

**AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCION PRIMERA.**

**Rollo de sala num.
10/2007**

Sumario

7/2007

Juzgado Central de Instrucción num. 5.

Presidente

D. Fernando Grande-Marlaska

Magistrados

D^a Manuela Fernández Prado

D. Javier Martínez Lázaro.

SENTENCIA Nº 63/2012

En la Villa de Madrid, a 31 de julio de dos mil doce.

Vista y oída, en juicio público, por la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional, la causa dimanante del Sumario 7/2007, Rollo de Sala 10/2007, procedente del Juzgado Central de Instrucción nº 5, por delitos de atentado, asesinato, integración en organización terrorista, seguido contra

MIKEL MIRENA OTEGUI UNANÚE, mayor de edad, nacido en Itsasondo (Guipúzcoa) el 8 de octubre de de 1972, hijo de Marcos y de María del Carmen, con D.N.I. num.44132976-R, sin antecedentes penales computables. Ha comparecido representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Cuevas Rivas y defendido por la Letrado D. Iñigo Santos Uriarte.

Ha sido parte como acusador publico el Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. Don Carlos Bautista Samaniego.

Como acusación particular D. Jesús María Iriondo Iturroiz, D. Francisco Mendiluce Aguirre y D^a Manuela Rubio Valero, representados por el procurador d. José Pedro Vila Rodríguez y defendidos por los letrados D. Juan Carlos Rodríguez Segura y D^a Manuela Rubio Valero.

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Martínez Lázaro

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por auto de 31 de Enero de 2.007, por el Juzgado Central de Instrucción num. 5 se incoó Sumario 7/2007 por un delito de asesinato, dictándose auto de procesamiento en fecha 11 de mayo de 2007 y recibándose en 1 de octubre de de 2009 declaración indagatoria al acusado. En fecha 1 de octubre de 2009 se dictó auto de conclusión del sumario, elevándose las actuaciones a esta Sala para su enjuiciamiento.

SEGUNDO.- En fecha 24 de Mayo de 2011 por esta Sala se dictó auto de confirmación de la conclusión del Sumario, acordándose la apertura del juicio oral. Por la representación del acusado se formuló artículo de previo pronunciamiento planteando las excepciones de declinatoria de jurisdicción y cosa juzgada. Tras los trámites legales oportunos se dictó auto en fecha 27 de septiembre de 2011 resolviendo el artículo planteado. Formulado recurso de casación por la representación del acusado fue denegada su preparación, por lo que se formuló recurso de queja que fue desestimado por Auto del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2012.

TERCERO.- Por auto de fecha 26 de marzo de 2012 de esta Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se acordó la admisión

de las pruebas propuestas. En treinta y uno de mayo de 2012 se puso en conocimiento de las partes la composición del Tribunal dando plazo de dos días a las partes para que alegasen lo que estimasen conveniente, sin que por estas se formulase alegación alguna. En providencia de 24 de mayo de 2012 transcurrido el plazo de 10 días sin que por las partes se hubiese hecho objeción alguna a la composición del Tribunal, se ratificó el señalamiento del juicio.

CUARTO.- El juicio Oral se celebró con asistencia de las partes los días 11, 12, 13 y 19 de julio. Con carácter previo la defensa del acusado manifestó que el Presidente del Tribunal había participado en la instrucción. Ofrecida la posibilidad de recusar a los miembros del Tribunal en ese momento, manifestó que no planteaba la recusación de ninguno de sus integrantes.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal, en el trámite de conclusiones elevó las formuladas en su día como provisionales a definitivas considerando los hechos constitutivos de:

Un delito de atentado del art. 233, último párrafo (Atentado terrorista) del Código Penal de 1973 en relación con el art. 174 bis B del mismo texto.

Un delito de asesinato del art. 406.1 CP en relación con el art. 174 bis B del mismo texto.

Un delito de integración en organización terrorista del art.174, 3º del Código Penal de 1973

Consideró responsable en concepto de autor al acusado (párrafo 1º del art. 28 del Código Penal).

Concorre la circunstancia agravante de alevosía del art. 10.1 CP 1973 en el delito de atentado del art. 233, último párrafo del mismo texto legal.:

Pidió se impusiesen al acusado las siguientes penas

Por el delito de atentado terrorista, la pena de 30 años de reclusión mayor, accesorias

Por el delito de asesinato terrorista, la pena de 30 años de reclusión mayor, accesorias.

Por el delito de integración en organización terrorista, la pena de diez años de prisión mayor, accesorias, multa de 1.000.000ptas (6.000 euros).

Igualmente se le impondrán conforme al art. 67 del Código Penal de 1973, la prohibición de residir en los lugares donde consta el domicilio de las víctimas durante 6 años.

Pago de costas procesales.

El acusado indemnizará:

María del Carmen Estepa, mujer de José Luis González Villanueva, y a su hija Naia, la cantidad de 500.000 euros.

A Juan Francisco Mendiluce Aguirre y Severina Echeverría Aldalur, padres de Jesús Mendiluce, la cantidad de 500.000 euros.

A don Jesús María Iriondo Iturrioz la cantidad de 50.00 euros por los días de baja y 200.000 euros por la incapacidad sufrida.

Comiso de todas los instrumentos y efectos que han servido para cometer el delito.

La acusación particular consideró los hechos constitutivos de los siguientes delitos:

Dos delitos de atentado del art. 233, último párrafo (atentado terrorista) del Código Penal de 1973 en relación con el art. 174 bis B del mismo texto.

Un delito de amenazas y coacciones del art. 493 en relación con el art. 174 bis B del mismo texto.

Un delito de integración en organización terrorista del art. 174.3º del Código Penal de 1973.

Consideró responsable en concepto de autor del Art. 28.1, del Código Penal, al acusado

Concurren la circunstancia agravante de alevosía del art. 10.1 CP de 1973, en el delito de atentado del art. 233, último párrafo.

Procede imponer al acusado las siguientes penas:

Por el delito de atentado terrorista, la pena de 30 años de reclusión mayor, accesorias.

Por el delito de amenazas y coacciones la pena de seis meses de arresto mayor y multa de 3000 €, accesorias.

Por el delito de integración en organización terrorista, la pena de diez años de prisión mayor, accesorias, multa de 1.000.000 de ptas (6.000 euros).

Accesorias y costas, incluidas las de la acusación particular. Así como se imponga la privación del derecho a residir en las localidades donde residan los familiares de las víctimas, a iniciar desde su excarcelación momentánea o definitiva, en aplicación del art. 48 y 57.1 del Código Penal, en su redacción dada por la L.O. 14/1999 de 9 de junio y por un período de 10 AÑOS.

El acusado indemnizará a los herederos de D. José Luis González Villanueva en la cantidad de 450.000 su para la esposa D^a María del Carmen Estepa y 450.000 euros para su hija D^a Naya González García.

A los herederos de D. Ignacio Jesús Mendiluce, en la cantidad de 450.000 euros para su padre y 450.000 €, para su madre.

A D. Jesús María Iriondo Iturrioz, por los días de baja y 300.000 por su incapacidad absoluta.

La defensa del acusado consideró los hechos constitutivos de sendos delitos de homicidio del art. 407 del vigente Código penal., de los que es autor el acusado a tenor del art.14.1 del Cp.

Concorre la eximente del art.8.1 (trastorno mental transitorio) o subsidiariamente la atenuante del art. 9º.1ª, en relación con la eximente antes dicha del art 8º 1 (trastorno mental transitorio incompleto).

También concurrirían en su caso la atenuante del art. 9.9 del C.P. (Arrepentimiento y confesión de la infracción) o en su defecto la analógica del art. 9.10 en relación con la referida 9ª del mismo artículo del C.

Procede la absolución del acusado o en su defecto la imposición de dos penas de seis meses y un día de prisión menor.

SEXTO. Mikel fue juzgado y absuelto por el Tribunal Jurado de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa en sentencia de fecha 10 de marzo de 1997, apreciándose la eximente de trastorno mental transitorio. Fue

declarada la nulidad del veredicto del Jurado en sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de junio de 1997.

