

**AUDIENCIA NACIONAL
SALA PENAL
SECCIÓN TERCERA.**

**ROLLO DE SALA Nº 30/81
SUMARIO ORDINARIO Nº:188/81
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº CUATRO**

VOTO PARTICULAR que efectúa la Magistrada Clara Eugenia Bayarri García, A la Sentencia número 21/2012 de esta Sección, de fecha 3 de mayo de 2012

**En Madrid, a 3 de mayo de
2012**

Con el mayor respeto hacia el parecer mayoritario de la Sala expresado en la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la valoración que de la prueba practicada se efectúa en la misma, y estimo que la resolución debió ser absolutoria del procesado FELIX ALBERTO LOPEZ DE LA CALLE GAUNA , y ello por estimar que las declaraciones de coimputados en las que se basa su incriminación son absolutamente nulas, al haberse verificado en sede policial al amparo de la denominada “ ley antiterrorista” (ley 56/78 de 4 de Diciembre posteriormente convalidada por Ley Organica 11/80) con incomunicación gubernativa y sin efectiva asistencia de letrado, normativa declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional por vulnerar los elementales derechos de asistencia letrada y de proscripción de la indefensión.

No existiendo declaraciones que puedan ser tenidas como válidas a los efectos de ser tomadas en consideración como prueba, la aparición de una huella en el cristal del vehículo empleado en la huida no constituye elemento externo objetivo de corroboración, sino mero indicio de significado ambivalente, no determinante de la participación del procesado en el atentado

objeto del presente procedimiento , y que además, se contradice con el contenido de las declaraciones vertidas en su día por otros coimputados (quienes manifiestan que el vehículo en aquél atentado estaba conducido por “ MAKARIO” (Ignacio Arakama Mendía) . Sin embargo la única huella que se encontró en dicho vehículo (del hoy imputado Felix Alberto López de la Calle Gauna) estaba asentada en el cristal del conductor, por su parte interior, lo que determina la imposibilidad de que tal huella fuese asentada en el momento de la comisión del atentado que nos ocupa, pues, según las declaraciones de los coimputados el vehículo lo conducía “Makario”. La huella así, debió ser asentada en el momento del robo del vehículo, o en alguna utilización del vehículo en tiempo intermedio, pero no pudo ser puesta el día del atentado. No en dicho lugar .

Tampoco los demás datos objetivos ratifican las declaraciones de los coimputados que se toman como base de la incriminación, sino que las desmienten: tanto el fallecido Miguel Lopetegui, cuanto el coimputado Mariano Barbero, Cuanto Maria Luisa Guenechea Guruzeta, como Soledad Iparraguirre manifestaron que en el atentado intervinieron tres miembros de ETA (entre los que mencionan al hoy imputado) y que cada uno de ellos disparó a uno de los tres miembros de la Guardia Civil de Tráfico objeto del atentado, lo que se acredita falso si se toma en consideración los informes periciales de balística / Informes periciales 0845B99 (de 28 de mayo de 1981 a folios 628 a 634) y 0143PB81 (de 29 de marzo de 1981 a folios 635 a 640) recogidos ambos en el informe pericial de fecha 16 de febrero de 2001, a folios 578 y sstes de autos acreditativos que los 17 casquillos percutidos en este atentado y recogidos en el lugar de los hechos FUERON PERCUTIDOS POR **DOS ARMAS** , al parecer ambas FN Browning calibre 9mm parabellum una de las cuales percutió 10 de tales casquillos y la segunda los otros siete.

Ya en el informe pericial de 12 de junio de 1981 , tras la detención de MIGUEL LOPETEGUI, en el transcurso de la cual resultó herido, y muerto su compañero de comando JOSE MANUEL ARISTIMUÑO MENDIZABAL, se incautaron numerosas armas, entre ellas una pistola semiautomática marca FN modelo 1910 Browning calibre 9mm parabellum con número de serie 76-C-06647, que el informe pericial balístico determinó era una de las dos armas

empleadas en este atentado. La segunda de las armas sigue estando sin identificar .

