

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DEL DÍA DE LA FECHA DE LA SECCIÓN CUARTA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL, EN EL PROCEDIMIENTO ROLLO DE SALA 30/2001, SUMARIO 26/2001, PROVENIENTE DEL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 5.

PRIMERO.- Aunque en ningún caso pudiera llegar a tener algún efecto práctico, dadas las múltiples sentencias condenatorias a importantes penas de prisión existentes contra los mismos encausados, debo manifestar mi respetuosa discrepancia jurídica en relación con algunos aspectos de la Sentencia dictada por la mayoría de la Sala.

SEGUNDO.- En la Sentencia, la principal prueba de cargo la constituye las dos declaraciones policiales no ratificadas judicialmente del encausado Juan Carlos Besance Zugasti, quien en el acto del juicio, negó su veracidad y manifestó que las realizó bajo maltrato y tortura policial.

Coincido, con la mayoría de la Sala en que, no obstante la denuncia de maltratos policiales con descripción de en qué consistieron, fuera de ello no aparece en la cusa ningún vestigio que permita siquiera mantener la posibilidad de su existencia. Fueron denunciados por primera vez pasado un mes desde que se dice se produjeron, denuncia que por lo demás fue objeto de la correspondiente actuación judicial.

Mi discrepancia se refiere a la valoración que se hace de dichas declaraciones como prueba de cargo suficiente para la enervación de la presunción de inocencia, especialmente, en relación con uno de los coimputados, en concreto de Oscar Celaraín Ortiz, respecto del que la única prueba de cargo sería precisamente la mención de su nombre en la primera declaración de Besance (la del 1.10.2010), afirmando en relación con el hecho enjuiciado que la bomba "*...la puso Andoni, Celaraín y el dicente dieron seguridad...*". Sin embargo, en la segunda declaración de Besance sobre los hechos (la del 3.10.2010), ni siquiera se le menciona cuando el declarante manifiesta en relación con los mismos hechos que "*él (Besance) realiza funciones de seguridad permaneciendo dentro del vehículo a la espera para realizar la huida...*".

Aparte de esta única mención de su apellido, no existe ningún elemento corroborador sobre, en específico, su participación delictiva en el hecho. Su negativa a declarar no lo es. Celaraín se negó a responder a cualquier pregunta tras afirmar "*no reconocer al Tribunal*". A su silencio amparado en esta razón considero no puede dársele tampoco ningún valor autoincriminatorio.

Entiendo que la posibilidad de valorar la declaración policial no ratificada judicialmente y sobre lo que han testificado los agentes policiales que participaron en su obtención, poniendo de manifiesto a la Sala las condiciones en que se prestó, tal como viene autorizado por el acuerdo del Pleno jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 28.11.2006 ("*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") y otra jurisprudencia ulterior, no implica que deba dárseles automáticamente con ello el valor de prueba de cargo, y menos de prueba de cargo concluyente, especialmente en relación con lo que se refiere a otros coimputados.

Respecto del valor que ha de tener las declaraciones Incriminatorias entre coimputados, existe una específica y pacífica doctrina jurisprudencial del TC y del TS, que por conocida no es necesario citar, que exige para darles valor enervante de la presunción de inocencia, para incluso el caso de declaraciones judiciales heteroincriminatorias prestadas en el acto de la vista, que existan además elementos corroboradores, no solo periféricos o sobre la generalidad u otros aspectos de la declaración, sino en específico en relación con la participación concreta del coimputado a que se refiera, sin cuestionarse lo débil, tenues o sutiles que puedan ser estos elementos de corroboración, lo que no ocurre en el caso de la participación que se le atribuye en los hechos a Celeraín.

Considero, por tanto, que no existe prueba de cargo suficiente para sustentar con suficientes garantías legales y constitucionales la condena de Oscar Celeraín Ortiz.

TERCERO.- También estimo existen elementos que permiten albergar serias dudas en relación con la participación delictiva en los hechos que se le atribuye a Francisco Javier García Gaztelu, que en todo caso deberían haber jugado a favor del reo, de acuerdo con el principio de "in dubio pro reo", y la necesidad de que su condena se hubiera asentado en una convicción judicial formada más allá de cualquier duda razonable.