SEPTIMO. Mikel Mirena Otegui Unanue se encuentra en situación de prisión provisional desde el 1 de octubre de 2009. Fue entregado por las autoridades judiciales francesas para su enjuiciamiento en esta causa el día 30 de setiembre de 2009.

HECHOS PROBADOS

Mikel Mirena Otegui Unanue, mayor de edad, sin antecedentes penales computables, en al fecha de los hechos simpatizaba con la ideología propia de la autodenominada izquierda abertzale sin que haya resultado acreditada su pertenencia en dicha fecha a JARRAI o cualquier otra de las organizaciones que integran o son afines a dicha ideología o forman parte del llamado Movimiento de Liberación Nacional Vasco. Fruto de dicha ideología y del aborrecimiento de quienes la integran a las fuerzas del orden y en el caso del acusado a la Policía Vasca, Ertzaintza, con la que había tenido distintos incidentes, había desarrollado la convicción, a partir de ideas sobrevaloradas, de que la citada policía le acosaba por su ideología, lo que no era cierto. Mikel Otegui tiene un carácter impulsivo propenso a reacciones furibundas y poco meditadas, lo que no afecta en condiciones normales a sus facultades intelectivas y volitivas que conserva plenamente, aunque sus facultades volitivas pueden verse disminuidas por la ingesta de alcohol. Residía en el Caserio Oteizabal en las proximidades la localidad de Itsasondo.

La noche del 9 de diciembre de 1995, acudió a un concierto de Rock que se celebró en un frontón en Itsasondo. Finalizado el concierto permaneció en el gazteche o local de la juventud de la localidad hasta la madrugada. Durante el concierto, y posteriormente, bebió varias cervezas y otras bebidas alcohólicas en cantidad que no ha podido ser determinada. A lo largo de la noche coincidió con su sobrina Carmen Zurutza Otegui, con la que acordó

dirigirse al bar Ibarre de Itsasondo a desayunar. Cuando se encontraba en el bar, sobre las 10;15 horas entró vestido de paisano para realizar unas compras el ertzaina nº 10.239, quien se encontraba libre de servicio. Mikel Otegui como consecuencia de su ideación fija y de su convicción de ser acosado por la Ertzaintza, entendió que la presencia del ertzaina se debía a la persecución a la que se creía sometido y dado que tenía levemente alteradas sus facultades como consecuencia de la ingesta alcohólica realizada, se dirigió al citado policía increpándole. El ertzaina, para evitar un conflicto mayor, pues el local se encontraba lleno de gente, abandonó el bar dirigiéndose a su vehículo que había estacionado en el exterior. Cuando estaba cerca de su automóvil fue alcanzado por Mikel Otegui quien le agredió golpeándole en la cara. El ertzaina prefirió no repeler la agresión, se introdujo en su vehículo, al que Mikel golpeó, y se dirigió a la comisaría de Beasaín a denunciar los hechos.

Tras producirse este incidente, Mikel Otegui cogió su automóvil y llevó a su sobrina Ana Carmen a su domicilio en la cercana localidad de Ordizia dirigiéndose a continuación a su propio domicilio familiar, el Caserío Oteizabal, donde residía con su madre y sus hermanos.

Por motivos que se desconocen con exactitud pero probablemente relacionados con la conducción de Mikel Otegui, pues circulaba a gran velocidad, la patrulla con indicativo 1041 de la policía autónoma vasca integrada por los ertzainas uniformados D. José Luis González Villanueva y D. Ignacio Jesús Mendiluce Echevarría, se dirigió al Caserío Oteizabal, con la finalidad de entrevistarse con Mikel Otegui. Cuando llegaron al citado caserío, pocos minutos después que lo hiciese el acusado, entre las 10:30 y la 10:50 horas, ambos policías se bajaron del vehículo. Al apercibirse de su presencia Mikel Otegui, que era un experimentado cazador, cogió una escopeta semiautomática marca Benelli, para cuya tenencia y uso se encontraba autorizado, la cargó con tres cartuchos, y, situándose próximo a los dos ertzainas de modo que estos no tuviesen ninguna posibilidad de reacción y defensa, disparó a un tiro a D. José Luis Gonzalez que se encontraba a dos metros y medio de distancia, y un tiro a D. Ignacio Jesús Mendiluce que se encontraba a un metro y medio de distancia. El señor González recibió el impacto en la espalda en la región escapular izquierda y externa. El señor

Mendiluce recibió el disparo en la región infraclavicular derecha. En el momento de recibir el disparo el señor Gonzalez había conseguido desenfundar su arma reglamentaria que no pudo llegar a utilizar. Los disparos recibidos causaron a los ertzainas lesiones incompatibles con la vida, falleciendo de forma casi instantánea a su producción. Ninguno de los dos ertzainas pudo hacer uso de su arma par defenderse.

Acto seguido, a las 10:50 horas, Mikel Otegui se dirigió al radio transmisor del coche patrulla y utilizando un distintivo de otro vehículo al que oyó llamar por la radio dijo "Batasun; Batasun. Para 1035. Un casero ha matado a dos cipayos por la política que seguís.

Producidos los disparos salieron del Caserío los hermanos de Mikel y su madre que le convencieron para que se entregase a la policía, llamando uno de ellos a la Ertzaintza para informar de lo sucedido. Acudieron también algunos vecinos que se encontraban en las cercanías. A presencia de uno de ellos Mikel Otegui refiriéndose a los dos policías muertos dijo "Bi puta semea gutxi", en castellano "dos hijo de puta menos". En el momento en el que era conducido a las dependencias de la Ertzaintza manifestó a los policías que le acompañaban que "yo les he matado gratis, y no como vosotros. Se lo tienen bien merecido por cipayos"

Tras su absolución por Tribunal Jurado, a primeros de julio de 1997 Mikel Otegui huyó de España a Francia, ingresando en la organización terrorista ETA. Fue detenido en Francia el 22 de febrero de 2003 por su pertenencia a ETA y por y actividades realizadas en el seno de dicha organización. Fue juzgado y condenado por el tribunal de Grande Instance de Paris en sentencia de 13 de febrero de 2003 por sentencia de la Cour D'Assises de Paris de 14 de mayo de 2008 por su pertenencia a la organización terrorista ETA. Cumplida la pena fue entregado por las autoridades judiciales francesas a disposición de este Tribunal para su enjuiciamiento por estos hechos.

D. José Luis González Villanueva estaba casado con María del Carmen Estepa, quien en aquel momento estaba embarazada de 20 semanas. Dio a luz a su hija Naia Gonzalez.

D. Ignacio Jesús Mendiluce era soltero en al fecha de los hechos. Sus padres eran D. Juan Francisco Mendiluce Aguirre y D^a Severina Echevarría Aldalur.

El funcionario 10239 sufrió una grave afección sicológica que tuvo su causa esencial en el incidente que se produjo en el bar Ibarre, restandole ocmo secuela un trastorno depresivo reactivo severo que le ha ocasionando una invalidez absoluta. Estuvo 550 día incapacitado para su trabajo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1. Valoración de la prueba.

1.1 Sobre la forma en la que se produjeron los hechos.

El acusado en el juicio oral y en uso en su de su derecho constitucional, se negó a responder a las preguntas de la fiscalía y de la acusación particular. Respondió, sin embargo, a las efectuadas por su letrado y reconoció parcialmente los hechos objeto de acusación. Admitió en concreto haber agredido a un ertzaina en el bar Ibarre y haber disparado después contra los otros dos ertzainas en el Caserio Oteizabal, usando la escopeta Benelli de su propiedad, aunque alegó distintas causas de justificación a las que luego nos referiremos. La prueba pericial de balística acredita que ambos ertzainas recibieron los disparos de la escopeta Benelli y la autopsia que dichos disparos les ocasionaron la muerte. Por lo tanto no existe duda alguna de que el acusado fue el autor de la muerte de los ertzainas José Luis Gonzáles e Ignacio Jesús Mendiluce. El acusado reconoció también haber utilizado la emisora para comunicar las muertes aunque sobre las expresiones exactas utilizadas existen discrepancias.