En todo caso, los hechos, en el momento en que se dirigió imputación por ellos contra FELIX ALBERTO LOPEZ DE LA CALLE, estaban prescritos.

A fin de clarificar la causa de mi discrepancia, ha de considerarse, de modo detallado lo siguiente:

- 1) Las declaraciones de MIKEL LOPETEGUI carecen de los requisitos para ser tomadas en consideración como prueba y la nulidad de las mismas no puede ser sanada por la vía del artículo 730 Lecrim . En efecto, MIKEL LOPETEGUI fue detenido a las 11 horas 20 minutos del día 29 de Marzo de 1981 en el Parque de la Florida de Vitoria, y, tras un tiroteo en el que resultó muerto su compañero de comando JOSE MANUEL ARISTIMUÑO MENDIZABAL y él herido por disparo de arma de fuego en la cadera, fue llevado a las dependencias de la Brigada Provincial de Información de la Comisaría del Cuerpo Superior de Policía de Vitoria, donde fue incomunicado por orden del Ministro del Interior conforme a las disposiciones de la Ley Organica 11/80 iniciándose el interrogatorio del mismo (véanse folios 7 y siguientes de autos y folio 10).Se desconoce cuando fue llevado el detenido a recibir asistencia médica, pero no pudo ser tras la detención, pues verificada ésta a las 11´20 horas del día 29 de marzo de 1981, a las 12´30 ya se habían efectuado dos nuevas detenciones en base a “sus primeras declaraciones” (detención de Modesto Garcia Marañon y Mari Nieves Garcia Artal a las 12´30 horas, tal y como consta a folio 10 de autos). A las 13 horas , y en base a las declaraciones que al parecer seguía efectuando Miguel Lopetegui (véase la diligencia al efecto levantada al folio 11) se detuvo a MARIA LUISA GUENECHEA GURUCETA y a sus cuatro hijos, entonces de 17, 19, 20 y 21 años de edad: Santiago , Maria Teresa, Maria Soledad y Maria Jose Iparraguirre Guenechea (véase la diligencia a folio 12 de autos) A todos ellos se les conduce a la brigada de Información de Vitoria y se les toma declaración, incomunicados y sin Letrado . Tampoco a continuación debió ser llevado al hospital el detenido Miguel Lopetegui, pues seguía , al

parecer , declarando sin abogado en las dependencias policiales , tal y como consta por diligencia al folio 14, lo que determinó que a las 15 horas se detuviera a otra persona por él mencionada en tales “declaraciones “ , es el detenido JOSE LUIS IBARROLA ALTUBE, a quien se detuvo a las 15 horas del mismo día 29 de marzo de 1981. Miguel Lopetegui debía de estar siendo sometido a interrogatorio después de esto, (véase la diligencia a folio 16) pues a las 22 horas del día 29 de marzo se sigue buscando al por él “mencionado” FERNANDO MENDIGUEREN LUBIAN. Tras ello siguen los interrogatorios (el detenido sigue incomunicado y herido de bala en la cadera y con contusión costal) pues en diligencia a folio 17 consta que en sus “ declaraciones” ha mencionado a Victoriano Lopez y a Manuel Ascargorta, quienes , asimismo, son detenidos a las 4 horas 30 minutos del día 30 de marzo de 1981. El 31 de marzo se pide al JIC nº 4 la prórroga de las detenciones, constando por Diligencia que se concede por plazo máximo de 7 días.

No consta parte médico alguno, lo que impide valorar el estado de sus lesiones y cuales eran exactamente éstas, pero, tras este interrogatorio , debió ser llevado al hospital pues ya no constan más diligencias hasta que aparece una única declaración del detenido, fechada el 5 de abril de 1981 (seis días más tarde) , sin que aparezcan documentadas ninguna de las anteriormente mencionadas “ declaraciones “ sobre las que se basó la detención e incomunicación gubernativa de hasta 14 personas.

