resolución puede interponerse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo que deberá prepararse en el plazo de cinco días a partir de la última notificación.

Así, por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Ilma. Sra. D^a Carmen-Paloma González Pastor, estando celebrando audiencia pública el día de su fecha. Doy fe.