En cuanto a las circunstancias que concurrieron en los hechos sabemos que tras el incidente en el bar Ibarre el acusado llevó a su sobrina a Ordicia y después se dirigió al Caserío Oteizabal. En su declaración inicial ante el juez de instrucción, Mikel Otegui manifestó que en el camino de su domicilio se cruzó con una patrulla de la Ertzainza. El testigo señor Pastrana titular de un centro de rehabilitación sito en las proximidades, declaró que ese día sobre las 10, 30 vio pasar el coche que conducía Mikel, que circulaba muy deprisa, y que escasos minutos después un vehículo de la Ertzaintza se detuvo, preguntándole sus ocupantes si había visto pasar otro vehículo, indicándoles la dirección del Caserío Oteizabal que los ertzainas siguieron. En la inspección ocular del automóvil de los policías fallecidos se encontró una nota con la matrícula del automóvil que conducía Mikel y la expresión ¡Ojo. Por todo ello parece la explicación más verosímil que los ertzainas vieron pasar el coche de Otegui a gran velocidad y decidieron seguirle hasta llegar al Caserío.

A partir de ese momento el único testigo presencial de los hechos, que sobrevivió a los mismos, es el acusado que recordemos no quiso someterse a las preguntas efectuadas por las acusaciones. Esta ausencia de contradicción, es evidente, contribuye a generar dudas sobre su verosimilitud, tanto más cuanto que su versión de lo sucedido no resulta coherente. El acusado dijo que al llegar a su casa se metió en la cama; que escuchó a los perros; que salió fuera; que vio a los ertzainas; que discutió con ellos; que uno sacó una pistola y él se refugió en la casa; que volvió a la casa y cogió la escopeta; que les dijo que se fueran y les disparó. Esta versión no es creíble. Si hubo una discusión previa y un ertzaina sacó su pistola no es razonable pensar que los policías permaneciesen pasivamente al lado del coche, a unos dieciocho metros de la vivienda, uno de ellos con la pistola en la mano y el otro no, y permitiesen a Mikel ir a la casa, coger el arma y cargarla, volver a su lado y disparar, sin intervención ni reacción por su parte y sin que ni siquiera, al ver al acusado con la escopeta en la mano, los dos policías intentaran utilizar sus armas, disparando a su vez.

Realmente distintas hipótesis son posibles. Es verosímil que el acusado que se sabía perseguido, oyese a los ertzainas cuando iba a acostarse (estaba en calzoncillos) y saliese de casa, se aproximase a ellos y, sorprendentemente,

les disparase; también lo es que los policías le solicitasen la documentación, o que por cualquier otro motivo similar Mikel entrase en la casa cogiese la escopeta y al salir les disparase sorpresivamente. Es probable que los policías se acercasen a la puerta de la vivienda y que Mikel apareciese sorpresivamente con las escopeta en la mano, les encañonase ordenándoles irse y cuando estaban cerca del coche, sorpresivamente, les disparase.

Sobre lo que no hay duda es que el acusado consiguió, llevando el arma, situarse a menos de dos metros de los ertzainas, pues así se desprende de la prueba pericial practicada por la guardia civil y ratificada en juicio, conforme a la cual el disparo que mató al señor Mendiluce se efectuó a un metro y medio de distancia y el que mató al señor González dos metros y medio.

Sabemos que desde la puerta de la casa de la vivienda al lugar de los disparos, el acusado debió recorrer con la escopeta en la mano unos 18 metros (La puerta de la casa según declaró el propio acusado en el juicio oral se encontraba a unos 18 o 20 metros); y que bien por que los ertzainas no le vieron o porque les tenía encañonados previamente, pudo recorrer esta distancia sin que estos reaccionasen, disparándoles casi a bocajarro, produciéndoles las gravísimas heridas que les ocasionaron la muerte, de forma casi instantánea.

Sabemos que el ataque fue sorpresivo porque si los ertzainas hubiesen visto venir al acusado habrían tratado de repeler el ataque usando sus armas reglamentarias y le hubiesen disparado durante el trayecto de 18 metros que Mikel debió recorrer entre la casa y el lugar en donde fueron muertos; o de no repeler la amenaza hubiesen tratado de huir o protegerse. No efectuaron ningún disparo, lo acreditó la pericial balística, y solo uno de ellos llegó a sacar su arma reglamentaria.

Precisamente el hecho de que uno de los policías, el señor José Luis González, sacase su pistola que apareció junto a su cadáver, al lado del coche oficial, trató de ser utilizado por la defensa para sugerir un enfrentamiento que excluyese la posible alevosía de la conducta del acusado. Pero este dato debe analizarse teniendo en cuenta que el otro policía, el señor Mendiluce, ni siquiera llegó a sacar el arma, y que ninguno de los dos disparó. El señor González recibió además el disparo por la espalda, lo que sugiere que Mikel

Otegui le disparó cuando se giraba para huir, intentando sacar su arma para repeler la agresión. Los médicos que realizaron la autopsia, señora Baigorri y señor Llorente, que declararon en el juicio oral, manifestaron que las lesiones que sufría eran compatibles con un intento de fuga. Es razonable pensar que el acusado disparó primero sobre el señor Mendiluce el más cercano y acto seguido sobre el señor González, que se habría girado para escapar intentando usar su arma.

Otras hipótesis son posibles como que el acusado encañonase a los agentes y les ordenase tirar las armas disparándoles ante la negativa de uno de los policías a hacerlo. Pero todas las posibles versiones tienen algo en común: El acusado llevando una escopeta se situó a dos metros de los ertzainas sin que por estos se tratase de repeler la agresión lo que, lógicamente, solo puede deberse a que no le vieron, o a que previamente les había encañonado, intimidándoles e impidiéndoles reaccionar. En cualquier caso los ertzainas no tuvieron posibilidad alguna de reacción o defensa, como hemos declarado en los hechos probados.

Tampoco es significativo un extremo sobre el que la defensa hizo hincapié. El acusado cargó tres cartuchos en la escopeta que admite cinco y efectuó solo dos disparos. El cargar solo tres cartuchos podía obedecer a un hábito (con anterioridad la reglamentación aplicable solo permitía tres y no cinco cartuchos, según manifestó el acusado), a las prisas por sorprender a los agentes o a cualquier otro motivo poco relevante. En cuanto al hecho de que solo efectuase dos disparos, la razón es evidente. El acusado, cazador experto, sabía que sus disparos a tan escasa distancia y a la zona del cuerpo a la que fueron dirigidos eran mortales de necesidad. Ni él, ni posteriormente sus familiares, trataron de comprobar si los agentes seguían vivos.

Una vez que el acusado disparó contra los agentes fallecidos se dirigió al automóvil de la Ertzaintza y empleando la emisora reivindicó los hechos utilizando el distintivo de un vehículo que acababa de llamar. Así lo admitió Mikel Otegui que reconoció haber utilizado, las expresiones Batasun; Batasun. Para 1035. Un casero ha matado a dos cipayos. Negó sin embargo haber utilizado la expresión "por la política que seguís", pero esta afirmación aparece desde un primer momento en el atestado (Declaración el agente 5094, folio 17; del agente 10.429, folio 2; y agente 12347, folio 30 e igualmente los agentes

14.551 y 5.094 entre otros). La ratificación de estos testimonios en el juicio oral es prueba de que dicha expresión proferida.

No hay duda de que el acusado permaneció en el Caserío hasta que, avisados por un familiar, llegaron los ertzainas que le detuvieron. Tampoco hay dudas de que profirió la expresión “Bi puta semea gutxi”. Lo acredita el testimonio en el juicio oral de un vecino que acudió al lugar de los hechos al oír los disparos. El citado vecino ratificó anteriores declaraciones, prestada la primera de ellas el mismo día de los hechos. Los esfuerzos de la defensa de desacreditar dicho testimonio, con base en supuestas envidias y rencores, resultaron estériles.