Esta declaración , de 5 de abril de 1981, obrante a los folios 27 y siguientes de autos, en estado gubernativo de incomunicación y sin abogado, es la base de la incriminación del hoy procesado en el atentado perpetrado en Salvatierra el 4 de octubre de 1980 contra tres miembros de la Guardia Civil de tráfico , cuando éstos acompañaban el itinerario de una carrera ciclista .

Esta declaración se valora como prueba porque se dice ratificada a presencia del Juez instructor una vez que ya estaba “ asistido por letrado”. Sin embargo estimo que nunca existió dicha asistencia. En efecto, consta al folio 25 de autos que las diligencias policiales

concluyeron a las 21 horas del día 7 de abril de 1981. Tras el traslado desde Vitoria a Madrid del detenido, el día 8 de abril de 1981 se le recibe declaración en el Juzgado Central de Instrucción número 4, donde , al advertirle de su derecho a ser asistido por abogado manifiesta que “ precisa letrado, **por lo que presencia este acto** el Letrado Sr *** con carnet nº ***” (véase la declaración a los folios 403 a 406 de autos). Así pues, la declaración judicial se verificó seguidamente a la verificada en sede policial tras diez días de interrogatorios en régimen de detención y sin asistencia. Interrogatorios no recogidos ni documentados en las diligencias policiales, salvo el último del día 5 de abril, por lo que es imposible recabar testifical de los funcionarios que pudieron llevarlos a cabo, pues no constan documentados en lugar alguno, salvo la certeza de su constancia por la existencia de las diligencias en las que tales interrogatorios se mencionan . Tras ello, y sin previa comunicación con el abogado designado (no consta fuese letrado de su confianza) se le toma declaración “ a presencia” de un abogado, que en ningún momento le “asiste” y así expresamente consta en la declaración judicial : **“presencia este acto el Letrado sr....”** . La mera presencia no es asistencia. La declaración judicial, tomada sin las garantías de su derecho a la defensa es nula, y está viciada de la antijuridicidad de las nulas declaraciones policiales anteriores.

Es de aplicación a este caso la doctrina emanada tanto del Tribunal Constitucional cuanto del Tribunal Supremo sobre la conexión de antijuridicidad que vician las declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción en situación de incomunicación, sin que pueda llevarse a efecto una efectiva asistencia y defensa por el Letrado que asiste a dicha toma de declaración, en concreto, las STC nº 66/2009 de 9 de marzo, siendo ponente el excmo Sr.: D. Ramón Rodríguez Arribas, que cita Stc 81/98 de 2 de abril y 22/2003 de 10 de Febrero, y, muy especialmente, la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, en Stcia nº 91/2011 de 18 de febrero de 2011 , siendo ponente el Excmo Sr. D. Jose Manuel Maza Martín, que en su fundamento jurídico TERCERO verifica un compendio de la evolución y aplicación por el TS de esta

doctrina , con cita de las SSTs de 23 de marzo de 2005, 30 de marzo de 2004, 21 de octubre de 2004, 29 de diciembre de 2006 y 16 de julio de 2008 , concluyéndose que deben ser privadas de valor probatorio tales declaraciones. Doctrina de clara aplicación al caso que nos ocupa.

2).- Pero es que, además, las declaraciones que en 1981 prestó MIGUEL LOPETEGUI se contradicen con las declaraciones que , tras la perpetración del atentado, el 5 de Octubre de 1980, constan verificadas por el coimputado ISMAEL ARRIETA PEREZ DE MENDIOLA.

En efecto, consta al folio 185 y siguientes de autos el atestado levantado por la Comisaría del Cuerpo Superior de policía de Vitoria , dando cuenta de la detención, **el 6 de octubre de 1980** de ISMAEL ARRIETA, a quien se relacionaba con el comando ARABA de ETA, a quien se imputaba la autoría del atentado.