Me refiero a que García Gaztelu llevaba varios meses (5) privado de libertad en Francia -desde finales de febrero de 2001 - cuando se produjo el asesinato del Sr. Múgica, el 14 de julio de 2001. Es decir, cuando García Gaztelu, al que se le venía atribuyendo ser el jefe del "aparato militar" (jefe del aparato operativo o de acción de ETA), presumiblemente había perdido tras su detención e ingreso en prisión, el mando operativo de la organización. De ella se deriva que, aunque se de por cierto lo que manifiesta Besance en su declaración policial de que fue éste quien *"les pasó información de ... un concejal de Leiza de UPN"...*, o de *"que la acción fue ordenada por TXAPOTE"*, lo cierto es que a mi entender surgen serias dudas respecto de que el comando llevara a cabo la acción cumpliendo las órdenes de quien en aquel momento ya no tenía el mando operativo o fuera jefe del aparato militar de ETA. Resulta razonable pensar que quien efectivamente lo tuviera en ese momento fuera quien eligiera los objetivos terroristas, o expresa o tácitamente dejara subsistente los fijados con anterioridad, lo que también es una decisión positiva de quien fuera jefe en aquel momento, y tiene como consecuencia la fractura, interferencia o incluso desconexión causal entre la orden de TXAPOTE y los actos producidos por los ejecutores materiales de los hechos.

Por otra parte, los elementos de corroboración de la verosimilitud de declaración de Besance respecto de la participación de García Gaztelu lo serían fundamentalmente los datos puestos de manifiesto por la pericial de

Inteligencia respecto a su posición en la organización, pero adolecería precisamente de la falta de referencias a la pérdida de su condición de directivo de la organización tras su detención.

En relación con la condena de García Gaztelu como integrante en la organización terrorista con el carácter de promotor o dirigente estimo que, más allá de conocimiento propio de los miembros de la Sala sobre las múltiples condenas previas del acusado por su participación en hechos de ETA, y de la pericial de inteligencia realizada para otros fines probatorios, debería haberse soportado en una específica prueba aportada por la acusación, que debería también haberse extendido a descartar su posible condena en Francia por los mismos hechos, más cuando como en este caso acontece una situación de posible desconexión entre el hecho específico que se atribuye a este acusado (dar ordenes) con la realización del que produce el resultado, por las indicadas razones de encontrarse privado de libertad en el momento de su producción y pérdida de su función dentro de la organización y del dominio sobre los hechos realizados por los comandos operativos.

CUARTO.- Por último, mi respetuosa discrepancia también se extiende a la calificación jurídica del hecho como delito de estragos. Independientemente de que objetivamente se produjeron daños de cierta entidad en los edificios aledaños, lo cierto es que claramente el objetivo terrorista era la consecución de la muerte de D. José Javier Múgica Astibia, concejal de UPN, de la localidad de Leiza y utilizaron para ello un medio de características muy específicas, una bomba lapa adosada a los bajos de su furgoneta, con una cantidad de explosivo no extraordinaria, es decir, que clara y objetivamente hubiera estado complementariamente destinada a producir daños extraordinarios con una situación de peligro concreto para las personas (art. 364.1 CP), sino la aparentemente adecuada para producir el fin perseguido, la muerte del Sr. Múgica.

Tampoco, ni la colocación del explosivo, ni resto de circunstancias permiten presumir una intención de causar estragos por parte de los acusados, quienes, de haberlo buscado, habrían sin duda utilizado una sustancial mayor cantidad de explosivo.

La limitada cantidad de explosivo empleada en la elaboración del artefacto y su ubicación precisa en los bajos del coche en un lugar idóneo para causar la muerte de su ocupante, estimo, no permiten tampoco inferir la existencia de un dolo eventual en relación con los elementos típicos penales integrantes ya referidos del delito de estragos. La entidad de los daños objetivamente causados previsiblemente responde a circunstancias inicialmente difíciles de prever para un no experto, tal como pudo ser un posible efecto chimenea o el ulterior incendio de la furgoneta, además de la proximidad de la fachada exterior del edificio del lugar donde se produjo la explosión.

Mismo lugar y fecha.