El testimonio de los ertzainas que procedieron a su detención acredita que el acusado se resistió en el momento de ser esposado, no tanto porque quisiese huir en ese momento sino por la negativa a llevar los grilletes; y que posteriormente profirió la frase “yo les he matado gratis, y no como vosotros. Se lo tienen bien merecido por cipayos” (policía 12.347). Es creíble que pronunciase esa frase pues es coherente con todo lo sucedido y con la animaversión a la Ertzaintza que se desprende de toda su conducta.

1.2. La salud mental del acusado y sus limitaciones volitivas y cognitivas.

Especialmente fue objeto de debate en el juicio la salud mental del acusado y la existencias de limitaciones en sus facultades cognitivas y volitivas que hubiesen podido influir en la perpetración de los hechos.

Antes de referirnos a las distintas pericias presentadas es preciso señalar que los diagnósticos se apoyan en algunas de sus conclusiones en la versión de los hechos narrada por el acusado pero que no tiene porque responder a la realidad. Así el informe de los doctores Alzua Ruiz y Alquimia Amibilia concluye refiriéndose a una “huída despavorida provocada por la fuerte discusión y la imagen de la pistola que percibe, huida en la que invirtiéndose los términos pasa de agredido a agresor, tal como ocurre en numerosas situaciones de agitación sicomotriz”. Igualmente en el informe de

los médicos forenses señor Portero y señor Quejereta se indica que el acusado narra un altercado previo con los ertzainas a los que disparó posteriormente. Como ya se ha dicho más atrás, no se ha probado la existencia de altercado alguno con los ertzainas y tampoco que éstos amenazasen al acusado: luego las conclusiones que parten de una reacción del acusado a dichas amenazas o altercado deben ser valoradas con la natural prudencia.

Tampoco puede obviarse su posterior biografía, huyendo del país, ingresando en una organización terrorista, militando en ella. Fue juzgado por las autoridades judiciales francesas sin que se apreciase ningún tipo de limitación de su conocimiento o voluntad.

Coinciden todos los peritos en que el acusado no padece una enfermedad mental. No padece ningún tipo de sicosis. No sufre ideas delirantes. Los forenses señores Portero y Quejereta indican que no presenta déficits en la esfera intelectual. En su declaración en el juicio oral el doctor Portero se inclinó porque el acusado tiene una serie de ideas sobrevaloradas, no delirantes. En el mismo sentido se pronunciaron los forenses señor Alvarez Leboreiro y Sines Lafuente. Este tipo de ideas, según informaron los citados doctores, no suponen enfermedad, ni delirio. Se trata de situaciones que son vividas con normalidad por la comunidad pero que producen un impacto fuera de lo común en determinadas personas en las que generan una fijación. Es la atribución de una importancia excesiva a una cosa. La idea sobrevalorada no es sino una creencia persistente y no razonable que se mantiene con menos intensidad que la idea delirante (esto es, el sujeto es capaz de aceptar la posibilidad de que su creencia puede no ser cierta). La creencia no es aceptada habitualmente por otros miembros de la cultura o subcultura a que pertenece el sujeto. El Tratado de Siquiatría Legal y Forense (La Ley. Carrasco Gómez y Maza Martín) recuerda que las ideas sobrevaloradas fueron definidas por Störring como el pensamiento que alcanza un cierto predominio sobre los demás debido a su tonalidad afectiva y a la disminución del sentido crítico en relación con ellos. A este tipo de ideas, dicen los citados autores, se les da un excesivo valor que no tienen en realidad y pueden estar en la base de conductas sin reflexión y valoración crítica, en personalidades con rasgos de fanatismo político o religioso.

Los doctores Erquicia y Ardua se inclinaron por apreciar concurría una idea prevalente. La característica principal de estas ideas es su presencia casi constante durante periodos de tiempo, por lo general, mayores de algunos días. Tienen menor capacidad que las ideas delirantes y las sobrevaloradas de motivar o generar comportamientos, pues se puede permanecer por semanas y hasta meses con una idea prevalente y no llevar a cabo ninguna conducta asociada con ella.

Realmente con una u otra calificación coinciden todos los peritos en que el acusado, como consecuencia de determinados incidentes con la Ertzaintza (había sido detenido en una ocasión y sancionado por conducir ebrio en otra) creía que era objeto de una persecución o acoso por dicha policía. Dicha situación de acoso no resultó probada. La defensa trató de demostrar que dicho acoso era real pero no presentó testimonios convincentes al respecto, más allá de las declaraciones de algunos familiares que dijeron haber presenciado una excesiva vigilancia de la Ertzaintza en el entorno del Caserio Oteizabal, lo que no fue apreciado por otros vecinos que residían en la zona.

Pero es más, si el acoso hubiese sido real no estaríamos hablando de trastornos en la ideación del acusado, pues la idea sobrevalorada no exige una base razonable y en el caso del acusado para la existencia de dicha idea era indiferente la actitud de la Ertzaintza en relación con él.

Coinciden también los peritos en que el acusado tiene un carácter impulsivo, lo que no constituye un trastorno de la personalidad, pero si puede provocar reacciones airadas sobre todo cuando por la presencia de alcohol se produce una quiebra de los frenos inhibitorios.

Los doctores Erquicia y Ardua se refirieron a una disolución global de la conciencia, apreciación que no fue compartida por los otros peritos, y que parece fundamentarse en la narración de los hechos que efectuó el acusado, conforme a la cual se habría producido un altercado previo con los dos ertzainas muertos, uno de los cuales le habría amenazado con su pistola. Ya hemos descartado que los hechos sucediesen como los narró el Mikel Otegui, y por lo tanto que se sufriese una reacción de pavor o miedo irrefrenable que produjese dicha disolución de la conciencia. No actuó ante un ataque o agresión previa, sino que el inicio el ataque sin previa provocación. También debe descartarse lo que los citados doctores llamaron una tempestad de

movimientos, es decir una agitación sicomotriz, al margen de cualquier ideación por debajo del nivel de la voluntad. La conducta del acusado cogiendo el arma, cargándola, acercándose a los policías sorpresivamente o con la amenaza de la escopeta que llevaba y disparándoles certeramente dos tiros mortales no resulta compatible con esa tempestad de movimientos, esa incontrolada agitación sicomotriz ajena a la voluntad.

En resumen de los distintos informes practicados cabe concluir que Mikel Otegui no padecía en la fecha de los hechos ninguna enfermedad mental. Tenía una idea sobrevalorada, una fijación que le llevaba a creer ser víctima de una persecución por parte de la Ertzaintza y un carácter explosivo. No obstante lo anterior, en circunstancias normales controlaba perfectamente sus actos pero cuando consumía alcohol, aún sin sufrir una merma de sus facultades intelectivas, tenía una limitación de su capacidad volitiva con la trascendencia jurídico penal que luego se dirá.

1.3. Sobre el consumo de alcohol

El hecho de que el acusado hubiera o no consumido alcohol y la posible afectación sobre su imputabilidad fue objeto de un extenso debate.

Ocurrido los hechos, ese mismo día, la juez de instrucción ordenó que se le practicara la prueba de alcoholemia. La primera muestra realizada a las 14:15 ofreció un resultado de 0,58 mg de alcohol por litro de aire; la segunda muestra tomada 16 minutos después, ofreció un resultado de 0,59 mg por litro. Las muestras realizadas con un etilómetro Drager 7110 que había sido revisado pocos días antes de la práctica de la prueba, el 23 de noviembre de 1995 (Certificación al folio 73). Los ertzainas que realizaron la prueba la ratificaron en el juicio oral. Dichos ertzainas (Policías num 1053 y 12566) manifestaron que a la vista de los valores en ascenso la ingesta de alcohol se había producido hacía poco tiempo, entre tres o cuatro horas. Ello significaría que el acusado había bebido alcohol con posterioridad a los hechos que acaecieron con certeza antes de las 10,50 pues este fue el momento en el que la Ertzaintza tuvo conocimiento de los mismos.