En este atestado se da cuenta de la detención de hasta 6 personas, entre los días 6 y 10 de octubre de 1980, al igual que el anterior, las detenciones se verifican al amparo de la Ley 56/78 en régimen de incomunicación policial y sin asistencia letrada, constanding las declaraciones de ISMAEL ARRIETA a los folios 190 a 196 de autos. Lo significativo es que este sacerdote, que declaró estar en contacto con los miembros del comando que perpetraron el atentado, y a los que él mismo dio la información del lugar y hora de salida de la carrera ciclista , y se encontraba en el lugar, vio a los tres agentes de la Guardia Civil “aliviándose porque pensó que el atentado no se iba a producir” momento en ve venir por la calle mayor de Salvatierra a los miembros del Comando Araba que le pidieron la información e identifica como JOSE MANUEL ARISTIMUÑO MENDIZABA, , alias QUIQUE, acompañado por JUAN MARIA AGUIRRE UGARTEMENDIA y otro joven (véase esta declaración al folio 194 de autos, prestada a las 22 horas del día 12 de octubre de 1980, apenas unos días después del atentado). En el folio 195 ratifica que no sólo es que los vio, sino que por conversaciones posteriores con ellos, sabe que ellos fueron los autores del atentado.

Esta declaración, sí se compagina con el hecho contrastado y objetivo dato de que en el atentado se emplearon DOS pistolas, según la

pericial balística, y es incompatible con la incriminación que en 1981 efectuaría MIGUEL LOPETEGUI , a la que , sin embargo, se da plena credibilidad. Pese a que tras la detención de Ismael Arrieta existían indicios y se habían identificado de forma clara y cointundente a los miembros del comando Araba que perpetraron el atentado (j Jose Manuel Aristimuño Mendizábal, y Juan María Aguirre Ugartemendía (a quien en aquéllas fechas acompañaba la conocida como Txipi o Txiki-Txiki , Ascensión María Arrate Riallos. Aparece como determinante el hecho de que meses después, en un enfrentamiento policial resultase muerto el miembro de ETA ARISTIMUÑO MENDIZABAL (Pana) portando una de las pistolas empleadas en este atentado, cuando iba en compañía de MIGUEL IPARRAGUIRRE, y que ello determinó que se centrara toda la investigación en la atribución a estos dos de dicho atentado (y personas por Miguel Lopetegui mencionadas, con olvido total de la inicial declaración que sobre la autoría obra en Autor) . La desconexión inicial y sucesivas remisiones de las actuaciones del JIC nº 4 al JIC nº 1 y al JI nº 1 de Vitoria, hasta que finalmente éste último planteó cuestión de competencia ante la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, determinó asimismo una alteración cronológica en el conocimiento de los distintos atestados por parte del que finalmente fue declarado Juez instructor competente (el JIC nº 4) quien , pese a la constancia de todas ellas, acordó, ab initio , el sobreseimiento sin que nunca llegase a investigarse la implicación de los mencionados Aristimuño y Aguirre en estos hechos.

3).- La falta de libertad y espontaneidad de las declaraciones de MIGUEL LOPETEGUI no sólo se infieren de las circunstancias de su detención y de los interrogatorios, sino que ha de ponderarse el hecho de que tras las detenciones verificadas en 1987 de MARIANO BERBERO e imputaciones de ARAKAMA MENDÍA , se quitó la vida el 2 de marzo de 1988 en el centro penitenciario donde estaba recluido (véase la diligencia a folio 311 de autos).

4).- Las declaraciones de las coimputadas MARIA LUISA GUENECHEA y SOLEDAD IPARRAGUIRRE adolecen de idénticas causas de nulidad que las declaraciones de MIGUEL LOPETEGUI. De hecho, fueron