Esa misma tesis fue la sostenida por los peritos señores Portero y Quejereta. El Dr. Portero en el juicio oral fue concluyente: o la prueba estaba mal hecha o el acusado había bebido con posterioridad a la muerte de los ertzainas. En el mismo sentido se pronunciaron los forenses señor Leboreiro y señora Sines quienes, además de ratificar que el acusado en relación con el alcohol ingerido se encontraba en fase absorbente, por lo que la ingesta debió realizarse unos tres horas antes, aportaron una información relevante: cuando la medición revela que el alcohol se encuentra en fase de absorción, ascendente o de pico, no puede determinarse la cantidad de alcohol ingerida. Con base en estas pericias el Ministerio Fiscal mantuvo la tesis que el acusado buscó voluntariamente ponerse en una situación de embriaguez con posterioridad a los hechos a la búsqueda de una disminución de su pena.

La defensa del acusado sostuvo que las mediciones no eran determinantes. En su opinión el modelo de etilómetro utilizado tenía en aquellas fechas un porcentaje aproximado de error de un 5%. El alcohol ingerido se encontraba en fase descendente, lo que revelaría que el acusado actuó bajo una importante ingesta de alcohol que anulaba su voluntad. Esta tesis no puede ser aceptada porque, aún admitiendo que existiese ese porcentaje de error, la conclusión lógica sería que los datos no son fiables y que la prueba carece de valor; y no, desde luego, que el error se hubiese producido en el sentido que quiere la defensa de forma que las mediciones reflejasen una curva descendente. Como resumió el Dr Portero o la prueba estuvo mal hecha por lo que carece de valor o el alcohol ingerido estaba en fase de absorción lo que implicaría que el acusado bebió con posterioridad a los hechos. Y en la fase de absorción o de pico no puede determinarse la cantidad de alcohol que una determinada persona ha consumido en un determinado momento anterior. Por lo tanto, la prueba de alcoholemia practicada no es útil para determinar la ingesta alcohólica realizada por el acusado.

Otras pruebas se practicaron para acreditar este dato. La sobrina que estuvo con él aquella noche dijo que le vio beber pero que no pudo precisar cuanto aunque en su opinión estaba muy bebido. Otros familiares hicieron iguales apreciaciones. Sorprende sin embargo que en esas condiciones su

sobrino permitiese que la llevase a casa, y también que condujese se vehículo a gran velocidad sin perder el control por el camino en malas condiciones que llevaba al Caserio Oteizabal. Ninguno de los ertzainas que tuvieron contacto con él antes o después de producirse las muertes apreciaron signos de que hubiese efectuado una ingesta elevada de alcohol: en este sentido la declaración del ertzaina con el que tuvo el incidente en el bar Ibarre Los que acudieron al Caserio Oteizaba declararon que no presentaba signos de una ingesta alcohólica relevante. Tampoco los vecinos que acudieron a dicho Caserío y que relataron una situación de nerviosismo del acusado, incluso con insultos a los policías fallecidos, apreciaron síntomas claros de una elevada ingesta alcohólica. Es lógico que el acusado bebiese algo durante la noche: su sobrina le vio beber. Tampoco puede descartarse que bebiese algo al llegar a su casa: su sobrina dijo que tuvo que convencerle para que no bebiese en el bar Ibarre, por lo que no es descartable que en una situación de nerviosismo tras el incidente con el ertzaina de paisano se tomase una copa al llegar a su domicilio; tampoco es impensable que tras matar a los ertzainas siguiese bebiendo, no tanto para buscar una atenuación a su conducta, como sostuvieron las acusaciones, sino para darse valor y hacer frente a la situación que sabía se avecinaba: ello explicaría el resultado de la prueba de alcoholemia que se le practicó. Pero en ningún caso la cantidad bebida con anterioridad a la muerte de los policías fue tan elevada que, por si sola, afectase a sus facultades volitivas o intelectivas de forma significativa.

Sin embargo es cierto que una ingesta alcohólica menor que en otra persona no implicaría una limitación volitiva alguna, al actuar sobre una personalidad sujeta a ideas sobrevaloradas en relación con la Ertzaintza, con una percepción de que era perseguido por dicha policía, aún con capacidad plena para distinguir el bien del mal, podía generar una disminución de sus facultades volitivas de moderada intensidad que, sin anularlas, las disminuyese.

Resumiendo: La prueba practicada acreditó que el acusado no es un enfermo mental. No padecía sicopatías. No era un alcohólico. No se produjo una disolución de conciencia, ni una tempestad de movimientos. Se produjo exclusivamente un limitación leve de sus facultades volitivas como

consecuencia de la ingesta alcohólica y la influencia de las ideas sobrevaloradas que tenía en relación con la Ertzaintza.

1.4. Pertenencia o no del acusado a una organización terrorista en el momento de la perpetración de los hechos.

No hay duda que el acusado en el tiempo de los hechos compartía con organizaciones declaradas terroristas su ideología abertzale. Resultó probado que el año anterior había participado en unos incidentes con la Ertanza, en el curso de una manifestación, de donde procedía su fijación con ella. Utilizó con respecto a los ertzainas frases despectivas calificándoles de cipayos, denominación habitual que notoriamente utiliza la denominada izquierda abertzale para referirse a la policía vasca. Su referencia a la “política que seguís” en relación con la Ertzaintza sugiere una identificación con aquellos que como los integrantes del MLNV, rechazan a Policía Vasca. Su posterior ingreso en ETA, unido a todo lo anterior, lleva a pensar en una proximidad ideológica ya en el tiempo de los hechos enjuiciados a los postulados de dicha organización. Existían por lo tanto indicios que podrían indicar que el acusado ya pertenecía a la organización terrorista cuando mató a los ertzainas. Es notorio que la organización terrorista ETA ha asesinado a otros miembros de la policía vasca.

Pero distintos son los indicios que justificaron su procesamiento y la conclusión que puede alcanzarse una vez celebrado el juicio. Y practicada la prueba propuesta por las acusaciones y la defensa no existe certeza de que cuando Mikel Otegui mató a los ertzainas perteneciese ya a la organización terrorista o a alguna de las organizaciones afines. Su participación en algaradas convocadas por las organizaciones próximas a ETA, su desprecio a la policía vasca, las críticas a su política y su posterior integración en la banda, prueban su cercanía al pensamiento de ETA, no su militancia.

En cuanto a la prueba pericial de inteligencia, los datos en los que se justifican sus conclusiones deben ser probados; y solo lo fueron los anteriormente reseñados. No es prueba tampoco bastante de la militancia en aquella fecha del acusado en ETA u organizaciones afines.

1.5. Influencia de los hechos en la salud del policía ertzaina 10239.

La narración que se contempla en la declaración de hechos probados sobre el incidente acaecido entre el acusado y el ertzaina nº 10239 fue plenamente acreditada en el juicio oral. El acusado reconoció la agresión al policía y la declaración de su sobrina Ana Carmen y de la propia víctima la confirma plenamente.

No existen tampoco dudas de la influencia de dicha agresión en el padecimiento que actualmente presenta: Trastorno por estrés postraumático crónico. Síndrome depresivo grave. De acuerdo con el informe pericial del doctor Larrázabal Antía incorporado a las actuaciones, los trastornos que padece se inician a resultas de la agresión física sufrida en el año 1995 (en el bar Ibarre). Dice el citado informe “aunque es obvio que la agresión personal en sí, uno o varios puñetazos, es bastante irrelevante para desencadenar trastornos síquicos tan graves como los que presenta el peritado, y por lo tanto es fundamental considerar el contexto. La agresión proviene de una persona que una hora más tarde mata a dos policías, persona que considero que iban a interrogarlo por la agresión al peritado. Si tenemos en cuenta que esta persona era muy conocida por sus actividades de kale borroka la agresión adquiere otra dimensión de peligro. Si además fue posteriormente identificado como miembro de ETA, el sentimiento de riesgo personal aumenta aún más si cabe y en este contexto consideramos la gravedad de acto traumático”. Añade el citado informe “posteriormente ha sufrido otros acontecimientos traumáticos relacionados con su profesión de policía, pintadas amenazadoras de muerte en las cercanías de donde vive”. El informe refiere también la muerte de un familiar asesinado lo que aumentó su vulnerabilidad. El policía se refirió en su interrogatorio en el juicio a determinadas circunstancias que agravaron su padecimiento como el tener que velar a sus compañeros muertos.

El ertzaina 10239 fue la víctima, en el sentido jurídico penal de sujeto pasivo del delito, de la agresión sufrida en el bar Ibarre. No lo fue de los hechos sucedidos en Caserio Oteizabal. El trauma que desencadenó el estrés fue la

agresión sufrida. Las circunstancias concurrentes, tales como que mataran a sus compañeros; que tuviese que velarlos; que el presunto autor participase en la kale borroka y fuese posteriormente miembro de ETA, contribuyeron a la cronificación y agravación de la enfermedad. Es conocido el coloquialmente denominado "síndrome del norte" con el que ha sido periódicamente denominado las depresiones, episodios de estrés, y otros trastornos similares que afectan a miembros de las fuerzas del orden, como consecuencia de las amenazas, ataques, asesinato de compañeros que sufren por la actuación de la banda terrorista ETA. Pero sería difícil vincular un hecho concreto, y por lo tanto establecer la correspondiente reparación civil, a la aparición de dicho síndrome.

El art 19 del Código Penal vigente en la fecha de los hechos establecía que toda persona responsable de un delito o falta lo es también civilmente. El delito o falta causa del estrés postraumático sufrido por el ertzaina, fue la agresión sufrida en el bar Ibarre, las circunstancias del autor, su hechos posteriores y el clima social del País Vasco determinaron su agravación.

En este procedimiento no se juzgan los hechos acaecido en el bar Ibarre. No es necesario insistir en ello. Se trata de repetir un juicio de Jurado en su día declarado nulo en el que no se formuló acusación al respecto. La petición de extradición lo fue exclusivamente por el asesinato de los ertzainas en el Caserio Oteizabal (folio 46 tomo 3). El auto de procesamiento lo es exclusivamente por los delitos indiciariamente cometidos por la muerte de los dos ertzainas. Finalmente, consta incorporado a la causa, (folio 341, tomo 5 del sumario) auto del juzgado de los penal nº 5 de Donostia san Sebastián, por el que se decretó la prescripción de los posibles delitos de los que fue víctima el ertzaina 10239 como consecuencia de los hechos del bar Ibarre.

Pues bien, en la medida que la causa originaria del estrés postraumático, según la prueba practicada, no fue la muerte de los dos policías no cabe un pronunciamiento como consecuencia de la misma que establezca una reparación civil para el ertzaina reclamante, sin perjuicio de las posible acciones civiles que puedan corresponderle contra Mikel Otegui por la agresión de la que fue objeto.

2. Calificación jurídica de los hechos.

Acusaciones y defensas entendieron que la norma penal de aplicación era la vigente en la fecha de los hechos, el Código Penal de 1973. Dicha calificación obedece a que las acusaciones entendieron que los hechos eran constitutivos de atentado o asesinato terrorista, lo que supondría una mayor pena y un límite mayor de cumplimiento. Como veremos a continuación no es el criterio del esta Sala pues no consideramos los hechos cualificados como terrorismo. Ello obliga a una nueva comparación de normas, prescindiendo de dicha agravación. En el Código de 1973, el límite máximo de cumplimiento era de 30 años de prisión conforme al art 70.2. En el Código de 1995, en su inicial redacción, el límite máximo de cumplimiento era de 25 años de prisión conforme al art 76 a) pues la pena del asesinato, al no considerarse asesinato terrorista, de acuerdo con el art 139 es de 15 a 20 años de prisión. En principio es más beneficiosa la legislación establecida en el Código de 1995. Sin embargo, la aplicación de las redenciones por el trabajo previstas en el art 100 del Código de 1973, podría hacer más beneficiosa dicha norma. El cómputo de dichas redenciones cuando las penas superan el límite máximo no es pacífico. La jurisprudencia ha venido aplicando el criterio denominado "Doctrina Parot", sentencia 197/2006, conforme a la cual las redenciones se aplican sobre la totalidad de las penas impuestas y no sobre el límite máximo de cumplimiento. Esta Sala no ignora que dicho criterio es cuestionado por la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de julio de 2012 -Rio Prada contra España-; pero dicha sentencia no ha adquirido todavía firmeza por lo que debe aplicarse, sin perjuicio de ulterior revisión, la doctrina establecida en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que llevaría a la consideración de más favorable para el acusado el Código Penal de 1995.

2.1 Pertenencia a organización terrorista. Carácter terrorista de los hechos. Atentado terrorista.

Las acusaciones entendieron que en el momento de los hechos Mikel Otegui pertenecía a la banda terrorista ETA y pidieron la condena por delito de integración en organización terrorista del art.174, 3º del Código Penal de 1973. El sostenimiento de dicha acusación es inviable. El auto de 27 de septiembre de 2011 que resolvió el artículo de previo pronunciamiento instado por la defensa apreció que concurría la excepción de cosa juzgada del art 666-2 de la LECrim por haber sido condenado el acusado por su pertenencia a ETA por los tribunales franceses. La apreciación de dicha excepción produce conforme al art 675 de la LECrim el sobreseimiento libre con respecto a dicha acusación.

No obstante tiene sentido pronunciarse sobre si el acusado pertenecía o no a una organización terrorista en la fecha de los hechos para calificar o no los otros delitos perpetrados como terroristas o no. Ya hemos razonado que aunque había fuertes indicios que podían llevar a esta conclusión, estos indicios no ha quedado plenamente acreditados en el juicio. Digamos ahora que aunque así hubiese sido la pertenencia a una organización terrorista del autor de un crimen no califica éste crimen como terrorista. Tampoco que las víctimas sean habituales objetivos de un banda terrorista, como sucede en los casos de las fuerzas de seguridad del estado y de los miembros de la Ertantza. Ni siquiera que el autor del crimen odie a su víctima como consecuencia de la condición de ambos. Tal sería el caso, por ejemplo del terrorista que asesina a un guardia civil como consecuencia en una disputa de vecindad o de tráfico.

Como dicen los arts 571 y 577 del Código Penal actualmente vigente, es preciso para que el hecho sea calificado de terrorista que se actúe con la finalidad de subvertir gravemente el orden constitucional u alterar gravemente la paz pública. No es el caso.

La sentencia del Tribunal Constitucional 89/93 de 12 de marzo, si se quiere una definición vigente el Código Penal de la fecha de los hechos, facilita un concepto de terrorismo esencialmente coincidente: "la existencia de instrumentos internacionales (muy en particular, el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 27 de enero de 1977, ratificado por España que, como dijo la citada STC 199/1987 (fundamento jurídico 5º), establecen criterios objetivos para la determinación de aquel concepto. La criminalidad terrorista conlleva un desafío a la esencia misma del Estado democrático y también, por

decirlo con las palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un riesgo especial de sufrimientos y de pérdidas de vidas humanas (Sentencia de 30 de agosto de 1990: Caso Fox, Campbell y Hartley) que ha impuesto regulaciones específicas en el ámbito de la comunidad internacional y en muchos ordenamientos estatales, regulaciones que contribuyen también a aportar criterios definidores, por vía de aplicación directa o de comparación normativa, en este ámbito.”

En el "modus operandi" de las muertes cometidas por el acusado Mikel Otegui concurren circunstancias como la espontaneidad, la falta de preparación, la utilización de las propias armas, la entrega posterior a la policía, que se alejan del habitual de las organizaciones terroristas. Los asesinatos no fueron reivindicados por ETA. La expresión "por la política que seguís" en el contexto que se produjo es más una justificación personal que una reivindicación política. Se admitieron los hechos por el acusado pero se justificaron por una forma de enajenación; y el valor del crimen terrorista reside precisamente en presentarlo como una forma válida y legítima de actuación.