detenidas como consecuencia de las declaraciones de éste. Interrogadas bajo idénticas circunstancias de incomunicación , diez días de detención sin letrado, y ratificadas judicialmente bajo idéntica circunstancia temporal sin solución de continuidad y a presencia (que no con la asistencia) de letrado. Ambas han manifestado en juicio haber sido objeto de torturas en tales interrogatorios y sometidas a un sistema de interrogatorios inhumano . De todos modos, sobre las declaraciones de tales “ testigos “ pesa la irregularidad de que las mismas narran los hechos , incriminando al hoy procesado, pese a que cuando se efectuó el atentado los miembros del comando “Araba” se habían marchado del caserío donde ellas habitaban, y se habían refugiado en el chalet de MARIANO BARBERO, en Salvatierra, sin que regresasen a su domicilio hasta varios días después, sin que jamás conste en sus declaraciones como tuvieron tan exacta noticia de las acciones de cada uno de los distintos integrantes del comando que en su casa se refugió, tratándose de meras testimoniales de referencia carentes de todo valor probatorio. Tales declaraciones no han sido ratificadas en el plenario.

5).- las declaraciones de MARIANO BARBERO, por otra parte, no son incriminatorias del hoy imputado: las declaraciones aportadas por testimonio a este procedimiento son fragmentarias, y la página donde al parecer se encuentran las manifestaciones relativas al mes de octubre de 1980 sólo se lee media página, de la que se infiere que el ve cambiar las matrículas del coche empleado en el atentado, entre otros al hoy imputado (nop se lee, sólo parece que se refiere a ello) , cuando se encontraban refugiados en su domicilio, en los días inmediatamente anteriores al atentado.

Pero estas declaraciones (prestadas tras su detención , en las dependencias de la Brigada provincial de información de Vitoria el 5 de Octubre de 1987) adolecen de igual nulidad que las de Miguel Lopetegui, pues se verifican en régimen de incomunicación administrativa, aunque se efectúan “ a presencia “ de un abogado de oficio (véase folio 285) ; la situación de incomunicación debió mantenerse en la posterior declaración judicial(verificada el 6 de octubre de 1987) pues en ella hay una abogada del turno de oficio (

distinta del que le había asistido el día anterior en Vitoria, y constando en dicha declaración (al folio 306 de autos) que dicha letrada no asiste al detenido sino que “asiste **a esta diligencia** la letrado del ICAM D^a... “. Con todo, la declaración ratificada a presencia judicial hace referencia a la documentada a folios 285 a 290, cuyo folio 288 , donde se hace referencia a las fechas objeto de enjuiciamiento están mutiladas.

La imputación que hace el sr Barbero del hoy imputado, además, carece de toda credibilidad pues no solo lo sitúa en su domicilio y como miembro del comando ARABA en fecha 4 de octubre de 1980, sino que , según él FELIX ALBERTO LOPEZ DE LA CALLE GAUNA participo en otras acciones del comando “Araba” en fechas en que ni MIGUEL LOPETEGUI ni las testigos del caserío de Escoriaza lo sitúan en nuestro país. Sus declaraciones no han sido ratificadas en el plenario.

6).- para el caso de que se estimase que pueden ser tomadas en consideración como prueba estas declaraciones , de coimputados detenidos, incomunicados y ratificadas a presencia judicial sin solución de continuidad y sin efectiva asistencia letrada y NO CORROBORADAS EN EL PLENARIO, ha de ponderarse que las mismas se contradicen con las declaraciones prestadas en el momento de los hechos por los coimputados ISMAEL ARRIETA , ANGEL MARIA OLALDE, VICTORIANO LOPEZ DE MUNAÍN, FRANCISCO JABIER BERAZA y LUÍS MARÍA MURUA LOPEZ DE MUNAIN, así como con los datos objetivos : la huella del hoy imputado fue hallada en el cristal delantero izquierdo por su parte interior, siendo contestes los testigos tomados en consideración por el resto del Tribunal en que el día del atentado conducía el coche MAKARIO. Ello unido al hecho de que el vehículo apareció absolutamente limpio de huellas salva esta única asentada en dicho cristal lo que más parece ser indicativo de que los miembros del comando de ETA que verificaron el atentado llevaban guantes y, por último, la pericial acredita que NO ES CIERTO que interviniesen TRES PISTOLAS, como dice el testigo BARBERO, y el coimputado MIGUEL LOPETEGUI , sino únicamente dos. Lo que se compagina mejor con las

declaraciones que acerca del modo de ocurrir los hechos prestó en su día el coimputado ISMAEL ARRIETA a folios 190 y sstes de autos.