Es verdad que el caso es un caso límite. El acusado actuó por móviles de odio a la Ertantza. La dinámica comisiva refleja ese odio. En fechas posteriores a los crímenes ingresó en ETA y cuando cometió los hechos se acercaba a los postulados ideológicos de la misma. Pero ni pertenecía en aquellas fechas a ETA ni el crimen que, notoriamente se aleja en mucho de la habitual forma de actuar de dicha organización, tenía por finalidad subvertir el orden constitucional ni alterar gravemente la paz pública, en el sentido expuesto.

Descartada la pertenencia del acusado a una organización terrorista no concurren los requisitos del atentado cualificado por muerte al que se refiere el art 233 del C.P de 1973 que imponía una agravación punitiva cuando el atentado con resultado de muerte se hubiese realizado por un miembro de una de estas organizaciones o en colaboración con sus fines. Dicho delito de atentado absorbía una de las muertes producidas pues la calificación concurría al haberse producido como resultado del atentado una muerte.

La no aplicación del tipo agravado del delito de atentado determina que la muerte que absorbía el tipo del injusto deba sancionarse con independencia

de dicho tipo penal, sin que se produzca vulneración del principio acusatorio pues existe absoluta homogeneidad entre la acusación y la posible condena ya que la única diferenciación proviene de no apreciar una específica agravación del delito por existir una de las causas que le cualifican: la pertenencia del acusado a una organización terrorista.

2.2. Delitos de asesinato y atentado

Los hechos son constitutivos de dos delitos de asesinato sancionados en el art 406.1. del Código Penal de 1973, delito cuya definición es la misma que la del Código actualmente de 1995 en su art 139: el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: con alevosía. Atendiendo a las penas establecidas por ambos Códigos y a los criterios antes expuestos, resulta más beneficioso el Código de 1995, pues castiga el asesinato con pena de 15 a 20 años de prisión mientras que el Código Penal de 1973 le sancionaba con reclusión mayor en grado máximo, es decir prisión de 26 años, 8 meses y un día a treinta años. El acusado mató a los dos ertzainas y los disparos efectuados a órganos vitales e incluso su despreocupación por si habían sobrevivido no dejan dudas sobre su intención, su dolo de matar.

Concurrió alevosía. La alevosía es asociada por la jurisprudencia a la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la víctima. STS 1193/97. La doctrina suele referirse a tres supuestos de asesinato alevoso: la alevosía proditoria o traicionera si es ejecutado el homicidio mediante trampa, emboscada o traición; la sorpresiva, caracterizada por el ataque súbito inesperado o imprevisto; y la alevosía por desvalimiento en la que el agente se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima, STS 93/2009.

Hemos visto al valorar la prueba que el acusado disparó contra sus víctimas sin que estas tuvieran posibilidad alguna de reacción o defensa, bien porque cuando les disparó las estaba ya intimidando y esto le permitió situarse a dos metros aproximadamente de ellos sin que estos reaccionaran; bien

porque no le vieron o no le vieron hasta que estuvo a esa distancia. En todas las hipótesis posibles concurre la agravante alevosa. Las víctimas estaban armadas y tenían la preparación necesaria para defenderse pero no pudieron hacerlo: ninguno de los dos llegó a disparar; uno ni siquiera llegó a sacar su arma reglamentaria y el que lo hizo recibió el disparo por la espalda. El Tribunal Supremo refiriéndose a la alevosía sorpresiva ha dicho que la integran dos elementos: primero, que en virtud del principio de confianza la víctima no espere una conducta agresiva; en segundo lugar que el ataque sea sorpresivo o súbito, STS 536/08. El ataque fue sorpresivo e inesperado para los agentes de la policía vasca que habían acudido al Caserío Oteizabal para una cuestión menor y se vieron atacados, inesperadamente, por el acusado con una escopeta automática quien les disparó y les causo la muerte. También el Tribunal Supremo ha reiterado que la utilización de un arma de fuego frente a quien se encuentra inerme, esto es sin ninguna clase de arma defensiva debe considerarse ordinariamente una acción alevosa, pues no cabe imaginar más indefensión que verse sometido a los disparos de un arma de fuego que provienen del agresor sin ninguna posibilidad de defensa, STS, 1062/2009. Es cierto que los policías muertos disponían de sus armas reglamentarias, pero la forma en la que se produjo el ataque de forma sorpresiva e inesperada, impidió cualquier defensa, por mucho que fueran armados.

Los hechos son constitutivo de un delito de atentado del art 231.2 art, 232 y 236 del Código Penal de 1973, y arts 550 y 552 del código Penal de 1995. En ambos Códigos la conducta típica del atentado es un acometimiento contra la autoridad o sus agentes. Es un precepto que protege el buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas. STS 778/2007.; la necesidad y legitimación que tiene la autoridad de hacer cumplir las normas por medio de sus agentes: STS 799/2006.

Sus requisitos son: a) Que el sujeto pasivo de la acción sea funcionario público, una autoridad o agente de la misma b) Que se encuentre en el ejercicio de funciones propias de su cargo. c) La acción debe consistir en un acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia también grave. d) Que concorra un elemento subjetivo consistente en la calidad de autoridad, agente, así como el dolo específico de menoscabar el principio de

autoridad. No existen dudas sobre la concurrencia de todos los requisitos. Los disparos a los agentes constituyen una forma de acometimiento, STS 338/99; los ertzainas son agentes de la autoridad; actuaban uniformados en el ejercicio de sus funciones, y existía un dolo directo de atacar lo que los ertzainas representaban, como puso de manifiesto las declaraciones posteriores del acusado por la emisora: “Por la política que seguís”.

Se produce una relación de concurso ideal del art 71 del Código Penal de 1973 y art 77 del Código Penal actual, pues fue una única acción, la agresión a los ertzainas la que constituye dos delitos: asesinato y atentado. Aunque se produce un único delito de atentado pues el bien jurídico lesionado por el delito de atentado es único, aunque sean varios los agentes, STS 72/202. La relación de concurso hace en todo caso más beneficiosa la aplicación del Código Penal de 1995.

En cuanto a los delitos de amenazas y coacciones reclamados por la acusación particular se refieren, al parecer, a los hechos acaecidos en el bar lbarre que fueron declarados prescritos y sobre los que no cabe pronunciamiento alguno.

3. Autoría

No plantea dudas la autoría. El acusado reconoció haber disparado a los ertzainas, ejecutado las muertes. El acusado Mikel Otegui Unanue es autor de los dos delitos de asesinato y del delito de atentado apreciado, como ejecutor voluntario, material y directo de dichos delitos, conforme a los arts 27 y 28 del Código Penal de 1995.

4. Concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad

Concurre la atenuante analógica del art. 9. 10 del Código Penal de 1973 en relación con los arts 8.1, 9,1 y 9.2 de dicho Código. Dichas atenuantes se contemplan en los arts. 21-7 en relación con los números 20-1 y 20-2 y 21-1 en el Código Penal de 1995.

Como vimos al valorar la prueba practicada Mikel Otegui no es un enfermo mental. No padece ningún tipo de patología o déficit síquico. Su personalidad es normal. No padece sicopatía alguna. No es un alcohólico. En el momento de los hechos conservaba en plenitud sus facultades cognitivas. No hay pruebas de que en el momento previo a los hechos hubiese realizado una ingesta alcohólica de tal entidad que afectase a dichas facultades cognitivas o actuase intensamente sobre sus facultades volitivas. Bebió alcohol en cantidades no significativas por si solas para atenuar su responsabilidad. No obstante, el acusado padecía una idea sobrevalorada sobre la actuación de la ertzaina en relación con su persona, idea sobrevalorada con la que en condiciones normales convivía sin problemas. Se unía un temperamento explosivo. Sobre este tipo de temperamento la Jurisprudencia citamos la STS 300/1980, por referirnos a una sentencia referente al anterior Código, ha señalado que “los temperamentos que son las constituciones particulares de cada individuo que resultan del predominio psicológico de un sistema orgánico o de humor, no constituyen circunstancias modificativas de la responsabilidad, aunque sean violentos, es decir los de los que obran con ímpetu o intensidad o se dejan llevar fácilmente por la ira, pero sin que estas explosiones de ira afecten a su discernimiento o a su voluntad; ni mucho menos un trastorno mental transitorio, aunque se pretenda incompleto”.