7).- el procesado FÉLIX ALBERTO LOPEZ DE LA CALLE GAUNA ha negado entodo momento su participación en este atentado.

No estimando probada la participación de FELIZ ALBERTO DE LA CALLE GAUNA en el atentado que contra tres miembros de la guardia Civil de tráfico se cometió en Salvatierra el 4 de octubre de 1980, estimo procede la libre absolució de éste con toda clase de pronunciamientos favorables.

Conforme al criterio mantenido por los excmos Srs D Joaquin Gimenez García y D. Jose Manuel Maza Martin, en el voto particular emitido en la Stcia de 3 de junio de 2011 (Ponente excmo sr D. Luciano Varela Castro) y conforme a la constante doctrina mantenida por la Sala Segunda del TS en orden a los actos con capacidad interruptiva de la prescripción, (STS SS 5 de enero de 1988, 18 de julio de 1993, 10 de marzo de 1993, 8 de julio de 1998, Auto de 20 de Mayo de 2004, y Sentencias 1146/2006 de 22 de noviembre, 452/2007 de 28 de mayo, 571/2010 de 4 de junio y 875/2010 de 5 de noviembre) los hechos estaban prescritos cuando se dictó contra él orden internacional de detención el 17 de noviembre de 2000, primer acto verdaderamente interruptivo de la prescripción al constar que la denuncia contra el mismo interpuesta por el ministerio Fiscal en 23 de agosto de 2000, lo fue tras la alerta dada por las autoridades judiciales francesas de que el mismo se encontraba detenido en Francia y, tal y como consta en la misma a los efectos de interrumpir la prescripción (dos meses antes de que transcurriesen los veinte años señalados ex lege para la misma) tras lo cual se reabrió el procedimiento contra él por Auto de 23 de agosto de 2000 (folio 356 de autos) pero sin que dicha resolución fuese seguida de actuación alguna efectiva contra él (ni reclamación internacional, ni acuerdo de que se le tomase declaración como imputado, ni auto de procesamiento...) . No existe ni una sola disposición de efectiva persecució contra FELIX ALBERTO LOPEZ DE

LA CALLE, pese a constar y haber hecho patente el Ministerio Fiscal que el mismo estaba detenido en Francia. Nada hasta que el Ministerio Fiscal en informe de fecha 16 de noviembre de 2000 (ya cumplida la prescripción) manifestase que “ sin perjuicio del procesamiento que en su momento se dicte, esta fiscalía entiende YA procedente librar una orden internacional de detención contra Felix Alberto Lopez de la Calle ... “ (véase folio 16 del tomo I de la pieza de situación)

La inactividad instructora , pese a que desde 1981 se produjeron unas declaraciones que lo incriminaban, que desde el principio estuvo plenamente identificado, sin que se abriese procedimiento en el JIC nº 4, debiendo plantearse cuestión de competencia por el juzgado de Vitoria al que le fue remitido el atestado a fin de que, finalmente, se aceptase la competencia, seguida de sucesivos sobreseimientos y archivos , hasta la denuncia del ministerio fiscal en 2010, una vez que las autoridades francesas avisan de la posibilidad de su entrega, determina que haya de apreciarse que los actos in extremis adoptados para evitar la prescripción, sin que los mismos conllevaran efectivas actuaciones contra el imputado , carecen de valor interruptivo, al no consistir en actos de verdadera y efectiva prosecución contra el denunciado , lo que determina la prescripción de los hechos en relación al mismo .

Por todo lo anterior que estimo que, en todo caso, la Sentencia debió ser absolutoria de FELIX ALBERTO LOPEZ DE LA CALLE GAUNA, siendo ello cuanto tengo que decir en apoyo de mi discrepancia.

Fddo: Clara E. Bayarri García.