Ahora bien el consumo de alcohol esa noche, aún en cantidades no significativas para producir un grave deterioro de sus facultades cognitivas y volitivas, actuó sobre su frenos inhibitorios, lo que unido a su temperamento explosivo y conservando plena conciencia de la distinción entre el bien y el mal, limitó su habitual capacidad de control de sus actos disminuyéndola levemente. Esta leve limitación de sus facultades volitivas, como consecuencia de la ingesta alcohólica, actuando sobre esa idea fija de acoso por la Ertzaintza justifica la aplicación de una atenuante analógica a la embriaguez y al trastorno mental transitoria. Ni la ingesta alcohólica ni las ideas sobrevaloradas que

tenía justifican separadamente la aplicación de una eximente completa o incompleta, pero la conjunción de ambos factores produjeron una limitación leve de su voluntad que determina la aplicación de la atenuante apreciada. En este sentido es relevante la sentencia del TS 742/2007, que referente a los trastornos de la personalidad -categoría que no alcanza la afección del acusado como consecuencia de su idea sobrevalorada en relación a la Ertzaintza.- ni implican que la capacidad de entender o entender del sujeto esté disminuida o alterada desde el punto de vista de la responsabilidad penal; para añadir posteriormente, con cita de las sentencia 879/2005, que las sicopatías no afectan al entendimiento o la voluntad y que la Sala en aquellos caso en los que dichos trastornos influyen en la reponsabilidad criminal ha venido aplicando en general la atenuante analógica, reservando la eximente incompleta para cuando el trastorno está acompañado de otras anomalías relevantes como el alcoholismo crónico o agudo, la oligofrenia en sus estados iniciales, la histeria, la toxicomanía etc.

Debe rechazarse la atenuante de arrepentimiento espontáneo reclamada por la defensa. Conforme al citado precepto concurre la atenuante en el que, antes de la apertura de procedimiento judicial y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, procede a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción. Ciertamente que el acusado no trató de huir tras la perpetración de los crímenes, pero lo hizo posteriormente, lo que impide tomar en consideración a estos efectos dicha circunstancia. No ha reconocido en ningún momento la realidad de los hechos, más allá de asumir aquellos, la autoría de la muerte de los ertzainas, que resultaban incontestables desde el primer momento y en nada ha reparado a las víctimas. No concurre por lo tanto ninguna de las circunstancias que justificarían la atenuación.

5. Penalidad.

Como hemos razonado Mikel Otegui es responsable de dos delitos de asesinato y un delito de atentado. El Código Penal de 1973 sancionaba el delito de asesinato con la pena de reclusión mayor en su grado máximo, es decir de 26 años ocho meses y un día a treinta años de reclusión. Resulta más beneficioso el Código de 1995, pues castiga el asesinato con pena de 15 a 20 años de prisión.

El art 236 del Código citado sanciona con prisión menor el delito de atentado a los agentes de la autoridad. El art 7.2 de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, estableció que cuando los agentes de la autoridad sean víctimas de ataques con armas de fuego tendrán la a efecto de su protección penal la consideración de autoridad. La pena en este caso sería de prisión mayor y multa. Resulta más beneficioso el Código de 1995 pena de hasta seis años y multa, atendiendo al concurso existente.

Efectivamente, el delito de atentado estaría en concurso ideal con uno de los delitos de asesinato, por lo que conforme al art 77 del Código Penal vigente debe imponerse la pena correspondiente al delito más grave, el de asesinato, en su grado máximo, ya que resulta más favorable que la punición por separado. La apreciación de una atenuante analógica determina la aplicación, dentro de los límites anteriores en el grado mínimo.

Conforme al actual Código la pena adecuada sería de 18 años de prisión por el delito de asesinato en concurso con el delito de atentado y de 16 años de prisión por el delito de asesinato, por tratarse de un hecho de especial gravedad por la forma en la que fue cometido y la personalidad de de la víctima, agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, con el límite máximo de cumplimiento de 25 años. Y la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

No parece preciso imponer la prohibición de residencia reclamada por el Ministerio Fiscal y la acusación particular a la vista de la fecha en la que sucedieron los hechos y la duración de las pena impuestas, que hacen innecesaria la función tuitiva de dicho precepto.

6. Responsabilidad Civil

Todo responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente conforme al art. 19, del Código Penal, vigente en la fecha de los hechos. En lo que respecta a la cuantificación de la indemnización civil debe valorarse que aunque los ertzainas asesinados no fueron víctimas de una organización terrorista, concurrieron toda una serie de circunstancias, que justifican una mayor indemnización que la habitual en este tipo de delitos: justificación de las muertes por un sector de la población que compartía la ideología abertzale del acusado; fuga del acusado lo que impidió un enjuiciamiento más rápido y una más pronta reparación; posterior ingreso del acusado en la organización terrorista ETA, lo que implicaba también la asunción por dicha organización del significado que quiso darse por este sector social a los crímenes cometidos por Mikel Otegui.

Por todo ello parece razonable fijar la indemnización del cónyuge de D. José Luis González en la cantidad de 200.000 euros; la de su hija Naia en 300.000 euros, dado el especial perjuicio que supone no haber siquiera conocido a su padre y haberse educado sin su atención y apoyo, con independencia el perjuicio económico sufrido; y la de los padres de don Ignacio Jesus Mendiluce en la cantidad de 150.000 euros a cada uno de ellos.

No procede fijar cantidad indemnizatoria alguna a favor del policía 10239, por las razones más arriba expuestas

Las cantidades fijadas devengarán el interés del art 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

7. Costas procesales y comiso

Las costas se entienden impuestas por ley a los responsables de todo delito o falta conforme al artº 123 del Código Penal.

Absuelto el acusado de uno de los delitos por los que se formuló acusación pública; y absuelto de este mismo delito y de otros dos delitos de los que formuló acusación la acusación particular, deben imponerse la mitad de las causadas con inclusión de las de la acusación particular, porque en definitiva es condenado por tres de los seis delitos de los que fue acusado.

Se acuerda el comiso del arma intervenida a la que se dará el destino legal.

Por cuanto antecede, vistos los artículos y normas citadas y demás de general aplicación,

F A L L A M O S

CONDENAMOS a Mikel Mirena Otegui Unanue, conforme al Código Penal de 1995 en su redacción original, como autor responsable de un delito de asesinato en concurso con un delito de atentado, con la concurrencia de la atenuante analógica expresada, a la pena 18 años de prisión y como autor responsable de un delito de asesinato a la pena de 16 años de prisión, en ambos casos con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, fijando como límite máximo de cumplimiento 25 años de prisión. Le ABSOLVEMOS de los delitos de integración en organización terrorista, amenazas y coacciones de los que también había sido acusado. Abonará la mitad de las costas causadas con inclusión de las correspondientes a la acusación particular, declarando de oficio la otra mitad.

En concepto de responsabilidad civil indemnizará a María del Carmen Estepa en 200.000 euros; Naia Gonzalez, en la cantidad de 300.000 euros; D. Juan Francisco Mendiluce Aguirre y D^a Severina Echevarría Aldalur en la cantidad 150.000 euros a cada uno de ellos, cantidades que devengarán el interés legal del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se acuerda el comiso del arma intervenida a la que se dará el destino legal.

Para el cumplimiento de las penas de prisión se le abonará el tiempo que ha estado privado cautelarmente de libertad por esta causa.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, previa preparación del mismo ante este Tribunal en el plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación.

Así por nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en la forma de costumbre. Doy fe.